

Do direito de propriedade intelectual das celebridades

Denis Borges Barbosa (dezembro de 2011)

UM DIREITO À CONSTRUÇÃO MÍTICA	1
A criação do herói.....	4
A construção pretoriana do direito americano do right of publicity	5
Do uso dessa imagem no direito estrangeiro e brasileiro	7
A construção brasileira.....	9
Da elaboração brasileira do direito das celebridades esportivas	12
A Persona como constructo.....	15
O do sujeito desse interesse.....	17
Do conteúdo econômico do constructo	17
Da titularidade desse interesse	21
Dos ônus e dos benefícios de ser celebridade	21
Os deveres resultantes da construção da notoriedade	24
A distinção entre a pessoa e a persona	25
Dos benefícios econômicos do constructo	29
A responsabilidade pelo endosso	32
Da construção da persona no campo da propriedade intelectual.....	34
DO CONSTRUCTO COMO CRIAÇÃO INTELECTUAL	36
O que é criação intelectual.....	36
Mas nem toda criação intelectual cabe no campo autoral	38
A construção doutrinária da persona no direito autoral pátrio.....	43
A questão da proteção autoral dos personagens	44
Da personagem-retrato.....	44
Da personagem encenada.....	45
Da personagem como obra autoral.....	48
A objetivação do constructo como requisito da obra	51
Como se faz o constructo como obra	53
A celebridade como personagem autoral.....	54
A fabulação do personagem-celebridade.....	54
Da verossimilhança e da pessoa real.....	56
A celebridade é obra do espírito?	58
A celebridade é excluída pelo rol do art. 8º?.....	60
DAS LIMITAÇÕES AO DIREITO	61
Das limitações inerentes ao estatuto autoral.....	64
Das limitações relevantes do confronto de interesses públicos.....	66
Das limitações inerentes ao princípio da veracidade	67
Da responsabilidade contida no tocante ao direito de marcas	68

Um direito à construção mítica

Como notava David Vaver em 1978:

As pessoas que adquiriram fama e chamam a atenção e a imaginação do público descobriram que eles podem transformar a sua celebridade em dinheiro. Os anunciantes os querem para endossar seus produtos. Grupos como os Beatles ou, mais recentemente, Abba descobriram que sua capacidade de se vender vai muito além além da esfera de discos e shows ao vivo, e se estende a parafernália como brinquedos, camisetas, cosméticos, emblemas, pingentes e

cartazes - na verdade a faixa de bens e serviços possíveis é limitado apenas pela imaginação de empresários.¹

Conforme publicação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual²,

Usando a imagem de alguém para benefício comercial.

Muitos países reconhecem que os indivíduos têm o direito de publicidade. O direito de publicidade é o oposto direto do direito de privacidade. Ele reconhece que a imagem de uma pessoa tem valor econômico que se presume ser o resultado do esforço da própria pessoa e dá a cada pessoa o direito de explorar sua própria imagem. (...)

Embora o direito de publicidade seja frequentemente associada com celebridades, todas as pessoas, independentemente de quão famosas, têm o direito de impedir o uso não autorizado de seu nome ou imagem para fins comerciais. No entanto, como uma questão de prática, o direito de publicidade são geralmente trazidos por celebridades, que estão em melhor posição do que os indivíduos comuns para demonstrar que a sua identidade tem valor comercial. (...)

E, ainda³:

Sugerindo que alguém está autorizando ou endossando um produto ou serviço.

A estrela do golfe Tiger Woods atua em comerciais de Buick, a tenista Anna Kournikova promove Omega Relógios e Nicole Kidman é o rosto da Chanel n ° 5. As empresas têm muito apreciado

¹ "People who have acquired fame and caught the public attention and imagination have found that they can turn their celebrity into cash. Advertisers want to endorse their products. Pop singing groups such as the Beatles or, more recently, Abba have found their marketability extends well beyond the sphere of records and live shows and into such assorted paraphernalia as toys, T-shirts, cosmetics, badges, pendants and posters - indeed the range of possible goods and services is limited only by the imagination of entrepreneurs" VAVER, David, The Protection of Character Merchandising - A Survey of Some Common Law Jurisdictions, IIC 1978 Heft 6 541

² "Using someone's image for commercial benefit. Many countries recognize that individuals have a right of publicity. The right of publicity is the direct opposite of the right of privacy. It recognizes that a person's image has economic value that is presumed to be the result of the person's own effort and it gives to each person the right to exploit their own image. (...) Although the right of publicity is frequently associated with celebrities, every person, regardless of how famous, has a right to prevent unauthorized use of their name or image for commercial purposes. However, as a matter of practice, right of publicity suits are typically brought by celebrities, who are in a better position than ordinary individuals to demonstrate that their identity has commercial value". VERBAUWHEDE, Lien, Legal Pitfalls in Taking or Using Photographs of Copyright Material, Trademarks and People, encontrado em http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/ip_photography.pdf; e VERBAUWHEDE, Lien, Savvy Marketing: Merchandising of Intellectual Property rights, 2004, <http://www.wipo.int/sme/en/documents/merchandising.htm>.

³ Suggesting that someone is authorizing or endorsing a product or service. Golf star Tiger Woods acts in Buick commercials, tennis player Anna Kournikova promotes Omega Watches and Nicole Kidman is the face of Chanel No 5. Businesses have long appreciated the value that celebrities bring to the promotion of their wares. The presence of a celebrity seems to be an effective tool of quickly attracting consumer attention to a product or service and creating high-perceived value and credibility. However, before using the photograph of a person in an advertisement to sell products or promote services, it is strongly advisable to get prior explicit permission of that person. Without authorization, that person would have grounds to take action against you for "passing off" or for "unfair trade practices."

o valor que as celebridades trazer para a promoção de seus produtos. A presença de uma celebridade parece ser uma ferramenta eficaz de rapidamente atrair a atenção do consumidor para um produto ou serviço e criação de valor percebido alto e credibilidade ⁴.

Como diz a publicação, “muitos países” teriam algum tipo de proteção para esse interesses específicos de quem detém celebridade o suficiente para carrear interesse do público para os bens ou serviços a que eles se associam. Esse interesse encontra descrição precisa em obra brasileira consagrada ⁵:

“Há outra figura que, comumente, participa da publicidade e que influencia diretamente na decisão do consumidor. Trata-se dos artistas, pessoas públicas famosas, ou dos especialistas de produtos e serviços, que, sem dúvida, exercem grande influência sobre os consumidores ou sobre determinado grupo deles, dando-lhes, às vezes, uma falsa segurança sobre as qualidades do produto ou do serviço, seja por afirmações, conselhos, recomendações, seja pela simples vinculação de sua imagem ou nome ao bem ou serviço. Assume, assim, a celebridade, diante do consumidor, uma posição de 'garante'. Este tipo de publicidade desencadeia 'um comportamento no consumidor, em nível consciente e inconsciente, gerando uma resposta imediata devido ao conceito preexistente que se tem daquela pessoa ou grupo que está testemunhando a favor do produto, agregando-lhe valores como admiração, sucesso, riqueza, beleza, juventude, alegria, internacionalidade, tradição, notoriedade etc.’”.

⁴ Outra incursão da OMPI neste campo é o seu relatório sobre *merchandising* de imagens de 1991, 1Document AB/XXII/2.: RUIJSENAARS, Heijo E., The WIPO Report on Character Merchandising, IIC 1994 Heft 4 532. The International Bureau observes that no country has enacted sui generis legislation and that there exists no international treaty dealing specifically with the protection of character merchandising. Therefore, for this protection one has to rely on the legislation on copyright, trade or service marks and industrial designs, together with protection against unfair competition and passing off, whereas other areas of law concerning personality or "publicity" rights are relevant to personality merchandising. After a short introduction of the characteristics of the intellectual property law involved, the Report explains which aspects of the particular law are relevant and under what circumstances a character will be considered as protectable according to that law. Whereas most fictional characters would be protectable under copyright and trade mark law statutes, real personalities usually would have to rely on protection by unfair competition law, including passing off, and by personality or "publicity" rights. (...) The Report mentions the advantage of copyright protection, as it would cover all unauthorized uses, irrespective of the goods or services and the question whether the work is used in a different medium, in a different dimension or for decorative or promotional use. Also, the availability of moral rights, in particular the right with respect to the integrity of the work, could be useful for licensing agreements. Under trade mark law, the rights conferred to registered trade or service marks would cover situations of confusion. If the mark is well known or famous, extended protection against the use of the mark for non-similar goods or services causing prejudice to the owner of the mark or taking unfair advantage of the reputation of the mark is or will be available in a number of countries.”

⁵ Guimarães, Paulo Jorge Scartezzini, A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam, ed. RT, v. 16, 2001, p. 155. Note-se que o texto, como alguns outros, trata da eventual *responsabilidade* da celebridade sobre o endosso que faz de produtos ou serviços alheios; nossa análise se volta ao elemento antinômico dessa responsabilidade, que é o poder de negar tal endosso. Mas o núcleo dos dois interesses jurídicos é um só fenômeno, o descrito por Scartezzini.

A criação do herói

Em trabalho no mesmo sentido, já no campo do direito argentino ⁶, traz-se uma interessante distinção entre a cultura popular, que tem criação autóctone – por exemplo, no folclore – e a cultura de massa. Aquela cria seus próprios heróis ⁷, enquanto essa escuta as celebridades, esperando que estas ensinem e liderem seus gostos e preferências. São elas os novos heróis olímpicos ⁸.

Assim se nota, em texto de tal trabalho argentino:

"Em geral, os resultados desses estudos têm mostrado que as celebridades são mais eficazes do que as não-celebridades. A razão principalmente usada para explicar por que isso acontece é que os anúncios com as celebridades são mais distintivo e chamam mais nossa atenção do que aqueles que utilizam pessoas menos conhecidas. Os famosos são considerados mais dinâmicos, mais atraente e são dotados de qualidades pessoais que não são atribuídos a pessoas menos conhecidas. Isso pode afetar, entre outras coisas, a confiança atribuída à fonte, as respostas emocionais geradas por esses anúncios e, em última análise, a forma como eles são processados. "⁹

⁶ ALVAREZ LARRONDO, Federico M., La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades, RCyS 2010-II, 44.

⁷ "Uma das manifestações mais fortes do mito, também presente em quase todas as áreas da cultura de massa, é o herói. Seja no cinema, na literatura, na televisão ou nas histórias em quadrinhos, o herói surge na vida dos povos como guardião de seus valores mais nobres e justos e como responsável, não só pela defesa dos homens, mas pela transmissão, através de suas narrativas, de ensinamentos para as gerações futuras. (...) Assim, a função primordial do herói, seja qual for sua origem ou época, seria servir, velar, defender, vigiar. Ele é, portanto, aquele que põe o interesse coletivo acima de seus próprios, que se sacrifica por uma causa, um ideal, por um mundo justo onde o bem-comum está acima de tudo. O sociólogo Ronaldo Helal faz uma comparação entre os ídolos da mídia, colocando os do futebol mais próximos do herói clássico que os demais, como os da música. Segundo Helal, a trajetória do herói do futebol, ligada à luta, à disputa, ao sucesso em virtude da derrota de um oponente, é semelhante às batalhas dos mitos da Antiguidade. Segundo ele, "esta característica do 'ídolo-herói' acaba por transformar o universo do futebol em um terreno extremamente fértil para a produção de mitos e ritos relevantes para a comunidade". (HELAL, 1999) Para ele, o herói atual tem sua narrativa "construída" segundo um padrão midiático para corresponder aos anseios do público. (...) Assim, se por um lado as qualidades colocam o ídolo acima do público, os defeitos os identificam. Isto, ao invés de enfraquecer a couraça do ídolo, apenas a reforça, pois é por meio deste lado "humano" que o herói deixa de ser uma figura inatingível, abrindo a qualquer fã a possibilidade de, um dia, ser como ele." VIEIRA, Marcos Fábio, Mito e herói na contemporaneidade: as histórias em quadrinhos como instrumento de crítica social, Contemporânea, no. 8, 2007, [Revista on-line do grupo de pesquisa Comunicação, Arte e Cidade da Faculdade de Comunicação Social da UERJ.]

http://www.contemporanea.uerj.br/pdf/ed_08/07MARCOS.pdf

⁸ MORIN, Edgar, L'esprit du temps, Editions Grasset Fasquelle, 1962, "Les olympiens sont: stars de cinéma, champions, princes, rois, play-boys, explorateurs, artistes célèbres, Picasso, Cocteau, Dalí, Sagan. L'information transforme ces olympiens en vedettes de l'actualité. Elle porte à la dignité d'événements historiques des événements dépourvus de toute signification politique. Ce nouvel Olympe est le produit le plus original du cours nouveau de la culture de masse. Les nouveaux olympiens sont à la fois aimantés sur l'imaginaire et sur le réel, à la fois idéaux inimitables et modèles imitables; leur double nature est analogue à la double nature théologique du héros-dieu de la religion chrétienne: olympiennes et olympiens sont surhumains dans le rôle qu'ils incarnent, humains dans l'existence privée qu'ils vivent. Ils sont des condensateurs énergétiques de la culture de masse. Ils sont des modèles de culture au sens ethnographique du terme, c'est-à-dire des modèles de vie qui tendent à détrôner les anciens modèles (parents, éducateurs, héros nationaux)."

⁹ RODRIGUEZ M. A. - del Barrio S. - Castañeda J.A., "Procesamiento diferencial entre la publicidad comparativa y la publicidad con famosos en condiciones de baja implicación", Universidad de Granada,

O autor argentino nota, especialmente, que o endosso da celebridade induz uma reação do público de massa de caráter mais emocional, e não racional como no caso da propaganda comparativa, com um resultado mais eficaz:

Mas o interessante do estudo em questão, é que, como resultado dos testes empíricos realizados, conclui-se que em casos de baixo envolvimento são as mais comuns (concentração, ou seja baixo do que você está ouvindo ou assistindo), "... a publicidade famosa é processado em uma publicidade comparativa mais periférica, que se traduz em uma maior atitude em relação à marca anunciada e, portanto, a intenção de compra "

Claro assim o interesse econômico, cabe no entanto determinar o vínculo de juridicidade que permite aos sistemas nacionais conferir proteção a esse fenômeno. Mais ainda, como vincular tal proteção ao sistema de propriedade intelectual.

A construção pretoriana do direito americano do right of publicity

Na verdade, há alguns fundamentos diversos utilizados pelos sistemas nacionais para conferir alguma, ou mesmo extensa proteção a esse valor econômico específico. O mais notável desses sistemas é a construção pretoriana de um *direito de publicidade*, de que já dava notícia na segunda edição de meu Uma Introdução à Propriedade Intelectual:

O Direito Americano abrange, além das formas tradicionais, dois sistemas de patente de plantas, a proteção às topografias de semicondutores, a repressão específica à publicidade enganosa, os direitos de publicidade e o princípio da submissão de idéia, seja como criação legal ou jurisprudencial ¹⁰

Neste sistema, em bibliografia que é extensa ¹¹, assim se define tal direito ¹²:

http://www.ugr.es/~jalberto/Investigacion/Del%20Barrio_Rodriguez_Casta%25eda_2003.pdf. "en general, los resultados de estos trabajos han demostrado que los famosos son más efectivos que los no famosos. La razón que principalmente se utiliza para explicar por qué esto es así se encuentra en que los anuncios con famosos son más distintivos y llaman más la atención que los que usan a personas menos conocidas. Los famosos se consideran más dinámicos, más atractivos y están dotados de cualidades personales que no se atribuyen a personas menos conocidas. Esto podría afectar, entre otras cosas, a la confianza atribuida a la fuente, a las respuestas afectivas que generan estos anuncios y, en definitiva, al modo en que se procesan".

¹⁰ [Nota do original] Chisum e Jacobs, Understanding Intellectual Property Law, Matthew Bender 1992, p. 6-1 a 6-90.

¹¹ ROTHMAN, Jennifer E., Copyright Preemption and the Right of Publicity. UC Davis Law Review, Vol. 36, p. 199, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=309659> or doi:10.2139/ssrn.309659; MCKENNA, Mark P., The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition (December 30, 2010). University of Pittsburgh Law Review, Vol. 67, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=794844>; KWALL, Roberta Rosenthal, The Right of Publicity vs. The First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis. Indiana Law Journal, Vol. 70, p. 47, 1994. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=849745>; BARNETT, Stephen R., 'The Right to One's Own Image': Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain. American Journal of Comparative Law, Vol. 47, P. 555, Fall 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=224628> or doi:10.2139/ssrn.224628; KARCHER, Richard T., The Use of Players' Identities in Fantasy Sports Leagues: Developing Workable Standards for Right of Publicity Claims. Penn State Law Review, Vol. 111, p. 557, Winter 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=964295>; BARTOW, Ann, Trademarks of Privilege: Naming Rights and the Physical Public Domain. UC Davis Law Review, Vol. 40, p. 919, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=981199>; DOGAN, Stacey L. and LEMLEY, Mark A., What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law. Stanford Law Review,

O direito de publicidade é, em essência, um direito de natureza empresarial de controlar o uso de uma identidade no comércio. Embora os tribunais e comentaristas tenham oferecido vários fundamentos para tal direito, as decisões judiciais mais modernas defendem alguma combinação de incentivo, justa compensação, e enriquecimento sem causa: as celebridades devem ter um incentivo para desenvolver as suas valiosas personas públicas, seus esforços devem ser recompensados, e os terceiros que se aproveitam dos benefícios financeiros decorrentes das identidades valiosas devem pagar por isso. Os direitos de publicidade surgem mais frequentemente em casos de endosso de celebridades, mas o direito se estende a qualquer uso da imagem de uma celebridade, chamando a atenção para os interesses comerciais ou produtos. O direito de publicidade era originariamente aplicado apenas para o uso do nome de uma celebridade, ou sua fotografia; ao longo do tempo, no entanto, os tribunais ampliaram-no para o uso de "identidade", refletindo que limitar o uso de determinados aspectos específicos de uma celebridade iria prejudicar o objetivo de dar a elas "um interesse protegido pecuniária na exploração comercial de [sua] identidades]"¹³.

Aqui – como em outros sistemas – a raiz histórica do direito se encontrou na noção de privacidade ¹⁴, mas, como nota o estudo da OMPI, em sua vertente inversa: já não um interesse de preservação, mas a contemplação de um valor

Vol. 58, p. 1161, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=862965>; KWALL, Roberta Rosenthal, Preserving Personality and Reputational Interests of Constructed Personas through Moral Rights: A Blueprint for the Twenty-First Century; 2001 U. Ill. L. Rev. 151 (2001); KLINK, Jan, 50 Years of Publicity Rights in the United States and the never-ending Hassle with Intellectual Property and Personality Rights in Europe, [2003] I.P.Q.: NO. 4 © Sweet & Maxwell LTD and contributors 2003, encontrado em http://www.ruger-patent.de/downloads/publicity_rights.pdf. LIPTON, Jacqueline D., Celebrity in Cyberspace: A Personality Rights Paradigm for Personal Domain Name Disputes. Washington and Lee Law Review, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1124596>

¹² “The right of publicity is, at core, a business right to control use of one’s identity in commerce. Although courts and commentators have offered various rationales for the right, most modern cases defend it on some combination of incentive, just deserts, and unjust enrichment grounds: celebrities should have an incentive to develop valuable public personas, their efforts should be rewarded, and others deriving financial benefits from those valuable identities should pay. Publicity claims arise most often in celebrity endorsement cases, but the right extends to any use of a celebrity image calling attention to commercial interests or products. The publicity right originally applied only to the use of a celebrity’s name or photograph; over time, however, courts extended it to the use of a celebrity’s “identity,” reasoning that to limit the right to the use of particular features of the celebrity would defeat the objective of giving celebrities “a protected pecuniary interest in the commercial exploitation of [their] identities.” DOGAN, Stacey L., An Exclusive Right to Evoke. Boston College Law Review, Vol. 44, 2003. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=410547> or doi:10.2139/ssrn.410547

¹³ [Nota do Original] Carson v. Here’s Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F.2d 831, 835 (6th Cir. 1983) (“If the celebrity’s identity is commercially exploited, there has been an invasion of his right whether or not his ‘name or likeness’ is used.”).

