

O DIREITO À IMAGEM NO DIREITO DESPORTIVO: SUAS VIRTUDES COMERCIAIS E PUBLICIDADE

Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 11/2007 | p. 147 - 174 | Jun / 2007
DTR\2011\2157

Roberto Martinho dos Santos

Advogado Graduado pela FMU, Especialista em Direito Desportivo pelo IBDD/UNIP, Coordenador e Apresentador do Confraria dos Esportes.

Flavia Mansur Murad Schaal

Advogada Graduada pela Universidade Mackenzie, Mestre em Direito do Comércio Internacional pela Universidade de Paris V (França), Diplomada em Propriedade Intelectual pelo Franklin Pierce Law Center, New Hampshire (EUA).

Raquel Fortes Gatto

Advogada Graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestranda em Direito Internacional pela PUC/SP, Ex-Pesquisadora do CNPQ.

Área do Direito: Desportivo

Sumário:

INTRODUÇÃO - 1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E SEU STATUS CONSTITUCIONAL, COM ENFOQUE NO DIREITO À IMAGEM DA PESSOA HUMANA - 2 A PROTEÇÃO À IMAGEM FACE AO CONTEXTO INFRACONSTITUCIONAL - 3 AS CELEBRIDADES DO ESPORTE E A PUBLICIDADE QUE ENVOLVE A SUA IMAGEM - 4 DA EXPLORAÇÃO DAS VIRTUDES COMERCIAIS DA IMAGEM COMO MARCA – DA TUTELA DOS DIREITOS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - 5 A ESSÊNCIA DA LICENÇA DAS VIRTUDES COMERCIAIS DA IMAGEM – O CONSENTIMENTO E O CONTRATO – LICENÇA - 6 EXCEÇÕES À UTILIZAÇÃO DA IMAGEM - 7 VIOLAÇÃO À IMAGEM E DIFERENÇA CLARA ENTRE DIREITO DE ARENA E DIREITO DE IMAGEM: CASO HERÓIS DO TRI - CONSIDERAÇÕES FINAIS - CONCLUSIONES

INTRODUÇÃO

O direito à imagem vinculada ao Direito Desportivo consiste em tema ainda pouquíssimo explorado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, principalmente se comparado aos países com forte tradição nos esportes.

A despeito do escasso material encontrado no cenário nacional nesse assunto, o tema ganha destaque sob o prisma da exploração econômica dos direitos da personalidade no mundo dos esportes, a qual esbarra, quase que em sua totalidade, no uso da imagem dos atletas que o integram para fins comerciais e publicitários.

É importante constar que o esporte é hoje uma das maiores economias do Brasil, merecendo, portanto, o devido respeito quanto aos reflexos jurídicos em todas as facetas, sendo justamente no direito de imagem que reside a necessidade de estudos mais profundos, pois certamente é o que mais desperta o interesse dos grandes investidores e, conseqüentemente, é o que mais movimenta a economia em questão.

Ressalte-se, ainda, que o presente artigo não se destina exclusivamente ao público jurídico, devendo da mesma forma alcançar aos atletas, que não raramente vêem suas imagens veiculadas em todos os tipos de meios de comunicação, mas sequer imaginam que estão sendo violados seus direitos personalíssimos, conforme consagrados na Constituição Federal (LGL\1988\3) e no Código Civil (LGL\2002\400) vigente.

Até mesmo os mais renomados jogadores de futebol, por exemplo, perpetuam confusões acerca dos direitos que lhes são resguardados, posto que entendem que suas imagens “caíram no domínio público”. Ou seja, entendem que não existe afronta aos seus direitos. Isso ocorre por total ignorância dos direitos que lhes pertencem – assim como pertencem a todos os cidadãos brasileiros. Fica claro, assim, que o tema é de suma importância, seja para um artista, seja para um atleta, ou mesmo para

um cidadão comum.

É ainda mais salutar a necessidade do entendimento deste estudo para todos aqueles que operam o Direito, em especial os que atuam na área do Direito Desportivo, incluindo, aí, os dirigentes e empresários no sentido lato na área desportiva que mantêm forte ligação com as mais diversas entidades de prática desportiva – ou seja, os clubes.

Tal estudo visa a alcançar também os jornalistas, que, mesmo sendo profissionais bem intencionados, ao tentarem informar seus leitores, ouvintes ou telespectadores, na maioria das vezes exacerbam no direito de outrem – no caso, os atletas –, fazendo uso de suas imagens de forma que não encontram amparo legal. O uso eminentemente jornalístico lhes é permitido, mas não podem sequer resvalar num interesse comercial, ou mesmo, abranger a vida privada de um atleta, ainda que sem o intuito de prejudicar-lhe.

Nesse ponto, é mister enunciar que a violação do direito de imagem não se confunde meramente com o uso não autorizado de determinada fotografia, por exemplo, mas também pode ocorrer pelo uso de uma fotografia autorizada em ambiente não autorizado pelo detentor dos direitos. Elucidase: um jornalista extrai licitamente a foto de um campeão de atletismo para publicá-la no jornal. Todavia, aproveita a mesma foto e a revende a uma grande loja de artigos esportivos para que use tal fotografia em campanhas publicitárias. Ora, o segundo uso conferido à imagem fotográfica em questão não merece prosperar, pois viola os direitos de imagem inerentes ao atleta.

Há, ainda, outros aspectos que rodeiam o uso da imagem de um esportista, na medida em que, em casos particulares, se for comprovada que uma propaganda é enganosa ou ilícita, não resta dúvida de que a celebridade esportiva que a protagoniza também responderá civilmente pelos prejuízos causados ao público, além da própria empresa que o patrocina.

Assim, é de se esperar que todos aqueles que militam no âmbito do Direito Desportivo compreendam a extensão do uso da imagem de seus patrocinados, sob pena de colocarem seus clientes em situações bastante precárias e onerosas, como já viemos acompanhando ultimamente.

Buscamos, em resumo, abranger o estudo para diversas áreas do desporto, em especial visando às virtudes econômicas do direito de imagem dos atletas.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE E SEU STATUS CONSTITUCIONAL, COM ENFOQUE NO DIREITO À IMAGEM DA PESSOA HUMANA

Os direitos da personalidade são aqueles fundamentais da vida do ser humano, têm caráter fundamental, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, nos termos do art. 11 do Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro de 2002.

Além das características expostas no dispositivo *supra*, o direito da personalidade abarca caráter absoluto, indisponível, imprescritível, impenhorável, inextinguível e ilimitado.

GILBERTO JABUR ¹ destaca que os direitos personalíssimos, ou da personalidade, “entre os quais deita firmes raízes aquele que concerne à própria imagem, compõem-se de potencialidades a pessoa não alcança o pleno e saudável desenvolvimento das virtudes biopsíquicas”. Ou seja, tais direitos nascem com a pessoa e dela não se destacam, nem perecem, salvo com a morte do próprio indivíduo titular.

A Constituição Federal (LGL\1988\3) brasileira de 1988 não disciplinou um dispositivo conceitual para a tutela desses direitos, porém dedicou-se a abarcar a doutrina do direito geral de personalidade, por meio do direito à dignidade da pessoa humana, mencionando no art. 5º, *caput*, algumas dessas garantias fundamentais, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, explorando-os especificamente em alguns incisos desse fulcral artigo ².

Além desses, destacam-se a integridade, a imagem, a livre manifestação do pensamento, intimidade, honra e vida privada. Tais direitos têm cunho individualista, os quais “surgem a partir do primeiro vagido de vida, ou à jurídica pessoa, da regular existência social” ³.

Enfim, a personalidade é um todo composto por características da pessoa humana passíveis de direitos tutelados, dentre os quais se destaca a própria imagem, na medida em que individualiza o

ser humano perante a sociedade e, portanto, consiste em elemento indissociável da própria pessoa.

1.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À IMAGEM DA PESSOA HUMANA

Desde o avanço da fotografia até o progresso tecnológico da mídia, dos ramos publicitários, do *merchandising*, dos filmes de cinema, da Internet, impressos ou de quaisquer outros modos existentes ou que se invente no futuro, a imagem da pessoa humana tem se tornado cada vez mais frágil e passível de fáceis violações pelos gigantes do mercado.

Uma acertada definição de direito de imagem foi escrita por nosso jurista CARLOS ALBERTO BITTAR⁴, nos seguintes termos:

“Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as pernas, enquanto individualizadoras da pessoa).”

Acrescentando-se às palavras de tal nobre jurista, não somente as características de rosto ou perfil, ou mesmo partes significativas do corpo, mas sim todos os seus aspectos naturais que as fazem serem identificadas por outros seres humanos.

Por exemplo, não precisamos ver a perna inteira da cantora Angélica, mas apenas a sua pinta, para identificá-la⁵. Ou ainda, não teremos dificuldades em identificar a imagem do célebre radialista Galvão Bueno, por meio de sua voz, quando clamava “Ayrton Senna do Brasil!” em uma final de corrida de Fórmula 1.

Todos os aspectos naturais da pessoa humana, ou conjunto de caracteres próprios da pessoa humana⁶ são objetos da tutela do Direito.

O direito à própria imagem é direito constitucional, previsto na Carta Magna (LGL\1988\3) de 1988, finalmente, após longos anos de tratamentos indiretos ao tema. Já se mencionava sobre os direitos da personalidade em várias constituições anteriores, mas nenhuma delas tratou o tema com especificidade.

O direito à imagem é um bem autônomo e fundamental. Os dispositivos constitucionais dispensados à imagem são cláusulas pétreas, não podendo ser reformados, sendo, portanto, imutáveis (art. 60, § 4º, item IV)⁷.

Neste sentido, IRINEU JORGE FAVA, menciona que:

“A Constituição Federal de 1988, ao contrário das antigas Constituições brasileiras, deu ao Estado o objetivo de construir uma sociedade justa; o legislador constituinte retirou deste a abstenção ou neutralidade do Estado liberal, que provoca grandes injustiças por não agir em defesa dos menos favorecidos.”⁸

Inaugura-se a era democrática e cidadã com a previsão do direito à imagem, ao lado de outros direitos equiparados como os direitos à intimidade, à vida privada e à honra. A Constituição dispensou três dispositivos para protegê-la: art. 5º, V, X e XXVIII, adiante transcritos.

O art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 prevê, genericamente, o direito à imagem e a resguarda no seguinte sentido:

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a *imagem* das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]” (grifado)

A proteção constitucional acima abarca a imagem da pessoa, a qual contempla todas as partes do corpo identificáveis de determinado ser humano, as quais culminam na identificação do rosto e, por fim, de sua pessoa. A doutrina brasileira denomina tal fenômeno de identificação da imagem como imagem-retrato⁹. A imagem é autônoma em relação à intimidade, vida privada ou honra.

Tal proteção é assegurada independentemente de ser a pessoa famosa ou desconhecida de qualquer público. Toda imagem humana tem proteção, em patamar constitucional, sem qualquer distinção, não precisando estar atrelada à honra ou à intimidade: é, portanto, autônoma, destacada.

Outra subespécie de imagem é aquela denominada imagem-atributo, também defendida por LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO como aquela que:

“[...] se faz caracterizar pelos traços próprios, construídos por seu titular ou com o seu consentimento [...] não se está falando de qualquer traço físico ou de composição da fisionomia. Estamos falando, na verdade, da figura pública que é

assumida pelo indivíduo.”¹⁰

Importante destacar que também na definição de imagem-atributo não se está, necessariamente, em frente a uma pessoa famosa do público, tal característica se desloca a qualquer pessoa e sua forma de atuação perante terceiros. É exatamente o “que os outros pensam de nós mesmos”, conforme nossa própria conduta de vida.

Trata-se da identificação que concerne às pessoas físicas ou jurídicas.

Madre Teresa de Calcutá sempre teve a imagem-atributo de uma pessoa solidária e devota aos pobres, ao passo que Ronaldinho Gaúcho tem a imagem-atributo de um craque bem-humorado.

LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO acrescenta que:

“[...] essa imagem tem um caráter (mesmo que longínquo) de fundo publicitário. Criamos nossa imagem, apresentamos nossa imagem, vivemos com a nossa imagem e imaginamos que as pessoas nos procurem profissionalmente pela imagem que

construímos.”¹¹

As definições de imagem-retrato e imagem-atributo são totalmente distintas, embora se complementem no sentido da percepção humana. A imagem-retrato vem de fora da pessoa (física), da aparência, daquilo que é superficial e visível. Por outro lado, a imagem-atributo vem de dentro, do interior do espírito humano, para a percepção exterior.

Ambas podem ser violadas, se utilizadas indevidamente.

A proteção constitucional à imagem-atributo está colacionada no inciso V do art. 5º da Constituição Federal (LGL\1988\3), assim previsto:

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

[...]”

