

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29355-contrato-de-licen-a-de-uso-de-imagem>

Autore: Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Contrato de licença de uso de imagem

CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM

Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia, da Universidade do Estado da Bahia, da Universidade Católica do Salvador e da Faculdade Baiana de Direito, Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina, Advogada.

Sumário:

- 1 A disponibilidade dos direitos de personalidade
- 2 O direito de imagem
- 3 A disponibilidade do direito de imagem
- 4 O conteúdo do contrato de licença de uso de imagem

1 A disponibilidade dos direitos de personalidade¹

A doutrina brasileira, quase de forma unânime, aponta, como uma das características dos direitos de personalidade, a indisponibilidade ou a intransmissibilidade dos direitos de personalidade. Embora diversos sejam os autores que consideram os direitos de personalidade extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis, a experiência tem mostrado uma realidade um pouco diferente. O dia-a-dia dos fatos jurídicos acumula negócios jurídicos que têm como objeto aspectos dos bens jurídicos tutelados pelos direitos de personalidade, inclusive negócios jurídicos de efeitos patrimoniais. Na doutrina, percebe-se que poucos autores anotam esses fatos, e, quando o fazem, fazem-no com brevidade.

Para José Abreu Filho, os negócios jurídicos extrapatrimoniais abrangem também os direitos personalíssimos e mesmo os negócios extrapatrimoniais constituem atos de autonomia privada. O autor admite, portanto, que a autonomia privada se manifesta nos direitos de personalidade, no direito ao próprio corpo, no direito à intimidade, no direito à imagem. Quanto à indisponibilidade dos direitos, só afetará a indisponibilidade — e, portanto, serão inválidos — os atos ou negócios de natureza translativa, modificativa ou extintiva. Assim, podem-se realizar negócios jurídicos mesmo com direitos de natureza indisponível, desde que tais negócios não tenham como fim a transmissão, a modificação ou a extinção

¹ Partes deste artigo são excertos da nossa obra *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007. Nela podem ser encontrados outros fundamentos e aspectos para a incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade e para a disponibilidade do direito de imagem e outros direitos.

daqueles direitos indisponíveis².

Orlando Gomes também, ao listar as características dos direitos de personalidade, aponta, entre outras, a extrapatrimonialidade e a intransmissibilidade. Mas, em sua lucidez e perspicácia habituais, o autor ressalva o fato de que, embora os bens jurídicos nos quais os direitos de personalidade incidem sejam insuscetíveis de avaliação pecuniária, esses mesmos bens jurídicos podem constituir-se objetos de negócios jurídicos patrimoniais³. Em outra passagem, ao tratar da proteção à integridade física, Orlando Gomes explica que, assim como a separação de partes do corpo é lícita, mesmo tendo como finalidade atos de disposição, também serão lícitos os negócios jurídicos que tenham como objeto as partes do corpo humano⁴.

Caio Mário da Silva Pereira classifica os direitos de personalidade como intransmissíveis porque, segundo ele, “o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito ou oneroso”⁵. Entretanto, contraditoriamente, mais adiante, em mesma obra, o autor, ao tratar do direito à integridade física, escreve que, em relação ao direito ao corpo, é possível a “disposição de suas partes, em vida ou para depois da morte, para finalidades científicas ou humanitárias”, chegando mesmo a afirmar que “nada impede a cessão, mesmo onerosa, de partes que se reconstituem naturalmente, e de outras não reconstituíveis, desde que se não comprometa a vida ou a saúde”. Além disso, o autor escreve que, “dentro do quadro geral do direito ao corpo, tem-se admitido a cessão de útero para fecundação artificial”, mencionando, inclusive, os problemas da mudança de sexo e da transexualidade⁶.

Renan Lotufo menciona expressamente a possibilidade da incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade, ao escrever que a pessoa tem legitimação “no exercício de sua autonomia privada, com efeitos post mortem, para dispor quanto à retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica”⁷.

Francisco Amaral, embora tenha classificado os direitos de personalidade como, dentre outras características, indisponíveis e irrenunciáveis⁸, ao tratar sobre o direito ao corpo admite que a pessoa exerce “direito de disposição” sobre as partes que podem ser destacadas

² ABREU FILHO, José. O negócio jurídico e sua teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 93-95.

³ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 157.

⁴ Ibidem, p. 161.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1, p. 153.

⁶ Ibidem, p. 159.

⁷ LOTUFO, Renan. Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62.

⁸ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 248.

do corpo. Afirma o autor que a pessoa juridicamente capaz pode “dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do corpo vivo, para fins terapêuticos ou de transplantes”⁹. Além disso, admite a “cessão” de esperma e a “doação” de óvulos e considera o sangue humano “bem jurídico alienável”¹⁰.