¹⁴ DOGAN, op. Cit.; “The right emanated originally from the common-law right to privacy. See Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193, 213–20 (1890). In the middle of the last century, however, courts decided that the general right of individuals to be left alone was not well suited to remedying uses of celebrity identities (because the celebrities had deliberately cast themselves into the limelight) and accordingly developed the modern right of publicity. See Haelan Labs., Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866, 868 (2d Cir. 1953) (holding that “in addition to and independent of . . . right of privacy . . . , a man has a right in the publicity value of his photograph”); see also Melville Nimmer, The Right of Publicity, 19 Law & Contemp. Probs. 203, 215–23 (1954) (advocating publicity rights).”

econômico que a privacidade torna suscetível de reserva e, no plano econômico, de escassez ¹⁵.

A análise econômica desse interesse revela dois elementos complementares: o primeiro, de conter o uso indiscriminado da imagem, que reduziria, pela vulgarização, a capacidade do retorno do favorecido ¹⁶; o segundo, de assegurar o retorno personalizado do potencial econômico da fama.

Do uso dessa imagem no direito estrangeiro e brasileiro

Como já mencionado, alguns aspectos do interesse relativo à celebridade como constructo tem merecido proteção nos vários sistemas jurídicos com base na tutela da personalidade.

No direito espanhol, por exemplo, a Constituição prevê no seu art. 7 algumas instâncias de proteção à personalidade, com especial ênfase no direito *positivo* de controlar o uso publicitário da persona ¹⁷, o que faz certa doutrina considerar tal disposição como comparável ao *publicity right* ¹⁸.

¹⁵ Num texto crucial para nosso estudo, diz COOMBE, Rosemary J., *Authorizing the celebrity: publicity rights, postmodern Politics, and unauthorized genders*, in WOODMANSEE, Martha and Peter Jaszi Editors. *The Construction of Authorship - Textual Appropriation In Law And Literature*. United States of America: Duke University Press, 1994, p.101-122: "Anglo-American legal jurisdictions recognize the right of individuals to protect publicly identifiable attributes from unauthorized and unremunerated appropriation by others for , commercial purposes or economic benefit. Originally developed primarily to deal with an unauthorized use of a person's name or picture in advertising that suggested the individual's endorsement of a product, the right of publicity has been greatly expanded in the twentieth century. It is no longer limited to the name or likeness of an individual, but now extends to a person's nickname, signature, physical pose, characterizations, singing style, vocal characteristics, body parts, frequently used phrases, car, performance style, mannerisms, and gestures, provided that these are distinctive and publicly identified with the person dal1m'ng the right. Although most cases still involve the unauthorized advertising of commodities, rights of publicity have evoked to prohibit the distribution of memorial posters, novelty souvenirs, magazine parodies, and the presentation of nostalgic musical reviews, television docudramas, and satirical theatrical performances, Increasingly it seems that any publicly recognizable characteristic will be legally recognized as having a commercial value that is likely to be diminished by its unauthorized or unremunerated appropriation by others. The right is recognized as proprietary in nature and may therefore be assigned, and the various components of an individual's persona may be independently licensed. A celebrity could, theoretically at least, license her signature for use on fashion scarves, grant exclusive rights to reproduce her face to a perfume manufacturer, her voice to a charitable organization, her legs to a pantyhose company, particular publicity stills for distribution as postcards, and continue to market her services as a actor, and composer. The human persona is capable of almost infinite commodification, because exclusive, non-exclusive and temporally, spatially, and functionally limited licenses be granted for the use of any aspect of the celebrity's public presence. Furthermore, the right of publicity has been extended the celebrity, her licensees, and assignees, to protect the 's descendants and their assignees and licensees".

¹⁶ LANDES, William M. e POSNER, Richard A., "Indefinitely Renewable Copyright, 70 *University of Chicago Law Review* 471 (2003). Para não fugirmos a uma citação integral, vale mencionar um desses autores num texto pertinente: "Geralmente, somente a forma verbal exata é totalmente protegida: um autor é livre para utilizar o mesmo gênero, técnica, estilo e até – em determinada extensão, mas não ilimitadamente – o enredo e personagens de outro autor" (Richard A. Posner – *Law and Literature*, Harvard University Press, Cambridge, USA, 1988, p. 340).

¹⁷ Art. 7.5 "La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos . . . " e, particularmente, Art. 7.6 "[L]a utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga."

¹⁸ "Thus Article 7.6, with its requirement of a "commercial" purpose, seems comparable to the American right of publicity; while Article 7.5, with its focus on "private life," seems analogous to the U.S. right of

Na Alemanha, a casuística construiu, a partir de 1956, a doutrina da *autodeterminação econômica* em face da persona, ou seja, que se expressaria num poder geral de determinar quais elementos da personalidade de uma pessoa, ou se qualquer aspectos dessa personalidade, venham a ser utilizados para os propósitos econômicos de terceiros¹⁹. Mais recentemente, aos tribunais vem conferindo tal posição jurídica aos sucessores da pessoa²⁰, o que, incidentalmente, tem merecido discussão normativa – já não mais construção pretoriana – no direito americano²¹.

Na França e Itália, a julgar-se dos estudos sobre a questão, igualmente a proteção dos interesses das celebridades em sua persona tem encontrado fundamento nos direitos da personalidade, ainda que, atentando a sua manifestação econômica, enfatizando a ponderação devida com outros interesses constitucionais, em particular, o da informação²².

privacy”, BARNETT, Stephen R., "The Right to One's Own Image": Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, P. 555, Fall 1999. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=224628> or doi:10.2139/ssrn.224628

¹⁹ “At its heart, the right prevents deception or confusion as to the identity of the name holder. Thus, infringement means the designation of someone else but the name holder by the holder’s name. Accordingly, the mere mentioning of the holder’s name in an advertisement may not constitute any deception or confusion about his identity. But German courts have held that in these cases the general public might assume that the holder gave his consent to being connected with the advertised item. If in fact no consent was given or the name holder does not support the advertised products and maybe does not even have economic, organisational or other links with the advertising company, such advertising misleads about the way he has chosen his identity to be used—namely, not being connected with the advertised items. Stretched this way, the name right has proved able to cover all forms of unauthorised use of popular names: be it on t-shirts, on book and film titles or for fictional characters. (...) In addition, and since 1956 (Mephisto (1968) N.J.W. 1773, BGH), the German Federal Supreme Court has recognised the commercial interests in personality as a part of the general personality right and called it a right of economic self-determination (Rennsportgemeinschaft (1981) G.R.U.R. 846, 847, BGH). This right provides the freedom to decide if and how one’s personality or personality features are used for the business interests of others (Paul Dahlke (1956) N.J.W. 1554, BGH; Carrera (1981) N.J.W. 2402, BGH; Marlene Dietrich (2000) N.J.W. 2195, BGH).” KLINK, Jan, 50 Years of Publicity Rights in the United States and the never-ending Hassle with Intellectual Property and Personality Rights in Europe, [2003] I.P.Q.: NO. 4 © Sweet & Maxwell Ltd And Contributors 2003, encontrado em http://www.ruger-patent.de/downloads/publicity_rights.pdf.

²⁰ “However, the German Federal Supreme Court, in an attempt legally to reflect business reality, in the more recent Marlene Dietrich judgment (Marlene Dietrich (2000) N.J.W. 2195, BGH.) made another effort to read some aspects of a typical publicity right into the general personality right. The daughter of Marlene Dietrich wanted to prevent a musical producer from granting unauthorised licenses of the likeness and name of the deceased famous actress for cars, cosmetics and merchandise articles. The District Court and the Court of Appeal followed the traditional interpretation and only granted an injunction to the daughter. Damages were denied because human rights neither are transferable nor inheritable and thus the daughter could not have obtained any rights. The Federal Supreme Court went further and granted damages on the grounds of a renewed economic personality right which not only provides the right to control the economic use of one’s personality features but also to earn the profits of its commercial value”. Id. Eadem.

²¹ Sobre a consolidação do right of publicity como norma legal, vide ZUBER, Thomas F., The Statutory Right of Publicity for Deceased Celebrities in California and the Impact of Sb 771, encontrado em <http://www.articlesbase.com/intellectual-property-articles/the-statutory-right-of-publicity-for-deceased-celebrities-in-california-and-the-impact-of-sb-771-574762.html>, visitado em 26/11/2011.

²² “France has strong laws enabling individuals to prevent the unauthorised exploitation of their name and image. As in most countries with a publicity right, this right has stemmed from the right of privacy for individuals – something which English law has never had. Prior to 1970, when the right of privacy was enshrined in the French Civil Code, the Courts were prepared to protect the unauthorised use of images.

No Canada ²³, Índia ²⁴ e, com certo retardo, no Reino Unido ²⁵, também se nota tal proteção.

A construção brasileira

A construção brasileira relativa à proteção dos interesses *positivos* patrimoniais da personalidade é bem estabelecida. Ilustra-o julgado do tribunal paulista:

"As pessoas famosas pagam um preço pela fama, o que explica constantes reclamações sobre desrespeito dos direitos de privacidade e intimidade. Ocorre que as pessoas destacadas são titulares de uma tutela diferenciada quando a lesão de seus direitos decorre de exploração parasitária da celebridade que alcançaram por conquistas meritórias. A fama é utilizada para vender o programa que ofende a honra e a reputação e foi isso o que se sucedeu" TJSP, AC 315 678-4/0, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do

Protection of a person's privacy protects their identity, their health, and their private and social relations. (...) One of the first French cases involved Petula Clark [Paris 15 Dec 1965, JCP 66 II, 14711. 8. Paris 10.10.96, Gazette 18.22/05/99 p28] who had authorised an agency to interview and photograph her for a particular publication. The agency concerned, however, sold the photographs to another agency who used them in a weekly publication. Petula Clark was successfully awarded damages by the French Court proportional to the loss of her opportunity to earn revenue from the publication of the photographs. This has been followed consistently in France. One of the more recent cases concerned a photograph of Eric Cantona on the front cover of a weekly sports publication without his consent. The Court held that the absence of any authorisation had prevented Cantona from being able not only to control how his image was used in the magazine but also to earn money for its use. Publicity rights are provided in statute in Italy, Germany and the Netherlands similar to those granted under French law. The legal framework in these territories, however, provide for the right to use the name and image of people in public life without consent when it is in the interests of free speech to do so. Case law provides a balance between the protection of a celebrity's image and the right of free speech, i.e. a biographical work of a well-known individual. The use of a well-known individual's image for advertising purposes, however, without authorisation, would be unlawful". OWEN, Mark e PENFOLD, Richard, IP Protection For Personalities - From Elvis To Eddie, les Nouvelles, Volume XXXVIII No. 1 March 2003

²³ "Canadian common law recognizes the right to personality on a limited basis. This was first acknowledged in *Krouse v Chrysler Canada Ltd.* [*Krouse v Chrysler Canada Ltd* (1971), 5 C P R (2d) 30] The court held that where a person has marketable value in their likeness and such a likeness has been used in a manner that suggests an endorsement of a product then there are grounds for an action in appropriation of personality. This right was later expanded upon in *Athans v Canadian Adventure Camps*, [*Athans v Canadian Adventure Camps*, (1977), 17 O.R. (2d) 425.] where the court held that the personality right included both image and name." AHMAD, Tabrez and SWAIN, Satya Ranjan, *Celebrity Rights: Protection under IP Laws* (January 30, 2011). *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 16, pp. 7-16, January 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1940926>

²⁴ "The Hon'ble Delhi High Court, in *ICC Development (International) Ltd v Arvee Enterprises [Smt Manu Bhandari v Kala Vikas Pictures Pvt Ltd and another 1986(2) Arb L R 151 (Delhi)]*, gave a statement on publicity rights, which is the only authoritative discussion of publicity rights in Indian legal jurisprudence. "The right of publicity has evolved from the right of privacy and can inhere only in an individual or in any indicia of an individual's personality like his name, personality trait, signature, voice etc. An individual may acquire the right of publicity by virtue of his association with an event, sport, movie, etc. Any effort to take away the right of publicity from the individuals, to the organizer /non-human entity of the event would be violative of Articles 19 and 21 of the Constitution of India - No persona can be monopolized. The right of publicity vests in an individual and he alone is entitled to profit from it." AHMAD, Tabrez and SWAIN, Satya Ranjan, op. cit.

²⁵ " (...) the concept of publicity rights was settled in the case of *Irvine v Talksport*. [*Irvine v Talksport* [2003] EWCA Civ 423.] In this case a successful Formula I driver, Edmund Irvine's image was used without his consent in an advertisement for a radio station. The court held that he had a property right in the goodwill attached to his image, and he was entitled to compensation on the basis of a reasonable endorsement fee.." AHMAD, Tabrez and SWAIN, Satya Ranjan, op. cit.

Estado de São Paulo, por votação unânime, voto de Ênio Zuliani, 28 de agosto de 2008.

Por algum tempo derivado diretamente do texto constitucional, este interesse ganha mais proximidade com o Código Civil de 2002. Assim dispõe o Código Civil:

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

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.²⁶

Como nota Guilherme Calmon²⁷:

No que pertine ao art. 18, do CC/2002, a imagem da pessoa é protegida contra a exploração em propaganda comercial dentro da noção de imagem-atributo.²⁸

O direito à imagem, sob o prisma da imagem-retrato e da imagem-atributo, vem tratado no art. 20 do CC/2002. Mais uma vez o legislador não se preocupou apenas com o direito à imagem, mas também com o direito à informação, realizando um juízo de ponderação da imagem de uma pessoa quando não lhe macule a honra ou quando tenha finalidade lucrativa.

²⁶ Assim disciplina o artigo 79 (Direito à imagem) do Código Civil Português: 1- O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º2 do artigo 71.º, segundo a ordem nele indicada. 2- Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. 3- O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decore da pessoa retratada.

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea, Revista dos Tribunais | vol. 853 | p. 58 | Nov / 2006 | DTR\2011\1503. Quanto à noção de imagem-atributo, vide RODRIGUES, Cláudia, Direito autoral e direito de imagem, Revista dos Tribunais | vol. 827 | p. 59 | Set / 2004 | DTR\2004\563: "Daí poderem-se destacar dois aspectos da imagem: o físico e o moral, ou, falar em duas espécies de imagem, a imagem-retrato e a imagem-atributo. A primeira referente à representação do corpo da pessoa, pelo menos por uma parte que a identifica, e, a segunda, representada pela imagem construída pela pessoa diante da sociedade ou, em outras palavras, pelos seus modos de operar na vida de relação humana e profissional (...) A imagem-atributo, isto é, a imagem construída não se confunde com a honra, embora dela se aproxime, pois os atributos associados à pessoa, sejam por conhecidos ou desconhecidos, nem sempre derivam de sua reputação. Ser retraído, por exemplo, embora seja uma característica da imagem construída, nada tem a ver com a honra, a reputação da pessoa. Em sentido contrário: MORAES, Walter. "Direito à própria imagem". Revista da ABPI 9/25, São Paulo, 1993, para quem a imagem moral nada mais é do que a reputação pessoal."

²⁸ [Nota do original] BARRETO, Wanderlei de Paula, op. cit., p. 158 [BARRETO, Wanderlei de Paula et alii . Comentários ao Código Civil brasileiro. v. 1. coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 111-116]

“Deve-se notar que, apesar do artigo fazer referência à divulgação de escritos e à transmissão da palavra, estes devem ser entendidos somente em relação ao que representam para a construção da imagem de uma pessoa e não para outros aspectos de sua personalidade, como a sua privacidade, por exemplo”.²⁹

Fixemo-nos aqui na noção de imagem-atributo³⁰. Dos muitos exemplos de interesses jurídicos atinentes à personalidade, é o que mais se aproxima ao nosso tema de análise³¹. Diz Maria Helena Diniz que tal seria

(...) 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, 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.³²

Enfatizando, na imagem-atributo, exatamente o aspecto do constructo, e sua propensão à utilização publicitária:

²⁹ [Nota do original] DONEDA, Danilo, op. cit., p. 52 [DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo CC. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de direito civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.]

³⁰ Segundo decisão do STJ, a imagem-retrato seria "a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam. (...) a sua reprodução, consequentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida". STJ, REsp 58101-SP, Quarta Turma, Min. Cesar Asfor Rocha, 16/09/1997.

³¹ Pertinentes à essa linha de ponderação, vide GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, Direitos da personalidade e código civil de 2002: uma abordagem contemporânea, Revista dos Tribunais | vol. 853 | p. 58 | Nov / 2006 | DTR\2011\1503; RODRIGUES, Cláudia, Direito autoral e direito de imagem, Revista dos Tribunais | vol. 827 | p. 59 | Set / 2004 | DTR\2004\563; FERREIRA, Ivette Senise, A intimidade e o direito penal, Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 5 | p. 96 | Jan / 1994 | DTR\1994\6; SILVA NETO, Manoel Jorge E, A proteção constitucional à imagem do empregado e da empresa, Revista de Direito do Trabalho | vol. 112 | p. 157 | Out / 2003 | DTR\2003\560; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel, A liberdade de expressão e de imprensa. Homem público. Político. Limites frente à função social da informação, Revista dos Tribunais | vol. 884 | p. 111 | Jun / 2009 | DTR\2009\719; BASTERRA, Marcela I, El Derecho a la Intimidad como límite a la Libertad de Información. A propósito del caso "V., J. s/medidas precautorias", DFyP 2011 (octubre), 243; BENJAMIN, Antonio Hermen de Vasconcellos e, A repressão penal aos desvios do "marketing", Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 6 | p. 87 | Abr / 1994 | DTR\1994\507; CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, La intimidad de los hombres públicos, LA LEY 19/11/2004, 1; PALHARES, Cinara, Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade? Revista dos Tribunais | vol. 878 | p. 42 | Dez / 2008 | DTR\2008\727; ADLERS, Leandro Bittencourt, O cabimento da tutela inibitória na defesa de direitos fundamentais e da personalidade violados por excesso na liberdade de expressão e informação, Revista de Direito Privado | vol. 31 | p. 303 | Jul / 2007 | DTR\2007\446.; RODRIGUES JUNIOR, Álvaro, A responsabilidade civil dos apresentadores de programas de rádio e televisão pela publicidade enganosa ou abusiva, Revista de Direito do Consumidor | vol. 46 | p. 305 | Abr / 2003 | DTR\2003\

³² DINIZ, Maria Helena. Estudos de direitos de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e anos morais. 1. ed. Forense Universitária, 2002. p. 79.

[a imagem-atributo] 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. (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.³³

Da elaboração brasileira do direito das celebridades esportivas

Num campo específico do direito das celebridades, a elaboração legislativa, doutrinária e jurisprudencial tem tido vasta extensão³⁴. Por suas características e principalmente pelas complexidades de sua pragmática, pejada de problemas tributários e trabalhistas, a questão foge claramente ao escopo desta análise.

No entanto, a evolução do instituto, tão notadamente nacional, é crucial como parâmetro de legitimidade da construção que vimos fazendo. Como se sabe, o direito de arena iniciou seu trajeto histórico como um instituto inserido na norma autoral³⁵. O instituto, como tal, mereceu análise específica de Antonio Chaves³⁶ e combate acérrimo de Walter Moraes³⁷.

³³ ARAÚJO, Luiz Alberto David de, O conteúdo do direito à própria imagem: um exercício de aplicação de critérios de efetivação constitucional, Revista do Advogado, São Paulo, v. 23, n. 73, p. 119-126, nov. 2003.