Para definir de maneira precisa a imagem-atributo e distingui-la da honra, P. V. ALVES¹² define tal subespécie da seguinte forma:

“A imagem-atributo é o conceito mais moderno, e diz respeito ao conjunto de atributos de uma pessoa (física ou jurídica, englobando inclusive seus produtos e serviços), apresentados socialmente. Não se confunde com a honra: enquanto esta última está ligada à consideração pública, à estima que obtemos de nossos semelhantes, a imagem-atributo não possui uma noção social boa ou má. A sua violação enseja direito de resposta, além dos danos materiais, morais e à imagem, sempre que a imprensa falada, escrita ou televisiva não for exata na divulgação de um fato, distorcendo o conceito social da pessoa (física ou jurídica). Sua proteção encontra amparo no inciso V do art. 5º da Carta Constitucional.”

Tais violações ensejam danos materiais e morais à imagem-atributo violada, conforme será tratado mais adiante.

Finalmente, as atividades e eventos esportivos estão consagrados, constitucionalmente, na alínea a do inciso XXVIII do art. 5º da Carta Magna (LGL\1988\3) no seguinte sentido:

“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 desportivas;

[...]”

Tal dispositivo prevê o direito de arena, constantemente confundido com o direito de imagem da pessoa humana. O direito de arena nasce a partir da imagem dos eventos em que esportistas participam, ou seja, “direito ao espetáculo”. Tal distinção deve ser analisada conjuntamente à Lei Pelé, Lei nº 9.615/1998 e decreto que a regulamenta, Decreto nº 2.574/1998. No entanto, tal matéria não será objeto de nosso estudo por exceder o escopo previsto e merecer tratado próprio quando analisado.

Por fim, a definição de MARIA HELENA DINIZ¹³ é essencial para determinar a abrangência do direito à imagem e a sua tutela:

“A imagem é: a) a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (rosto, pernas, seios, olhos, nariz, boca, sorriso, indumentária, gesto, etc.) desde que identificáveis, ou seja, desde que possam implicar o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, representação dramática, cinematografia, Internet, *sites*, televisão, etc., que requer autorização do retratado para sua divulgação, em respeito aos princípios da exclusividade e da escolha pessoal. Trata-se da imagem-retrato, tutelada pela CF (LGL\1988\3)/1988, art. 5º, X, que é relativa ao retrato físico da pessoa. É, não só, a reprodução gráfica, plástica ou fotográfica da pessoa, bem como a sua representação dinâmica, cinematográfica ou televisionada. O direito ao próprio corpo (CC, art. 13) não se confunde com a imagem (CC, art. 20), ou melhor, com aquilo que é representado;

b) o conjunto de atributos cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente. É a visão social a respeito do indivíduo, hipótese em que se configura a imagem atributo, imagem social, ou, ainda, imagem moral, protegida pelo art. 5º, V, da CF/1988 (LGL\1988\3), sendo distinta da honra (CC, arts. 20, *in fine*, e 953), que envolve a pessoa no círculo social, indicando suas qualidades, como, por exemplo, de hábil advogado, de médico competente, de mestre dedicado, etc. (ESTF, 1801:284). Enfim, é personalidade moral (reputação, fama, etc.) do indivíduo no mundo exterior.”

2 A PROTEÇÃO À IMAGEM FACE AO CONTEXTO INFRACONSTITUCIONAL

A proteção à imagem encontra-se protegida, dentro da classificação prevista pelos arts. 11 e 12, ambos do Código Civil (LGL\2002\400) de 2002, os quais se transcreve:

“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”¹⁴

Genericamente, os direitos da personalidade são indisponíveis, ou seja, não têm as prerrogativas do direito de propriedade: de gozo, de fruição ou disposição. São partes indissociáveis da pessoa humana.

O direito à imagem, porém, tem a sua indisponibilidade relativa, visto que pode ser licenciada, mediante seu consentimento prévio, específico e temporário, seja para fins comerciais ou não¹⁵. Frise-se que somente a transmissibilidade das virtudes comerciais ou econômicas da imagem é que são lícitas.

O art. 11 do novo Código Civil (LGL\2002\400) deu destaque ao fato de que a transmissibilidade dos direitos da personalidade, incluindo a imagem em seus atributos (como partes do corpo ou voz), não poderá ocorrer por tempo indeterminado, ou vitalício.

Exemplo nítido seria a nulidade de cláusula contratual do jogador Ronaldo, “O Fenômeno”, que

cedeu, segundo a mídia, sua imagem eternamente à empresa Nike, em troca de alguns milhões de dólares. Interpretando a doutrina de JABUR, acredita-se que tal hipótese, em nosso Direito, seria uma completa renúncia da própria personalidade, que não se compraz com a natureza da pessoa humana, tampouco com a fictícia personificação do ente moral ¹⁶.

A legitimidade da transmissão temporária do direito à imagem está prevista no art. 20 do Código Civil (LGL\2002\400) e cabe somente ao seu próprio titular, o qual, em caso de utilização não autorizada, para fins comerciais, podem ser proibidas.

O art. 20 do novo Código Civil (LGL\2002\400) determina que:

“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.” (grifado)

Da leitura do *caput* de tal artigo confunde-se, de pronto, se a utilização não autorizada da imagem deve estar vinculada, necessariamente, a um atentado à honra do titular da imagem.

A doutrina ¹⁷ que se dedicou ao estudo e à interpretação da norma contida junto ao mencionado art. 20 não concorda com a vinculação da imagem à ofensa da honra, pois a considera contrária aos preceitos da Constituição Federal (LGL\1988\3), previstos no art. 5º, X, notadamente: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a *imagem* das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Em suma, em análise precisa sobre o tema, JABUR não tem dúvidas de que o art. 20 do novo Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro de 2002 advém de uma tradução infeliz do Código Civil (LGL\2002\400) italiano e que não soube o legislador brasileiro adaptar. Tal direito alienígena não condiciona a violação da imagem à imediata violação da honra.

Tal doutrinador explica, com maestria, que:

“Ausente ofensa da honra, remanesce a finalidade comercial ou lucrativa da reprodução da imagem como única ocorrência autorizadora da tutela do *jus imaginis*, tal qual posto no Código Civil (LGL\2002\400) vigente, frise-se e frise-se bem. A lesão da personalidade nada diz com a vantagem do ofensor. São conseqüências diversas dos atos também distintos. A captação agride e lesa. A reprodução ou utilização majora o desconforto ou a lesão. O lucro evidencia o ilícito enriquecimento do lesante. Mas dele não se cogita, tampouco do empobrecimento pecuniário do lesado. [...] O *lucrum* não há que se condicionar, ausente ofensa da honra, a tutela do direito à imagem, porque não vem ele, em nosso ordenamento, condicionado uma a outra.”

Mesmo porque a jurisprudência dos tribunais já é clara em pacificar que “a pessoa fotografada tem direito autônomo à indenização, pelo uso inconstitucional da sua imagem, ainda quando a publicação da fotografia tenha sido feita sem finalidade lucrativa” (TJRJ, EI 177/95, 4º G.C.Cív., Rel. Wilson Marques, J. 28.02.1996, v.u.) ¹⁸.

Ainda, segundo Súmula nº 37 do STJ, o lesado pode pleitear a reparação pelo dano moral e patrimonial provocado por violação à sua imagem-retrato ou imagem-atributo e pela divulgação não autorizada de escritos ou de declarações feitas ¹⁹.

3 AS CELEBRIDADES DO ESPORTE E A PUBLICIDADE QUE ENVOLVE A SUA IMAGEM

O grande destaque conferido aos esportes no Brasil e no mundo, através das grandes competições nacionais e internacionais como a Copa do Mundo, os Jogos Pan-Americanos, os Jogos Olímpicos, ou até as competições de menor porte, levam a seus organizadores e atletas muita exposição, seja pela mídia, pelas oportunidades de licenciamento de produtos e venda e outras.

A ocasião é bastante oportuna para a utilização de imagem de atletas para exacerbar a venda de

mercadorias ou serviços. O mundo do licenciamento contribui, com certeza, para a manutenção da quarta economia brasileira: o esporte.

Os atletas são verdadeiras alavancas publicitárias, e suas respectivas imagens podem valer milhões em campanhas publicitárias. Nove entre dez comerciais brasileiros utilizam imagens de celebridades para a venda de produtos ou serviços. Os publicitários julgam tal metodologia eficaz, apesar da necessidade da devida cautela. Exemplo vivo entre nós é, certamente, o que ocorreu na recente Copa do Mundo de 2006. Ronaldinho Gaúcho, craque internacional de futebol e grande esperança da competição, apesar do desempenho sofrível, estrelou em dez campanhas publicitárias totalmente variadas que foram desde bancos até postos de gasolina ²⁰.

O endosso do produto pelo atleta, ou *endorsement*, como dizem os norte-americanos, deve ser tão convincente e levado a sério a ponto de o próprio endossante ter que concordar, moralmente, com o que está oferecendo ao público.

Desde que ligada à criação intelectual de uma obra publicitária, por exemplo, a imagem passa, até, a ser protegida dentro do escopo do art. 5º, XXVIII, a, da Constituição Federal (LGL\1988\3), como direito autoral.

JORGE IRINEU FAVA ²¹, nesse sentido, discorrendo sobre o direito pátrio defende que:

“[...] recaindo a escolha em pessoa afamada, sua imagem passa a integrar a mensagem, de tal sorte que também, em casos bem particulares, poderá ser responsabilizada civilmente quando a propaganda for enganosa ou ilícita [...]. O envolvimento da celebridade deve ser integral, a ponto de tornar-se verdadeiro garantindo resultados positivos daquilo que anuncia, aumentando muito, portanto, o efeito persuasivo da mensagem.”

O Código Civil (LGL\2002\400), em seus arts. 186 ²² (negligência ou imprudência) e 187 ²³ (abuso do direito de uso da imagem – conduta dolosa), disciplina tal responsabilidade ²⁴.

A título elucidativo, Pelé anunciou, por anos, o produto Vitassai, e sua imagem tornou-se associada à sua aprovação ao medicamento. Pelé mantém a sua imagem (imagem-retrato e imagem-atributo) consagrada, e o consumidor adquiriu, por muito tempo, tal complexo vitamínico, tentando aproximar-se aos costumes do “Grande Rei”.

Outro exemplo oportuno remete à última Copa do Mundo de 2006, quando o jogador Ronaldo, “O Fenômeno”, garoto-propaganda e patrocinado de forma vitalícia da grande marca de vestuário esportivo Nike, durante partida amistosa da seleção brasileira de futebol, anunciou para a imprensa que as bolhas doloridas em seus pés eram frutos de uma “costura nova” criada no novo modelo de chuteiras. Em contrapartida, a Nike declarou que tais chuteiras foram elaboradas a partir dos próprios pés do Ronaldo e que ele teria aprovado tecnicamente tais calçados para suas partidas ²⁵.

Ainda no tocante ao caso prático exposto acima, nos termos do art. 12 do Código do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.079/1990) ²⁶, caberia também a Ronaldo responder subjetivamente por eventuais “bolhas” ou outros danos causados a outros consumidores que tenham adquirido as mesmas chuteiras Nike, tendo em vista a sua participação ativa na construção das chuteiras, juntamente com o fabricante, caso tal fato seja realmente verdadeiro e provado.

Os arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, ambos do Código do Consumidor brasileiro, são explícitos ao aclarar que qualquer lesado poderá propor as ações contra qualquer um dentro da cadeia de causadores de danos, de forma solidária.

FAVA ²⁷ comenta com clareza tal hipótese:

“Nesse contexto, a responsabilidade da celebridade não estaria caracterizada quando, procurando obter informações sobre o objeto da propaganda, como suas características e eficácia, estas são omitidas ou fornecidas com imperfeição pelo patrocinador ou sua agência publicitária, ou, ainda, quando sua atuação na mensagem se limita a simples participação de apresentação do produto, sem vinculação direta com o seu uso ou eficiência. O ônus da prova, em regra, será do lesado ou do ofendido.

Porém, dependendo do que fosse alegado pela celebridade em sua defesa, como v.g., que o produto

anunciado é eficiente, inverter-se-ia o ônus. [...]

No caso de indenização contra celebridades, o valor não se limita aos ganhos que obtiveram com a publicidade ilícita, uma vez que isto poderia servir de incentivo à participação das mesmas em outros tipos de publicidades do mesmo teor, já que, na pior das hipóteses, elas simplesmente perderiam o que receberam.

Em relação ao dano patrimonial, podemos pensar em um determinado produto que a celebridade disse ter uma qualidade que ele não tem, então podem ser pleiteados os danos efetivamente sofridos, como também os lucros cessantes, isto é, o que se deixou de ganhar em decorrência do vício do produto.”

Nesse sentido, perante as regras de consumo, a responsabilidade subjetiva do atleta anunciante é presente, solidária ao do fabricante.