Segundo Capelo de Sousa, o Código Civil português admite limitações voluntárias ao exercício dos direitos de personalidade, apontando como ressalva a não-contrariedade à ordem pública, e desde que o consentimento não seja contrário à lei ou aos bons costumes. Para o autor, “tais restrições voluntárias do exercício dos direitos de personalidade podem revestir o caráter de negócio jurídico e, quando válidas, os respectivos efeitos produzem-se entre as partes”¹¹. Além disso, o autor entende que “os próprios negócios jurídicos, enquanto emanção da autonomia de vontade privada, são expressão do direito personalístico à liberdade”¹².

As questões relativas ao próprio corpo, à disposição do cadáver, de órgãos e tecidos, inclusive envolvendo material genético, podem ser objeto de negócio jurídico. Em geral, admitem-se aí os negócios jurídicos não patrimoniais, insuscetíveis de contraprestação ou avaliação pecuniária, pois “a autonomia privada não existe apenas nos negócios jurídicos patrimoniais, mas em qualquer outro objeto em que não ocorra restrição legal e em que seja possível manifestar-se a autonomia da pessoa”, conforme observou Giovanni Ettore Nanni¹³.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho consideram que, embora os direitos de personalidade sejam extrapatrimoniais, “isso não impede que as manifestações pecuniárias de algumas espécies de direitos possam ingressar no comércio jurídico”¹⁴. Admitem os autores que “excepcionalmente é que se pode admitir a transmissibilidade de alguns poderes ínsitos a certos direitos da personalidade”¹⁵.

Carlos Alberto Bittar, ao caracterizar os direitos de personalidade, toma-os como extrapatrimoniais e intransmissíveis, mas admite sua disponibilidade em certos casos. Segundo o autor, por necessidades da própria pessoa, por sua condição ou posição e devido a seus interesses negociais na sociedade atual, a disponibilidade dos direitos de personalidade é

⁹ Ibidem, p. 259.

¹⁰ Ibidem, p. 160-261, em nota de rodapé.

¹¹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 448.

¹² Ibidem, loc. cit.

¹³ NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (coord.). Direito civil constitucional. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 262.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 153.

¹⁵ Ibidem, p. 155.

admitida até mesmo para “permitir a melhor fruição por parte de seu titular”, desde que o direito não seja descaracterizado. Conforme o autor, os direitos de personalidade, por essas razões, acabam ingressando na circulação jurídica. É o que acontece com os direitos autorais, o direito à imagem, os direitos ao corpo ou a partes do corpo. Bittar conclui que

“são disponíveis, por via contratual, certos direitos — mediante instrumentos adequados (como os de licença, de cessão de direitos e outros específicos) — podendo, portanto, vir a ser utilizados por terceiros e nos termos restritos aos respectivos ajustes escritos”¹⁶.

São diversos os momentos em que Bittar, em sua obra *Os direitos da personalidade*, verificou a disponibilidade de alguns direitos de personalidade, admitindo o ingresso desses direitos no comércio jurídico¹⁷.

Giovanni Ettore Nanni reconheceu a incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade e afirmou que “essa autonomia também manifesta-se nos direitos da personalidade, no direito ao próprio corpo, no direito à intimidade, no direito à imagem e no direito ao cadáver, dentre outros”¹⁸.

Rosângelo Rodrigues de Miranda observa que a autonomia privada alcança também o direito à integridade pessoal, que, para o autor, diz respeito à integridade física, psíquica e moral da pessoa. De acordo com ele, a incidência da autonomia privada sobre tais direitos gera uma situação jurídica extrapatrimonial em que a pessoa, exercendo seu poder de autodeterminação, pode facultar a terceiros “compartilhar com ele a fruição destes direitos”. O autor admite que a integridade da pessoa (nos aspectos físicos, psíquicos e morais) é intangível, mas reconhece que “mesmo estes espaços recônditos do ser dos indivíduos podem ser objeto de negócios jurídicos sui generis praticados no âmbito do exercício da autonomia privada de cada indivíduo”¹⁹.

Comparando o direito brasileiro com a Lei Fundamental alemã, Marcos de Campos Ludwig sustenta que o livre desenvolvimento da personalidade, que, no Brasil, tem fundamento no art. 1º, III, da Constituição Federal, serve de base tanto para a tutela negativa dos direitos de personalidade quanto para sua tutela positiva. E a tutela positiva dos direitos

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 12.

¹⁷ *Ibidem*, p. 5, 12, 38, 41, 43, 45-47, 59, 60, 61, 72-87, 90-100, 108, 114, 121, 139.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 263.

¹⁹ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. *Ensaio sobre a tutela da autonomia privada na Convenção Americana de Direitos Humanos*. In.: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, n. 2, Curitiba: Juruá, 2001, p. 281.

de personalidade reside na autonomia privada²⁰.

Também propugnando por uma relativização da regra da indisponibilidade dos direitos de personalidade no mundo contemporâneo, Ana Paula Ariston Barion Peres percebe a necessidade de repensar não apenas a concepção clássica de indisponibilidade, mas também a extrapatrimonialidade dos direitos de personalidade, concluindo que, “quanto à questão patrimonial, o mesmo argumento poderia ser utilizado, não fosse o fato de, em geral, as partes orgânicas das pessoas permanecerem fora do comércio por expressa determinação legal”²¹.