³⁴ EZABELLA, Felipe Legrazie. O direito desportivo e a imagem do atleta. IOB Thomson, 2006. MELO FILHO, Álvaro. Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: IOB Thomson, 2002; ALMEIDA, Silmara Chinelato e, Direito de Arena, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 3, p. 127-134, p. 127. SANTOS, Roberto Martinho dos, SCHAAL, Flavia Mansur Murad, O direito à imagem no direito desportivo: suas virtudes comerciais e publicidade, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 11 | p. 147 | Jun / 2007 | DTR\2011\2157. SÁ FILHO, Fábio Menezes de, A teoria zainaghiana do direito de arena e suas influências na remuneração do empregado futebolista na renovada lei dos desportos, Revista de Direito do Trabalho | vol. 142 | p. 275 | Abr / 2011 | DTR\2011\1728. BRAGA, Hugo Albuquerque, O contrato de trabalho do atleta profissional de futebol, Revista de Direito do Trabalho | vol. 137 | p. 143 | Jan / 2010 | DTR\2010\68. SANTIAGO, Mariana Ribeiro, Direito de arena, Revista de Direito Privado | vol. 22 | p. 224 | Abr / 2005 | DTR\2005\919. MOTA, Mateus Scisínio, Direitos de imagem e de arena: reposicionando questões controvertidas, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 18 | p. 88 | Jul / 2010 | DTR\2010\957. SÁ FILHO, Fábio Menezes de, Aspectos sobressalentes da remuneração do empregado futebolista, Revista de Direito do Trabalho | vol. 135 | p. 53 | Jul / 2009 | DTR\2009\439. SANTOS, Roberto Martinho dos, O Direito à Imagem no Direito Desportivo: Suas Virtudes Comerciais e Publicidade, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 11 | p. 147 | Jun / 2007. PINTO FILHO, José Alexandre Cid, A Utilização do Contrato de Licença de Uso de Imagem do Atleta Profissional Como Mecanismo de Violação da Legislação Trabalhista Brasileira, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 12 | p. 116 | Dez / 2007 | DTR\2011\2243.

³⁵ “O direito de arena esteve estatuído na antiga Lei de Direitos Autorais (de 1973), inserido dentre os direitos conexos, o que provocou inúmeras críticas entre renomados autoristas, que não consideravam os "atletas" como "autores, artistas, intérpretes ou executantes", ao negar a existência, no espetáculo desportivo, de produto intelectual semelhante à obra ou à execução artística. Por conta de suas peculiaridades, o direito de arena foi previsto na primeira lei específica para tutela sistemática e ampla dos desportos, a denominada "Lei Zico" (Lei 8.672, de 06.07.1993) em seu art. 24. Tal lei, no entanto, foi posteriormente revogada pela Lei 9.615, de 24.03.1998, mais conhecida como "Lei Pelé", atualmente vigente, que agora consagra o referido direito em seu art. 42.” MOTA, Mateus Scisínio, Direito de Imagem, op. Cit. O texto original era o seguinte: Art. 100: À entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence o direito de autorizar, ou proibir a fixação, transmissão, retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público, com entrada paga. Parágrafo único: Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo. Art. 101: O disposto no artigo anterior

A questão – num tema que ecoará nessa análise –, repassa a natureza criativa ou não da prestação da celebridade esportiva no imaginário da sociedade; e pelo aceso da discussão, chegou a suscitar a comparação dos jogadores de futebol aos grandes artistas da raça³⁸, e aos pensadores da humanidade³⁹.

Há que se distinguir, nesse contexto, o interesse jurídico relativo à imagem coletiva, e aquele atinente à imagem individual, como nota Alvaro Melo Filho⁴⁰:

Direito de arena: (a) decorre da lei; (b) é coletivamente usufruído; (c) não se reveste de periodicidade; (d) ocorre dentro do contexto do evento desportivo transmitido; (e) tem natureza salarial; (f) Deve ser limitado a 20% do que recebe o clube, valor este rateado entre todos os atletas participantes do evento transmitido. Direito de Imagem: (a) decorre de contrato; (b) é individualmente usufruído; (c) normalmente reveste-se de periodicidade; (d) ocorre fora do contexto do evento desportivo transmitido; (e) não tem natureza salarial; (f) gera 100% para o atleta cedente do uso da imagem, sem rateio para os demais atletas.

Assim, tem-se o direito de arena, relativo à imagem coletiva, o o direito pertinente à celebridade individual do esportista, *desvinculada do espetáculo*⁴¹. A doutrina aponta, inclusive, matriz constitucional diversa para a proteção jurídica dos dois interesses.

não se aplica à fixação de partes do espetáculo, cuja duração, no conjunto, não exceda a três minutos para fins exclusivamente informativos, na imprensa, cinema ou televisão.

³⁶ CHAVES, Antônio. Direitos conexos. LTr, p. 607 e seguintes. No campo autoral, vide ainda, entre muitos, ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito Autoral, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.503 e RABELLO, José Geraldo de Jacobina, Do “Direito de Arena”, Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 5, p. 53-59, p. 56. De outro lado: “Esta teoria parte do pressuposto de que o direito à imagem e o direito do autor são semelhantes. [...] A existência de um vazio legislativo em relação ao direito à imagem possibilitou o surgimento desta teoria. Assim, por muito tempo aplicou-se no Direito brasileiro a norma do art. 666, inciso X, do Código Civil, para solucionar questões pertinentes ao direito à imagem.” FACHIN, Zulmar Antonio. A proteção jurídica da imagem. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.61

³⁷ MORAES, Walter, Questões de Direito Autoral, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

³⁸ Em obra anterior especializada, Antonio Chaves dizia que “de alguma forma, o desempenho dos grandes atletas aproxima-se ao de verdadeiros artistas”. Antônio Chaves, Direito de Arena, Campinas: Jurulex, 1988.

³⁹ No que se convencionou indicar como o primeiro acórdão quanto ao direito das celebridades entre nós: Ap. Cív. nº 26.108, Rel. Des. Rui Domingues, j. em 27.6.74, in Revista Forense, vol. 250, abr./jun. 75, pp. 269-273. “A escola de futebol criada pelo Brasil tem raízes humildes, vem do povo humilde, assim como a coreografia e cânticos carnavalescos, modelos de organização, de disciplina, de espírito de equipe. Os heróis do futebol são admirados e contemplados pelas massas e pelos seus representantes, inclusive pelas mais altas autoridades federais. Não há assunto mais sério no Brasil. (...) Um grande jogador de futebol como Jairzinho é tão importante para o povo brasileiro como Kant ou Heidegger para um estudante de filosofia na Alemanha. Tais nomes, tais imagens, não podem ser tomadas em vão, nem a troco de nada.”

⁴⁰ MELO FILHO, Álvaro, Direito desportivo.... op. Cit.

⁴¹ MOTA, Mateus Scisínio, Direito de Imagem ... op. Cit. , “O que se tutela com o direito de arena é a exploração da imagem coletiva dos atletas durante a participação em eventos e espetáculos esportivos, enquanto o direito à imagem se refere ao uso da imagem individual do atleta, desvinculada do espetáculo desportivo.”

O direito de arena, com base explícita em lei ordinária ⁴², se fundaria no art. 5º, XXVIII, num dispositivo topologicamente dedicado aos interesse autorais ⁴³. Ainda que assim ancorado, distinguir-se-ia sua raiz no direito geral de imagem, mas *restrito* e especializado:

“Direito de Arena – Limitação – Direito de Imagem – O direito de Arena é uma exceção ao direito de imagem, e deve ser interpretado restritivamente. A utilização com intuito comercial da imagem do atleta fora do contexto do evento esportivo não está por ele autorizado. Dever de indenizar que se impõe (...)” STJ, AgRg no AI nº 141987 – SP, 3ª. Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 15/12/1997; v.u..

Levando em conta a distribuição legal de verbas, a doutrina distingue o direito de arena patronal daquele designando como profissional, que se destina aos esportistas em caráter individual, mas não em consideração de sua celebridade individual ⁴⁴.

De outro lado, o interesse à imagem pessoal, como celebridade esportiva, teria radicação, além do dispositivo citado, no Art. 5º, V e X da Constituição ⁴⁵.

⁴² Lei 9.615/1998, Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem [Redação dada pela Lei 12.395/2011]. § 1.º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil [Redação dada pela Lei 12.395/2011].

⁴³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à produção da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

⁴⁴ Como distingue SÁ FILHO, Fábio Menezes de, A teoria..., op. cit. : “Em síntese, a titularidade do direito de arena pertence aos clubes de futebol. Em contrapartida, a titularidade do direito de imagem, em virtude do seu caráter personalíssimo, pertence a cada pessoa, quer seja física ou jurídica. Quando houver a realização da transmissão, por exemplo, de uma partida de futebol, o clube é responsável pela negociação antecipada desta exibição. Nos termos do caput e § 1.º do art. 42, da Lei dos Desportos, com a redação dada pela Lei 12.395/2011, clube negociante terá direito a 95% (noventa por cento) do valor total da autorização negociada por ele mesmo, em virtude da exposição da sua imagem coletivizada, equivalendo ao direito de arena patronal. O que é negociado, conforme disposição do supracitado artigo da Lei dos Desportos, é a imagem coletiva, cuja titularidade pertence aos clubes de futebol. A partir desta negociação é que um percentual do valor total negociado será destacado e repassado aos atletas profissionais, os quais são, nesta oportunidade, representados pelos sindicatos profissionais da categoria. Sendo assim, pode-se afirmar que o direito de arena profissional e o direito de arena patronal são espécies do gênero direito de arena. Assim, o direito de arena profissional diz respeito apenas ao percentual de 5% (cinco por cento) devido aos empregados futebolistas a título de repasse dos clubes de futebol daquele montante total da autorização negociada (pacote de partidas a serem disputadas), em virtude de contribuírem participando do espetáculo ou evento desportivo, durante o exercício das funções oriundas das obrigações pactuadas no contrato de emprego.”

⁴⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

A distinção é possível, não obstante o tecimento confuso e por vezes fraudulento dos dois institutos no campo empírico:

“DIREITO AUTORAL – Direito à própria imagem – Uso de fotografias de jogadores de futebol para compor ‘álbum de figurinhas’ – Inadmissibilidade – Hipótese em que o direito de arena atribuído às atividades esportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público – Inteligência das leis 5.989/73, art. 100 e 8.672/93 (‘Lei Zico’). STJ, Resp 46.420-0-SP-J. 12.9.94, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 5.12.94.⁴⁶

E, autonomamente de qualquer direito de arena:

"DIREITO AUTORAL. DIREITO À IMAGEM. PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA E VIDEOGRAFICA. FUTEBOL. GARRINCHA E PELÉ. PARTICIPAÇÃO DO ATLETA. UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DA CRIAÇÃO ARTÍSTICA, SEM AUTORIZAÇÃO. DIREITOS EXTRAPATRIMONIAL E PATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. FATOS ANTERIORES ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS VIGENTES. PREJUDICIALIDADE. RE NÃO CONHECIDO. DOUTRINA. DIREITO DOS SUCESSORES À INDENIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II - O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

III - Na vertente patrimonial o direito à imagem protege o interesse material na exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais.

IV - A utilização da imagem de atleta mundialmente conhecido, com fins econômicos, sem a devida autorização do titular, constitui locupletamento indevido ensejando a indenização, sendo legítima a pretensão dos seus sucessores". STJ, REsp. 74473-RJ. 4a. Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento ocorrido em 23.02.1999. DJU, 21 jun. 1999.

A Persona como constructo

Qual o núcleo desse interesse jurídico de que se trata? A noção de *persona*, como sinônimo de imagem de celebridade⁴⁷, ou seja, a exteriorização de um

⁴⁶ Curiosamente, o caso judicial americano que detonou a criação dos *publicity rights* versou exatamente sobre figurinhas de esportistas: *Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* 202 F.2d 866, 868 (2nd Cir. 1953). Tal caso foi objeto de análise por NIMMER, Melville B., *The Right of Publicity*, 19 *Law & Contemp. Probs.* 203 (1954).

⁴⁷ COOMBE, Rosemary J.: "I will use the term "celebrity image" to designate not only the celebrity's visual likeness, but rather, all elements of the complex constellation of visual, verbal and aural signs that circulate in society and constitute the celebrity's recognition value. The term "persona" will also refer to this configuration of significations. I will also use the terms "celebrity" and "star" interchangeably."

constructo que *não* se identifica com a pessoa natural ⁴⁸. Seria o *valor de reconhecimento* da celebridade.

A possível definição deste objeto de direito seria o seguinte ⁴⁹:

A persona pode (...) representa um personagem inteiro, imagem e estilo de vida, enquanto obras escritas de um autor consistem em apenas expressões específicas. Por outro lado, um romance pode ser uma representação mais precisa da personalidade de alguns escritores porque o trabalho é uma expressão intencional do criador, enquanto a persona é ações intencionais e não intencionais do indivíduo combinada com a reação popular a essas ações. De fato, é difícil encaixar em ambos a persona seja na teoria laboral, seja na teoria da personalidade, que explicam a propriedade intelectual. Às vezes a persona é o resultado de trabalho árduo no sentido de garantir uma imagem pública com base em uma visão interna. Mas muitas vezes ela é uma criação de puro acaso, talvez a única "propriedade intelectual" sem intencionalidade. "

Como se verá, ao focarmos nossa atenção ao constructo, à persona resultante do *trabalho árduo no sentido de garantir uma imagem pública com base em uma visão interna*, nos fixaremos no produto de uma intencionalidade, muitas vezes longa e contínua, na ereção de um personagem da história corrente.

Alguns analistas da economia da cultura apontam que, tomando por exemplo o autor literário transformado em celebridade, essa celebridade cria um espaço de atuação, de *performance*, que transcende até mesmo a figura do autor romântico como gênio ⁵⁰: seria como um direito conexo à autoria literária.

⁴⁸ "Persona é uma palavra de origem latina que pode designar tanto 'máscara' quanto 'pessoa'. Goffman [GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 1999.] cita Robert Ezra Park para dizer que não é por acidente histórico que "a palavra pessoa, em sua acepção primeira, queria dizer máscara", pois, conforme ele, em todos os lugares estamos desempenhando papéis. Na vida, ainda segundo Goffman, os papéis desempenhados revelam "o nosso mais verdadeiro eu". (1999: 27-29). Conforme Ryngaert [RYNGAERT, Jean-Pierre. *Introdução à análise do teatro*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.], no teatro grego da Antigüidade Clássica, a máscara era exatamente a instância que cabia ao papel desempenhado pelo ator, papel este que não se confundia com quem o interpretava. A máscara distanciava o ator do personagem, resguardando sua individualidade, de forma que um e outro não se confundiam (1996: 126)". PIMENTEL, Márcia Cristina, op. cit.

⁴⁹ Tomamos aqui a definição de um dos textos clássicos da propriedade intelectual, Hughes, Justin, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 *Geo. L.J.* 287, December, 1988: "Persona" is a term used when discussing the right of publicity and the right to one's image, name, or likeness. Hengham & Wamsley, *The Service Mark Alternative to the Right of Publicity: Estate of Presley v. Russen*, 14 *PAC. L.J.* 181, 182 (1983)." Indeed, it is hard to say whether an author's writing or an author's persona is the better medium for expressing personality. The persona may be more important because it represents a whole character, image, and lifestyle, while an author's written works consist of only specific expressions. On the other hand, a novel may be a more accurate representation of personality for some writers because the work is an intentional expression of the creator, while the persona is the individual's intentional and unintentional actions combined with popular reaction to these actions. Indeed, it is difficult to fit personas into both the labor and personality theories of intellectual property. They are sometimes the result of hard work towards securing a public image based on an internal vision. But quite often they are creations of pure chance, perhaps the only "intellectual property" without intentionality."

⁵⁰ "Há direito conexo ao de autor (ou seja, o direito de interpretação), quando caracterizada a pessoa na representação de um determinado personagem (como um ator ou humorista enquanto vive um papel). Ambos não se confundem com o direito de autor propriamente dito, que incide sobre a obra intelectual, estética, de cunho literário, artístico ou científico (assim, na fotografia, na pintura, na cinematografia, na obra

O do sujeito desse interesse

Quem é o sujeito desse direito cuja existência se alvitra? É certamente “aquele que detém celebridade o suficiente para carrear interesse do público para os bens ou serviços a que eles se associam”; não é a simples condição de celebridade por quinze minutos a que celebrizou Andy Warhol ⁵¹, mas a relativa perenidade que permite captar e manter o endosso ⁵².

Do conteúdo econômico do constructo

Vale estabelecer aqui qual o núcleo econômico dessa construção, que, como nota Newton Silveira em estudo relativo a noção de personagem gráfico, se traduz no valor da *notoriedade*. Os elementos simbólicos da fama, naquilo que capturam a boa vontade do público, representam um dos mais relevantes potenciais de mercado da sociedade contemporânea ⁵³

publicitária)” (CARLOS ALBERTO BITTAR, ob. cit., pág. 90)”. TJSP, Ac 199.530-1, Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, J. Roberto Bedran, 19 de outubro de 1999.LEX - JTJ - Volume 243 - Página 201

⁵¹ “The expression was coined by Andy Warhol, who said in 1968 that “In the future, everyone will be world-famous for 15 minutes.” http://en.wikipedia.org/wiki/15_minutes_of_fame. Na verdade a própria frase ilustra a noção de celebridade. Andy Warhol não criou coisa alguma. Na verdade, sem o benefício da celebridade, mas com a doação maior do talento, já dizia muito antes Lima Barreto: “Anedotas deste, casos com aquele, expedientes daquele outro, ele narrava com chiste e firmeza de lembrança; mas, ao que parece, a figura de seu tempo que mais o impressionou foi a de um pequeno poeta, que nunca teve seu quarto de hora de celebridade e hoje está totalmente esquecido” Clara dos Anjos. E, também: “Houve um em Niterói que teve o seu quarto de hora de celebridade” O triste fim de Policarpo Quaresma. Mas também se encontra, por exemplo, em Gide: « Le vieux savant, théoricien buté, avait eu son heure de célébrité » (Si le grain ne meurt, 1924, p. 415).

⁵² Quanto a diferença entre a celebridade relativa ou efêmera, e a que constitui o objeto de nossas cogitações, lembra o TRF2: “Ressalte-se, também, que há alguns anos, quando ainda não havia um acesso maciço aos meios de comunicação de massa, quando uma pessoa se celebrizava, havia um destaque imenso em torno dela, já que poucas eram as personagens realmente celebrizadas. Atualmente, há multiplicação de meios de telecomunicação. Há o youtube, a TV a cabo, tantos outros meios em acréscimo àqueles existentes, por exemplo, em meados da década de 80 do Século passado, que até mesmo o conceito de celebridade vem um tanto diluído na mídia, posto que vem ao lado de talvez uma ou mais centena de pessoas, também celebrizadas pela mesma mídia.” TRF2, AC 2003.51.01.540786-9, Primeira Turma Especializada do TRF 2ª Região, por unanimidade, JFC Marcello Ferreira de Souza Granado, 29 de março de 2011. Celebridade não é, e nunca foi, criação da *mídia* contemporânea. Como se lê num capítulo exatamente denominado “Celebridades” do livro Filomena Borges, de Aluísio Azevedo: “Que frenesi! Todos queriam ser o primeiro a vê-la. O cais Pharoux parecia diminuir sob a multidão que o coalhava. Viam-se enormes grupos, esparsos, por aqui e por ali, galgando a muralha, invadindo as lanchas e os escaleres. Nas ruas faziam-se comentários a respeito da baronesa de Itassu; os jornais pregavam na parede notícias a respeito dela; vendia-se o seu retrato em todas as proporções; inventavam-se biografias. Uns afirmavam que Filomena Borges era um modelo de virtudes; outros que era uma grande velhaca. Este jurava que a vira já muito por baixo, num hotel; aquele dizia que ela fora sempre riquíssima, e que só trabalhava em público por amor à arte. Aqui afiançavam havê-la visto, em tal época dançar uma *habanera* em casa de tal figurão; logo, ali, negavam: - Que não! que essa Filomena era outra, falecida havia já coisa de cinco anos, e que esta, a nova, a do teatro, não tinha absolutamente nada de comum com a outra, com a tal Filomena, cujos bailes, por tão luxuosos e originais, ainda se conservavam na memória de toda a gente!”