Infelizmente, a legislação brasileira não trata, de forma legal, tal possibilidade. Somente o Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR, que não é legislação em sentido estrito, mas sim um código de conduta entre o meio publicitário e formas e costumes que servem de base ao Judiciário para julgamentos análogos, prevê, em seu art. 45, Q, item 2, a seguinte regra relativamente à participação de pessoa famosa em anúncios publicitários:

“(a) o anúncio que abrigar o depoimento de pessoa famosa deverá, mais do que qualquer outro, observar rigorosamente as recomendações do Código;

(b) o anúncio apoiado em testemunhal de pessoa famosa não deverá ser estruturado de forma a inibir o senso crítico do consumidor em relação ao produto;

(c) não será aceito o anúncio que atribuir o sucesso ou fama da testemunha ao uso do produto, a menos que isso seja comprovado e;

(d) o anunciante que recorrer ao testemunhal de pessoa famosa deverá, sob pena de ver-se privado da presunção de boa-fé, ter presente a sua responsabilidade

para com o público.”²⁸

Dessa forma, é difícil que a imagem do atleta seja associada a bebidas alcoólicas, por exemplo. Não só a imagem-retrato, mas sua imagem-atributo também é fixada na sociedade como as publicidades de que eles próprios participam, devendo-se coadunar o vértice da imagem do atleta com o produto ou serviço anunciado.

A publicidade em sentido amplo consiste no mecanismo mais popular para despertar desejos junto à população, sendo, sem dúvida, um meio ultraeficaz de exposição do atleta e forma de retorno financeiro para o anunciante.

O consumidor se identifica com o atleta por seu porte físico, por seu sucesso, por sua garra e perseverança e modo de vida. Muitos deles vieram de famílias pobres, com ascensão financeira em virtude de talento. Todo menino pobre brasileiro já sonhou em ser jogador de futebol e, conseqüentemente, ganhar as tão sonhadas cifras milionárias e ser famoso.

Tais atletas de sucesso são constantes alvos de cobiça pelas grandes publicidades: simplesmente porque eles vendem. Pelé, Daiane dos Santos, Ronaldo e Ronaldinho Gaúcho são exemplos reais.

ANTÔNIO CHAVES²⁹ bem levantou tal hipótese ao lembrar da imagem que Pelé adquiriu nos idos de 1970:

“Para dizer do valor econômico que pode representar a imagem de um ‘ídolo’, basta referir que já nos idos de 1975 Edson Arantes do Nascimento receberia 48 milhões de cruzeiros, além de 67% no *merchandising* em torno do seu nome e outras vantagens para que jogasse 85 partidas de futebol vestindo a camisa do New York Cosmos. Aquiescera, antes mesmo que chegasse ao seu conhecimento que o Secretário de Estado Henry Kissinger havia pedido ao Ministro Azeredo da Silveira, das Relações Exteriores, que transmitisse a Pelé seu apelo para que aceitasse a proposta, o que contribuiria ‘de forma significativa para a maior aproximação entre o Brasil e os Estados Unidos’.

A evolução dos tempos só poderia aumentar-lhe o prestígio, levando-o a pensar na Presidência da República em 1994: a comercialização da imagem e marca Pelé, no país, em 1988, ficou em cerca de US\$ 2,5 milhões, dobrando no ano seguinte.”

Dessa forma, a publicidade e a imagem se tornam parceiros indispensáveis para o sucesso de muitas campanhas, como efeito persuasivo e de identificação do potencial consumidor.

4 DA EXPLORAÇÃO DAS VIRTUDES COMERCIAIS DA IMAGEM COMO MARCA – DA TUTELA DOS DIREITOS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Não se pode analisar o enfoque das virtudes econômicas do direito à imagem do atleta sem associá-la ao direito de marcas, protegido pela Lei da Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/1996.

Tarefa nada fácil remete à proteção do nome ou da imagem do atleta como marca, razão pela qual o presente estudo enfocará os direitos da personalidade, correlacionando-os e vislumbrando a possibilidade de proteção no âmbito da propriedade industrial.

4.1 SIGNOS DISTINTIVOS E A LEI PELÉ – UMA ABORDAGEM GENÉRICA

4.1.1 Análise dos dispositivos legais – enfoque nos signos distintivos

Tendo em vista o escopo do presente estudo, não se cogita abordar a Lei Pelé na íntegra, pois tal análise mereceria estudo singular. Todavia, existem algumas previsões no corpo da *lex* que interessam à análise das marcas no direito desportivo, conforme exposto adiante.

O art. 87 da Lei Pelé – Lei nº 9.615/1998 – prevê que:

“Art. 87. A denominação e os símbolos de entidade de administração do desporto ou prática desportiva, bem como o nome ou apelido desportivo do atleta profissional, são de propriedade exclusiva dos mesmos, contando com a proteção legal, válida para todo o território nacional, por tempo indeterminado, sem necessidade de registro ou averbação no órgão competente.”

Depreende-se da letra do dispositivo supracitado que há proteção legal, dentro do território brasileiro, independente de haver registro específico, de: (i) denominação de entidade de administração do desporto ou de prática desportiva; (ii) símbolos de entidade de administração do desporto ou de prática desportiva; (iii) nome do atleta profissional; (iv) apelido desportivo do atleta profissional.

Ocorre que referido dispositivo colocou a proteção que invoca sob o prazo indeterminado, fato incompatível com o ordenamento jurídico vigente (Lei da Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/1996). Por essa razão, é possível constatar que o prazo efetivamente vincula-se ao direito a que se atrela. A doutrina não produziu grandes manifestações nesse aspecto da Lei Pelé, talvez por falta de casos concretos para análise. Todavia, constatou-se um entendimento que merece menção:

“[...] considerando que a Lei Pelé não estabeleceu prazo para o perecimento dos direitos que ampara, entende-se que o direito de entidades esportivas sobre os seus nomes e símbolos vigora enquanto estas permanecerem legalmente ativas. Com relação aos atletas, entende-se que seus nomes ou apelidos não caem em domínio público ainda que estes faleçam, tendo em vista constituírem direitos

personalíssimos.”³⁰

Assim, a proteção à marca ou nome de evento, competição, símbolo de clube ou associação esportiva, independentemente de registro no órgão competente, vincula-se à existência legal dessas pessoas jurídicas.

Quanto ao atleta, os atributos da personalidade serão protegidos, até mesmo após a morte do titular, em consonância aos preceitos de direitos personalíssimos, conforme já se abordou vastamente neste estudo.

Como se não bastasse, o parágrafo único do referido art. 87 da Lei Pelé dispõe que:

“Parágrafo único. A garantia legal outorgada às entidades e aos atletas referido neste artigo permite-lhes o uso comercial de sua denominação, símbolos, nomes e apelidos.”

Apesar de a Lei Pelé ter se omitido quanto à previsão do uso comercial da imagem, entende-se que o Código Civil (LGL\2002\400) supre tal lacuna e não deixa as virtudes comerciais da imagem de fora de sua exploração.

Considerando que, a princípio, a legislação marcária prevê somente a proteção de uma marca quando houver o registro marcário validamente expedido pelo órgão competente, ou seja, adotou o sistema atributivo, é possível afirmar que a Lei Pelé inovou a proteção marcária para o desporto, uma vez que admitiu a facultatividade do registro, apenas nos casos previstos no art. 87.

Cumprе salientar que a Lei Pelé não afronta a Lei de Propriedade Industrial, mas tão-somente a complementa.

Nesse sentido, os incisos XIII (nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo), XV (nome civil, assinatura, nome de família, patronímico e *imagem*) e XVI (pseudônimo ou apelido) do art. 124 da Lei de Propriedade Industrial (LPI) apenas consagram a irregistrabilidade desses elementos como marca, sem a devida autorização do titular do direito pertinente³¹.

A Lei Pelé, promulgada quase dois anos após a Lei de Propriedade Industrial, alargou o escopo de proteção dos institutos como nome civil, apelido e imagem, facultando-lhes o registro como marca.

Logo, constata-se que a marca será determinante para a comercialização dos produtos, uma vez que, quanto maior seu poder atrativo, maior será a procura pelo público consumidor, e, conseqüentemente, maiores serão os lucros do comerciante.

Expõem-se, portanto, as duas formas de fortalecimento da marca perante o consumidor: (i) pelo uso de nome ou imagem de pessoa famosa ou conhecida como marca, que avaliza a qualidade do produto que assinala, aproximando-se do caráter publicitário, cuja utilização tornou-se mais acentuada nos tempos atuais; (ii) pela qualidade dos produtos assinalados pela marca, forma mais tradicional de captação da clientela.

É salutar concluir que a importância econômica conferida à marca aplicada ao esporte ganha destaque nos dias contemporâneos, pelos reflexos agregados na seara do *marketing* empresarial, não ocorrendo a dissociação da finalidade primordial de destaque perante o mercado.

Não é demais repetir que o exemplo da importância econômica da imagem do atleta remete ao famoso jogador de futebol Pelé. ANTÔNIO CHAVES expõe que a comercialização da marca Pelé, no Brasil, em 1988, rendeu ao jogador 2,5 milhões de dólares, sendo que no ano seguinte, esse montante dobrou³².

Logo, depreende-se que o ídolo Pelé transcendeu a mera utilização da imagem e do nome como atributos da personalidade, transformando-os em marca e comercializando essa propriedade como um bem intangível.

ANTÔNIO CHAVES menciona, ainda, uma reportagem veiculada no *O Estado de São Paulo*, em 28 de fevereiro de 1991, p. 31, sob o título "A Fama do Rei supera até a Coca-Cola", apontando a fama mundial do craque futebolístico.

Embora seguramente Pelé seja um expoente, os exemplos extraídos do futebol brasileiro são inúmeros, como outros jogadores de futebol atuais: Ronaldinho (atualmente denominado Ronaldo – O Fenômeno), Ronaldinho Gaúcho, Roberto Carlos, Kaká, dentre outros. Entre outros esportes, cite-se Guga Kuerten, campeão reitereado em Roland Garros, e Hortência, rainha do basquete.

Nesse momento, é possível afirmar que houve um processo de mercantilização dos atletas, uma vez que, inicialmente, o esporte era tratado como lazer e, mesmo profissionalizado, não denotava um cunho comercial. Nos dias atuais, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos, o esporte é uma indústria que carrega todas as proteções jurídicas cabíveis inerentes a qualquer empresa. Por essa razão, não se pode afastar a proteção do nome ou a imagem distintiva do atleta como marca.

Nessa esteira, extraem-se alguns exemplos do banco de dados eletrônico do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, autarquia federal responsável pela análise de mérito e registro das marcas:

O jogador apelidado de Ronaldinho Gaúcho autorizou o uso do nome e da caricatura de sua imagem

ao famoso desenhista Mauricio de Sousa, conforme o pedido de registro para a marca³³:

Vê-se, nos dias atuais, a utilização de tal personagem como marca, como objeto de direito de autor (personagem de história em quadrinhos), com vasta exploração em produtos, como é o caso das licenciadas Perdigão ou Unilever (Kibon).

Dessa forma, a indústria do licenciamento de direitos da personalidade atrelados a marcas ou outros direitos de propriedade intelectual demonstra possuir inúmeras opções, nos moldes das tendências publicitárias.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) já se manifestou acerca da usurpação de nome, imagem e apelido, por meio de marca, quando não houve autorização do titular, conforme exemplo:

Note-se que o pedido de registro para a marca “Ronaldinho”, mista (cujo logotipo é uma caricatura do famoso atleta Ronaldinho – O Fenômeno), nº 820. 811.246, depositada em 28.07.1998, em nome de Ana Paula Pacífico Floret, foi indeferido com fundamento nos incisos XV e XVI do art. 124 da Lei de Propriedade Industrial (LPI) – Lei nº 9.279/1996, nos termos publicados na Revista da Propriedade Industrial nº 1.846, de 23.05.2006.

5.1.2 Identificação à imagem como requisito de registrabilidade

Conforme anteriormente explanado, o direito de imagem atende ao rol dos direitos da personalidade, que, por sua vez, são direitos personalíssimos da pessoa humana, tal como consagrado no Código Civil (LGL\2002\400) de 2002.

Por sua vez, a definição clássica dos direitos pertinentes à propriedade intelectual engloba: propriedade industrial (marcas, patentes, desenho industrial), acrescida dos direitos de autor e conexos.

Fica claro, portanto, que os direitos de propriedade intelectual não se confundem com o direito de imagem, embora exista uma relação entre eles, sobretudo na indústria do licenciamento.

Nesse sentido, a legislação marcária prevê:

“Art. 124. Não são registráveis como marca:

[...]

XV – nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores;

[...]” (Lei nº 9.279/1996)

Tal como os preceitos anteriormente invocados, bem como os exemplos administrativos apresentados, torna-se possível afirmar que, em primeiro lugar, o uso da imagem como marca requer o consentimento do titular.

Ademais, é importante pontuar que a imagem mencionada nesse dispositivo não se limita ao fato de o indivíduo ser famoso, ou seja, a notoriedade apenas influenciaria a eventual indenização pelos danos materiais e morais sofridos. A vedação de que trata o dispositivo supracitado aplica-se a qualquer atleta, por menos conhecido que seja, assim como qualquer pessoa comum.