Neste sentido, Alexandre dos Santos Cunha sustenta que o Código Civil de 2002 deveria ter referências à patrimonialização dos direitos de personalidade, além daquela quanto ao direito ao nome, no art. 18. Comentando a regulamentação do novo texto civil, o autor questiona a constitucionalidade da irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos de personalidade: “Não colidiria essa previsão legislativa com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, nos casos em que a patrimonialização do direito não ofendesse direitos de terceiros?”²².

No Código Civil de 2002, o capítulo dos direitos de personalidade inicia com um artigo que, dentre as várias características apontadas pela doutrina, atribui apenas duas características aos direitos de personalidade: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, proibindo o legislador que os direitos de personalidade sofram, até mesmo, limitações voluntárias. Ou seja, dentre tantas características atribuídas aos direitos de personalidade, o legislador mencionou apenas a indisponibilidade *stricto sensu*. O texto do art. 11 do Código Civil de 2002 estabelece o seguinte: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente — e até fisicamente — sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia. Mas aspectos jurídicos do exercício do direito de personalidade podem ser cedidos, de forma limitada, com especificações quanto à duração

²⁰ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

²¹ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 141.

²² CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 256-257.

da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade pode, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa.

Embora a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade, a extrapatrimonialidade e a indisponibilidade sejam características presentes na teoria geral dos direitos de personalidade, quando se analisam certos tipos desses direitos se percebe a relativa disponibilidade de alguns deles. A autorização para uso de certos aspectos desses direitos por terceiros não descaracteriza o direito enquanto direito de personalidade.

A disponibilidade relativa dos direitos de personalidade reside na possibilidade de cessão de uso de alguns desses direitos, ou de licença ou permissão. De acordo com o negócio, a cessão de uso pode, inclusive, ser onerosa.

Levanta-se a hipótese de a declaração de vontade que autoriza a cessão de uso ser ou não retratável, devido à própria natureza do objeto do negócio jurídico. O uso autorizado por meio de cessão temporária não pode ser objeto de execução forçada específica, devendo a obrigação se reverter em perdas e danos, na hipótese de não haver cláusula penal. Admitindo-se a validade do negócio, afasta-se a hipótese da retratação da autorização dada pelo titular do direito de personalidade, a menos que o contrato preveja expressamente esse direito, com a inserção das arras, por exemplo. Consideramos que a estipulação de cláusula penal para obrigações sobre os direitos de personalidade é válida. O inadimplemento daquele que se obrigou quanto aos seus direitos de personalidade gera responsabilidade contratual.

Por outro lado, mesmo que não se reconheça a obrigatoriedade do pacto, no caso de a cláusula penal ou as arras não serem consideradas válidas, pode haver a possibilidade da indenização decorrente da violação do princípio da boa-fé objetiva e da proibição do abuso de direito (abuso do direito de contratar). A indenização seria cabível provando-se que houve prejuízo decorrente da retratação (o que não se exige para a aplicação da cláusula penal), pelo fato de uma das partes agir de forma a gerar, na outra parte, fortes e fundadas expectativas de que o ato de disposição do direito de personalidade ocorreria, assim como todas as circunstâncias daí decorrentes. Se esse for o raciocínio adotado, a responsabilidade seria extracontratual, baseada na proibição do abuso de direito (art. 187 do Código Civil de 2002) e no princípio da boa-fé objetiva (arts. 187 e 422 do mesmo Código).

Para Capelo de Sousa, os contratos sobre os direitos de personalidade são revogáveis unilateralmente pelo titular, o que não afasta a obrigação de indenizar pelos “prejuízos

causados às legítimas expectativas da outra parte”²³. Devido à peculiaridade da possibilidade plena de revogação do consentimento, o autor português chama esses negócios de “negócios jurídicos sui generis”²⁴.

Para Notaroberto Barbosa, não é possível a exigência da indenização²⁵. A maioria da doutrina entende que a revogação ou retratação é plenamente possível, embora a consequência da retratação, segundo quase todos os autores, seja a obrigação de indenizar.

Como observou Giovanni Ettore Nanni (embora em outro contexto), “se o direito civil é o direito do cidadão comum, da civilização, daí a razão do seu nome, deve consequentemente acompanhar o progresso e o desenvolvimento da sociedade”²⁶.

Se a dignidade da pessoa humana e, portanto, os direitos de personalidade forem considerados apenas em seu aspecto negativo, como faz o direito penal, a tutela dos direitos de personalidade não estará completa. Na verdade, é preciso valorizar a possibilidade e a presença da autonomia privada no âmbito dos direitos de personalidade, reconhecendo seu aspecto positivo, ligado à liberdade jurídica.