⁵³ COOMBE, op. cit.: “It is impossible to deny the potential value of the celebrity persona in an age of mass production and communications technologies. The aura of the celebrity is a potent force in an era in which standardization, rationalization and the controlled programming of production characterize the creation and distribution of goods and the capacity of mass media communications to convey imagery and information across vast distances is harnessed to ensure consumer demand. As mass market products become functionally indistinguishable, manufacturers must increasingly sell them by symbolically associating them with the aura of the celebrity - which may be the quickest way to establish a share of the market. It is suggested that fame has

Sobre tal fenômeno, e seus efeitos jurídicos no campo da Propriedade Intelectual, discutimos seu impacto no direito de marcas ⁵⁴:

Curiosamente, o fluxo simbólico interage com o econômico, mas com efeitos jurídicos. Uma marca solidamente registrada pode perder a exclusividade, pelo fenômeno da genericidade, ou seja, no fluxo de comunicação a marca deixa de ser daquele produto ou serviço, originário do titular, e passa a ser um descritor funcional (celofane e fôrmica são casos consagrados pela jurisprudência), que emigra para o domínio comum. Tal fenômeno será uma patologia da notoriedade, como sugere Faria Correa⁵⁵, usando extensa e adequadamente da metáfora:

A notoriedade, no seu sentido mais amplo, é o fenômeno pelo qual a marca, tal qual um balão de gás, se solta, desprendendo-se do ambiente em que originariamente inserida, sendo reconhecida independentemente de seu campo lógico-sensorial primitivo. A notoriedade é correlata à genericidade. A genericidade é o negativo (= imprestabilidade universal para servir como elemento de identificação de um produto ou serviço, por refletir, no plano lógico-sensorial, o próprio produto ou serviço). A notoriedade é o positivo (= idoneidade universal, absoluta para servir de elemento de identificação de um produto ou serviço). Notoriedade é magia e magia é a capacidade de se criar o efeito sem a causa, produzindo do nada. Notória a marca, e a sua utilização impregna de magia qualquer produto, tornando-o vendável. A vendabilidade do produto emerge do poder de distinguir, do poder de atrair o público. (...)

A construção da imagem-de-marca, em especial pelas técnicas persuasórias e de sedução, cria eficácia simbólica além do alcance da concorrência e dos direitos de exclusiva. Ou seja, o significante da marca significa – aponta origens – que não necessariamente correspondem à circulação de produtos e serviços. O símbolo extravasa o mercado, o *vinculum juris*, ou ambos.

Convencionalmente, dá-se a esse fenômeno o nome de *notoriedade*, eis que a marca capaz de ter esse efeito é descrita como *notória* ⁵⁶.

Já falando do mesmo efeito, na construção de personagens no campo autoral, disse Newton Silveira, nos seu Ensaios e Pareceres ⁵⁷

A revista jurídica italiana “IL DIRITTO DI AUTORE”, de março/98, publica interessante artigo de Luciano Menozzi, sob o

become the most valuable (and also the most perishable) of commodities and that celebrity will be the greatest growth industry in the nineties.

⁵⁴ Proteção de Marcas, Lumen Juris, 2008, 3.1.2. Uso simbólico da marca e criação de direito. Vide, aliás, o texto de Dogan e Lemley, citado neste estudo, em que os autores correlacionam o interesse jurídico das celebridades sobre seu endosso como correlato ao interesse marcário de evitar a diluição das marcas, ou seja, o da notoriedade que, no nosso sistema jurídico, encontra guarida no art. 125 da Lei 9.279/96.

⁵⁵ [Nota do original] CORREA, José Antonio B. L. Faria. “O Fenômeno da Diluição e o Conflito de Marcas”, Revista da ABPI, N° 37, nov/dez 1998, p. 31.

⁵⁶ Id. Ead., 4.3.3. O extravasamento simbólico.

⁵⁷ SILVEIRA, Newton, Direito autoral sobre "Mamíferos" Parmalat, 08/10/1998, Estudos e pareceres de propriedade intelectual, Lumen Juris, 2009.

título “IMMAGINE E NOTORIETÀ NELLA COMUNICAZIONE ICONICA”.

Embora o autor do texto se refira ao direito à imagem (direito de personalidade), e não ao direito de autor do fotógrafo (como no caso em exame), suas considerações têm plena aplicação ao tema da presente consulta.

Referindo-se à notoriedade adquirida pela imagem de determinada pessoa, afirma:

“Siamo qui all'estremo grado di oggettivazione dell'immagine di una persona, che arriva fino al punto di staccarla dalla persona reale.”

E acrescenta:

“In sostanza, può dirsi che il diritto positivo considera tradizionalmente l'immagine della persona prendendo come riferimento l'immagine nella sua realtà immediata e nei suoi riflessi morali, senza soffermarsi particolarmente su altri riflessi, che possano avere carattere diverso e valore prevalentemente commerciale.

Le situazioni alle quali ci riferiamo sono ben diverse: sono situazioni che riguardano immagini non dirette della realtà, ma immagini che potremmo dire “di secondo grado”, rispetto alle quali la “notorietà” costituisce un elemento costitutivo dell'utilizzo delle immagini stesse.”

Para concluir que:

“Le immagini a cui ci referiamo... esistono solo in fusione della loro “circolazione” e specialmente della loro utilizzazione per fini pubblicitari... Sono quindi situazioni nelle quali l'elemento economico è in primo piano e l'immagine notoria è trattata alla stregua di un bene commerciale.”

A seguir, afirma:

“...l'immagine con i mezzi di comunicazione di massa è diventata “un vero e proprio prodotto di consumo”.”

destacando que:

“immagine notoria” è infatti un “plus valore”

E finaliza:

“In conclusione, ci sembra di poter affermare che “l'immagine notoria” costituisce un bene immateriale autonomo rispetto all'immagine-ritratto; bene che per le sue caratteristiche e la sua funzione travalica l'ambito dei diritti della personalità come regolati dal diritto positivo e trova più consona collocazione fra i segni distintivi commerciali.

Tutta la materia della pubblicità andrebbe comunque rivista in un'ottica che tenga conto dell'evoluzione sociale e del costume, con riconoscimento e regolamento di quel “right of publicity” del quale da tempo si parla.”

Nessas condições, sem outras considerações acerca de obra coletiva, ou direito à paternidade, ou exploração comercial de obra artística,

parece claro que, face ao contrato com a PARMALAT, as ilustrações de TOM ARMA assumiram, no território do contrato, uma importância comercial e uma capacidade de licenciamento com que não contavam antes, o que liga TOM ARMA à PARMALAT, obrigando o autor das ilustrações, da mesma forma que a PARMALAT no contrato, a não proceder de maneira que diminua ou prejudique a força publicitária com que as figuras e ilustrações agora contam.

No campo dos direitos da personalidade, a questão da notoriedade introduz um diferencial específico⁵⁸:

O mesmo fenômeno também pode ser notado na publicidade que explora a imagem de pessoas notórias no Brasil. Segundo constatação de Carlos Alberto Bittar Filho:

“O fenômeno ganha vulto em nossos tempos, em que a vinculação publicitária de pessoas bem-sucedidas em suas atividades representa estímulo ao consumo mediante a atração que exercem junto ao público; assim acontece com grandes estadistas, políticos, artistas, escritores, esportistas. Explora-se, nesse passo, a ânsia do espectador de se identificar com os seus ídolos, com os seus hábitos, os seus gostos, as suas preferências, levando-o, pois, ao consumo do produto anunciado, direta ou indiretamente, conforme o caso.”⁵⁹

Note-se que ambos os perfis do direito à imagem podem ser envolvidos em uma campanha publicitária, uma vez que se poderá explorar: (i) a fisionomia de determinada pessoa, com acento em particularidades físicas especiais que atraiam a atenção do consumidor; e/ou (ii) atributos de uma pessoa notória que estejam em consonância com as características do produto ou com o público-alvo da publicidade.

A exemplificação do uso da imagem-retrato no âmbito da publicidade não apresenta maiores dificuldades, uma vez que basta apontar as obras publicitárias que exploram, como visto acima, celebridades para a divulgação de produtos pelo simples fato de as mesmas gozarem de notoriedade. Outras hipóteses poderiam ser indicadas, como a extensiva utilização de mulheres esculturais (ou, mais notadamente, de partes específicas de seus corpos) para a promoção de produtos cujo público-consumidor seja majoritariamente masculino.

A imagem-atributo, por sua vez, encontra grande utilidade na produção de obras publicitárias, dado que a publicidade visa à persuasão do consumidor através de uma operação de reconhecimento, gerando, por fim, a necessidade de consumo. Com efeito, a publicidade busca proporcionar esse resultado através da identificação do consumidor com determinadas qualidades do produto ou atributos da pessoa utilizada na obra publicitária.

⁵⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de, Contornos atuais do direito à imagem, Revista Forense – Vol. 367 Doutrina, Pág. 45

⁵⁹ [Nota do original] Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho, Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 58.

Assim, introduzir em um comercial de curso de línguas estrangeiras para jovens um ator que possua expressividade junto ao público juvenil cumpre a função de identificação do consumidor com o produto. Da mesma forma, a utilização de um jogador de futebol conhecido pelo seu temperamento explosivo, e por vezes agressivo, em um anúncio de inseticida, ressalta a sua ação eficaz e mortífera no combate aos insetos. Trata-se de uma exploração de características da pessoa, não necessariamente físicas, que podem ser notadas através de seu comportamento nas relações sociais.

Da titularidade desse interesse

Enfatizemos, por amor à precisão doutrinária, que o *titular* desse interesse será, em princípio, a celebridade a quem se imputa os atributos notórios do constructo ⁶⁰.

Quem será seu originador? Oferecemos a hipótese de que – dentro de certos limites muito precisos - a celebridade se constrói a si mesma; sua *persona* dela mesma se origina. Provavelmente de um *self-made man* como Sílvio Santos isso será verdade. Num universo de *image consultants*, cujo o ofício é, como descreve o Decreto dec. 82.385 de 05 de outubro de 1978 para o diretor de arte na obra cinematográfica,

[Definir] a construção plástico-emocional (...) de cada personagem dentro do contexto geral

possivelmente em algum momento se verificará a cesura entre titularidade e autoria com que o direito tanto se debate.

Voltaremos a essa questão ao discutirmos quem é o autor da *persona*.

Dos ônus e dos benefícios de ser celebridade

É parte dos direitos fundamentais o direito à informação ⁶¹. Há, no entanto, uma barreira à informação, que é a esfera da intimidade, que a todos atine;

⁶⁰ Vale lembrar que o *right of publicity* americano tem sido categoricamente separado dos direitos pessoais, como notou Nimmer no texto doutrinário inaugural dessa nova categoria jurídica: "Moreover, since animals may be endowed with publicity values, the human owners of these non-human entities should have a right of publicity in such property . " NIMMER, Melville B. , The Right of Publicity, 19 Law & Contemp. Probs. 203 (1954). Como nota Husband, B. Paul Husband, Horses In Entertainment, Sports And The Law, encontrado em <http://www.husbandlaw.com/~media/Firm%20Galleries/Organizations/6/9/1/0/69102/horses-entertainment.ashx>, visitado em 26/11/2011, há alguma justificativa jurisprudencial, naquele direito, para tal afirmação.

⁶¹ "O direito à informação considera o ser humano tanto na dimensão coletiva, que se refere ao direito difuso do povo de receber informações, para que possa participar efetivamente da esfera pública, quanto na dimensão individual, que se refere ao direito de cada pessoa de receber e transmitir as informações necessárias para a formação das suas convicções, bem como o de expressar as suas opiniões." (...) No direito nacional, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à informação em diversos dispositivos. Na perspectiva interna, tem-se a proteção da liberdade de consciência e de crença [art. {5.º, VI}], : "é inviolável a liberdade de consciência e de crença (...).",e na perspectiva externa tem-se a proteção da livre manifestação do pensamento [art. {5.º, IV}: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; e 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."],do livre exercício dos cultos religiosos e proteção aos locais de culto e a suas liturgias [art. {5.º, VI}: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a

dela se distingue, porém, a *privacidade*, que se esgarça na proporção em que a pessoa se faz ou se torna *pública*.

Em muitos casos, como no dos políticos e servidores, essa redução é correlativa ao interesse público no acesso à informação a que lhes diz respeito⁶². De outro lado, nota-se essa redução de proteção no caso das celebridades, agora *também* por entender-se que teria havido um construção voluntária dessa notoriedade⁶³.

"(...) o grau de resguardo e de tutela das pessoas famosas e notórias não pode ser o mesmo do homem comum, até porque a fama e o prestígio costumam ser a meta optate de certas pessoas e celebridades e, assim, o meio e modo pelo qual obterão esse desiderato"⁵ Portanto, pode-se afirmar que essa invasão de privacidade por parte dos meios de comunicação (imprensa ou mídia) é consentida, ainda que de forma tácita, na medida em que não há fama se a imagem não é exteriorizada e divulgada pelos meios que a tecnologia dispõe." ⁶⁴

E o repete a casuística:

"Por ser ator de televisão que participou de inúmeras novelas (pessoa pública e/ou notória) e estar em local aberto (estacionamento de veículos), o recorrido possui direito de imagem mais restrito, mas não afastado; - Na espécie, restou caracterizada a abusividade do uso da imagem do recorrido na reportagem, realizado com nítido propósito de incrementar as vendas da publicação;" STJ, REsp 1082878/RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.10.08

proteção aos locais de culto e a suas liturgias."], da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação [art. 5.º, IX}: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; e 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."] e da liberdade de acesso à informação [art. 5.º, XIV}: "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."]. PALHARES, Cinara, Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade? Revista dos Tribunais | vol. 878 | p. 42 | Dez / 2008 | DTR\2008\727

⁶² "Assim sendo, é possível afirmar que a intimidade de uma pessoa não representa qualquer interesse público que justifique a sua violação, salvo raríssimas exceções, como para a apuração da prática de crime (caso seja necessário, por exemplo, escuta telefônica ou violação de correspondência e de domicílio). a privacidade, uma vez que envolve necessariamente uma face pública, comportará maior flexibilização em razão do interesse público envolvido. Portanto, dependendo da relevância social de determinado fato, ou de uma qualidade especial de um indivíduo, como é o caso das pessoas públicas (políticos, pessoas que exercem cargos públicos) ou famosas (artistas, cantores, pessoas notórias em razão da sua profissão), a esfera privada poderá ser reduzida (...) Pessoas famosas ou notórias no seu campo de atuação, consideradas "pessoas da história do tempo em sentido absoluto", também sofrem maiores restrições à sua privacidade. Quanto às pessoas famosas, cuja atividade requer necessariamente a exposição à mídia (artistas, cantores, apresentadores de programas televisivos, participantes de reality shows etc.), a esfera privada sofre restrições por razões óbvias. Esses indivíduos construíram a sua imagem e a sua personalidade à custa da exposição pública, de maneira que, quando estiverem em locais públicos, é natural que ocorra interferência na sua vida privada. PALHARES, Cinara, op. Cit.

⁶³ O consentimento é um elemento, mas não determinante, na delimitação dos interesses das celebridades quanto a sua persona. Como se verá mais adiante, há outros condicionantes que se impõem independentemente da vontade expressa ou tácita da pessoa famosa.

⁶⁴ STOCO, Rui, Tratado de Responsabilidade Civil, Revista dos Tribunais, 7ª edição, p. 1663

"É certo que uma das conseqüências da fama é a perda da privacidade, já que uma coisa implica na outra, reciprocamente: da notoriedade decorre uma maior exposição pública e desta exposição obtêm-se maior notoriedade. Assim, atores, cantores, jogadores de futebol e qualquer pessoa privada que se torna publicamente conhecida faz da exposição da imagem seu instrumento de trabalho, devendo estar mais acostumados a uma maior ingerência da mídia em suas vidas particulares, inclusive com uma interpretação negativa de atos e fatos que as envolva. No entanto, isso não significa que essas pessoas não sejam dotadas de intimidade, privacidade e honra, pelo simples fato de estarem sujeitas à maior exposição." AC TJSP, 0287205-74.2009.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, unanimidade, Des. João Carlos Garcia, 24 de maio de 2011

Neste último caso, distingue-se o interesse público na informação, quando tais personalidades atuam em espaço ostensivo⁶⁵, daquela informação a que preside o interesse privado, por exemplo, o uso como endosso de serviços ou produtos⁶⁶.

A questão aqui é claramente a da ponderação do interesse público⁶⁷, que não se dissolve no interesse *do* público⁶⁸: este, que deriva da notoriedade, pode ou não preponderar sobre o interesse à privacidade. Em quaisquer circunstâncias, distingue-se o interesse das celebridades no seu núcleo essencial de intimidade, a ser defendido com base na dignidade⁶⁹, e o uso parasitário para fins

⁶⁵ "Portanto, duas são as situações a serem observadas: a) admite-se a utilização da imagem de pessoas famosas ou notórias em razão do direito à informação, presente o interesse público, caso em que a face pública da esfera privada poderá sofrer limitações (assim ocorre quando esses indivíduos comparecem em eventos sociais, espetáculos públicos, festas, teatro, ou seja, quando são fotografados ou filmados em locais públicos, pois a sua simples presença já denota interesse público)". Idem, Eadem.

⁶⁶ " (...) quando a utilização da imagem comportar alguma finalidade, seja ela comercial ou até mesmo filantrópica, como a promoção declarada de alguma causa social, deverá, necessariamente, ser precedida de autorização, podendo ou não ser ajustada uma contraprestação." Idem, Eadem.

⁶⁷ "In such instances, courts must confront the impact of the First Amendment upon what would otherwise be an actionable invasion of property rights. One premise of this Article is that integral to the resolution of this conflict is the application of a combination of property and liability rule principles. Thus, the approach taken here necessitates a choice between three possible resolutions in any given situation: property rule protection (under which the appropriate remedy is an injunction and concomitant damages), liability rule protection (which disallows an injunction but requires the defendant to pay damages), and no protection for a right-of-publicity plaintiff. A second premise of this Article is that, in any given case, the determination of appropriate relief should be made by balancing the relevant harms triggered by allowing unauthorized uses of publicity rights against the benefits that society derives from such uses." Kwall, Roberta Rosenthal, 'The Right of Publicity vs. The First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis. Indiana Law Journal, Vol. 70, p. 47, 1994. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=849745>

⁶⁸ "Não se pode confundir, no entanto, interesse público com interesse popular ou do público, que é mera curiosidade coletiva, muitas vezes movida pela maledicência ou até pela bisbilhotice mórbida." D'Elboux, Sonia Maria, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: tensões e limites, Tese de Doutorado, FDUSP, 2005.

⁶⁹ "Portanto, em todos os casos nos quais o interesse público não for de tal forma relevante, e não tendo a própria pessoa dado ensejo à informação depreciativa, o direito à informação não poderá significar uma violação da honra do indivíduo. A exibição da imagem de uma pessoa famosa em situação constrangedora, pelo simples prazer mórbido de se deleitar com a desgraça alheia, não pode ser admitida. É certo que entre essas situações extremas surgirão situações duvidosas, que exigirão a ponderação no caso concreto."

comerciais ou publicitários, que tende a recair na esfera de negativa ou interdição da celebridade⁷⁰.

Assim, a celebridade incorre primordialmente num ônus perante o dever geral de informação; como contrapartida da sua notoriedade, que se supõe lhes ser consentida e favorável⁷¹, ela deve suportar uma maior penetração.

Os deveres resultantes da construção da notoriedade

A celebridade não eventual, mas deliberada, se faz pública, que se faz como *pessoa da história* tem sido onerada com esse acréscimo de exposição necessário, resultante do aumento do interesse público em sua atuação na sociedade⁷².

PALHARES, Cinara, op. Cit. Mas mesmo antes dos limites extremos, se garante por vezes a reserva da intimidade, por exemplo, quanto aos *paparazzi*: "Direito Constitucional. Direito Civil. Embargos Infringentes. Direito à privacidade. Art. 5º, X da Constituição Federal. Artigo 20 do Código Civil. Exposição de atriz e sua filha menor, com cinco anos de idade, em matéria jornalística expressamente desautorizada antes da publicação. Violação do direito à privacidade e intimidade das autoras. Fotos clandestinas que destacam detalhes privados da vida da atriz e de sua filha com revelação do nome da escola em que estuda a pequena. Direito ao respeito e à preservação da imagem da menor. Infração ao disposto nos artigos 15 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A editora vende informação ao público e incontáveis vezes se vale de fotos tiradas por "paparazzi" para ilustrar suas reportagens que são lidas por um enorme público, cada dia mais fiel e ávido por conhecer detalhes sobre aspectos íntimos e privados da vida das celebridades. O confronto entre direitos fundamentais de índole constitucional tem sido decidido através de critérios de ponderabilidade, mas nunca é demais registrar que perante a Constituição Federal não há direitos absolutos ou ilimitados – nem mesmo os da mídia de qualquer natureza. Recurso desprovido." TJRJ, Embargos Infringentes 0080274-36.2006.8.19.0001, Vigésima Câmara Cível, Des. Marco Antonio Ibrahim, 24 de agosto de 2011.