Por outro lado, a questão do uso da imagem como marca ganha destaque ao se associar às efígies famosas, porque se vincula à exploração econômica desse atributo da personalidade. Por essa razão, vale ressaltar que o consentimento para uso da imagem pode ser limitado, incluindo também a caricatura do atleta, tal como feito por Maurício de Sousa a Ronaldinho, ou seja, destinar-se para atividades específicas e não admite uma interpretação extensiva, em caso de dúvida. Em outras palavras, se um atleta admite o uso de seu retrato na propaganda televisiva da empresa, não se pode admitir que tal empresa utilize o mesmo retrato em seus papéis, por exemplo.

5 A ESSÊNCIA DA LICENÇA DAS VIRTUDES COMERCIAIS DA IMAGEM – O CONSENTIMENTO

E O CONTRATO – LICENÇA

Por ser um direito personalíssimo e indissociável da pessoa humana, não se pode admitir a cessão definitiva de tal atributo, conforme já se discorreu brevemente.

A imagem não se dissocia, e torna-se nula qualquer manifestação de vontade neste sentido. Não se vive sem imagem, não se vende uma parte do corpo a terceiros. Os direitos da personalidade em geral não são transmissíveis, pois são, como se discorreu no início deste estudo, *inatos*.

No entanto, admite-se pelo direito a licença provisória da imagem, no que concerne suas virtudes comerciais, desde que devidamente autorizadas por seu respectivo indivíduo retratado.

No entanto, grandes cuidados devem ser tomados na contratação de tais celebridades esportivas. Conforme já definido nos itens anteriores, a imagem está vastamente protegida pelo novo Código Civil (LGL\2002\400), em seu art. 20.

A divulgação de escritos, transmissão ou publicação da palavra, a exposição ou utilização da imagem humana podem ser proibidos a requerimento de tal pessoa (sem prejuízo da indenização cabida), nos casos previstos em lei.

Exceções a tal regra são somente os casos autorizados ou necessários à administração da justiça, manutenção da ordem pública, fins jornalísticos ou acadêmicos, sem quaisquer interesses ou finalidades mercantis.

Dessa forma, sendo a publicidade essencialmente comercial, deve-se destacar que a imagem do atleta a ela vinculada prescinde, sempre, de autorização. Caso não haja autorização, fora das exceções legais há, com certeza, violação.

IRINEU JORGE FAVA cita que são três as formas de violação ao direito

de imagem ³⁴ :

“São, basicamente, três as formas de violação do direito à imagem: quanto ao *consentimento*, quanto ao *uso* e quanto à *ausência de finalidades que justifiquem o uso da imagem sem o consentimento do titular*.

O primeiro caso, como nos parece elementar, é quando a imagem de alguém é utilizada sem autorização de seu titular; o segundo caso é quando, muito embora tenha havido tal consentimento, o uso feito da imagem extrapola os limites da autorização concedida; e o terceiro caso é quando, embora se trate de imagem de pessoa célebre, ou fotografia de interesse público, a maneira como a imagem é utilizada não permite que seja invocada a exceção.”

A questão do consentimento é de extrema importância ao se invocarem direitos personalíssimos como a imagem: todo consentimento deve ser escrito (expresso), não se admitindo a forma tácita, mesmo estando prevista no Código Civil (LGL\2002\400) em seu art. 84.

O consentimento é essencial. De acordo com os ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ ³⁵:

“Há proteção constitucional do direito de cada um de não ver sua imagem divulgada publicamente sem a sua anuência. A publicação não autorizada de imagem cerceia o direito do titular de usar, com exclusividade, de sua figura [...] cada pessoa é o árbitro para anuir, ou não, na reprodução de suas feições ante o princípio da imprescindibilidade do consentimento, da exclusividade e da escolha pessoal.”

O consentimento, segundo o Código Civil (LGL\2002\400) de 2002, é o fator decisivo na manifestação de vontade do titular, ao dispor as virtudes econômicas do direito à imagem.

Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar da celebração, conforme bem reza o art. 113 do novo Código Civil (LGL\2002\400) (NCC). Nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem (art. 112 do NCC) ³⁶.

Nessa esteira, admite-se a transferência específica, temporária, parcial e excepcional do direito à

imagem, desde que não se contrarie a essência do art. 20 do NCC. Dessa forma, a fronteira da licitude da utilização da imagem de outrem é, de fato, a declaração de vontade.

Apesar de o nosso direito admitir as formas tácita e escrita, somente a formalidade se operará nos direitos personalíssimos como a imagem e seus atributos.

Em brilhante dissertação de mestrado, o professor FELIPE LEGRAZIE EZABELLA discorre com segurança que:

“Assim, embora os preceitos legais pátrios prevêem a validade do consentimento tácito, acredita-se que a ausência do consentimento expresso e por escrito faz com que se pressuponha a inexistência de consentimento, até que a parte comprove a existência de um consentimento tácito ou mesmo expresso porém verbal, o que deverá ser analisado com o rigor próprio de cada situação, circunstância da pessoa retratada, modo, lugar, testemunhas, suas qualidades e características pessoais,

profissionais, e finalidade.”³⁷

Forçoso ressaltar que o consentimento expresso implica em uma declaração ou em um instrumento de licenciamento, e o consentimento tácito, em um convite ou solicitação ou, por exemplo, credenciamento em eventos.

Ainda, em analogia ao direito de autor e suas formas de cessão, interpretam-se restritivamente os contratos que envolverem licença ou disposição de obra autoral relativamente ao seu uso, ou seja, em contrato de licença de imagem, a manifestação expressa de todas as formas ou locais de utilização deve estar presente no documento legítimo³⁸.

Também semelhante ao direito do autor está o fato de o licenciamento de tal direito da personalidade estar associado apenas ao exercício dele, e não à imagem em si. Explicitamente, o *corpus mysticum* não é jamais transmissível, somente seu *corpus mechanicum* e a sua materialização, como a fotografia, imagem digital em Internet, filmes, gravura, escultura, pintura, dentre outros meios e formas de captura da imagem.

Cabe ao atleta decidir as formas pelas quais aparecerá em público e os modos e tempos de utilização. Se Ronaldo, O Fenômeno, licenciou a sua imagem para a televisão, para determinado comercial, estar-se-ia violando o contrato assinado se a licenciada veiculasse a sua imagem em comercial de cinema ou *outdoors*. O consentimento foi feito somente para aquelas formas de utilização expressas no contrato firmado, pelo período lá descrito.

ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR chega a afirmar que “a interpretação que se deve dar aos contratos é sempre restritiva, já chegando-se a julgar que na ausência de permissão expressa, não há o consentimento”. Tal autor faz alusão ao julgado do Des. Rel. GALVÃO COELHO, de 16.04.1985 (RJTJESP LEX, São Paulo, v. 95, p. 74, jul./ago. 1985):

“Direito autoral – Indenização – Reprodução não autorizada de fotografias de modelo para fins de publicidade – Inexistência de cláusula restritiva no contrato celebrado com o autor – Irrelevância – Art. 3º da Lei Federal nº 5.988, de 1973 – Indenização devida.”

A Lei de Direito de Autor em vigor, Lei nº 9.610/1998, foi explícita ao prever, em seu art. 49, VI, que, não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

Entende-se que tal regra autoral aplica-se subsidiariamente a eventual licença de imagem, por sua própria natureza.

Dessa forma, em qualquer publicidade e em qualquer modo de utilização, é imprescindível o consentimento do atleta fotografado. O contrato deve conter, claramente, a remuneração estabelecida, prazo certo e determinado, condições de renovação, modos de utilização da imagem e meios de comunicação.

Impossível terceiros autorizarem a licença de imagem em nome do retratado, salvo em caso *pos*

mortem.

MARIA HELENA DINIZ ³⁹ é clara ao afirmar que:

“Igualmente, para uso de imagem fotográfica de jogadores de futebol ou de artistas em figurinhas para colocar em álbuns (RJTSSP, 11:71), ante o intuito especulativo, será preciso a autorização dos retratados, não vingando o argumento de que são personagens da história contemporânea. Tal argumento só seria admitido em favor de imprensa falada, escrita ou sonora, a título de informação jornalística (RJTJSP, 44:61; RT, 519:3). Assim, se alguém quiser reproduzir fotografia de um cantor famoso em propaganda de alguma promoção, desfile, campanha ou produto, deverá pedir sua autorização e remunerá-lo sob pena de ter de pagar uma indenização. A divulgação da imagem de uma pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe reparação do dano (RT, 568:215).”

O contrato de imagem é considerado uma “licença”, sendo errônea a afirmação da cessão da imagem. Eis que cessão significa transferência definitiva de titularidade, ao passo que licença é a transferência temporária mediante remuneração ou não. Aliás, não é demais repetir que a imagem é direito personalíssimo que não se cogita ser patrimônio (e sim um direito), transferível definitivamente a outrem.

Em *O direito à imagem em natureza personalíssima*, IRINEU JORGE FAVA afirma com propriedade que ⁴⁰:

“Pela natureza personalíssima do direito à imagem, com as características de essencialidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade, o titular da imagem, no caso, aqui chamaremos de retratado, a qualquer tempo pode revogar o consentimento outorgado e dispor de sua imagem a favor de outrem. Isso chamamos de retratação: retirar o que disse ou tratar novamente.”

Mesmo podendo o licenciante (dono da imagem) se retratar a qualquer tempo ou ter a faculdade de voltar atrás no seu consentimento, não pode, no entanto, escapar das consequências jurídicas de ordem econômica ou moral que tal ato possa causar ao licenciante. Nos contratos de licença de uso de imagem, há, normalmente, cláusulas específicas resolvendo o tema entre as partes.

6 EXCEÇÕES À UTILIZAÇÃO DA IMAGEM

A lei excetua a violação ao direito de imagem quando há a administração da justiça, manutenção da ordem pública e divulgação da imagem para fins informativo-jornalístico, sem cunho comercial.

Desde que a imagem tenha o caráter informativo e, em defesa à liberdade de imprensa, garantido constitucionalmente ⁴¹, pode o veículo de comunicação divulgar, sem a necessidade de contrato de licença prévia.

História, fatos, acontecimentos estão em domínio público e não podem ser privados à divulgação do público, também em respeito à liberdade de informação. ANTÔNIO CHAVES é claro em defender que:

“[...] fatos e história não são de propriedade de ninguém nem mesmo de seus protagonistas, pertencem à inteira humanidade: descrevê-los é um direito de quem quer que tome essa iniciativa [...] [acrescenta doutrina francesa de JACQUES RAVANAS com doura maestria] de um modo geral, a pessoa representada não pode se opor à reprodução de seus traços quando ela é autora, vítima ou testemunha de situações de acontecimentos que tenham interesse público [...] primeiramente, o acontecimento deve caber aos domínios da informação; ele deve participar da história contemporânea, como dizem os juristas alemães, isto é, não referir-se à

vida privada das pessoas.” ⁴²

Dessa forma, as pessoas famosas, como é o caso de muitos atletas, não podem obstaculizar o uso de suas imagens, desde que as mesmas sirvam para descrever algum acontecimento de interesse do público em geral ou de uma comunidade específica.

Um jogo de futebol, uma partida de tênis, uma final de vôlei de praia, cujas imagens dos respectivos atletas e seus melhores lances foram amplamente reproduzidos nos principais jornais do país, não podem ser considerados violação de direito personalíssimo, pois tal acontecimento importa a todos.

As pessoas mais afamadas estão mais presentes na mídia e exercem influência sobre toda a sociedade. Daí o interesse de publicitários em explorá-los, como já se discorreu. Tais atletas protagonistas fazem parte, normalmente, de acontecimentos de interesse comum.

Assim acrescenta CHAVES ⁴³:

“As pessoas de certa notoriedade, assim como não podem opor-se à difusão da própria imagem, igualmente não podem opor-se à divulgação dos acontecimentos de sua vida. O interesse público sobreleva, nesses casos, o interesse privado; o povo, assim como tem interesse em conhecer a imagem dos homens célebres, também aspira conhecer o curso e os passos da sua vida. As suas ações e as suas conquistas; e, de fato, só através de tal conhecimento pode formar-se um juízo sobre o seu valor. Mesmo nestes casos, por outro lado, as exigências do público detêm-se perante a esfera íntima da vida privada e, além disso, as mesmas exigências são satisfeitas pelo modo menos prejudicial para o interesse individual. Será, portanto, lícita a biografia, mas ilícita a narrativa romanciada ou dramatizada que não é necessária para exposição dos fatos pessoais.”

Não se confunda o interesse público com o interesse de determinadas comunidades ou revistas ditas de “fofocas”, as quais buscam constantemente atletas como *best-sellers* de seus periódicos. Tais divulgações de imagens não autorizadas constituem, certamente, violação ao direito personalíssimo, pois não importa à sociedade se determinado atleta vai à praia ou à boate, e sim quantos gols marcou ou perdeu em determinada partida ⁴⁴.