De acordo com Maria Isabel de Azevedo Souza,

“a par da preponderância do aspecto negativo de interdição, os direitos de personalidade outorgam poder positivo ao seu titular, tendo em conta, principalmente, que o direito à vida privada deixou de ser simples exclusão do terceiro da esfera reservada para assegurar a autodeterminação do indivíduo para ‘mener la vie de son choix’, sem que o Estado ou terceiros possam interferir”²⁷.

Esse aspecto positivo dos direitos de personalidade, realizador da liberdade jurídica que o ordenamento reconhece às pessoas, tem de ser respeitado. É preciso admitir o exercício amplo da liberdade que não afete direitos de terceiros. E muitos direitos de personalidade podem ser exercidos de forma positiva, por meio da autonomia privada.

Esses dois aspectos, positivo e negativo, dos direitos de personalidade são percebidos pelo civilista português Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem a lei, através da expressão “direitos de personalidade”, “protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, sendo esse o aspecto negativo de que

²³ Op. cit., p. 409, 523.

²⁴ Ibidem, p. 441-442.

²⁵ BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo Notaroberto. Direito à própria imagem: aspectos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 77.

²⁶ NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). Cadernos de Direito Civil Constitucional, n. 2, Curitiba: Juruá, 2001, p. 158.

²⁷ SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002, p. 329.

falamos neste trabalho, assim como “concretiza alguns direitos sobre certos aspectos da personalidade”²⁸, encontrando-se aí o que consideramos o sentido positivo dos direitos de personalidade, vinculado à autonomia privada e à relativa disponibilidade de tais interesses.

Para Carlos Alberto da Mota Pinto, a irrenunciabilidade típica dos direitos de personalidade não afasta a possibilidade jurídica do consentimento da própria pessoa quanto à limitação voluntária de tais direitos. Contudo, a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade, na forma como o autor a admite, deve ser conforme aos princípios da ordem pública. Se não for assim, a limitação voluntária não terá validade como negócio jurídico, nem o consentimento do lesado poderá afastar a ilicitude do ato. Ele considera que podem ser objeto de limitações voluntárias válidas, na forma de negócios jurídicos ou de mera tolerância do ofendido, os direitos à integridade física, à honra, à intimidade e à imagem²⁹.

Emilio Betti, a respeito da autonomia privada, escreve que “o indivíduo é livre de agir segundo a sua maneira de ver: isto desde que, por outro lado, só ele sofra as conseqüências da sua conduta, que elas sejam, para ele, vantajosas ou onerosas”³⁰. Embora o pensamento do autor não tenha sido desenvolvido no contexto da discussão sobre os direitos de personalidade, vemos, com clareza, que pode ser aplicado a este debate, uma vez que a realização dos direitos de personalidade ou a materialização do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana está diretamente ligada a expressões de liberdade jurídica, que têm uma das suas maiores expressões na autonomia privada e em seu instrumento, o negócio jurídico. Além disso, Emilio Betti ressalta que

“o negócio jurídico é instrumento de autonomia privada, precisamente no sentido de que é posto pela lei à disposição dos particulares, a fim de que possam servir-se dele, não para invadir a esfera alheia, mas para comandar na própria casa, isto é, para dar uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas”³¹.

Rosângelo Rodrigues de Miranda registra que a proteção da autonomia privada alcança os direitos extrapatrimoniais ou os direitos de personalidade, ultrapassando o campo dos interesses patrimoniais, concluindo que, por meio da autonomia privada, a pessoa pode facultar a participação de terceiros nos direitos inerentes à sua personalidade³².

No estudo do direito subjetivo, José de Oliveira Ascensão entende que os direitos de

²⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 223.

²⁹ *Ibidem*, p. 227-228.

³⁰ BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1 e 2. Título original: Teoria general del negozio giuridico, p. 96.

³¹ *Ibidem*, p. 102.

³² *Op. cit.*, p. 277-279.

personalidade podem ser aí englobados, pois estes são “sempre uma posição de vantagem que é assegurada à pessoa”. Por conseguinte, o civilista português leva-nos à conclusão de que o conceito de direitos de personalidade aceita a incidência da autonomia privada, ao afirmar que “a existência do direito resulta da atribuição ao titular de meios de prossecução do seu interesse. É diferente haver meras proibições genéricas de actos ofensivos da honra, da existência de um direito subjetivo à honra [...] Por isso a posição negativa está predominantemente abandonada”³³.

Ora, ao abandonar uma visão exclusivamente negativa de direitos de personalidade, que os concebe como poderes de proteção daqueles bens contra intervenção alheia, e ao perceber que os direitos de personalidade são muito mais que isso, por facultarem ao sujeito posições jurídicas que permitem à pessoa perseguir ativamente finalidades jurídicas de seu interesse, concluímos, como José de Oliveira Ascensão, que não se trata de “meras proibições genéricas [dirigidas a terceiros] de atos ofensivos” aos direitos de personalidade de alguém; mais que isso, os direitos de personalidade conferem ao sujeito uma esfera de autonomia para exercê-los segundo seus interesses pessoais, verificando-se uma “afetação jurídica que cria um espaço de autonomia”³⁴.