⁷⁰ "Two types of publicity claims have raised particular problems for the courts. The first involves merchandising claims, in which individuals claim violation of their publicity right not by the use of a name in advertising, but by people who sell products that bear their name or likeness. Courts have generally resolved these claims by making a distinction between news or art, on the one hand, and merchandise, on the other - but as art and information become increasingly commodified, this distinction - if it ever made sense - has become ever harder to sustain. The second type of problematic claim involves cases in which a use draws attention away from the celebrity, or arguably sullies the celebrity's reputation in some way that harms the overall value of her identity." Dogan, Stacey L. and Lemley, Mark A., What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law. Stanford Law Review, Vol. 58, p. 1161, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=862965>

⁷¹ Aqui, a distinção da notoriedade involuntária, que restringe o acesso da informação da pessoa ao evento que a tornou objeto do interesse público, mas não justifica o excesso além desse. "Pessoas comuns podem, em determinados fatos da vida, tornar-se pessoas da história do tempo "em sentido relativo". [BARROSO, Luís Roberto, Colisão entre liberdade de expressão e direitos de personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucional adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 270.] São pessoas envolvidas em acontecimentos da atualidade que revelam interesse à coletividade, como catástrofes naturais, graves acidentes, descoberta de algum fato importante para a humanidade, vítimas de perseguição racial ou social, conflitos sociais. Nesses casos, há redução da esfera de privacidade, mas que deve se limitar ao acontecimento notório e enquanto perdurar o interesse da coletividade." PALHARES, Cinara, op. Cit.

⁷² "Segundo Manuel da Costa Andrade, "a doutrina e a jurisprudência maioritárias propendem hoje a subscrever, tanto no plano categorial como prático-normativo, a distinção proposta por Neumann-Duesberg entre pessoas da história do tempo em sentido absoluto e em sentido relativo (absolute e relative Personen der Zeitgeschichte). Pertencerão à primeira categoria as pessoas que na sua época lideram a vida política, econômica, social, cultural, científica, tecnológica, desportiva, do mundo do espetáculo, etc. e em relação às quais subsiste um interesse público de informação particularmente alargado. Um interesse que cobre toda a esfera da publicidade e se estende a muitos dos domínios em geral considerados como pertinentes à esfera da privacidade, stricto sensu" (Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 262)". PALHARES, Cinara, op. Cit.

Distingue-se ela, pela construção contínua e intencional, da pessoa apenas colhida pela eventualidade de um acidente, de um momento em que sua atuação, ainda que involuntária, a faz objeto obrigatório do direito de informação.

Assim, essa construção da notoriedade tem uma dupla projeção no campo do direito: a celebridade não fica impune, no campo social, de obrigações perante o direito de todos à informação, que lhe tolhem o exercício da privacidade. Parafraseando o dizer da constituição alemã, *a celebridade obriga*.

Assim, a construção de si mesma como pessoa da história tem claras implicações jurídicas. A celebridade não desfruta de uma posição de privilégio imoderado ou irresponsável. O seu *constructo* é multidimensional, ainda quando a visão pública de sua projeção no tempo seja elaborada como fabulação, como uma deliberado tecimento de uma persona distinta de si mesma.

A distinção entre a pessoa e a persona

Num importante acórdão, o STJ chegou por si à noção desse constructo distinto da pessoa, ainda que para discutir a questão no plano do direito de personalidade. Assim, ao discutir se Maitê Proença tinha o direito de desvincular-se de uma publicidade que acabou por apor-se a uma séria infração do Direito do Consumidor, o relator chegou a entender que a atriz *como pessoa* poderia – sim – ficar afetada pelo empréstimo de fama numa função de celebridade:

Na publicidade, há a utilização, não só da imagem física, a chamada imagem-retrato, mas, também da imagem-atributo, que é reconhecida pela doutrina como sendo o conjunto de atributos de uma pessoa identificados no meio social.

O Procurador Regional da República, Luiz Alberto David Araújo, assim a conceitua:

“A imagem-atributo é conseqüência da vida em sociedade. O homem moderno, em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. Muitas pessoas não fazem questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, pontuais ou impontuais. São característicos que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. É importante verificar que tal característico não se confunde com qualquer outro bem correlato à imagem, como a honra, por exemplo, como será visto adiante.

A palavra imagem, portanto, tem apresentado sentido diferente do utilizado inicialmente (e analisado pelos civilistas apontados acima). Trata-se de concepção moderna do termo.(...) Dessa maneira, podemos afirmar que existem duas imagens no texto constitucional: a primeira, a imagem-retrato, decorrente da expressão física do indivíduo; a segunda, a imagem-atributo, como o conjunto de características apresentados socialmente por determinado indivíduo.” (“A proteção constitucional da própria imagem”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1996, p. 31).

Associar o nome ou a imagem de uma pessoa pública, seja desportista ou artista a produtos e serviços, prática comum e cotidiana na publicidade atual, permite agregar ao produto ou serviço as características positivas dessa personalidade que, graças ao seu prestígio e bom conceito, por certo, contribuirá na valorização do produto e/ou de seu fabricante. (...)

A propaganda, não raro, vincula um produto à imagem de uma pessoa. O que se busca é fazer crer que a coisa anunciada tenha as vantagens apregoadas pela pessoa que as afirma. E o efeito positivo do anúncio em muito dependerá do prestígio público de quem faz a propaganda. (...)

Compulsando os autos, verifica-se que a autora, ora recorrente, foi escolhida justamente por sua aceitação junto ao público. E principalmente o feminino, à conta da credibilidade conquistada, não só como atriz, mas pela participação em campanhas sociais, como “Ação da cidadania contra a fome e a miséria”; “O câncer de mama no alvo da moda”; “Ação criança” e “Pró-criança” (fls.555). Logo, não há como negar que a campanha promovida pela ré, na busca do resgate de seu nome junto ao público feminino, valeu-se do prestígio da atriz e, defeituoso o produto, pela qualidade ou quantidade, a imagem da autora foi atingida.

Com efeito, em situações que tais, a credibilidade das pessoas ou da celebridade que faz o anúncio é transferida para o produto. O argumento de inoccorrência de dano moral pelo fato de não haver vinculação do nome da autora ao produto é frágil. Não resiste, principalmente in casu, ante o fato de o próprio contrato prever o caráter testemunhal pelo qual a atriz devia garantir a segurança do produto e o conceito de seu fabricante, o que acabou por converter a atriz em intermediária de uma "propaganda enganosa". STJ, Resp 578.777 - RJ (2003/0162647-7), Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, voto do relator, Ministro Humberto Gomes de Barros, 24 de agosto de 2004 (Data do Julgamento).⁷³

Porém a maioria desvinculou enfaticamente a pessoa da atriz daquela imagem elaborada e ficcional da celebridade. Na distinção que veio a prevalecer, enfatizou-se o elemento emocional, mítico, que – como nota a análise argentina já citada – tem maior efeito do que qualquer vinculação racional:

A campanha testemunhal foi contratada pela recorrida com o intuito de estimular os espectadores usuários a creditar, sob a nova embalagem de tom azul, segurança e confiança no produto MICROVLAR, cuja credibilidade estava abalada.

Para tanto, a imagem-atributo da atriz recorrente foi utilizada, tão-somente, com o intuito de apresentar o novo produto e, assim, angariar simpatia dos espectadores para o novo padrão qualitativo do produto, então simbolizado pela troca da cor da embalagem.

Neste contexto considerado, a vinculação da atriz ao produto se dá em estrita observância aos parâmetros eleitos pela publicidade divulgada, a saber, utilização de pessoa leiga no tema relacionado

aos efeitos terapêuticos do fármaco (a atriz não é médica ou farmacêutica), o que autoriza concluir que:

a) a mensagem emitida pela campanha televisiva limitou-se tão-somente a estimular, mediante o uso da publicidade protagonizada pela atriz, o público a retomar sua crença no produto;

b) no sentido prestado pela atriz, leiga quanto ao produto e todos os riscos de fabricação, condições de assegurar ao público, com rigor técnico e científico, as qualidades terapêuticas e segurança nos métodos de fabricação do medicamento; e

c) como resultado dos itens 'a' e 'b': a campanha testemunhal não assegura ao público as qualidades do produto, apenas estimula-o a confiar nos novos parâmetros de qualidade.

Conclui-se, assim, nos termos da fundamentação adotada pelo TJRJ, não ser factível a vinculação da honra-profissional de atriz, leiga no tema técnico, à credibilidade nos componentes qualitativos do produto MICROVLAR, porquanto o espectador reconhece na pessoa da atriz, tão-somente, o apelo artístico no afã de resgatar a credibilidade do anticoncepcional. (voto vencedor da Ministra Nancy Andrichi)

A distinção entre a pessoa (objeto do direito de personalidade) e o constructo fica clara no mesmo voto:

Nesse contexto, distinção importante a ser feita é aquela estabelecida entre a pessoa da recorrente - no que concerne aos seus sentimentos, isto porque sempre esteve muito comprometida com campanhas sociais ou governamentais em prol da cidadania - e a atriz, profissional cujo conceito continua intacto no meio artístico e na opinião pública. (...)

Em conclusão, a análise de ofensa, ou não, à honra profissional constitui, nesses termos, a única questão a ser apreciada neste processo. E, pelos motivos expostos, inexistente dano moral à honra-profissional da recorrente, porquanto ausente a alegada vinculação entre ela e as características farmacológicas do anticoncepcional.

Em outro voto, o Ministro Humberto Gomes de Barros enfatizou que o empréstimo de celebridade era apenas uma *persona*, e não punha em jogo a atriz, ela mesma:

Por outro lado, se eu pudesse revê-los, pediria novamente vênia para dizer que, na verdade, a eminente, respeitada e querida recorrente fez um contrato de propaganda, no qual funcionou exercendo sua profissão de atriz. Há circunstâncias - não me lembro de a recorrente haver atuado como megera - em que várias atrizes exercem o papel de vilãs, por contrato profissional. Nem por isso, elas são contaminadas pelo personagem que estão encarnando. A recorrente continua a ser uma das grandes damas do teatro brasileiro.

No caso em exame, a atriz reconhece que não garantiu a qualidade do produto, mas que simplesmente agiu como atriz. Se o personagem que representou não traduzia a realidade, a culpa não é dela, tanto que não perdeu prestígio ou credibilidade.

Verdade é que Maitê Proença representou um papel, a de Maitê Proença, mas não a da pessoa natural, a que sofre, e sim a que corresponde à imagem pública – a *persona* da celebridade.

A natureza do contrato de celebridade, a que se vinculou Maitê Proença, aliás, se precisa e aresto paulista ⁷⁴:

"Como assinalo em meu voto lançado nos autos do AI ns 0230698-59.2010.8.26.0000 (990.10.230698-4), julgado nesta mesma oportunidade, o contrato de patrocínio, segundo doutrina do Dr. ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA (da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), "designa uma série de contratos identificada e caracterizada pela sua função económico-social, a saber: a realização de uma forma especial de publicidade". (...)

Ainda a respeito do tema, diz o ilustre estudioso da matéria: "Trata-se, com efeito, de um instrumento de promoção da "imagem empresarial" do patrocinador, isto é, de um "instrumento da política de imagem" das empresas, mediante associação de um seu sinal distintivo, maxime a marca, à fama ou celebridade de uma pessoa e/ou à notoriedade do evento patrocinados, participando na repercussão mediática do seu êxito ("Imagetransfer")". TJSP, AC 0222466-83.2009.8.26.0100, 25a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, unânime, Des. Amorim Cantuária, 01 de março de 2011.

Como dizem os votos, no caso de um endosso como a de Maitê Proença, transfere-se a imagem da celebridade, mas a imagem da *persona* construída ⁷⁵.

⁷⁴ Tive ocasião de discutir a figura em texto anterior : BARBOSA, Denis Borges, Nota sobre o Contrato de Patrocínio, in A Eficácia do Decreto Autônomo, Estudos de Direito Público, Lumen juris, 2003. "Não encontro no chamado "Contrato de Patrocínio" (não obstante as citações que lhe faz a Lei Rouanet) tipicidade que o caracterize como categoria jurídica a parte. No caso, quando o chamado patrocínio importa em compra antecipada dos exemplares, é pelas regras do contrato de compra e venda que se deve governar o negócio jurídico. Não me parece impossível o contrato de compra e venda de coisa futura, inclusive nas modalidades *emptio spei* e *emptio rei speratae* a que se refere a doutrina civilista clássica. Uma vez que realmente há uma apreciação qualitativa da obra, tal modalidade de compra se aproxima da coedição, dela só se distinguindo, por sua vez, pelo fato de que o Município não assume os riscos pela edição. Pagará, se e quando receber a edição. O que distingue este "patrocínio" da simples compra e venda de coisa futura é a consignação, nos exemplares a serem impressos, do endosso do Município, o que empresta talvez maior peso de prestígio à edição, assim como o propósito específico de viabilizá-la, mais do que de obter a coisa em si mesma. Este último ponto é que nos obriga a ponderar se o patrocínio, expressando o apoio do ente público, não seria sujeito à regra da isonomia, da transparência, da publicidade e da impessoalidade. O que se tem por inexigível é a satisfação de uma necessidade do Município pela aquisição de uma obra cuja fonte é única. Neste caso, não há, como se notou, demanda do produto em si mesmo, mas a verificação de uma eventual conveniência de que a obra venha à luz. Ocorre que quando a obra está por fazer-se, não existe a unicidade de fonte que torna inexigível a licitação. Pelo contrário, no mundo das possibilidades conceber-se-ia um dicionário com desenho de Oscar Niemayer e texto de João Cabral de Mello Neto. O que indicaria a Constituição como caminho reto e límpido é a abertura de concurso, com o desígnio do Município sendo aberto à satisfação dos mais aptos. Pois quando os príncipes Esterhazy exerciam o mecenato subvencionando a obra de Haydn, faziam-no com patrimônio próprio. Exercer o mecenato com fundos públicos exige cuidados outros, que são os que o art. 37, caput, da Carta de 1988 aponta. O poder, quando público, e quando democrático, não admite o fulgor de um Vaux le Vicomte, e certamente marca menos a História com o alcance da visão dos administradores. Tais providências, que tendem a assegurar o princípio radicalmente democrático de que "todos devem ter acesso às oportunidades conferidas pela Poder Público", têm toda a aparência de estulta burocracia. É esta natureza própria da Administração, por mais fúria que cause aos grandes espíritos."

Dos benefícios econômicos do constructo

O principal resultante da notoriedade, ou pelo menos o que seria natural, é o que recai sobre a *atuação célebre*. O cantor famoso adquire seu próprio fundo de comércio, sua *clientela*, que lhe vem em retorno pelos ingressos e discos adquiridos; a *socialite* obtém acesso a meios e a facilidades que os obscuros precisam conquistar a grandes ônus ⁷⁶.

Mas o objeto desse estudo é o valor econômico que resulta da *transferibilidade* da fama, seja pelo endosso de produtos e serviços de terceiros, seja pelo *merchandising* de imagens, seja pelas múltiplas oportunidades a que se referia David Vaver na citação inicial deste trabalho.

Seja como tutela da imagem-atributo no âmbito do direito de personalidade, seja como elemento integral da exclusiva autoral, reconhece-se ao titular do direito sobre a persona um poder de negar, daí de autorizar, o *uso comercial* do objeto de seu interesse.

Como se expôs, o próprio fundamento do interesse econômico que se discute, a *notoriedade*, garante à sociedade um uso público que lhe é vedado no caso da pessoa privada ⁷⁷.

⁷⁵ "Sous quelque titre que ce soit - droit des interprètes comme droit voisin en Europe, droit à l'image aux Etats-Unis et en Europe aussi -, les traditions juridiques protègent une double réalité : - l'acteur comme personne physique : James Dean, Alain Delon, Elisabeth Taylor comme individus. - l'acteur dans un rôle : Humphrey Bogart dans son imperméable du Faucon Maltais, Nicolai Tcherkassof comme Ivan le Terrible, Marylin Monroe dans "Some Like It Hot". 9. Cette double réalité n'appelle pas les mêmes mesures de protection légale. Les considérations relatives au droit de publicité portent sur l'usage de l'image personnelle de l'acteur dans la commercialisation de produits ("merchandising)". DESSEMONTET, François, Les droits des acteurs face à la digitalisation, <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Dt%20des%20auteurs%20digitalisation.pdf>

⁷⁶ Tal notoriedade não importa só em poder econômico. O mais célebre sociólogo das celebridades, ALBERONI, Francesco, *L'élite senza potere*, Bompiani, Milano, 1963, recentemente notou: "Ma a decidere chi arriverà sullo schermo e prenderà la parola è una élite formata dai grandi conduttori, divi, cineasti, cantanti, giornalisti, comici che si cooptano fra di loro. Essi si presentano come modelli da imitare, poi giudicano, danno consigli, lanciano slogan, animano e dirigono i dibattiti. Il tutto poi viene ripreso dai quotidiani, dai settimanali e da internet. Non esistono perciò più una élite del potere ed una élite senza potere, ma due élite del potere: quella politica e quella dello spettacolo. La prima si forma attraverso il dibattito politico e le elezioni, la seconda attraverso la cooptazione e l'audience. Inoltre le due sfere della politica e dello spettacolo spesso si sovrappongono e, nel campo del costume e dei valori, l'élite dello spettacolo tende a prevalere su quella politica. L'audience ha più peso del voto." *Lo spettacolo e la politica, sono le élite del potere*, 'il Corriere della Sera' del 6 luglio 2009, pag. 1.

⁷⁷ "Y es que no le falta razón al Juez Cabral Barreto cuando incide en el hecho de que Carolina de Mónaco ejerce, de hecho, un importante rol en la vida pública europea, que, creo también, justifica sobradamente su calificación como personaje público. Es más, a mi juicio, a los efectos que nos ocupan, en esa categoría estarían integradas incluso las personas que sin profesión conocida, hacen de la exhibición pública de su vida privada auténtica dedicación profesional, en definitiva, las personas -cada vez más numerosas- que se dedican al ejercicio de una auténtica "profesión", la de famoso. (...) En esta línea, el propio TC ha entendido que personaje con notoriedad pública, es además del que "expone al conocimiento de terceros su actividad profesional", el que "difunde habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada". En ambas hipótesis, se corre el riesgo de que, tanto su actividad profesional, como la información revelada sobre su vida privada se pueda ver sometida a una mayor difusión de la pretendida por su fuente o a la opinión, refutación y crítica de terceros. Cfr. STC 134-1999, de 15 de julio (RTC 1999- 134)." PASCUAL MEDRANO, Amelia, *Personajes públicos y derecho a la propia imagen*, Puntotex, Santiago, Chile 2009-11-20 14:47:08.352248-03.

Os interesses contrapostos, aqui da sociedade como um todo, prevalecem frequentemente quando a personalidade famosa recai sob a atenção de todos, ou atua num sentido *público*. A não ser em limites muito estreitos ⁷⁸, a celebridade tem menos poderes sobre si mesma do que a pessoa comum; ele é *pública*.

Mas se reconhece a ela certos interesses que toda a pessoa tem ⁷⁹, mas que são mais economicamente mais significativos quanto às pessoas famosas. Essencialmente, se reconhece a elas o poder de *não endossar* com sua celebridade determinadas atuações de cunho econômico ⁸⁰. Neste caso, não vigora a limitação que impede as pessoas famosas de resistir à própria notoriedade em face do interesse de informação ⁸¹. Dá-se assim, às celebridades, o poder de autorizar ou negar esse uso ⁸²

⁷⁸ "Sin duda, la decisión final del magistrado se enrola en la doctrina que entiende que aún siendo muy elevado el nivel de notoriedad que posea una persona, no implica desconocer que goza de la prerrogativa del derecho a la intimidad. Efectivamente, el carácter de celebridad de un determinado individuo, no autoriza la publicidad indiscriminada, ni suprime la protección de su esfera privada. Máxime cuando las fotografías difundidas, en modo alguno revistan carácter de interés público. Ciertamente, esta tesis parece la más adecuada a fin de garantizar una convivencia armónica entre dos derechos fundamentales, que se encuentran en constante antagonismo." BASTERRA, Marcela I., El Derecho a la Intimidad como límite a la Libertad de Información. A propósito del caso "V., J. s/medidas precautorias" Publicado en: DFyP 2011 (octubre), 243

⁷⁹ SANTOS, Roberto Martinho dos, O Direito à Imagem no Direito Desportivo: Suas Virtudes Comerciais e Publicidade. Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 11 | p. 147 | Jun / 2007 | DTR\2011\2157: 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. "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).