Importante analisar a proporcionalidade da divulgação e se tal fato encontra-se nas exceções previstas na lei.

7 VIOLAÇÃO À IMAGEM E DIFERENÇA CLARA ENTRE DIREITO DE ARENA E DIREITO DE IMAGEM: CASO HERÓIS DO TRI

É claramente sabido e legalmente previsto que a violação de direito de imagem, fora das exceções (fins científicos, didáticos, culturais ou com eventos que aconteceram publicamente, ainda, manutenção da ordem pública ou da segurança nacional e do atendimento do interesse público ou social), dá margem à indenização por danos patrimoniais e morais.

Os tribunais pátrios são unânimes em admitir a indenização compatível com o quanto o atleta deixou de ganhar com eventual publicidade em torno de sua imagem, mais o quanto poderia ter sido remunerado por tal licença, lembrando, sempre, o direito individual, personalíssimo e autônomo, além do respeito à disponibilidade da imagem, a qual pertence, somente, a seu titular.

Não se poderia deixar de comentar, no entanto, o acórdão paradigmático proferido do célebre caso “Álbum do Tri”, onde os jogadores que tiveram suas imagens reproduzidas sem autorização moveram ação contra a Editora Abril S/A e obtiveram indenização pelo ato ilícito causado. Colacionar-se-á, outrossim, os acórdãos emitidos pelos tribunais superiores (STF e STJ) a respeito da matéria, preferindo-se aqueles mais recentes a fim de que se torne mais realista a análise do *quantum* recebido por cada parte indenizada.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu bem a diferença entre o direito de arena e o direito de imagem, seus limites e forçosa indenização em caso de uso indevido (REsp 46.420-0/SP).

Tal ação teve como o ministro relator o Sr. RUY ROSADO DE AGUIAR, da 4ª Turma, cujos segundo e terceiro votos foram seguidos por FONTES DE ALENCAR, SÁLVIO DE FIGUEIREDO e BARROS MONTEIRO.

A decisão teve a seguinte ementa:

“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 nº 5.989/1973, art. 100; Lei nº 8.672/1993.”

(Confederação Brasileira de Futebol – CBF, Editora Abril S/A – Recorrentes; Clodoaldo Tavares Santana e outros – Recorridos)

A ação foi proposta em litisconsórcio ativo pelo jogador Clodoaldo e por vários outros campeões mundiais de futebol de 1970 contra a CBF e Editora Abril por terem reproduzido suas imagens em álbum de figurinhas denominado “Heróis do Tri”.

A ação foi julgada procedente em primeira instância e em segunda instância, perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, onde as apelações das recorrentes foram apreciadas, por tratar-se de violação de direito de imagem que enseja indenização.

No recurso das rés-recorrentes, foi alegado que nunca houve violação de imagem dos jogadores, pois se estaria diante de direito de arena do qual é titular a CBF, relativamente à imagem dos atletas em campo, por ocasião dos campeonatos.

A CBF alega que a exploração da imagem dos jogadores de futebol que tenham participado de uma competição, graças ao recrutamento e remuneração patrocinados pela entidade esportiva, está incluída no direito que esta tem de fixar a imagem do espetáculo esportivo em que atuaram os atletas.

O STJ entendeu, no entanto, que o direito de arena é simplesmente uma subtração do direito de imagem (talvez um gênero de sua espécie), daquele que participa do espetáculo para transferi-lo à entidade esportiva, que fica com o direito de autorizar a fixação, transmissão e retransmissão de imagem do espetáculo, distribuindo aos atletas 20% do preço da autorização. Tal dispositivo estava bem claro na Lei Zico, à época em vigor.

O Tribunal entendeu que o direito de imagem é amplo e pertence ao seu respectivo titular. A única exceção é na ocasião de participação de um espetáculo, onde tal atleta ficaria, somente, com a parcela de 20%, e as entidades de prática desportiva, com o maior percentual, sob a justificativa da organização, investimento e remuneração do espetáculo como um todo.

O Tribunal entende que, no contexto do direito de arena, os atletas apenas ajudam a criar o espetáculo e tudo o que for realizado para a sua fixação, transmissão e retransmissão se inseriria nos dispositivos destacados ao direito de arena.

Justifica, ainda, pois não deixa de ser o jogo de futebol um espetáculo artístico, previsto outrora pela Lei de Direitos Autorais de 1971, vinculada de alguma maneira à criação artística daqueles que atuam de forma conexa ao espetáculo.

Esta, segundo o Tribunal, seria a limitação do direito de arena, onde o álbum de figurinhas teria extrapolado o direito específico de fixação, transmissão ou retransmissão. Diz o voto do em. relator: “No caso, a reprodução se deu em circunstâncias alheias ao espetáculo propriamente dito, há muito encerrado, ao qual se vinculava apenas como um efeito imediato”.

Adiciona tal magistrado:

“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 o interesse predominantemente comercial, como está dito no v. acórdão recorrido. Tratava-se, portanto, de situação sobre a qual incide a regra geral: a reprodução do uso da imagem dependia de consentimento dos titulares, pois ‘o uso comercial da imagem de pessoa célebre é totalmente vedado sem o seu consentimento’.” (ÁLVARO ANTONIO DO CABO e NOTAROBERTO BARBOSA, *Direito à própria imagem*, Saraiva, p. 82)

Quanto à indenização, tal acórdão é claro em dizer que não há necessidade de se provar eventual prejuízo, pois o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí, segundo o julgamento, está o dano moral.

Quanto ao dano patrimonial, o v. acórdão determina que estaria presente pelo uso feito pelas demandadas, pela perda do lucro que tal utilização poderia acarretar, por tornar inviável ou dificultoso a participação em outras atividades do gênero:

“A exigência de demonstração do prejuízo afeiçoa-se aos sistemas em que o direito de imagem está ligado a outros direitos, quando então se torna indispensável o reconhecimento de que o ato de

reprodução da figura trouxe prejuízos à honra, à privacidade, etc. Quando, no entanto, se entende o direito à imagem como um direito que “por sua própria natureza, opõem-se *erga omnes*, implicando o dever geral de abstenção (ORLANDO GOMES, *Introdução do direito civil*, p. 132), o prejuízo já está na própria violação.”

Dessa forma, julga o relator que está presente a violação da imagem, pela exploração comercial, com existência de prejuízo.

Comentando tal decisão, o doutrinador especialista CHAVES expõe que:

“Acórdão de 24.08.1993 condenou a Editora Abril e a Confederação Brasileira de Futebol a pagar aos ex-jogadores de futebol, Jairzinho, Brito, Carlos Alberto Torres,

Dida e Paulo César Lima e às filhas de Garrincha a indenização de 2 milhões de reais pelo uso indevido de imagens dos mesmos, quando da produção e venda de álbuns de figurinhas ‘Heróis do Tri’, em 1989.”⁴⁵

Com este trabalho, visou-se dar um panorama atualizado sobre o direito à imagem ligado ao esporte, bem como as suas consequências em caso de violação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, fica claro que os atletas e demais agentes do setor esportivo, bem como seus assessores – estejam eles no campo jurídico ou não -, devem conscientizar-se dos direitos relativos à imagem, por terem reflexos jurídicos importantes, como a responsabilidade civil ou a ofensa a direito personalíssimo, quanto socioeconômicos, tal como a exploração comercial da imagem por meio de licenciamentos e a exposição ao público.

Ora, os direitos da personalidade, dentre os quais destacamos a imagem, estão consagrados na Constituição Federal (LGL\1988\3) brasileira, sendo, portanto, um mandamento nuclear de nosso ordenamento jurídico. Ademais, o Código Civil (LGL\2002\400) de 2002 consolidou a proteção especial e imperativa dos direitos personalíssimos.

Dessa feita, é importante que os diversos atores do desporto estejam preparados para evitar que os direitos dos atletas e/ou dos clubes sejam violados, e, caso ocorra qualquer afronta, a situação seja imediatamente rechaçada.

Esperamos ter demonstrado, ainda que brevemente, os principais tópicos de relevância ao se tratar do direito da imagem no setor desportivo, sob o prisma da exploração econômica.

La base del procedimiento se encuentra en el famoso “derecho de retención” que sin duda nos suena a todos, ya que era una figura del fútbol español que permitía a los clubes continuar con los servicios de un jugador *ad aeternum*. Afortunadamente, esta situación, existente en muchos otros países europeos también, fue desapareciendo en nuestro continente.

Sin embargo, muchos otros lugares siguen manteniendo este hecho, que permite, bien por convenio colectivo bien por ley, que un club de fútbol continúe contando con los servicios de los futbolistas que desee, sin que éstos puedan sino admitirlo sin más.

Esta figura bien podría denominarse jurídicamente como una reconducción del contrato o una renovación unilateral.

Veamos, brevemente, como fueron los hechos que dieron lugar a las decisiones ulteriores, primero de la Cámara de Resolución de Disputas de Fifa y luego, en apelación y definitivamente, del TAS-CAS.

LOS HECHOS

Los jugadores Carlos Bueno y Cristian Rodríguez tenían contratos de trabajo como jugadores de fútbol profesional firmados con el Peñarol de Montevideo con terminación el 31 de diciembre de 2004, aunque el artículo 4 de dichos contrato preveía la posibilidad de una ampliación al 31 del mes de enero de 2005, si hubiera una competición oficial.

En febrero de 2005, y antes de empezar la nueva temporada uruguaya, ambos jugadores tuvieron encuentros con dirigentes del Peñarol para intentar firmar un nuevo contrato, con condiciones económicas diversas a las existentes previamente. Sin embargo, ante la falta de acuerdo y la negativa de los jugadores a firmar un nuevo contrato, el 8 de marzo de 2005, Peñarol los declara en “rebeldía”, según un mecanismo instaurado por el Estatuto del Jugador Uruguayo.

De marzo a junio de 2005, los jugadores tuvieron que entrenarse por su cuenta, ya que el mecanismo denominado “de rebeldía”, impide que se entrenen con el equipo, que usen sus instalaciones, que cobren cantidades pero, de forma extraña, siguen “perteneciendo” al club.

En julio de 2005, el Paris Saint-Germain (PSG) ficha a los jugadores, tras haber revisado los contratos y entendido que aquéllos estaban libres de todo compromiso.

El PSG pide el certificado de transferencia internacional que le es negado por la Asociación Uruguaya de Fútbol (AUF) por entender que existe contrato vigente con su club Peñarol de Montevideo, según el propio club indica.

Solicitada la intervención del Juez único de la Comisión del Estatuto del Jugador, que debe juzgar, según la competencia que le es atribuida por el Reglamento Fifa sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, éste dictamina, en un primer momento, que los jugadores pueden ser inscritos provisionalmente por el PSG, pero en un segundo momento, el día 1 de septiembre, modifica su decisión, tras un especie de “apelación” del Peñarol, que no es tal, ya que se dirige al TAS y no a la propia Fifa sino más bien un intento de “reconsideración”, que, efectivamente es “reconsiderada” por el Juez único.

Los jugadores vuelven pues a no poder ser alineados con el PSG y solo es el 28 de octubre de 2005 cuando, tras una audiencia ante la Cámara de Resolución de Disputas de la Fifa (una de las dos únicas audiencias que se han llevado a cabo ante esa Cámara, aunque el mecanismo es admitido por el Reglamento ya mencionado), ésta dictamina que los jugadores eran libres y que el contrato con el Peñarol finalizó efectivamente el 31 de diciembre de 2004.

Recordemos los fundamentos de derecho en que se basó la solicitud de los jugadores Bueno y Rodríguez, para ser considerados libres de toda relación contractual fueron los siguientes:

En primer lugar, observemos que, según el artículo 25.6. del Reglamento Fifa sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores la Comisión del Estatuto del Jugador, la Cámara de Resolución de Disputas, y los jueces únicos de ambas aplicarán, al tomar sus decisiones, las leyes y/o acuerdos, así como convenios colectivos existentes a nivel nacional, así como la especificidad del deporte.

Esta no es una cuestión menor, ya que fue un punto neurálgico de la defensa del Peñarol y la AUF. Según esa disposición, el órgano que tome la decisión deberá, junto con el Reglamento Fifa, tener en cuenta reglas diversas (como principios generales, leyes, reglamentos, estatutos, convenio colectivos, etc.) del derecho nacional, en este caso uruguayo para determinar sobre el hecho controvertido, y también deberá tener en cuenta la especificidad deportiva.

Si bien también es cierto que se le da una cierta capacidad de apreciación de dichos textos legales (en ese sentido, hay que ver las decisiones del TAS de 21 diciembre 2004, 2004/A.596 et 2004/A597 y anteriormente la del mismo tribunal de 27 agosto 2004, 2003/A/530, que manifiestan que las reglas de Bulgaria y Francia en concreto, leyes en el primer caso y convenio colectivo en el segundo, *no podrían desplegar sus efectos en otro Estado*).