2 O direito de imagem

A imagem é a representação física de uma pessoa, através de fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que reproduzam o rosto da pessoa ou partes de seu corpo ou sinais físicos que possam servir à sua identificação e reconhecimento. Segundo Pontes de Miranda, “direito à imagem é direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, identificativamente”³⁵.

O direito à imagem, numa concepção negativa ou defensiva dos direitos de personalidade, visa a impedir que terceiros, sem a autorização da pessoa, registrem sua imagem ou a reproduzam, qualquer que seja o meio: fotos, filmes etc. A proibição da reprodução não autorizada da imagem alcança a proibição de sua publicação ou exposição pública.

A exposição ou captação não autorizada da imagem de alguém, para ser ilícita, não requer a ofensa à honra da pessoa retratada ou filmada, assim como é indiferente à intenção,

³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3, p. 94-95.

³⁴ *Ibidem*, p. 95-97.

³⁵ PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 7, p. 53.

dolosa ou culposa, daquele que indevidamente a utiliza. Assim, a imagem física de uma pessoa (retrato, filme, desenho) é juridicamente protegida contra a exposição ou reprodução por outrem. Sem autorização, o uso que outras pessoas possam fazer da imagem de alguém é muito restrito.

Sem o consentimento da pessoa, sua imagem só pode ser exposta ou reproduzida se determinadas situações o justificarem. Normalmente, o que justifica essa exposição ou reprodução independente de consentimento são o cargo público ou as funções políticas que a pessoa ocupa, sua notoriedade artística ou social e algumas exigências de administração da justiça e de manutenção da ordem pública. Além dessas circunstâncias, se a imagem fizer parte de situações registradas em lugares públicos, compondo uma cena pública, não se pode fazer objeção ao seu uso, desde que a imagem da pessoa não esteja destacada, ou seja, não constitua o objetivo principal.

O art. 20 do Código Civil de 2002 prevê que a pessoa pode proibir a publicação, exposição ou utilização da sua imagem se esse uso atingir sua honra, boa fama ou respeitabilidade ou se se destinar a fins comerciais. Se a utilização da imagem for necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, geralmente a pessoa não tem direito à proibição. Além da previsão civil, a Constituição Federal tem duas referências expressas ao direito à imagem no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos. O inciso X do art. 5º garante sua inviolabilidade e o inciso XXVIII, a, assegura a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem humana, inclusive em atividades desportivas.

A violação ao direito de imagem pode se dar por meio de seu uso não autorizado, pela pessoa ou pela lei, assim como pela inserção da imagem num contexto constrangedor ou ainda pela colocação de uma legenda inapropriada, como observou Raymon Lindon³⁶. A violação pode gerar dano moral e/ou material e, conseqüentemente, dever de indenizar. Independentemente disso, a pessoa ofendida pode requerer judicialmente a interrupção da exposição de sua imagem e a destruição dos meios físicos utilizados para tanto, além de, se possível, obter a tutela inibitória preventiva.

3 A disponibilidade do direito de imagem

Destacando partes do art. 20 do Código Civil de 2002, conclui-se que a pessoa tem

³⁶ LINDON, Raymond. Une création prétorienne: les droits de la personnalité. Paris: Dalloz, 1974, p. 34.

certos poderes sobre sua própria imagem, podendo inclusive dispor dela, conforme alguns limites que nosso ordenamento estabelece: “Salvo se autorizadas, ... a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas...”. Invertendo a oração, o art. 20 do Código Civil de 2002 permite que terceiros publiquem, exponham e utilizem a imagem de alguém, inclusive com fins comerciais, caso o titular do direito à imagem autorize.

Ora, tal permissão importa atos de relativa disposição do direito à imagem, portanto, âmbito de incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade. Assim, é lícita — e, além de comum, crescente — a realização de negócios jurídicos que tenham como objeto a utilização da imagem de alguém, mesmo negócios jurídicos onerosos.

A disponibilidade do direito à própria imagem tem importância cada vez maior, uma vez que os veículos de comunicação de massa, como TV, revistas e jornais, utilizam a imagem das pessoas como principal instrumento para chamar a atenção do consumidor.

Na doutrina de Pontes de Miranda se reconhece a possibilidade jurídica do consentimento para o uso da imagem, por terceiros, em coisas ou em publicações, admitindo a transmissibilidade desse direito ao uso da imagem³⁷.

Conforme Carlos Alberto Bittar,

“o direito à imagem — frente ao acentuado uso de pessoas notórias na promoção de empresas e de produtos comerciais — é disponível, na prática, mediante a remuneração convencionada, mas sempre na exata medida e nos limites ditados pela vontade do titular”³⁸.