⁸⁰ A questão do consentimento presume na aceitação do vínculo de algum aspecto da pessoa a um *endosso* de atuação publicitária. Vide o Código Civil da Califórnia, em dispositivo incluído em 1971: CAL. CIV. CODE § 3344 : California Code - Section 3344 - (a)Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof. (...) (d)For purposes of this section, a use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with any news, public affairs, or sports broadcast or account, or any political campaign, shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a).(e)The use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in a commercial medium shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a) solely because the material containing such use is commercially sponsored or contains paid advertising. Rather it shall be a question of fact whether or not the use of the person's name, voice, signature, photograph, or likeness was so directly connected with the commercial sponsorship or with the paid advertising as to constitute a use for which consent is required under subdivision (a). (...)

⁸¹ "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, a falta da autorização, ou o excesso em face do uso consentido importa, no plano do direito de personalidade, ao poder de interditar⁸³, e ao direito à indenização⁸⁴.

O extrato jurídico desse poder pode ser encontrado em duplo fundamento: tanto no direito de personalidade quanto, o que cobre também uma pretensão autoral, o simples locupletamento:

“Direito a imagem. Fotografia. Publicidade comercial. Indenização. A divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito a custa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso extraordinário não conhecido. (...) “Aí é que se surpreendeu a ilicitude e se estabeleceu o fundamento para a reparação. Tirando proveito econômico da utilização da imagem da sambista, sem o seu consentimento e sem que se lhe retribua por uma apropriação que é

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).” DINIZ, Maria Helena. Novo Código Civil Comentado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 89.

⁸² O que não significa que esse consentimento deva ser formal e explícito: "Todos os famosos que se hospedam na ilha convivem com ações de marketing de empresas privadas, eis que o projeto “ilha de caras” somente pode ser viabilizado em razão das empresas que patrocinam os eventos realizados na ilha. Restou comprovado que, embora não houvesse autorização escrita da parte autora, havia autorização tácita da mesma, tendo em vista que a apelante, bem como todas as celebridades que se hospedam na ilha de caras sabem que as fotos tiradas serão publicadas na revista e que as mesmas podem eventualmente contemplar alguma marca de empresa que patrocina o evento. O artigo 20 do código civil brasileiro e o artigo 79 do código civil português não exigem que a autorização seja expressa, podendo ser tácita." TJRJ, AC 0422349-46.2008.8.19.0001, Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, 09 de fevereiro de 2011.

⁸³ ADLERS, Leandro Bittencourt, O cabimento da tutela inibitória na defesa de direitos fundamentais e da personalidade violados por excesso na liberdade de expressão e informação, Revista de Direito Privado | vol. 31 | p. 303 | Jul / 2007 | DTR\2007\446. "A doutrina é uníssona em reconhecer a utilidade da tutela inibitória em casos de ofensa ao direito à imagem por meios de comunicação, até porque isso está previsto no art. 12 e 21, do Código Civil, valendo mencionar a obra de EDUARDO TALAMINI, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, RT, 2001, p. 440, que sugere aplicação da multa para dissuadir o ofensor. No campo da informática, destaca-se a doutrina autorizada de DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO [Responsabilidade por publicações na Internet, Forense, 2005, p. 149] e RICARDO LUIZ LORENZETTI [Comércio Eletrônico, RT, 2004, p. 435]. ELIMAR SZANIAWSKI afirmou [Direitos de personalidade e sua tutela, 2ª edição, RT, p. 2005]: "A vítima terá por escopo obter, por parte do Judiciário, a cessação da execução da violação. A interdição da perturbação dar-se-á através de tutela inibitória, que além de fazer cessar o atentado atual e contínuo, removendo os efeitos danosos que são produzidos e que se protraem no tempo, possui natureza preventiva contra a possível prática de novos atentados pelo mesmo autor. As ações típicas destinadas para tutelar preventivamente a vítima de atos atentatórios ao seu direito de personalidade, consiste na ação inibitória antecipada, na ação de preceito cominatório, da tutela antecipada e das medidas cautelares atípicas, como a busca e apreensão e o seqüestro, e das medidas cautelares atípicas". TJSP, Ag 472.738-4, 4ª Câmara Direito Privado, Ênio Zuliani.

⁸⁴ "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." FAVA, Irineu Jorge, O (abuso) do direito à própria imagem na publicidade. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – PUC/SP, São Paulo, out. 2004, p. 139.

significante economicamente, e portanto, pagável, o Recorrente incorreu em mácula de locupletamento ilícito à custa de outrem, ou de enriquecimento injusto, princípios consagrados que impõem a reparação do dano". STF, RE 95.872.RJ(DJ 1º.10.82), Ministro Rafael Mayer

"o direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral."STJ, REsp 267529/RJ, Quarta Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 03/10/2000, DJ 18/12/2000 p. 208, JBCC vol. 187 p. 407.

"Na lição de Jacqueline Sarmento Dias, "a falta de consentimento para a divulgação da imagem, o merchandising sem autorização, o desrespeito dos limites acordados entre as partes são formas de violação do direito à imagem. Podemos acrescentar, ainda, o simples fato da usurpação do poder de exclusividade que cabe à pessoa, com relação à sua imagem, mesmo diante da não caracterização de conseqüências danosas." (O Direito à Imagem, Del Rey, p. 143). No presente caso, a violação do direito à imagem da autora ainda é mais evidente, pois o seu uso não autorizado teve inequívoco intuito comercial, para fins de publicidade. De nada adianta a apelante insurgir-se contra tal assertiva, pois é óbvio que se valeu da boa figura da autora para aumentar a venda de roupas e produtos de beleza e estética. As fotografias dos painéis publicitários que instruem a inicial constituem provas veementes da utilização ilícita de imagem alheia para fins comerciais." TJSP, AC 469.161.4/0-00, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, Des. Francisco Loureiro, 10 de abril de 2.008.

A responsabilidade pelo endosso

Parte da doutrina, de outro lado, aponta que o aproveitamento da notoriedade pelo endosso de produtos e serviços de terceiros, que é um poder que se reconhece ⁸⁵, importa em responsabilidade. Tal responsabilidade é distinta do

⁸⁵ O endosso é uma das formas de aproveitamento econômico da persona da celebridade; como representa uma atuação consensual em face de um produto ou serviço, induz a um empréstimo específico de notoriedade. Outra forma seria o *merchandising* de imagem: RUIJSENAARS, Heijo E., The WIPO Report on Character Merchandising, IIC 1994 Heft 4 532. "Character merchandising is defined by the Report as "the adaption or secondary exploitation, by the creator of a fictional character or by a real person or by one of several authorized third parties, of the essential personality features of a character in relation to various goods and/or services with a view to creating in prospective consumers a desire to acquire those goods and/or to use those services because of the consumers' affinity to that character". The following examples are given by

simples ônus de tolerar a perda de privacidade; como a notoriedade é utilizada para proveito próprio, e de cunho econômico muitas vezes diverso da simples prática da atividade célebre, se estabelecem parâmetros e contenções em favor do público que sofre e frui dos efeitos passivos da fama.

Do ponto de vista do ordenamento privado do mercado publicitário, o Código de Ética do CONAR (Anexo Q) ⁸⁶ impõe tais obrigações à atividade de uso do endosso:

Testemunhais, Atestados, Endossos

2. Testemunhal de pessoa famosa: é o prestado por pessoa cuja imagem, voz ou qualquer outra peculiaridade a torne facilmente reconhecida pelo público. (...)

“(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.”

De outro lado, ressalta-se o entendimento de certa doutrina pela responsabilização da celebridade, ela mesma ⁸⁷. Essa responsabilidade pode chegar à esfera penal ⁸⁸.

the Report: - A toy being the three-dimensional reproduction of the fictional character "Mickey Mouse"; - a T-shirt bearing the name or image of the fictional characters "Ninja Turtles"; - a perfume bottle labelled with the name "Alain Delon"; - tennis shoes bearing the name "André Agassi"; - an advertising movie campaign for the drink Coca Cola Light showing the popstar Elton John drinking Coca Cola Light.”

⁸⁶ Encontrado em <http://www.conar.org.br/html/codigos/todos%20os%20capitulos.htm>, visitado em 28/11/2011. Para as regras americanas, vide <http://www.ftc.gov/os/2009/10/091005revisedendorsementguides.pdf>, visitado em 30/11/2011.

⁸⁷ O já citado Guimarães, Paulo Jorge Scartezini, A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam, ed. RT, v. 16, 2001, p. 155. Mas também ALVAREZ LARRONDO, Federico M., La responsabilidad de las celebridades por su participación en publicidades, RCyS 2010-II, 44 e, num sentido diverso, RODRIGUES JUNIOR, Álvaro, A responsabilidade civil dos apresentadores de programas de rádio e televisão pela publicidade enganosa ou abusiva, Revista de Direito do Consumidor | vol. 46 | p. 305 | Abr / 2003 | DTR\2003\.. Este último nota: “Contudo, ao vincularem a sua imagem ao produto, visando tão-somente ao lucro, sem qualquer preocupação com a qualidade do produto ofertado ao consumidor, os apresentadores "assumem, diante do consumidor, uma posição de garante", pois a credibilidade que as pessoas têm no apresentador é imediatamente transferida para o comercial, acarretando em grande credibilidade ao produto anunciado. É evidente que nesses casos o apresentador do programa torna-se parceiro, ou melhor, verdadeiro aliado do fornecedor, pois transforma-se no principal meio de propagação dos produtos do fornecedor.”

⁸⁸ O CDC considera crime "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa" (art. 67). “Ademais, o juízo de enganabilidade levará em conta, além das informações falsas propriamente ditas, outras que sejam ambíguas e até aquelas que, embora sendo literalmente verdadeiras, emanem um entendimento global - a impressão total - capaz de induzir em erro o consumidor.” BENJAMIN, Antonio Hermen de

Da construção da persona no campo da propriedade intelectual

Do que já se citou, parece pelo menos razoável entender que a persona, como constructo, tenha proteção em direito, e em particular, no nosso direito. Tanto a elaboração no campo do direito de personalidade, quanto, no caso brasileiro, a relevância da construção específica do direito das celebridades esportivas apontam para um direito *absoluto*⁸⁹, ainda que não como fruto de direitos exclusivos da propriedade intelectual.

No entanto, cabe-nos apontar para uma faceta específica da proteção da persona das celebridades, que é a sua deliberada construção como personagem de si mesmas, como um dos heróis de nossa contemporaneidade, mas herói ficcional⁹⁰.

A par da construção de um direito *sui generis* das celebridades, tem sido adiantada a proposta de subsumir tal interesse jurídico tanto ao campo autoral, quanto ao direito de marcas⁹¹. Quanto este último, é de se notar que já Gama

Vasconcellos e, A repressão penal aos desvios do "marketing", Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 6 | p. 87 | Abr / 1994 | DTR\1994\507. Embora a doutrina não venha citando a celebridade, veja o CDC: "Art. 75. Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código, incide nas penas a esses cominadas, na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas".

⁸⁹ Há uma certa alergia, mas atécnica, em se classificarem certos interesses jurídicos como absolutos. Em no fazendo, apenas seguimos a mansa acepção de que esses interesses não são relativos. Classificando esses interesse de que falamos como absolutos: "Converge a doutrina em estabelecer que são os direitos da personalidade absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, necessários, inatos, vitalícios, indisponíveis e irrenunciáveis. Diante dessas características e por sua própria natureza podemos dizer que estes são oponíveis erga omnes, implicando em dever de abstenção geral, sendo imposto à generalidade dos homens e, inclusive, ao Estado." MOTA, Mateus Scisínio, Direitos de imagem e de arena: repositando questões controversas, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 18 | p. 88 | Jul / 2010 | DTR\2010\957. "Considerando que a imagem constitui um direito de personalidade, inato, absoluto, extrapatrimonial, imprescritível, impenhorável, vitalício, necessário, oponível erga omnes e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada, deve-se destacar que a imagem de pessoas notórias, como a dos atletas, não pode ser utilizada com fins econômicos, sem a devida autorização do titular." EZABELLA, Felipe Legrazie, , Direito de Arena, Revista Brasileira de Direito Desportivo | vol. 3 | p. 84 | Jun / 2003 | DTR\2011\2028. O mesmo se dirá dos direitos "morais" do campo estritamente autoral: ESPÍRITO SANTO, Marcelo do, Omissão e inclusão indevida de créditos autorais: aspectos peculiares da autoria e coautoria das criações intelectuais, Revista de Direito Privado | vol. 32 | p. 201 | Out / 2007 | DTR\2007\626: "Essa assertiva se fortalece quando se percebe que determinadas características emanam dos direitos morais, quais sejam: i) é irrenunciável - o autor não pode renunciar, abandonar, desprezar os seus direitos morais; ii) é imprescritível - não prescreve e pode ser reclamado por via judicial a qualquer tempo; é perpétuo - não se esvai com o tempo; iii) é inalienável - mesmo na hipótese de cessão ou licença de seus direitos patrimoniais, os direitos morais se conservam íntegros; é impenhorável - não pode ser alienável; iv) é absoluto - é oponível contra todos (erga omnes); v) é extrapatrimonial - não pode ser quantificado em termos pecuniários."

⁹⁰ Na observação acima, "o herói atual tem sua narrativa "construída" segundo um padrão midiático para corresponder aos anseios do público.", Vieira, M., op. Cit.

⁹¹ O direito britânico tem sido algo reticente na consagração dos interesses das celebridades. No entanto, anteciparam-se a muitos outros regimes no campo da proteção das marcas de pessoas famosas, para as quais permitem um efeito similar a do art. 125 da lei brasileira, ou seja, proteção em múltiplas atividades. "The Notice recognises that, in many cases, the famous name attached to any product will indicate to consumers that the product is "about the person whose name it is rather than as an indication that the goods/services are supplied by, or under the control of, one undertaking."25 In this situation, any use of the celebrity's name

Cerqueira já o consignava ⁹²; mas não será objeto de nossas cogitações neste texto, muito embora ilustrada doutrina milite no sentido de ser sua topologia mais adequada ⁹³.

Nossa tarefa é sugerir a construção desse interesse no campo autoral.

Por que fazê-lo? Dir-se-ia que a simples proteção da imagem-atributo no campo do direito da personalidade o bastaria. Mas não é fato. Na verdade, como se viu, a casuística distingue a proteção da pessoa da celebridade e o interesse relativo à persona como constructo. Esse constructo não necessariamente terá o abrigo dos direitos de personalidade.

in relation to the product will not be taken as an indication of the origin or quality of the goods, the purposes usually performed by trade marks, but as descriptive of the subject matter of the goods. Where the use is purely descriptive it will of course fall within the absolute grounds for refusal set down in section 3(1)(c) of the Act." DAVIES, Gillian, *Celebrity and Trade Marks: the next installment*, *Scripted*, Volume 1, Issue 2, June 2004, DOI: 10.2966/scrip.010204.230

⁹² É de se notar a curiosa apreensão de Gama Cerqueira, no no. 174 de seu Tratado, ao cuidar do personagem e da celebridade no tocante às marcas, denotando sempre a autonomia do personagem em face da simples representação gráfica: "Tratando-se do retrato de pessoas célebres, de personagens históricas, ou da representação de personagens fictícias, quem primeiro o tiver adotado como marca está no direito de impedir o uso do retrato da mesma pessoa ou personagem para distinguir artigos similares, ainda que a pessoa seja representada em atitude diferente ou que o retrato se diferencie por detalhes diversos, pois, nesses casos, o que constitui ou caracteriza a marca é mais a personalidade representada do que o próprio retrato." Note-se que tal consideração é ainda mais pertinente a luz da atual lei, a respeito da qual dissemos: "8.1.7.1. Conciliação com outros tipos de proteção: direito autoral. Como vimos, não podem incorporar-se à marca registrada obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou outro titular. Assim, protege-se, no caso, direito exclusivo alheio. Superaram-se no texto vigentes algumas notáveis omissões do dispositivo anterior. Com efeito, somente era irregistrável o nome da obra; não havia referência, por exemplo, a seus personagens característicos, ou (o que é especialmente relevante no caso de marca) ao seu próprio texto. (...) Não pode integrar marca um desenho artístico, um nome, personagem ou texto de terceiros, salvo autorização, desde que haja possibilidade de proteção por direito autoral." Proteção da Marcas, *Lumen Juris*, 2008.

⁹³ "Yet a review of the cases and literature reveals that no one seems to be able to explain exactly why individuals should have this right. A right of privacy can't justify it, for the right of publicity has been applied in a wide range of situations that don't implicate privacy at all. Some commentators have proposed a natural or moral right of control over one's name or likeness, but there seems no policy justification for giving such control, and the absence of such a right in most of the world and indeed throughout most of U.S. history should make us skeptical of claims based on some consensus moral belief. The moral claim to own uses of one's name also seems inconsistent with the absence of natural or moral rights justifications for other forms of intellectual property. Of late, and particularly in the merchandising and dilution-like cases, courts and commentators have turned to the incentive-based rationale underlying copyright law in search of both a justification for and limitations on the right of publicity. Reasoning that the right of publicity gives individuals the incentive to develop valuable personas, courts reason that depriving them of the fruits of their labors will interfere with those economic incentives. Some courts have even gone so far as to create a fair use doctrine, importing from copyright law judicially created limits on the enforcement of the right. This approach turns the right of publicity into a new form of intellectual property, one based explicitly on analogies to and justifications for real property. (...) A proper understanding of the right of publicity would draw more completely on trademark principles, limiting the right to circumstances in which the use of an individual's name or likeness is either likely to confuse consumers or is likely to dilute the significance of a famous name." DOGAN, Stacey L. and LEMLEY, Mark A., *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*. *Stanford Law Review*, Vol. 58, p. 1161, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=862965>. Note-se, porém, que na análise de Posner, essa perspectiva apenas atenderia a um dos interesses econômicos das celebridades, e não a ambos.

De outro lado, o constructo da persona tem características de criação intelectual, minuciosamente análogos a de uma personagem. Há índices, que este parecerista sente como relevantes, que fazem da persona uma obra de fabulação⁹⁴, se não de ficção.

Muitas razões há para prevenir a extensão de novos objetos de direito autoral; mas tais razões são essencialmente ligadas à expansão das exclusivas, sem consentânea contrapartida dos direitos de acesso do público às obras protegidas. Quando se postula o reconhecimento de novos objetos, no entanto, com aplicação dos limites e condicionantes do exercício, que garantem a legitimidade desse exercício, no entanto, não há que se ver lesão, mas enriquecimento dos interesses somados, públicos e privados, que incidem sobre o objeto em questão.

Assim é que, após propugnar pela hipótese do direito autoral da fabulação das celebridades, nos demoraremos nos condicionantes de seu exercício, em minucioso cuidado por seus limites e sua função social.

Do constructo como criação intelectual

O que é criação intelectual

Como já mencionado acima, definimos “criação intelectual” da seguinte forma:

Para os fins de nosso estudo, é a “criação intelectual”. Um corpo de conhecimentos tecnológicos, ou texto literário, musical ou científico, ou um desempenho de intérprete suscetível de fixação, ou um artefato (escultura, quadro...). Algo que, sempre intelectual (pois distinto de qualquer materialização), seja:

- a) destacado do seu originador, por ser *objetivo*, e não exclusivamente contido em sua subjetividade;
- b) tendo uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.