Es decir que el citado artículo 25.6. del Reglamento Fifa no obliga al órgano juzgador a dirimir la cuestión que se le plantea únicamente con la referencia al derecho nacional, aquí uruguayo.

Y, a nuestro entender, sobre todo, el derecho uruguayo que se invoca no puede ni debe estar en contradicción o se incompatible con los principios fundamentales de todo derecho democrático o con las reglas generales de la equidad y, finalmente con el derecho internacional del trabajo.

Tengamos en cuenta, siquiera sea de pasada, que las autoridades de la Unión Europea habían anulado en el año 2001 el antiguo Reglamento Fifa sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, de 1997, tras unas denuncias de partes, ya que era contrario a determinadas reglas y principios elementales del derecho del trabajo, entre los cuales estaba el derecho a la libertad de

trabajo.

En concreto, la Comisión Europea había considerado el 14 de diciembre de 1998 (punto 57 del escrito de la Dirección General IV de la competencia, en el caso contra Fifa antes citado) respecto de las transferencias de un país tercero hacia un club de la Unión Europea “que las restricciones a las transferencias de jugadores así como sus efectos podían regirse por el derecho comunitario aún si el club de origen ejercía sus actividades fuera de la misma Unión Europea”. Una *vis atractiva* de indudable fuerza, habida cuenta que esa misma Unión Europea hizo cambiar de Reglamento a la Fifa.

En el caso que nos ocupa, el análisis de los contratos de los jugadores Buenos y Rodríguez con el Peñarol nos descubre que son contratos de duración determinada, acabando el 31 de diciembre de 2004 y con una prórroga eventual en enero de 2005 (época vacacional y que se reservaba en caso de jugar partidos pendientes) y con una facultad unilateral del club para renovar a los futbolistas, sin que éstos pudieran concretar ninguna oposición a la tácita reconducción decidida por su club (ver en ese sentido el artículo 19 del Estatuto del Jugador Uruguayo).

Con esas bases mínimas, ya podemos reseñar que dichas disposiciones legales y contractuales de Uruguay constituyen una flagrante ilegalidad por entender que contradicen los principios generales del derecho tales como la *libertad contractual* y la *libertad de trabajo*.

Pero, es más aún, esas ilegalidades no son justificadas en modo alguno. En efecto, no hay ningún interés legítimo, por ejemplo para basar ese desequilibrio legal en el interés de la competición o a un supuesto deber de fidelidad contractual.

Las cláusulas de reconducción unilaterales, un a modo de derecho de retención del jugador/trabajador encierran a éstos en una perenne contratación con el club Peñarol y son contrarios a la libertad de trabajo, de forma excesiva.

En casos similares, la Cámara de Resolución de Disputas de la Fifa ya se negó a tomar en consideración las legislaciones laborales nacionales, juzgando ilícitas las facultades de un club empleador de prorrogar un contrato por su único deseo, o de finalizarlo, *a sensu contrario*, sin que la otra parte (el empleado) tuviera derechos idénticos (ver las decisiones de 13 de mayo 2005, nº 55161 y de 22 de julio de 2004, nº 74508).

En concreto, la decisión de 13 de mayo subrayaba que

“en sus consideraciones, respecto de la naturaleza del artículo 2 del contrato, la Cámara recordó que una cláusula que permite solo a una parte el derecho unilateral a finiquitar o a prorrogar un contrato, sin darle a la otra parte derechos similares, es una cláusula de discutible validez.

La Cámara rechaza también las alegaciones del demandado respecto de que el jugador habría aceptado unilateralmente la renovación del contrato por sus propios hechos, al haber participado en las actividades del club hasta febrero de 2005. La Cámara es de la opinión de que el jugador tenía buena fe en la posibilidad de unas negociaciones fructíferas para mejorar sus condiciones financieras. En esas circunstancias, aparecía como lógico que el jugador estuviera en el club por un determinado tiempo negociando. De cualquier forma, cuando vió que el club no tenía intenciones reales de renegociar los términos financieros del contrato, se marchó.”

Por lo tanto, aquí también se manifestó que los jugadores estaban esperando la posibilidad de un nuevo contrato, si bien sobre bases económicas superiores al precedente y se quedaron en el club hasta la ruptura de las negociaciones, cuando aquél, al ver que no firmaban un nuevo acuerdo, les aplicó el mecanismo ya famoso de la “rebeldía”.

Respecto de la decisión de la CRD de 22 de julio 2004, ya citada, ésta precisaba que:

“las opciones unilaterales son, en general, problemáticas, puesto que limitan la libertad de una parte, que no puede utilizar dicha opción. Además, esas opciones no se basan en la reciprocidad, ya que el derecho de extender un contrato se deja solo a una de las partes. En el presente caso, la opción de extender que se contenía en el contrato de trabajo es unilateral solo en favor del club, es decir la parte que es más fuerte en la relación contractual, y podía ser ejercida por el club durante cuatro temporadas. Y es más, en el caso presente, respecto de la opción citada que fue ejercida por el club

para extender el contrato para la temporada 2004-2005 y que no es aceptada por el jugador, éste no obtenía ninguna ventaja aparente, ya que las condiciones de trabajo se mantenía inalteradas. La Cámara concluyó que el derecho de opción unilateral no se adecuaba a los principios generales del derecho del trabajo.”

En el asunto Bueno-Rodríguez, la opción era igualmente unilateral ya que solo el club beneficiaba de esas facultad en condiciones similares, que obligan de forma casi nula al club, ya que el estatuto del jugador uruguayo prevé solamente una subida del IPC.

La equidad contractual y la equidad en el ejercicio de las actividades deportivas en competiciones son incompatibles con un sistema que, como el que nos ocupa, contractual y estatutariamente, coloca al jugador que rehúsa volver a contratar en una “rebeldía” y se hace padecer medidas discriminatorias.

Consecuentemente, y sin que el orden público uruguayo pueda ser violado, y sin que los valores fundamentales del derecho uruguayo hayan sido rebatidos, era claro, y así lo manifestó la Cámara de Resolución de Disputas de la Fifa, que las condiciones contractuales y estatutarias de los jugadores Bueno y Rodríguez eran inaceptables.

Por otro lado, el argumento del club Peñarol, según el cual la libertad contractual perjudicaría a todos los países del continente sudamericano, no puede admitirse jurídicamente, como no lo era, recordémoslo, la tesis sostenida por la FIFA y la UEFA durante el procedimiento que dio lugar a la sentencia Bosman (Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 15 de diciembre de 1995), que sostenía la legitimidad de las reglamentaciones futbolísticas, supranacionales o nacionales, que limitaban la libertad de trabajo de los jugadores, a favor de los clubes europeos. El hecho de intentar que las demás reglamentaciones sudamericanas fueran un apoyo a las tesis de Peñarol no fue bien recibido, por haber sido ya utilizado en el famoso caso Bosman, por las federaciones internacionales. Además, la rebeldía, única en ese género, era específica de la República de Uruguay.

Únicamente a los efectos recordatorios, veamos que en Brasil, por ejemplo, el artículo 28 de la ley “Pelé”, de 24 de marzo de 1998, modificada por la ley de 14 de julio de 2000, dispone que los contratos de trabajo a tiempo determinado de los deportistas profesionales finalizan al término de lo convenido y que solo pueden ser prorrogados por acuerdo entre las dos partes (club y deportista).

En cuanto a Paraguay, el artículo 4 del Estatuto del jugador profesional paraguayo indica que la prórroga de los contratos individuales a tiempo determinado es una facultad que solo puede concretarse por un acuerdo mutuo entre las partes.

Los textos argentinos no contienen la llamada “rebeldía”, aunque sí la posibilidad de prorrogar el contrato de forma unilateral por el club, pero no le impide ni cobrar su salario ni ser “apartado” del equipo como en Uruguay, lo que constituye una diferencia obvia.

LA DECISIÓN DE LA CÁMARA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DE LA FIFA Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL DEL DEPORTE (TAS-CAS)

LA DECISIÓN EN FIFA

En caso ante FIFA se realizó por escrito pero también en audiencia urgente ante la Cámara de Resolución de Disputas, que tiene jurisdicción sobre los casos de litigios contractuales. El hecho de tener una audiencia da fe de la importancia del asunto.

Los argumentos que empleé y que fueron luego recogidos por la Cámara son, en síntesis, los siguientes.

RESPECTO DEL REGLAMENTO FIFA SOBRE EL ESTATUTO Y LA TRANSFERENCIA DE JUGADORES

a) El caso en cuestión debía verse desde el prisma obvio de una transferencia internacional, ya que dos clubes de dos federaciones distintas estaban involucrados.

En ese sentido, no olvidemos que Fifa es la competente para ello, tal y como dispone su Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores.

b) Ante la competencia de FIFA, se debía aplicar el Reglamento y no el Estatuto Uruguayo.

c) El Reglamento FIFA determina que un jugador es libre al finalizar su contrato (artículo 13) y que todo contrato de jugador profesional debe constar por escrito (artículo 2.2).

De esa forma, entendía que una renovación unilateral de contrato no podía considerarse de conformidad con dicho Reglamento.

RESPECTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

a) La prórroga unilateral y automática de un contrato por el club constituía una cláusula abusiva y contraria a los principios de la libertad contractual y de la libertad del trabajo.

b) El Estatuto Uruguayo no podía desplegar sus efectos extraterritorialmente. En ese sentido, si una ley de un país es ilegal en otro, no se puede pretender aplicarla en éste último. Por ejemplo, si la esclavitud fuera admitida en algún país y un esclavo se escapara de éste y fuera a otro, el primero no podría reclamar el retorno del mismo sobre la base de la existencia de la esclavitud en su país.

c) La rebeldía, prevista por el artículo 37 del Estatuto Uruguayo, constituye una afrenta grave al principio de libertad personal del jugador/trabajador, así como al principio de la libertad contractual y es contraria a todas las normas reconocidas por el derecho del trabajo. Así, tener todos los derechos sobre un jugador sin tener ninguna obligación (entrenar, jugar, pagar...) no es admisible.

d) La rebeldía priva al jugador del ejercicio de su actividad asalariada, principio fundamental reconocido por el Derecho Internacional Público y del Trabajo.

RESPECTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS Y DEL TRIBUNAL ARBITRAL DEL DEPORTE (TAS-CAS) DE LAUSANNE

a) La propia Cámara de Fifa ya había intervenido en otros casos donde, eso sí solo contractualmente y no en convenio colectivo como en el presente procedimiento, existía una cláusula unilateral de prórroga a favor de un club, y la había rechazado por contraria a derecho, sobre todo, como en el presente caso, cuando los elementos favorables al jugador eran nulos (el simple aumento del IPC no podía considerarse de ninguna manera como favorable sino como un ajuste al contrato anterior para mantener el poder adquisitivo).

b) El Tribunal Arbitral del Deporte, en dos ocasiones anteriores, en las que pude intervenir como Letrado, ya había manifestado la imposibilidad de considerar que un convenio nacional pudiera desplegar efectos en una transferencia internacional. De hecho, el propio Reglamento Fifa prevé que la Cámara podrá tener en consideración O NO esos convenios, acuerdos o incluso leyes estatales, pero no serán de obligado cumplimiento en ese tipo de transferencia.

RESPECTO DEL PROPIO ESTATUTO URUGUAYO DEL FUTBOLISTA PROFESIONAL

Incluso, en el hipotético caso de la existencia de un contrato válido desde el punto de vista Fifa o internacional, la propia actuación de Peñarol era contraria a su Estatuto y, también, los jugadores habían de quedar libres.

Así, los salarios de meses vencidos han de pagarse máximo diez días después de éstos, con lo que los jugadores reclamaron el mes de febrero (esto es, antes de ser declarados en "rebeldía" y aún sin contrato escrito pero, *ad cautelam*) por medio de notario el 14 de marzo de 2005.

El Estatuto Uruguayo permite que las reclamaciones se hagan ante la AUF (artículo 41 del mismo) y así lo hicieron los jugadores, no recibiendo noticia oficial del club hasta el 18 de agosto de 2005 (nótese que fue la fecha en que el Juez único de Fifa otorgó el certificado internacional de transferencia provisional, en una decisión luego anulada por él mismo). Ese mismo Estatuto permite que, si el pago de lo reclamado no se ha hecho o depositado en 90 días desde la reclamación, el jugador reclamante se considerará libre, si así lo desea.

Y esto fue lo que desearon ambos jugadores, cuando pasados los 90 días indicados (14 de junio de 2005) se consideraron libres y entablaron negociaciones con el PSG, con la firma ulterior del consiguiente contrato de trabajo de futbolista profesional.