Alvaro Notaroberto Barbosa entende que o direito à imagem é inalienável e intransmissível, já que não pode ser dissociado de seu titular, mas é um direito disponível, tendo o sujeito a “possibilidade de dispor — ou não — da própria imagem em favor de outrem”. Para o autor, essa disposição é uma forma de exercício positivo do direito à própria imagem³⁹. No mesmo sentido, Silma Mendes Berti⁴⁰.

Admitindo, expressamente, a incidência da autonomia privada sobre o direito à imagem, Giovanni Ettore Nanni sustentou que a pessoa, ao ceder o uso de um direito personalíssimo, realiza um negócio jurídico, que pode ou não ter finalidade patrimonial⁴¹.

A respeito da disponibilidade relativa do direito à imagem, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ressaltam sua característica de intransmissível, pois “ninguém pode

³⁷ Op. cit., 1955, p. 57.

³⁸ Op. cit., p. 12.

³⁹ Op. cit., p. 60.

⁴⁰ BERTI, Silma Mendes. Direito à própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 97-104.

⁴¹ A autonomia, cit., p. 263.

pretender transferir juridicamente a sua forma plástica a terceiro”. No entanto, os autores explicam que “a natureza do próprio direito admite a cessão de uso dos direitos à imagem”, salientado não se tratar da “transferência do direito em si, mas apenas da sua faculdade de uso”⁴².

Embora o uso alheio da imagem de alguém seja restrito, se a permissão para tal uso vier mediante declaração de vontade do próprio indivíduo retratado ou filmado, pode-se, então, ampliar o uso que outras pessoas façam da imagem. Dessa forma, o uso da imagem de alguém pode ser temporariamente objeto de negócio jurídico, mas não indefinidamente.

Além disso, o valor que se atribui a essa declaração de vontade é diferente do que se atribui às manifestações de vontade que importem transmissão de direitos patrimoniais. Por se tratar de um direito de personalidade, a autorização, seja remunerada ou gratuita, para o uso da própria imagem, além de ser limitada no tempo e em relação aos objetivos do uso, merecerá, sempre, interpretação restritiva.

Além disso, para Carlos Alberto Bittar,

“a defesa desse direito de personalidade pode fazer mesmo com que a pessoa autorizada a usar venha a perder seu direito, ante a mudança de estado ou de condição social do titular. Em mudança de estado (como no casamento de modelo profissional, que se retira para os negócios da família) ou de condição (ex-calvo, ex-obeso), recupera o retratado o seu direito à imagem, admitindo-se, ademais, a revogação justificada de autorização anterior”⁴³.

O sentido de retratação ou de revogação da declaração de vontade que adotamos neste trabalho não coincide com o sentido adotado pela maioria da doutrina. Entendemos que o negócio jurídico cujo conteúdo seja a disposição de um direito de personalidade pode submeter-se às regras da rescisão unilateral e da cláusula penal. Mas, mesmo se se considerar que o negócio jurídico que tenha por objeto a fruição dos direitos de personalidade não se submete às normas do inadimplemento culposos, é possível conceber que a revogação da declaração pode violar o princípio da boa-fé objetiva e da proibição do abuso de direito, contrariando as expectativas legítimas da outra parte e causando prejuízo a esta. Com fundamento nisso, o prejuízo deve ser indenizado, embora não seja admitida a execução específica da obrigação.

Notaroberto Barbosa destaca dois pontos principais na disponibilidade do direito à imagem: o consentimento e o uso. Exclusivamente o titular do direito pode autorizar a

⁴² Op. cit., p. 155.

⁴³ Op. cit., p. 96.

utilização de sua imagem por terceiros, podendo o consentimento ser tácito ou expresso⁴⁴.

4 O conteúdo do contrato de licença de uso de imagem

São usadas várias denominações para o contrato que tem por objeto autorizar terceiro a utilizar registros de imagem de uma pessoa, tais como “contrato de cessão de uso de imagem”, “contrato de imagem”.

Segundo Carlos Alberto Bittar,

“o contrato adequado é o de licença, ou de concessão de uso, em que se devem explicitar, necessariamente, todos os elementos integrantes do ajuste de vontade, a fim de evitar-se eventuais dúvidas: direito objetivado, fim, prazo, condições, inclusive a remuneração: possibilidade de renovação e outras”⁴⁵.

Conforme o autor, a disponibilidade do direito à imagem

“permite ao titular extrair proveito econômico do uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a prévia fixação do bem almejado (figura; efígie; silhueta; rosto; perfil; ou partes: como os olhos, as pernas, os seios, a cintura, as nádegas)”⁴⁶.

Não é o direito de imagem que em si é transferido, mas apenas a autorização para uso do registro da imagem, através de fotografias, filmagens, desenhos etc. Assim, em geral, o contrato estabelece direitos e obrigações ao licenciado e ao licenciante. Licenciante é quem autoriza o uso de sua imagem, outorgando direitos ao licenciado; o licenciado é quem adquire o direito de usar o registro da imagem do licenciante.