Assim, o atributo capital da criação intelectual é sua objetividade⁹⁵. Criações intelectuais existem em muitos campos, *inclusive* no campo da propriedade intelectual:

.Quint. 2, 4, 2 : haec res agetur nobis, vobis fabula, Plaut. Capt. prol. 52 : peregrino narrare fabulas, id. Men. 5, 1, 24 : num igitur me cogis etiam fabulis credere? quae delectationis habeant quantum voles ... auctoritatem quidem nullam debemus nec fidem commenticiis rebus adjungere, etc., Cic. Div. 2, 55, 113 ; cf.: fictis fabulis, id. Mil. 3, 8 : antiquitas recepit fabulas, fictas etiam nonnumquam incondite, id. Rep. 2, 10; cf.: a fabulis ad facta venire, id. ib. 2. LEWIS, SHORT, Ed. A Latin Dictionary, Clarendon Press, 1879.

⁹⁵ “Já Tulio Ascarelli, em sua Teoria de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales (ed. espanhola de 1970), estabelece a diferenciação entre o ato de criação e a criação intelectual objetivamente identificável (pp. 264 e ss.), a qual, por sua vez, se contrapõe às coisas nas quais se exterioriza. (...) Ascarelli emprega a expressão bem imaterial para indicar a criação intelectual individualizada e tutelada, objeto de um direito absoluto, e não em contraposição às coisas corpóreas (p. 286).” SILVEIRA, Newton, Propriedade imaterial e concorrência, Revista dos Tribunais | vol. 604 | p. 264 | Fev / 1986 | DTR\1986\66. De outro lado, pode argumentar-se

"Abrange, portanto, os direitos autorais e os direitos de propriedade industrial, num reconhecimento à interrelação entre as todas as formas de criação intelectual. Cada uma destas espécies, porém, cuida de proteger tais criações de modo diverso, respeitando a singularidade de seus formatos e aplicações. Assim é que, no Brasil, possuem seus próprios princípios e disciplinas - regendo-se os direitos de propriedade industrial pela Lei nº 9.279/96 e os direitos autorais pela Lei nº 9.610/98, seguindo, aliás, orientação internacional firmada pelas Convenções de Paris e de Berna, respectivamente. Vale transcrever pequenos trechos de especialistas destes dois ramos do direito: Denis Borges Barbosa, já citado, e José Carlos Costa Netto. (...)

E o segundo oportunamente enfatiza, em sua obra "Direito Autoral no Brasil" (2ª ed. - FTD - 2008 - pp.29/30): "Não há como contestar que a criação intelectual é a peça fundamental na descoberta de uma invenção, de um determinado modelo industrial original, ou de um desenho - ou arte gráfica - de uma 'marca' para identificar um produto, uma empresa industrial ou comercial.." TJSP, AC 0021455-57.2010.8.26.0006, Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. José Reynaldo, 16 de agosto de 2011.

E há criação intelectual, sensível ao direito, fora do campo da propriedade intelectual⁹⁶.

Quem cria, em qualquer campo ou forma, deve ter sua intervenção reconhecida pela imputação *necessária* do ato inaugural a um originador. Singular ou coletiva, autor de obra certa ou comunidade a quem se deve a construção imemorial, a ação humana é vinculada à coisa criada.

Assim é que em nada lesa o direito, e em tudo o prestigia, quem aponta de uma descoberta quem a fez; quem honra o cirurgião, que precisou um novo método de curar, designando-o com seu nome; quem aponta de uma receita gastronômica o seu inventor. Fora de qualquer exclusiva, o Tratado de Genebra de Registro de Descobertas Científicas cuida apenas dessa imputação⁹⁷.

que a ato intelectual não seja pressuposto de proteção pela propriedade intelectual: "(...) em relação às marcas e outros sinais distintivos, que não podem ser considerados como concepções ou criações intelectuais. (...) tratando-se de marcas que se distingam pelo seu cunho artístico, como verdadeira criação ou concepção intelectual, o direito resultante dessa criação constituiria propriedade artística de seu autor e, como tal, deveria colocar-se na primeira categoria das produções intelectuais." GAMA CERQUEIRA, João da, Tratado, no. 127. Por isso distinguimos como elemento inaugural do direito sobre a marca a *criação como marca*. Como noto em nosso Proteção (2007): "Neste sentido, a criação não se identifica com a criação no conceito do direito autorial, por exemplo, do elemento figurativo (inventio). Essa "criação" de que se fala aqui é a concepção de que um signo, nominativo ou figurativo, seja empregado para os fins de distinção de um produto ou serviço no mercado. Ou seja, não é da criação abstrata, mas da afetação do elemento nominativo ou figurativo a um fim determinado - é a criação como marca. Assim, pode-se simplesmente - por exemplo - tomar um elemento qualquer de domínio público e dedicá-lo ao fim determinado, ou obter em cessão um elemento figurativo cujo direito autorial seja de terceiros, e igualmente afetá-lo ao fim marcário, em uso real e prático.

⁹⁶ BARBOSA, Denis Borges, O que o direito tem a ver com a criação, *in* Marcos Wachowicz. (Org.). Propriedade Intelectual e internet. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

⁹⁷ [Nota do original] "Scientific discoveries, the remaining area mentioned in the WIPO Convention, are not the same as inventions. The Geneva Treaty on the International Recording of Scientific Discoveries (1978) defines a scientific discovery as "the recognition of phenomena, properties or laws of the material universe not hitherto recognized and capable of verification" (Article 1(1)(i)). Inventions are new solutions to specific technical problems. Such solutions

Assim, a criação em geral – e no criar se presume aqui um *quid novum* que será abaixo discutido – deflagra-se automaticamente uma pretensão: a de que se impute ao criador a coisa criada.

Mas nem toda criação intelectual cabe no campo autoral

Mas, no texto mais recente citado, tivemos de precisar que nem toda criação intelectual se aduna no campo autoral:

Como regra, a simples criação, desde que expressa ou fixada (ou seja, objetivada), pode deflagrar um conjunto de consequências jurídicas. Entre tais consequências pode acontecer - como ocorre no direito autoral brasileiro vigente - a constituição de um direito de exclusiva, se este direito específico não for denegado pela lei para o tipo específico de criação. Em outros casos, a criação apenas deflagra uma faculdade de obter posteriormente o direito de exclusiva, sem a automaticidade do direito autoral (como no caso de cultivares, topografias de semicondutores, patentes, etc.)

Essa criação objetiva e autônoma, assim, capaz de deflagrar seja um direito de exclusiva, sejam outras consequências jurídicas diferentes de um direito de exclusiva, constitui uma *criação intelectual*.

Além do filtro de entrada, todos os sistemas vigentes de propriedade intelectual ainda tem pelo menos dois requisitos complementares (e alguns mais outros): que a *criação intelectual* não seja copiada; e de que haja um mínimo de contribuição diferencial à sociedade que justifique uma exclusiva. Como suscitado pela Suprema Corte americana no caso Feist ⁹⁸, não é o simples trabalho que merece exclusiva, é preciso (pelo menos para se ter uma exclusiva, que não se identifica obviamente com o retorno material) que a criação intelectual represente uma contribuição à sociedade.

Em primeiro lugar, é necessário que a criação intelectual passe em um filtro *positivo*, qual seja ela, que ela seja resultante de um ato humano específico de instauração de uma nova ordem simbólica: a *originação*, metaforicamente assimilada à geração de um novo ser ⁹⁹. Esse elemento não é típico da criação *autoral*, mas preside a todo ato de originação ¹⁰⁰.

must, naturally, rely on the properties or laws of the material universe (otherwise they could not be materially or “technically” applied), but those properties or laws need not be properties or laws “not hitherto recognized.” An invention puts to new use, to new technical use, the said properties or laws, whether they are recognized (“discovered”) simultaneously with the making of the invention or whether they were already recognized (“discovered”) before, and independently of, the invention”. Encontrado em <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf>, visitado em 15/3/2011. Vide Friedrich-Karl Beier & Joseph Straus, Der Schutz Wissenschaftlicher Forschungsergebnisse: Wugleich eine Würdigung des Genfer Vertrages über die Internationale Eintragung Wissenschaftlicher Entdeckungen (1982) (F.R.G).

⁹⁸ [Nota do original] Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)

⁹⁹ "Portanto, diversamente da tutela constitucional e da civil, a tutela autoral tem como finalidade a proteção não da imagem em si mesmo considerada, mas sim da obra resultante do uso da imagem por meio de processo de criação intelectual." RODRIGUES, Cláudia, op. cit. "Portanto, para o Direito de Autor a noção de obra sempre pressupõe um processo de criação, considerado tanto no seu aspecto dinâmico (ato criativo) quanto no aspecto do resultado do esforço intelectual. Pierre-Yves Gautier compara-o à geração humana: “En suite, le processus de création artistique ne serait autre qu’un enfantement, analogue à celui de l’être humain: l’oeuvre est conçue – c’est l’ <idée>; puis intervient la gestation: préparation, assemblage, coordination (plan) croissance – c’est la <composition>; enfin, l’oeuvre vient au monde: écriture du roman, de lapièce, du scénario – c’est l’ <expression>; l’ art. L. 112-1 C. prop. Int., employant les mots <forme d’expression> irait

Assim, ela deve ser ... uma criação... *do espírito*. Sobre isso, notamos ¹⁰¹:

3. O que a lei diz ser protegido

A construção legal é particularmente defectiva:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)

Ora, obras intelectuais – pelo menos em tese - são todos os objetos da Propriedade Intelectual. Com efeito, este ramo do Direito somente protege criações intelectuais e não elementos naturais, ou seja, o que existe na natureza sem ter sofrido a intervenção humana. Igualmente, "criações do espírito" são marcas, patentes, enfim, tudo aquilo que resulta da operação intelectual criativa. Assim o diz texto oficial da OMPI:

Le terme “propriété intellectuelle” désigne les créations de l’esprit, à savoir les inventions, les œuvres littéraires et artistiques et les symboles, noms, images et dessins et modèles utilisés dans le commerce ¹⁰².

Escrevendo no sec. XIX, EUGÈNE POUILLET descrevia o campo de patentes da seguinte forma: “a lei não protege as descobertas, as criações intelectuais científicas e artísticas, senão, exclusivamente, as criações do espírito que se operam no domínio das indústrias...”

103

en ce sens”. No entanto, como muito bem observa Zara Algardi, o momento da existência da obra intelectual é juridicamente distinto do processo da criação intelectual na medida em que este somente produz efeito jurídico para o Direito de Autor no momento em que a obra é concretizada. Isto porque nem “todo trabalho conclui-se como obra”. Dessa noção decorre a preceito de que objeto da tutela legal é a obra intelectual enquanto realidade objetiva, embora imaterial, e não o processo de criação intelectual em si, seja como uma abstração, seja como projeto." SANTOS, Manoel J. Pereira dos, BARBOSA, Denis Borges, A questão da autoria e da originalidade em direito de autor, *in* SANTOS, JABOUR e BARBOSA, Org., Direitos Autorais, Publicações GVLaw, Saraiva, 2012

¹⁰⁰ E certamente distingue o campo do direito de personalidade em face do direito de autor: "Pretender classificar o direito à imagem dentre os direitos do autor é ignorar o traço essencial que um invento deve ter para ser considerado obra intelectual, qual seja, a criatividade. Somente as obras intelectuais são passíveis de proteção pelo direito autoral. Todavia, a imagem humana carece de qualquer ato de criação por parte de seu titular. Sendo assim, não há como sustentar a teoria de que o direito à imagem seja espécie de direito autoral. [...] Não tem mérito e nem participação na produção de sua imagem, mas apenas a recebeu como dádiva divina." FACHIN, Zulmar Antonio. A proteção jurídica da imagem. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.61 Ainda: "A imagem não pode ser protegida pelo direito autoral, porque este se ocupa em proteger as criações intelectuais, enquanto aquela é uma expressão da personalidade humana, sem ser criação intelectual". *op. cit.*, p.62).

¹⁰¹ BARBOSA, Denis Borges e SANTOS, Manoel J. P. dos, Os requisitos da forma livre e da originalidade na proteção de textos técnicos e científicos, *in* SANTOS, JABOUR e BARBOSA, Org., Direitos Autorais, Publicações GVLaw, Saraiva, 2012.

¹⁰² [Nota do original] <http://www.wipo.int/about-ip/fr/>, visitado em 28/7/2010. O texto correspondente em outros idiomas é: "*Intellectual property (IP) refers to creations of the mind: inventions, literary and artistic works, and symbols, names, images, and designs used in commerce*"; "*La propiedad intelectual (P.I.) tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio*".

¹⁰³ [Nota do original] *Traité Théorique Et Pratique Des Brevets D'invention* 1899, n. 15

A fórmula legal, assim, é particularmente infeliz ¹⁰⁴. Na verdade, a Convenção de Berna, ao definir seu campo próprio, usa o mesmo procedimento que a lei brasileira: renunciando a definir positivamente seu objeto, o texto internacional cita uma multiplicidade de criações que lhe fariam objeto. Tal procedimento terá a virtude, se virtude o é, de relacionar uma soma de objetos que *historicamente* se reconhece como o campo próprio da proteção autoral. É uma taxonomia que renuncia a um conceito de obra autoral, mas resolve problemas práticos, e permite distinções entre obras que têm prazos de proteção ou requisitos diversos ¹⁰⁵.

Para entrar no campo autoral, além disso, é preciso passar num filtro *negativo* específico ¹⁰⁶:

Ao contrário das nossas leis anteriores, a norma de 1998 explicita quais são os objetos excluídos da proteção autoral:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções ¹⁰⁷;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

A listagem, também aqui, tem uma irrazoabilidade digna de Borges: as coisas mais disparatadas são postas num só lugar. As leis de

¹⁰⁴ [Nota do original] A lei anterior dispunha de forma similar: " Art. 6º. São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas..."

¹⁰⁵ [Nota do original] PÍLA, Justine, Copyright and Its Categories of Original Works, Oxford J Legal Studies, 2010, 30 (2), p. 229, demonstra que até agora os sistemas jurídicos não conseguem superar a essa construção pragmática.

¹⁰⁶ BARBOSA, Denis Borges e SANTOS, Manoel J. Pereira, Os requisitos da forma livre e da originalidade na proteção de textos técnicos e científicos, op. Cit. .

¹⁰⁷ [Nota do original] Embora se pudesse argumentar que a proibição de proteger tais formulários manifestasse mais uma instância de falta de originalidade, na verdade entendo ter-se aqui uma restrição de política pública. Pode haver originalidade em formulários, como nota CHISUM, Donald S. & JACOBS, Michael. Understanding Intellectual Property Law . United States of America. Ed. Matthew Bender & Company Incorporated, 1995, p. 26-31: In *Harcourt; Brace & World, [Harcourt, Brace & World Inc. v. Graphic Controls Corp., 329 F. Supp. 517, 171 U.S.P.Q. 219 (S.O. N.Y. 1971)] 73 the district court upheld the copyrightability of printed answer sheets for standardized tests designed to be corrected by optical scanning machines. The answer sheets embodied original expression: "(T) he area for originality of design is limited by the requirements of the optical scanning machine used However, within these confines the designer may structure the division of response positions across the page, may ask what information (name, age, date, etc.) the student should record on the face of the answer sheet, may devise the symbolic code indicating what question is being asked and what possible alternative answer slots may be selected, may insert any instruction explaining how to use the answer sheet in conjunction with an examination, may set forth examples illustrating such use, etc. . . . The creation of an answer sheet requires the skill, expertise and expertise and experience together with the personal judgment and analysis of the designer or author."*

patentes de 1945 a 1971 incorriam igualmente em recitais parecidos, que juntavam elementos de definição de que sistema aplicar (a noção de "invenção"), noções gerais de contributo mínimo e proibições diretas por razão de política pública. A lista, além de desconexa, é também incompleta: mesmo sem constar da relação, seriam denegados direitos autorais para um novo satélite de Saturno, um padrão monetário, ou um golpe de estado.

Mas a listagem aponta para exemplos de hipóteses que manifestam princípios de não-proteção subjacentes. A soma das "idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras" aponta para uma regra geral segundo a qual não se protegem idéias, mesmo se sujeitas a uma formalização que fosse classificada entre os tipos consagrados.

Na intuição de Camões, Mas esta linda e pura semidéia (...) Está no pensamento como idéia/ O vivo e puro amor de que sou feito/ Como a matéria simples busca a forma. É certamente um princípio básico de direito de autor¹⁰⁸:

Com efeito, criando o Direito de Autor um monopólio em proveito do criador, direito este que é sancionado com vigor, tornar-se-ia paralisante tolerar que esta tutela recaísse sobre as idéias; as criações seriam entravadas pela necessidade de requerer a autorização dos pensadores: pode-se imaginar, por exemplo, que, no domínio científico, toda narração dos progressos seria difícil por que elas imporiam a concordância dos pensadores, dos quais as idéias seriam a base das descobertas. (...) Também esta exclusão das idéias do domínio do direito do autor é uma constante universal.

Tais exemplos também apontam para outro princípio de não-proteção: qualquer instância não expressiva está fora do alcance da proteção autoral: realizar atos mentais, jogos ou negócios; o aproveitamento industrial ou comercial (...). Não temos aqui uma recusa quanto à destinação da obra: será igualmente um princípio geral do direito de autor que não se denega proteção, por exemplo, ao texto de propaganda política ou comercial ou às instruções de como empinar uma pipa¹⁰⁹, desde que dotadas dos requisitos gerais de arbitrariedade e contributo mínimo. O exemplo sempre lembrado do Relatório Municipal de Graciliano Ramos vem à memória:

Pensei em construir um novo cemitério, pois o que temos dentro em pouco será insuficiente, mas os trabalhos a que me aventurei, necessários aos vivos, não me permitiram a execução de uma obra, embora útil, prorrogável. Os mortos esperarão mais algum tempo. São os munícipes que não reclamam. (...)

¹⁰⁸ [Nota do original] Claude Colombet, Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Monde, 2a. Ed. LITEC/UNESCO, 1992, p. 10 « *En effet, le droit d'auteur créant un monopole au profit du créateur, droit qui est vigoureusement sanctionné, il serait paralysant de tolérer cette mise sous tutelle des idées; les créations seraient entravées par la nécessité de requérir l'autorisation des penseurs: on imagine, par exemple, que dans le domaine scientifique, toute narration des progrès serait difficile puisqu'elle imposerait l'accord des savants, dont les idées auraient été à la base de découvertes (...). Aussi cette exclusion des idées du domaine d'application du droit d'auteur est-elle une constante universelle* ».

¹⁰⁹ [Nota do original] Colombet, op. cit., p. 16.

*A prefeitura foi intrujada quando, em 1920, aqui se firmou um contrato para o fornecimento de luz. Apesar de ser o negócio referente à claridade, julgo que assinaram aquilo às escuras. É um bluff. Pagamos até a luz que a lua nos dá. (...)*¹¹⁰

O que se recusa a falar das realizações e aproveitamentos são as instâncias pragmáticas de aplicações de idéias, em tudo que ultrapasse a conformação expressiva. Na vedação de dar exclusivas às informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas e aos nomes e títulos isolados se têm exemplos da exigência geral de contributo mínimo. No direito comparado tais hipóteses são excluídas seja sob a regra de *minimis non curat praetor*, seja diretamente pela aplicação do "nível mínimo de criatividade", originalidade, etc., sobre o que discorreremos logo adiante. Aqui também a regra de não-proteção não é literal, mas manifestação de um requisito de proteção.

Ao dizer que não incide direito autoral nos textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais mais uma vez se aponta para uma regra geral, pelo menos do direito brasileiro: os textos originados do Estado, com caráter oficial, não podem ser denegados à comunicação ao público com base em exclusiva autoral.

Note-se que nenhuma dessas hipóteses é de exceção ou limitação dos direitos autorais. O princípio de proteção da expressão - não das idéias - é uma norma positiva de incidência. O sistema autoral não incide no âmbito das idéias; não se excepciona ou limita o que nem sequer se inclui. Não se excepcionam ou limitam as ações pragmáticas ou aproveitamentos não expressivos: apenas eles não se inserem no campo de incidência do sistema autoral, seja para entrar em outro sistema, seja para permanecerem de livre utilização.

A regra do contributo mínimo igualmente não é exceção ou limitação: os objetos que não alcançam o nível mínimo de proteção de partida não incidem no campo de proteção.

Assim, não cabe aplicar interpretação restritiva às enunciações do art. 8º. da lei autoral, para reduzir sua aplicação às hipóteses nominais listadas; trata-se aqui de um estilo normativo *pars pro toto*, em que se usam exemplos como manifestação de hipóteses de não incidência do sistema autoral, ou de um requisito de limiar mínimo de acesso.