Estos argumentos, como decía, fueron recogidos en su totalidad por la Cámara de Resolución de Disputas, en su decisión de fecha 28 de octubre de 2005, considerando la inexistencia de relación contractual entre Peñarol y los jugadores Carlos Bueno y Cristian Rodríguez, denegando a dicho club cualquier posibilidad de indemnización al no existir rescisión unilateral del contrato por los jugadores y, al tiempo, autorizando a la Federación Francesa de Fútbol a registrar a los citados futbolistas.

LA SENTENCIA DEL TAS

En cuanto a la sentencia del TAS, ésta dio finalmente la razón a los jugadores Carlos Bueno y Cristian Rodríguez en el procedimiento de apelación que el Peñarol de Montevideo interpuso contra una decisión anterior de Fifa, y en una decisión de 13 de julio de 2006.

Dicha sentencia sienta una base que, sin duda, todavía no hemos podido aprehender y es que la histórica “cláusula de renovación unilateral” a favor de los clubes, existente en el fútbol uruguayo (y, quizá, en otros países sudamericanos) es ya historia.

Los clubes uruguayos (y de otros lugares de Sudamérica, o incluso en China) no podrán ya ejercerlo, al menos cuando se trate de transferencias internacionales, ya que esa cláusula es contraria al Reglamento Fifa sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, así como al propio derecho Suizo, que se aplica supletoriamente, según el Código de arbitraje del TAS y los propios Estatutos de Fifa, recientemente modificados en ese sentido.

Además, el TAS impuso las costas del procedimiento al Peñarol, lo que, en definitiva, demuestra que el procedimiento y la sentencia fue todo un éxito para los jugadores.

Veamos pues a continuación, parte de los fundamentos de la sentencia y algunos aspectos procedimentales de cierta importancia.

En primer lugar, se presentaron determinadas pruebas el día de la audiencia, de las cuales la más importante era un dictamen jurídico de un catedrático universitario suizo que, si bien inicialmente la formación arbitral entendió que debía descartarse por presentada fuera de plazo, siendo que se publicó ulteriormente en una revista especializada de derecho deportivo (Causa Sport 2/2006), y por el principio *iura novit curia*, se tuvo en cuenta y, como veremos ulteriormente, fue rebatida, ya que Peñarol la aportó para su defensa.

En segundo lugar, el Tribunal se preguntó sobre el derecho aplicable al caso. Como ya hemos avanzado, nuestra opinión era bien distinta a la de Peñarol y no admitía que el derecho uruguayo pudiera ser aplicado.

En ese sentido, el TAS-CAS consideró que el deporte es “por naturaleza un fenómeno que trasciende las fronteras. Es por lo tanto no solo deseable sino indispensable que las reglas que rigen el deporte a nivel internacional tengan un carácter uniforme y ampliamente coherente en el mundo entero.

Esta premisa es de vital importancia, si bien se tuvo que entrar en el fondo mismo del derecho suizo y de su Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP), que prevé que las partes pueden elegir el derecho aplicable o incluso que el derecho aplicable, en defecto del elegido, fuese el que presentara la ligazón más estrecha con el caso. Así, en caso de que no se hubiera habido elección de derecho, el artículo 187 de la LDIP prevé esa posibilidad que es, inicialmente, de difícil consideración.

La cuestión no era sencilla si bien es cierto que no hubo elección de derecho aplicable, pero entonces ¿cuál debía aplicarse?

El artículo 58 del Código de Arbitraje del TAS-CAS manifiesta que la formación arbitral puede decidir “según los reglamentos aplicables y las reglas de derecho elegidas por las partes, o en defecto de ello, según el derecho del país en el que se encuentre la sede de la federación, asociación u otro organismo deportivo que haya tomado la decisión apelada o según las reglas de derecho que la formación estime de apropiada aplicación. En este último caso, la decisión de la formación debe ser motivada”.

Para el TAS, las reglas a aplicar fueron, indudablemente, las de la Federación internacional que tomó la decisión, la Fifa y, por lo tanto, ya que el artículo 59.2 de los Estatutos de la Fifa refleja que “el

procedimiento arbitral se rige por las disposiciones del código de arbitraje en materia deportiva del TAS. El TAS aplica en primer lugar los diversos reglamentos de la Fifa así como, a título supletorio, el derecho Suizo.” Parece pues que el asunto de la legislación aplicable, habida cuenta tanto de la LDIP suiza, de Código del TAS y de los Estatutos Fifa, y que se debía tener en cuenta los reglamentos de esa misma Fifa y el derecho Suizo.

También, de forma indirecta, los jugadores y los clubes de este litigio, por el hecho de formar partes de federaciones (uruguaya y francesa) que forman parte de la Fifa, debían también someterse a los Reglamentos de esta. Este asunto ya fue incluso debatido en el Tribunal Federal Suizo (recordemos que es el órgano ante el cual se puede, solo en contados casos, recurrir un laudo del TAS) y así se aceptó, respecto de una sentencia del TAS que fue apelada ante el mismo). En resumen, se aceptó la prevalencia de los reglamentos Fifa y, a título supletorio, la aplicabilidad del derecho Suizo y solo, complementariamente, se podrán tener en cuenta las normas nacionales, de acuerdo con el artículo 25.6 del Reglamento Fifa sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores. En ese último caso, sin olvidar la reiterada jurisprudencia del propio TAS, respecto de la uniformidad jurídica necesaria del deporte, así que como esas reglas nacionales no pueden ser contrarias a los principios del citado Reglamento Fifa y que, finalmente, unas reglas nacionales no podrían afectar a partes no sometidas al derecho de la nación en cuestión.

Una vez satisfecha la importante cuestión del derecho aplicable, si bien solo hemos dado unas pinceladas del enorme trabajo desplegado, en ese sentido, por todos los letrados que conformábamos la defensa de las distintas partes, así como el de la propia formación del TAS, que consta en el laudo, podemos adentrarnos en las consideraciones sobre la validez o no de los contratos y de la cláusula contractual de opción unilateral uruguaya.

El TAS consideró que el sistema de opción unilateral uruguayo era incompatible con el Reglamento Fifa, habida cuenta de que la posibilidad de continuar la relación contractual quedaba solo a merced del club y que, en todo caso, la duración del contrato no quedaba acordada mutuamente. Además, consideró que el aumento del IPC “no refleja de forma equitativa la progresión de un jugador y su valor”. Esta frase es de hondo calado, ya que, incluso puede llevar a pensar que una remuneración acorde con esa progresión podría ser aceptada, incluso si fuera unilateral. Esta no es la cuestión que nos ocupa, pero ha de poder ser estudiada en el futuro. Sin embargo, ¿Cuál sería la cantidad o remuneración acorde a la progresión? Es un punto delicado, pero, como decía, la frase da que pensar, y así he querido entresacarla para goce intelectual de los lectores y compañeros del mundo del derecho.

Otro punto básico fue el que el club puede, si no le interesa un jugador, no prorrogar su contrato, dejando por lo tanto solo a los jugadores de “interés” la posibilidad de esa renovación unilateral.

En definitiva, concluyo el TAS que ese sistema reenviaba, como ya lo hemos manifestado anteriormente, a épocas abolidas, pre-Bosman y que el Reglamento ya se modificó por ese motivo y que, por lo tanto, es incompatible no solo con esas modificaciones sino con el espíritu renovador del Reglamento.

Respecto del derecho suizo, se hizo notar que debe haber una mutua posibilidad de rescindir los contratos y que esa posibilidad debe ser igual en el preaviso temporal. En el caso que nos ocupa, es aún peor, ya que solo una parte tiene la posibilidad de “rescindir” o de no renovar, el propio club y que, por lo tanto, sería contrario al artículo 335.a. del Código de Obligaciones.

De igual forma, el derecho suizo (de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Federal helvético) subraya que un sistema que entrega a un trabajador al libre albedrío de su empleador es, en palabras del propio Tribunal “inmoral” y, por ende, “incompatible con los valores fundamentales del derecho suizo”.

Finalmente, el mecanismo denominado “de rebeldía” es la aplicación de una sanción que “contraviene fundamentalmente los principios elementales de la protección de la personalidad de los trabajadores en derecho suizo”.

Podríamos seguir con otras manifestaciones de TAS, todas ellas en el mismo sentido, recogiendo derecho suizo y jurisprudencia de ese país, pero las pinceladas que hemos esbozado nos parecen más que suficientes para establecer el criterio básico en el que se basó la demanda de los jugadores

y que ha ratificado el TAS: la nulidad del derecho de opción unilateral de los contratos de trabajo de futbolistas profesionales en Uruguay, a pesar de su “legalidad” nacional (que podría quedar, a mi entender, también en entredicho, habida cuenta de la propia Legislación de ese país) y del mecanismo de “rebeldía”, conllevando la libertad de los jugadores Bueno y Rodríguez al final de su contrato, sin que hubiera posibilidad, por parte de Peñarol, de retenerlos en contra de su voluntad.

CONCLUSIONES

Esta decisión del TAS no puede ser considerada como una más, sino como el comienzo real de una jurisprudencia internacional deportiva (lex sportiva) que, yendo más allá de la mera contemplación jurídica y del análisis de los reglamentos, dictamina que los deportes y sus practicantes (clubes, deportistas) están sujetos a una reglamentación internacional que no puede admitir diferencias a nivel nacional. Si bien esto ya se había reflejado en algunos laudos del TAS, anteriores a éste, no podemos olvidar que el fútbol es quizá el motor más decisivo del deporte mundial y el que se haya decidido en este deporte la existencia real y clara, sin tapujo alguno, de una regla internacional que los estados no pueden detraer de la propia, es un avance indudable.

Si, además, nos encontramos con que se ha juzgado una problemática laboral, que son las que más dificultades entrañan en el fútbol internacional, no podemos por menos que congratularnos de ese nuevo paso.

La disputa en cuestión no era menor, ya que se trata de modificar una institución admitida tanto por clubes como, y he ahí la novedad, por los propios jugadores. Ha hecho falta una decisión de dos valientes futbolistas, Carlos Bueno y Cristian Rodríguez, para que muchos otros puedan, a partir de ahora, valerse de esta vía que iguala las relaciones entre empleado y empleador del fútbol.

Pero, a pesar de que los dirigentes de Peñarol apuntan a que, a partir de ahora, de nada servirá formar a jugadores si van a quedar libres sin contraprestación económica, no podemos sino estar en total desacuerdo con esa visión unipersonal. El problema no es de la formación de jugadores ni de la obtención de un beneficio por ello, sino de la concepción contractual que se tenía de la relación entre clubes y jugadores. El contrato se hacía solo por un año y si, al cabo de éste, el futbolista era válido para el club, se le renovaba con la cláusula de opción unilateral, pero, si no lo era, simplemente se le dejaba sin contrato.

Esta situación jurídica era injusta y desproporcionada, a favor de los clubes. Ahora, sin embargo, aparte del cambio reglamentario que, sin duda, se llevará a cabo, es lógico pensar que se formalizarán contratos de mayor duración y, de esa forma, los clubes formadores podrán tener la posibilidad de traspasar a sus jugadores, sin que éstos estén atados de forma ilegítima. No afectará a la formación sino, al contrario, la hará más fuerte y será beneficiosa para los clubes.

En efecto, los clubes, con contratos de mayor duración, tendrán un control sobre los jugadores durante ese lapso de tiempo, pero en contraprestación, los jugadores tendrán asegurados contratos más largos, y por ende una seguridad jurídica y económica que antes no tenían. Es simple y llanamente, una relación de mayor igualdad que la que hasta ahora existía.

Finalmente, también recordemos que, en las transferencias internacionales, existe un mecanismo de formación y promoción, del Reglamento Fifa, que hace obtener a los clubes formadores, incluso al finalizar su contrato con un jugador (hasta sus 23 años), unas cantidades que no son desdeñables.

Además de ello, el TAS indicó que aún si se hubiera aplicado el derecho uruguayo, los jugadores hubieran quedado libres por los impagos de salarios existentes, y de acuerdo con el artículo 41 del Estatuto del jugador uruguayo. Es un tema menor, en el aspecto general del caso, pero de vital importancia, ya que, de haberse aplicado el derecho uruguayo, cosa que no se hizo, y si el mecanismo de reclamación por parte de los jugadores no hubiera sido adecuado, el final del caso podría haber cambiado. Pero, no aplicado el derecho uruguayo, la cuestión no era de tanta relevancia, si bien el TAS la trató, entendiendo que aún así, Peñarol había incumplido con el citado Estatuto del jugador uruguayo y que los jugadores hubieran quedado también libres.

Las consecuencias inmediatas en Uruguay han sido una auténtica conmoción y la primera impresión que ha quedado ha sido la de que los clubes ya no podrán formar jugadores, al no existir el denominado “pase”.

Este error de base, voluntariamente o involuntariamente propagado en ese país, no puede ser admitido en caso alguno. En efecto, no podemos olvidar que no se trata de liberar a todos los jugadores sino de que los jugadores que hayan finalizado contrato no puedan ser obligados a continuar en un club, de forma unilateral por éste.