Há, na maioria das vezes, um contrato atípico misto, com partes do conteúdo da prestação de serviços ou da empreitada e partes do contrato de licença de uso da imagem, pois, em muitos casos, a realização das fotos ou filmes só serão feitas após o contrato e nas condições especificadas por este, sendo obrigação do licenciante a colaboração com a realização desses itens, posando em ensaios, atuando em estúdios, em sets de filmagem, participando de eventos etc. Do mesmo modo, na licença, em geral, autoriza-se o uso comercial da imagem e do nome do licenciante.

A autorização para uso da imagem pode se dar na forma onerosa ou gratuita.

Conforme o contrato que se faça, o uso da imagem pode ser cedido exclusivamente a

⁴⁴ Op. cit., p. 61-66.

⁴⁵ Op. cit., p. 91.

⁴⁶ Ibidem, loc. cit.

outrem, ressalvando-se que, exclusivo ou não, o direito ao uso da imagem do licenciante será sempre limitado quanto ao tempo e à finalidade do uso. Conforme Renan Lotufo, “não se pode imaginar autorização permanente e genérica”⁴⁷. Os limites do uso da imagem do licenciante devem ser por este estabelecidos, e o direito só será legítimo dentro desse âmbito. Se o uso ultrapassar a finalidade, o tempo, o veículo, o modo permitidos pelo titular da imagem, tal conduta passará a constituir ilícito, motivando a responsabilidade do infrator das cláusulas contratuais.

Sendo contrato que trata de direito de personalidade, irrenunciável, relativamente indisponível, sua interpretação deve ser restritiva, no sentido de a autorização abranger apenas o uso especificado, cabendo, contudo, o confronto com a boa-fé objetiva e os costumes do lugar de sua celebração. Assim, na dúvida, a autorização foi para menos usos, não mais. Permanecendo a controvérsia e a dúvida sobre o conteúdo contratual, deve-se levar em conta a boa-fé objetiva, e investigar se num contrato desse tipo (entre as partes e com finalidades do caso concreto), de acordo com os costumes do lugar de sua celebração, seria de esperar estarem subentendidos outros usos não explicitados mas esperados de acordo com os padrões de conduta naquele contexto.

Autorizada contratualmente a exploração da imagem, é necessário estabelecer seus limites. Esses limites são fontes da maioria dos problemas jurídicos envolvendo os contratos de licença de uso de imagem, por serem desrespeitados ou por não serem claramente definidos no instrumento.

Tais contratos devem ser formalizados da maneira mais completa possível, mediante autorização expressa e escrita (embora não haja forma prescrita em lei). Dentre as especificações que o contrato deve conter, podem ser citadas: que direitos ou faculdades são outorgados ao licenciado; se se autoriza o direito ao uso do nome do licenciante; quais são os registros de imagem ou atuações cujo uso é objeto de licença (quais fotos, quais filmes, quais gravações, que atuações, que obrigações de fazer por parte do licenciante etc.); detalhes sobre a finalidade do uso da imagem; descrição de como a pessoa deverá aparecer, em que trajes e posições, em quais lugares, com quem, com que objetos, quando; a que veículos de comunicação o uso da imagem se destina, em que mídia será veiculada (televisão, Internet, revistas, outdoor, folhetos etc.), em que horários e regiões (cidade, Estado, País) e por quanto tempo (duração da licença); possibilidades de repetição do uso da imagem em outra ocasião; a

⁴⁷ Op. cit., p. 81.

remuneração, se for o caso, e a forma de pagamento; proibições de ambas as partes, dentre outros.

Esses contratos também podem ter cláusula de exclusão de responsabilidade por ato de terceiro, visando a proteção tanto do licenciado quanto pelo licenciante, caso, apesar de nenhuma das partes violar o contrato (o licenciante não viola possível dever de exclusividade, o licenciado não viola as limitações de uso da imagem), a imagem do licenciante for usada por outrem, prejudicando a finalidade do contrato. Nesse caso, há direito por parte do licenciante de proteger sua imagem, através da tutela preventiva, inibitória e reparatória, além de direito do licenciado, aplicando-se as teorias da atual teoria geral dos contratos que responsabilizam terceiro que viola contrato de que não faz parte. Assim, se terceiro capta registros de imagem do licenciado e os usa sem autorização, causando prejuízos a qualquer ou ambas as partes, as partes não podem se responsabilizar se a atuação do terceiro não tiver tido a contribuição de um dos contratantes. No Brasil ainda é pouco estudada a interferência indevida de terceiro na relação contratual. No direito americano, com base no "Restatement of torts", que prevê o "torts of induction", quando um terceiro interfere numa relação contratual impedindo seu cumprimento ou causando seu rompimento, há conduta ilícita, devendo o terceiro ser responsabilizado pelos danos decorrentes do rompimento ou violação⁴⁸.

Pode, também, haver cláusula de exclusão de responsabilidade do licenciante por vícios ou defeitos nos produtos e/ou serviços vinculados à sua imagem, assim como quanto à publicidade enganosa e/ou abusiva promovida pelo licenciado, estabelecendo-se responsabilidade exclusiva do licenciado e demais fornecedores.

É possível que ao licenciante seja resguardado o direito de controlar a qualidade e participar da seleção final dos registros que serão objeto de licença. Exemplificando, pode ser que seja acordada a realização do ensaio fotográfico com licença de uso das respectivas fotos, mas a escolha das fotos será feita com a participação do licenciante, tendo este poder de vetar o uso de certas imagens por parte do licenciado, para garantir a proteção de seus direitos de personalidade, para além dos aspectos da imagem-retrato, abrangendo também a proteção de sua imagem-atributo, privacidade, intimidade e honra.

Quanto à exclusividade, sua duração pode coincidir com a duração da licença ou pode ser fixada por prazo menor. Do mesmo modo, devem-se estabelecer os limites finalísticos da exclusividade: a exclusividade do uso comercial da imagem do licenciante pode ser total no período da licença ou pode ser parcial, limitando o licenciante a não vincular sua imagem a

⁴⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 1 jul. 2009.

certos bens ou atividades, mas permitindo seu uso vinculado a produtos, marcas ou idéias que não conflitem com as finalidades do contrato. Exemplificando, o licenciante autoriza a vinculação de sua imagem à publicidade de produtos alimentícios e fica impedido de dar autorização para o mesmo fim a terceiros no período da licença, mas sem impedimento para vincular sua imagem a publicidade de roupas, a campanhas educacionais etc.

Para ser mais explícito, o contrato pode ter proibições como: proibição de usar o nome do licenciante como nome empresarial e como domínio de Internet; proibição de usar os registros de imagem obtidos em razão do contrato para finalidades diversas das especificadas e em períodos que extrapolem a duração da licença; proibição de exercer qualquer conduta quanto à imagem do licenciante que não tenha sido expressamente autorizada no contrato; proibição expressa de o licenciante, no período da licença, vincular sua imagem a empresas nominadas no contrato (além da proibição geral decorrente da boa-fé e de outras cláusulas contratuais).

É possível, ainda, a inserção de cláusulas que explicitem: que o licenciante tem o direito de conceder a terceiros licenças para uso de sua imagem para qualquer fim, exceto fim idêntico ao objeto do contrato; que o licenciado se compromete a certo padrão de qualidade nos produtos e/ou serviços vinculados à imagem do licenciante; que a oferta dos produtos e/ou serviços ocorrerá em certos tipos de estabelecimentos, condizentes com a imagem, a reputação, a boa-fama e a credibilidade do licenciado; que ambas as partes têm dever de confidencialidade em relação a todas as informações obtidas em razão da relação contratual (exceto exigências legais ou convencionais de forma pública ou registro público); proibição de subcessão dos direitos.

A remuneração devida ao licenciante pode ser em quantia fixa predeterminada e/ou em percentagem sobre valor obtido com a comercialização dos produtos e/ou serviços aos quais o licenciante vinculou sua imagem. Pode ser combinado, ainda, à parte ou já embutido nas formas de pagamento anteriores, um valor para serviços de promoção. Havendo a estipulação de pagamento com base em percentagem de vendas, podem-se inserir cláusulas sobre obrigações acessórias de prestação periódica de contas e escrituração especial.

Quanto aos serviços de promoção, podem ser estipulados os eventos sociais aos quais o licenciante deverá comparecer; os eventos de criação de material publicitário (filmes, fotos etc.); suas quantidades, duração do serviço e época estimada ou data prevista para sua realização.

Dessa forma, garante-se a proteção aos direitos de personalidade da pessoa que autorizou o uso de sua imagem por terceiros e, ao mesmo tempo, permite-se a esse sujeito a fruição econômica do uso de seu direito à imagem.

Referências

- ABREU FILHO, José. O negócio jurídico e sua teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 3.
- BARBOSA, Alvaro 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.
- BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1 e 2. Título original: Teoria general del negozio giuridico.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 4. ed. rev. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2007.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 1 jul. 2009.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Orgs.) Direito contratual: temas atuais. São Paulo, Método, 2008.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- LINDON, Raymond. Une création prétorienne: les droits de la personnalité. Paris: Dalloz, 1974.
- LOTUFO, Renan. Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003.
- LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002.
- MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. Ensaio sobre a tutela da autonomia privada na Convenção Americana de Direitos Humanos. In.: LOTUFO, Renan (coord.). Cadernos de Direito Civil Constitucional, n. 2, Curitiba: Juruá, 2001.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.
- NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan

(coord.). Direito civil constitucional. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). Cadernos de Direito Civil Constitucional, n. 2, Curitiba: Juruá, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 7.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002.