Sí se podrán realizar contratos de mayor duración y, para que el jugador se libere de éste, deberá o bien ser traspasado de mutuo acuerdo a un club tercero o bien, si rescinde el contrato sin justa causa, ser sancionado por Fifa y tener que pagar, él y/o su nuevo club, una indemnización que será la que esté pactada en el contrato u, en otro caso, la que dictamine la Cámara de Resolución de Litigios.

Se trata, por lo tanto, de que los clubes crean en sus jugadores y les hagan contratos más largos, con lo que los futbolistas sí tendrán una estabilidad contractual y los clubes la posibilidad de obtener un beneficio económico, bien por traspaso bien por indemnización. No es, por lo tanto, más que llegar a un acuerdo que beneficie a ambas partes, pero no solo a una.

Esta sentencia podría ser una revolución, y de hecho lo es desde el punto de vista de la concepción de la relación jugador/club de muchos países sudamericanos, e incluso de otros continentes, como China, que también opera con ese tipo de opción unilateral, pero no es nada que no pueda prevenirse con una adecuada modificación contractual, realizada a tiempo. Es, por lo tanto, el comienzo de un adiós a un tiempo de relación piramidal y el inicio de una era de mayor igualdad y de derechos recíprocos en los que ambas partes habrán de apostar por una contratación corta y, por ello, con pocas posibilidades de obtención de un beneficio económico para el club, o de una contratación más larga, que permita ese beneficio, llevando en cualquier caso a una mayor estabilidad del futbolista.

Como siempre, el apasionante mundo del derecho deportivo, y más aún en el fútbol que parece una avanzadilla de los demás deportes, nos ha llevado a un caso que ha cambiado, al menos, la vida de dos deportistas, y de otros detrás de ellos (por nombrar a Joe Bizerra, que se marchó al Cagliari italiano o de Sergio Leal, que lo hizo al Universitario San Martín de Porres, de Perú), y que puede hacer que se cambien las legislaciones. Pero no por ello es una revolución, sino que demuestra que las situaciones legales han de negociarse entre las distintas partes del fútbol y que todas ellas son iguales entre sí.

1 JABUR, Gilberto Haddad. Limitações ao direito à própria imagem no novo Código Civil (LGL\2002\400). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo código civil*. São Paulo: Método, 2003. p. 4.

2 ELIMAR SZANIAWSKI, em sua obra *Direitos de personalidade e sua tutela* (2. ed. RT, 2005. p. 144), comenta tal orientação no seguinte sentido: “O art. 5º, da Constituição de 1988, arrola diversos direitos especiais de personalidade, tipificando-os em seu *caput* e, esparsamente, nos diversos incisos do artigo. Destacam-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No inciso III, do mesmo artigo, garante a Carta-Magna o direito à integridade psicofísica; no inciso V, o direito de resposta e à imagem; no inciso IX, é garantido o direito à livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; o inciso X, expressamente garante o direito à intimidade, o direito à vida privada, o direito à honra e o direito à própria imagem da pessoa; no inciso XII, está expresso o direito ao segredo epistolar, das comunicações telegráficas, telefônicas e dados. Os incisos XIII, X V, XVI e XVII explicitam diversas modalidades de liberdade, tutelada como um todo no *caput* do ar. 5º, consoante foi anteriormente informado. Os incisos XXVII, XXVIII, alíneas a e b, e XXIX asseguram proteção aos direitos do autor e do inventor e o inciso XXXV contempla todo o acesso à justiça”.

3 JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit., p. 11-44.

4 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Revista e atualizada por Carla Bianca Bittar. Forense Universitária, 2005. p. 90.

5 LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO, em seu artigo “O conteúdo do direito à própria imagem: um

exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional” (*Revista do Advogado*, n. 73, p. 119), corrobora que “quando um modelo fotográfico, num comercial de esmalte, tem as suas mãos identificadas, mesmo que seu rosto não esteja visível na fotografia, estamos diante de uma situação de imagem protegida. As partes do corpo, devidamente identificadas, compõem o conjunto da imagem. A voz, o nariz, os pés são todos extensões do retrato [...]. Nesses casos estamos diante da imagem protegida, pois a partir dessas partes chegamos ao rosto [...]”.

6 TELLES JR., Gofredo, apud DINIZ, Maria Helena. *Novo código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. p. 23.

7 Art. 60, § 4º, CF/1988 (LGL\1988\3): “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”.

8 FAVA, Irineu Jorge. *O (abuso) do direito à própria imagem na publicidade*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – PUC/SP, São Paulo, out. 2004. p. 75.

9 ARAÚJO, Luiz Alberto David de. Op. cit., p. 119

10 Idem, p. 119.

11 Ibidem, p. 119.

12 FAVA, Irineu Jorge. Op. cit., apud ALVES, P. V. *Direito à imagem*. São Paulo: PUC, 2003. p. 21.

13 DINIZ, Maria Helena. *Estudos de direitos de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e anos morais*. 1. ed. Forense Universitária, 2002. p. 79.

14 JABUR (op. cit.) ao comentar tal dispositivo afirma que “A tutela da vida, da integridade corporal, das partes do corpo humano, isoladas ou não, da destinação do cadáver, como também da liberdade, honra, privacidade, imagem, identidade e o direito moral do autor – sintética classificação dos direitos personalíssimos que nos pareceu suficiente, a despeito de majorada por muitos tratadistas-, jamais cessa, senão, e ordinariamente, com a morte, que exaure a personalidade (CC, art. 6º.), tirante alguns direitos que não fenecem com a pessoa e se perpetuam com e entre os sucessores, como o direito à imagem-retrato (eternizada pela memória mecânica) ou à imagem-atributo (mantida pela natural preservação dos característicos pessoais amealhados em vida), à identidade (porque a defesa do nome não se esvai com a morte civil) e à honra (que também se funde e se confunde com a honra dos sucessores do finado, nos quais também se titularizará o direito de ação, cf. CP (LGL\1940\2), art. 138, § 2º, e Lei nº 5.250/1967, art. 40, I, d). Genérica, mas suficiente, é a tutela aos personalíssimo direitos do falecido, destacadamente regradada no art. 12 do novo Código”.

15 Neste sentido DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil (LGL\2002\400) comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. p. 23: “Os direitos da personalidade são, em regra, indisponíveis, mas há temperamentos legais quanto a isso, visto que se admite a sua disponibilidade relativa, por exemplo, quanto: a) ao direito à imagem, pois em prol do interesse social ninguém poderá recusar que sua foto fique estampada em documento de identidade, e pessoa famosa pode explorar sua efígie na promoção de venda de produtos, mediante uma remuneração convencionada”.

16 JABUR, op. cit.

17 JABUR, op. cit.

18 Apud JABUR, p. 17.

19 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 33.

20 Informação obtida por meio de reportagem transmitida pela rádio CBN, em 17 de julho de 2006, boletim “Meio e Mensagem”, repórter Regina Augusto, <http://radioclick.globo.com/cbn>.

21 FAVA, Jorge Irineu. Op. cit., p. 182.

22 Art. 186, Código Civil (LGL\2002\400) de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

23 Art. 187, Código Civil (LGL\2002\400) de 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

24 FAVA (op. cit., p. 182), a esse respeito, leciona que “a responsabilidade da celebridade pela propaganda que participa pode se dar no campo da conduta dolosa, caracterizada pelo abuso do direito de uso da imagem, prevista no art. 187 do Código Civil (LGL\2002\400), quanto culposa, consubstanciada na negligência ou imprudência, como consta do art. 186 do mesmo Codex”.

25 A revista Isto É Dinheiro, datada de 14 de junho de 2006, exemplar nº 456 publicou, em suas páginas 90 a 93, uma reportagem de impacto sobre o episódio, onde se pode revelar que o próprio craque anunciou que: “é uma chuteira nova. Acho que veio com uma costura que não tinha”. Segue em seu relato, destacando que “naquele momento, cerca de 20 milhões de pessoas que assistiam ao jogo viram um dos mais importantes garotos-propaganda da Nike dar um pontapé na patrocinadora do produto que ele deveria promover. [...] é que tais chuteiras, do modelo Mercurial Vapor III, são desenvolvidas em conjunto com o craque. Ele diz o que ajustar. Onde alargar. [...] e, acima de tudo, acompanhou todo o processo de confecção das malfadadas chuteiras. A Nike acredita, inclusive, que pode usar o caso das bolhas a seu favor. Ronaldo é nosso principal cliente nesse aspecto. Qualquer crítica que ele fizer aos calçados que ele mesmo ajudou a desenvolver é bem-vinda e serve para melhor o produto”.

26 Art. 12 da Lei nº 8.079/1990: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

27 FAVA, Jorge Irineu. Op. cit., p. 184 e 196.

28 Os autores concordam com a análise realizada por Fava (op. cit.) relativamente ao código do CONAR e as consequências do *endorsement* no mundo publicitário, raramente analisadas nos livros de doutrina de nosso País.

29 CHAVES, Antônio. *Direitos conexos*. LTr, p. 607.

30 DANNEMANN; SIEMSEN; BIGLER; IPANEMA MOREIRA. *Comentários à lei da propriedade industrial e correlatos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 244.

31 Tais incisos serão tratados de forma mais aprofundada adiante, restando uma mera explanação nesse momento.

32 CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 607.

33 Marca Ronaldinho Gaúcho, Dona Miguelina, Assis, Bola, Deisi, Ronaldinho, Diego, Bala, mista, nº 828.349.363, depositada em 16.05.2006, em nome de Mauricio de Sousa Produções Ltda.

34 FAVA, Irineu Jorge. Op. cit., p. 139.

35 DINIZ, Maria Helena, Op. cit., p. 89.

36 Maria Helena Diniz, ao comentar o novo Código Civil (LGL\2002\400), é acertada em afirmar que “A interpretação do ato negocial situa-se na seara do conteúdo da declaração volitiva, pois o intérprete do sentido negocial não deve ater-se, unicamente, à exegese do negócio jurídico, ou seja, ao exame gramatical de seus termos, mas sim em fixar a vontade, procurando suas consequências jurídicas, indagando sua intenção, sem se vincular, estritamente, ao teor lingüístico do ato negocial.

Caberá, então ao intérprete investigar qual a real intenção dos contratantes, pois sua declaração apenas terá significação quando lhes traduzir a vontade realmente existente” (*Novo Código Civil* (LGL\2002\400) *comentado*, sob a coordenação de Ricardo Fiuza, Saraiva, p. 120).

37 EZABELLA, Felipe Legrazie. *O direito desportivo e a imagem do atleta*. Monografia (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP. IOB Thomson, 2006. Tal autor cita, adicionalmente a tal defesa ensinamentos de Alcides Leopoldo e Silva Junior, os quais também julgamos oportunos a este trabalho: “O consentimento quanto a utilização da imagem não se presume unicamente pelo fato da pessoa retratada ser famosa ou atuar no mundo artístico, ou por não auferir-se vantagem econômica, ou mesmo pela ausência de resistência do retratado no momento da captação da imagem, devendo-se levar em conta uma conjunção de fatores, tais como a habitualidade da pessoa consentir na sua retratação, a sua notoriedade, a sua ausência de relação com a vida privada ou violação à honra, a finalidade de utilização e outros, nem sempre sendo tarefa simples dirimir-se tal controvérsia havendo arrependimento posterior do retratado. Admitindo-se a possibilidade de haver consentimento tácito quanto à utilização da imagem, aquele somente se evidenciará pela atitude de tolerância do retratado, e o ônus da sua demonstração compete àquele que dela se utiliza” (*A pessoa pública e seu direito de imagem*: políticos, artistas, modelos, personagens históricos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 42).

38 Nos ensinamentos da experiente advogada Eliane Y Abrão, estudando as modalidades de cessão de direitos de autor o que se aplicaria ao direito de imagem, “mas se a cessão parcial não exclusiva, ou seja, reservando-se o autor o direito de ceder outras porções ideais do mesmo direito a terceiros, enquanto houver adquirentes interessados, repetir-se-á o milagre da multiplicação dos pães, pois as obras do espírito que não sejam fisicamente mensuráveis, especialmente as dos gêneros dramático e musical, não terão suas limitações no espaço, podendo, em teoria, subdividir-se ao infinito” (*Direitos de autor direitos conexos*. Editora do Brasil, 2002. p. 134).

39 Ibidem.

40 Ob. cit., p. 146

41 CF (LGL\1988\3), 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. Parágrafo 1º: Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”.

42 CHAVES, Antônio. *Direitos conexos*. LTr, p. 616.

43 CHAVES, op. cit., p. 625.

44 CHAVES (op. cit., p. 626) comenta que, “Diferentemente deste, o direito à própria popularidade não visa a evitar a difusão de notícias referentes à própria vida privada, mas a impedir que outras pessoas, diferentes da personagem célebre possam difundi-la. A própria natureza jurídica é diferente devendo-se reconhecer o direito à publicidade como um direito patrimonial de caráter real”.

45 Op. cit., p. 649.