As regras de interpretação restritiva da lei autoral de alcance são unilaterais, eis que se dirigem ao autor (que se presume hipossuficiente¹¹¹); e são regras relativas aos negócios jurídicos e não à aplicação do texto normativo. O próprio Supremo Tribunal

¹¹⁰ [Nota do original] Encontrado em <http://novoiraalagoense.blogspot.com/2006/03/primeiro-relatrio-graciliano-ramos.html>, visitado em 29/7/2010. Desses relatórios nasceu o convite de Augusto Frederico Schmidt, que levou Graciliano a escrever e publicar *Caetés* (1933).

¹¹¹ Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais. Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...)VI - 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.

Federal já entendeu que mesmo o capítulo das exceções ou limitações permite interpretação não restritiva¹¹².

E ilustramos a eficácia desse filtro de entrada em julgado do STJ:

O acórdão embargado não negou que a autora, ora embargante, tenha sido a criadora do estilo denominado "fragmentismo". Nem poderia fazê-lo, porque tal fato foi estabelecido no acórdão recorrido.

Ocorre que, mesmo tendo a autora criado o "fragmentismo", tal técnica é "apenas um meio, um procedimento, para a formação de obras artísticas". É "maneira de fazer arte", como está na inicial (fl. 8).

Exatamente por isso não está albergado pela Lei dos Direitos Autorais.

Como constou do acórdão embargado:

"O resultado da utilização da técnica é que tem guarida legal: somente se sujeita à proteção intelectual a obra formada pela utilização do estilo (v.g., quadros, telas, fotos, filmes etc.), individualmente considerada."

Em palavras diretas: fragmentismo não é obra (não no sentido jurídico do termo, que não se confunde com outras acepções admitidas e conhecidas).

Trata-se de método, técnica, procedimento para a criação de obras, estas sim cobertas pelo direito previsto no Art. 5º, XXVII, da Constituição Federal.

Pelas carregadas palavras da embargante, fica claro que ela gostaria que a Lei protegesse, também, os criadores de estilos, de técnicas.

É uma posição defensável, bastante razoável. Mas não é a opção da Lei, à qual devo obediência." EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 906.269 - BA (2006/0248923-0)

A questão chave de nossa tarefa é assim demonstrar o porquê a criação de uma persona por uma celebridade caberia no campo autoral. Para isso é preciso demonstrar que há *originação* e que não se exclui a criação do campo autoral.

A construção doutrinária da persona no direito autoral pátrio

Não parece haver qualquer discussão de que as criações de imagem – aqui no sentido de “retrato”, como distingue a doutrina dos direitos de personalidade – se acha no âmbito autoral. No entanto, para postular que a construção de

¹¹²Tendo em vista a natureza do direito de autor, a interpretação extensiva da exceção em que se traduz o direito de citação é admitida pela doutrina. Essa admissão tanto mais se justifica quanto é certo que o inciso III do artigo 49 da Lei 5988/73 é reprodução quase literal do artigo 666 do Código Civil, redigido este numa época em que não havia organismo de radiodifusão, e que, na atualidade, não tem sentido que o que é lícito, em matéria de citação para a imprensa escrita, não o seja para a falada ou televisionada. A mesma justificativa que existe para o direito de citação na obra (informativa ou crítica) publicada em jornais ou revistas de feição gráfica se aplica, evidentemente, aos programas informativos, ilustrativos ou críticos do rádio e da televisão. Recurso extraordinário não conhecido”. Recurso Extraordinário Nº 113.505-1 – Rio de Janeiro – 1º Turma – S.T.F. – 28.2.1989 – Ministro Moreira Alves.

uma pessoa, que em muito excede as lindes do simples retrato, também possa ter uma tessitura no mesmo direito, é preciso alguma demonstração ¹¹³.

A questão da proteção autoral dos personagens

Parte respeitável da doutrina autoral brasileira se inclina pela proteção aos personagens como elemento pertinente ao campo autoral ¹¹⁴.

Há que distinguir-se aqui, no entanto, o personagem como imagem-retrato, como o define a doutrina dos direitos de personalidade; o personagem como objeto de uma *encenação*, ou seja, como construção imanente aos direitos conexos; e a personagem como *persona*, ou elemento autoral e não de direitos conexos.

Da personagem-retrato

A discussão judicial relativa aos personagens-retrato é vasta, e muito condicionada à questão do *merchandising* de elementos de ficção, como as figuras de quadrinhos ou de desenho animado ¹¹⁵.

¹¹³ Pelo contrário, autores há que expõem categoricamente a imagem-atributo do campo autoral. "Na lei civil a proteção à imagem é feita por meio de limitações impostas ao seu uso. Já na lei autoral o que se protege não é a imagem em si mesma considerada, mas sim qualquer forma de reprodução da imagem que se assente em ato criador. O traço distintivo entre a imagem enquanto direito da personalidade e como direito de autor assenta-se no ato criador, bastando que falte o elemento da criação intelectual para que o direito à imagem não pertença a este. Ao direito autoral interessa apenas a imagem-retrato, isto é, a imagem enquanto representação gráfica da figura humana mediante um procedimento técnico ou mecânico de reprodução." RODRIGUES, Cláudia, Direito autoral e direito de imagem, Revista dos Tribunais | vol. 827 | p. 59 | Set / 2004 | DTR\2004\563. D' Elboux, Sonia Maria, A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade: tensões e limites, Tese de Doutorado, FDUSP, 2005 também manifesta crítica quanto à noção de imagem-atributo como objeto singular de direitos.

¹¹⁴ Sobre a questão, disse Bittar: "26. Acentue-se, de outro lado, que recebem proteção tanto as obras em si como os títulos, os personagens, os nomes, as expressões e elementos outros que as integram, pois o Direito de Autor protege a forma externa e a interna da criação (V. na doutrina, dentre outros tantos autores: MÁRIO ARE. "L'oggetto del Diritto di autore". Milano: Giuffrè, 1963, p. 130 e s.; TULLIO ASCARELLI, "Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales". trad., Barcelona: Bosch, 1970, p. 34 e s. e 163 e s.; ROSEN PLAISANT. "Le droit des auteurs et des artistes exécutants". Paris: Delmas, 1970, p. 15 e s.; LE TARNEC. op. cit., p. 193 e s.; FRANÇOIS VALANCOGNE. "Le titre de roman, de journal, de film, sa protection". Paris: Sirey, 1963, p. 59 e s. e 305 e s. 27. Ficam, então, proibidos quaisquer usos que não provenham de autorização e que importem, de outra parte, em modificação ou alteração unilateral da expressão da obra, ou de seus personagens, ou de seu título, ou, enfim, de qualquer componente ou parte criativa de seu contexto." (BITTAR, Carlos Alberto, Direitos Autorais Sobre Personagens de Desenho Animado). O Autor aponta - como apoiando a proteção de personagens - HENRI JESSEN. "Derechos intelectuales". Santiago: Tipografía Stanley, 1970, p. 39 e s.; em seus próprios livros, "Direito de Autor". Rio: Forense Universitária, 1992, p. 14 e s.; "Contornos atuais do Direito de Autor". SP: RT, 1992, p. 13 e s.; e "A Lei de Direitos Autorais na jurisprudência". SP: RT, 1989, p. 13 e s. e 16 e s.). Mais recentemente, e tomando a questão do personagem no âmbito do direito conexo, vide ABRÃO, Eliane Y., Personagem: algumas considerações à luz do direito, Revista da ABPI nº 90 - Set/Out 2007 p. 3-8.. No direito estrangeiro, vide Vide KRISHNAWAT, Dharmveer Singh, 'Protection of Cartoon Characters under Intellectual Property Law Regime: An Analysis of Copyright and Trademark Laws(May 29, 2007). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=989577>.

¹¹⁵ Vide, além dos julgados citados adiante neste estudo, sempre no tocante a *imagens*: "É indubitável que o alegado conflito de normas alegado pela culta magistrada é apenas aparente, na medida em que o fato apontado nas indagações policiais consistiu, a priori, na reprodução desautorizada de figuras de desenho animado e histórias em quadrinhos concebidas e criadas pelo engenho intelectual de seu autor, diferentemente do que ocorre com um nome ou uma marca industrial ou comercial, cujo objeto é apenas o

A imagem-retrato, em geral, e não só como personagem, como objeto de direitos autorais, inclusive a pictórica e fotográfica, em particular na difícil relação entre a criação e seu eventual modelo humano, tem sido objeto de considerável elaboração ¹¹⁶, que, no entanto, deixamos de lado para os propósitos deste estudo.

Da personagem encenada

A relação do intérprete e o personagem suscita interessantes questões jurídicas não só no campo exato dos direitos conexos, como também na intercessão sutil entre os direitos morais conexos ¹¹⁷, e os direitos de personalidade.

da obtenção do lucro pelo uso da marca ou nome .O produto da criação intelectual, embora secundariamente possa vir a ser objeto de lucro, originalmente consiste em uma necessidade vital de exprimir através de qualquer sinal externo as concepções, pensamentos, ideias e ambições de seu autor, independentemente de sua aceitação ao meio ao qual se dirige. (...) As criações intelectuais representadas pelos desenhos de Walt Disney, que aparecem em filmes, na televisão, em revistas, jornais, confecções, etc., constituem criações do respectivo autor que mantém direito sobre elas e que não podem ser reproduzidas sem ordem expressa de quem as pode emitir.[Incorporando o parecer do MPF). " STJ, Resp 19.866-0,Quinta Turma, Ministro Costa Lima, DJ, 18.05.1992." Dessarte, antes de tudo, personagens como os anotados pelas empresas que aqui se entendem prejudicadas (Pernalonga, Patolino, Piu-Piu, Frajola, Flintstones etc.) não seriam representativos de simples marcas registradas, postos sob a proteção da Lei nº 9.279/96. É que, na essência, quando da utilização de imitações fraudulentas ligadas a tais figuras, colocando-as em produtos destinados à venda, com evidente intuito de lucro e sem dispor de autorização a cargo de quem lhes detenha a titularidade, o agente não está, propriamente, visando violar a marca da mercadoria, mas sim valer-se da atração que ditos personagens exercem sobre clientes em potencial." TJMG, Conf. Neg. de Jurisd. nº 1.0000.05.429471-5/000(1), 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Des. Beatriz Pinheiro Caires, 25 de janeiro de 2007. Revista Forense - Vol. 395 Jurisprudência Penal, Pág. 598. Apelação Cível - Direito Autoral - Ação de reparação de prejuízos decorrentes da comercialização não autorizada de tecidos estampados com personagens registrados(...) Substrato probatório que confirma a ocorrência de lesão aos direitos autorais - Teoria Da Circulação - Exegese Dos Arts. 6o, Viii, 21, 30, Iv, 123 E 124, da então vigente lei N. 5.988/73, Superada Pela Lei N. 9.610/98, que manteve o mesmo grau de proteção - Decisão Mantida - recurso conhecido e desprovido. TJSC, AC 2002.014193, 3ª. Câmara de Direito COMERCIAL, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, 2/06/2005. "...os desenhos do Patolino, Piu-Piu, Frajola, Taz entre outros, cujos direitos autorais as recorrentes são detentora não se tratam de marcas do produto, e sim figuras empregadas no comércio com o intuito de aumentar as vendas, pela chamatividade dos personagens das historietas, mas nem por isso deixam de ser a expressão intelectual de seu autor, gozando da proteção da Lei dos Direitos Autorais" (TJSP - RSE 329.175-3/8 -SP, Rei. Pedro Gagliardi, j. 19.04.2001, v.u.). "Destarte, é possível entrever que os personagens, cujos direitos pertencem às empresas já mencionadas, não são marcas, tendo em vista que esses desenhos são inábeis para apontar distinção dos produtos ou mercadorias que carregam suas estampas, ou mesmo para diferenciar seus fabricantes", TJSP, HC 00970836.3/5-0000-000,13a Câmara do 7o. Grupo da Seção Criminal, Des. Rene Ricupero, 24 de agosto de 2006.Ainda: TJRS, AC 596062497.Quinta Câmara Cível, Araken de Assis, 03/04/1996 e TJRS, AC 595175720, Quinta Câmara Cível. Des. Clarindo Favretto, 03/04/1996. E um caso particularmente picaresco: TJSP, AC 293.386-4/9, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, Des. Carlos Teixeira Leite Filho, 14 de junho de 2007,

¹¹⁶ Vide, por exemplo, RODRIGUES, Cláudia, Direito autoral e direito de imagem, Revista dos Tribunais | vol. 827 | p. 59 | Set / 2004 | DTR\2004\563.

¹¹⁷ Cabe questionar-se na verdade se existe a plenitude de direitos morais sobre os personagens, aqui tratados no campo estritamente autoral. Num acórdão onde se negaram direitos morais sobre personagens, disse o tribunal paulista: "Considera-se que os autores, de um modo geral, não aceitam alterações de suas obras artísticas, porque isso representaria um golpe intelectual e de consciência. Porém, nos casos das telenovelas, os autores não desconhecem as imposições de mercado, sabido que os rumos das histórias são guiados pelo interesse popular, existindo empresas que são contratadas para coletar informações dos telespectadores, exatamente para sentir, mediante pesquisa de campo, a atmosfera do drama que se desenrola no dia a dia das pessoas. Quando a opinião pública interage com determinado personagem, a direção aumenta sua figuração e

Discute-se, inclusive na casuística brasileira, os eventuais direitos do intérprete em face de seu personagem, entre os quais o de aceitação de papel e o de manutenção do *cunho de interpretação* ¹¹⁸.

Tem-se recente e valioso estudo de Eliane Y. Abrão ¹¹⁹, no tocante à personagem como fato da construção dos direitos autorais dos intérpretes:

Um personagem não existe, portanto, apenas em função da representação do ator. O seu criador original parte de uma idéia que se materializa em um texto, delineando um caráter a esse "ser de papel" que na pele do artista, além dos elementos intrínsecos à sua personalidade - imagem e voz -, recebe, por interferências do diretor, inflexões próprias, gestos, movimentos, expressões, maquiagem, figurino e adereços. Sem contar que, geralmente, o personagem é inserido em um cenário onde também exercem influência a iluminação e a música de fundo (trilha sonora). Todos esses elementos compõem um personagem na representação ao vivo ou na gravação. Filmes há, outrossim, em que a personagem é uma câmera, ou um terceiro invisível, protagonista da trama.

De outro lado, a alternância dos elementos e das pessoas físicas que interferem na composição de um mesmo personagem faz com que se tornem (paradoxalmente) inconfundíveis. O personagem Othelo, criado textualmente por William Shakespeare e interpretado por Richard Burton, não possui as mesmas características do Othelo shakespeariano representado tempos depois por Lawrence Fishburne. Do mesmo modo que a personagem Isaura - criação textual de José de Alencar vivida nas telas por Lucélia Santos em "A Escrava Isaura" e dirigida por Herval Rossano (Globo) - não se confunde com a Isaura interpretada por Bianca Rinaldi e dirigida pelo mesmo Herval Rossano (Record). Esses aspectos garantem, de outra vertente, a inconfundibilidade, a independência, das respectivas obras audiovisuais.

E, agora notando a autonomia *jurídica* do personagem em face da pessoa do ator:

Dois outros artigos da atual Lei Autoral, Lei 9.610/98, são igualmente importantes na análise jurídico-autoral do personagem. O art. 83, em uma demonstração da preferência de tratamento jurídico

quando as pessoas cansam de um deles, é momento de fazê-lo desaparecer. Portanto, o enredo muda para cumprir uma lógica de mercado que é medido pelo Ibope, o que obriga celebrar cláusula que reserva a palavra final à direção artística e administrativa." TJSP, AC 258.236-4/9-00, Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, unânime, Ênio Zuliani, 15 de fevereiro de 2007.

¹¹⁸ François Dessemontet, tratando do direito suíço, mas mencionando o contexto europeu do direitos do intérprete em relação a "seu" personagem, assim descreve: "12. Deux principes s'en dégagent avec netteté : a) "L'acteur a le droit de ne paraître que dans des films et sous des aspects ou personnalités qu'il estime conformes à ses convenances artistiques ou à l'intérêt de sa carrière, sans qu'il puisse lui être opposé un usage quelconque". 13. b) Il s'ensuit que "les artistes interprètes sont fondés à exiger que leur interprétation ne reçoive pas d'autre utilisation que celle par eux autorisée". DESSEMONTET, François, Les droits des acteurs face à la digitalisation, <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Dt%20des%20auteurs%20digitalisation.pdf>. O tema central deste autor, aliás, é a interessantíssima questão dos direitos dos intérpretes em face da manipulação digital de seus personagens.

¹¹⁹ ABRÃO, Op. Cit.

concedido ao autor do texto em que se baseou o personagem em detrimento ao do ator que o interpreta, autoriza a lei a substituição do ator pelo diretor quando aquele tenha de interromper temporária ou definitivamente sua atuação. Mas o personagem tem assegurada sua continuidade na obra, audiovisual ou radiodifundida, não importando o ator que o represente. Diferencia-se, assim, o personagem intelectual do personagem representado e resguarda-se os direitos patrimoniais de todos: da produtora/emissora que continuará a veicular a obra; do diretor, a quem cabe dar continuidade artística a ela; do ator substituído, que fará jus à percepção de direitos patrimoniais proporcionais à duração de sua participação (o que se repete no § único do art. 92); do ator substituto, que receberá salários e que, igualmente, participará proporcionalmente dos rendimentos patrimoniais nas futuras reexibições da obra gravada ¹²⁰.

Neste ponto, e ainda em outros segmentos da legislação em vigor, enfatiza-se o personagem como constructo, como algo definido pelas suas características pessoais, identificáveis, autônomas em face da pessoa a que ele se apõe ¹²¹.

A verdade, uma outra consideração, ainda que estranha ao campo autoral, é que personagens em face dos quais se constrói uma *clientela* ¹²², como no caso

¹²⁰ A autora ainda nota um pronunciamento judicial sobre a autonomia de personagem como objeto singular de direitos: "Em recente demanda que teve lugar na cidade de São Paulo (23ª Vara Cível, autos nº 643.118-2), em que co-titulares de marca de personagem, na qualidade de sócios de empresa, disputavam a autoria intelectual de um determinado personagem humorístico, a sentença julgou improcedente o pedido de declaração de coautoria, baseada em provas, e declarou autor do personagem apenas um dos coautores. Voto do relator em sede de Agravo de Instrumento (190.997-4/6), apreciando pedido de concessão de tutela antecipada, condiciona-a à declaração de autoria em função da valoração das provas: "Em sendo controvertidos e dependentes de apuração judicial os direitos de criação e de utilização do personagem e da marca 'Homem Cueca', não era caso de deferimento da medida prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil- Mínimos os benefícios com a cessão pretendida de uso do personagem pelo autor - Se a lei especial prevê, como penalidade a quem tenha direito de coautor e utilize personagem sem autorização do outro autor, perdas e danos, inadmissível vedação de sua utilização, se inexistentes motivos sérios para suspeitar de insolvência do requerido - Recurso não provido".

¹²¹ Em adição à precisa análise da autora, vale notar que, no anexo ao dec. 82.385 de 05 de outubro de 1978, consta como elemento da definição da profissão de diretor de arte cinematográfico: "Diretor de Arte: Cria, conceitua, planeja e supervisiona a produção de todos os componentes visuais de um filme ou espetáculos, traduz em formas concretas as relações dramáticas imaginadas pelo Diretor Cinematográfico e sugeridas pelo roteiro; define a construção plástica-emocional de cada cena e de cada personagem dentro do contexto geral do espetáculo (...). O mesmo decreto ainda menciona a construção de personagem, mas como imagem gráfica, quanto aos desenhos animados. Ainda, lê-se na Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978: Art. 10 - O contrato de trabalho conterà, obrigatoriamente: (...) IV - título do programa, espetáculo ou produção, ainda que provisório, com indicação do personagem nos casos de contrato por tempo determinado;

¹²² Lembre-se que não pareceria impossível classificar esse aproveitamento de personagens *típicos, dotados de suficiente poder distintivo* (o que adiante se caracterizará como o núcleo da persona como obra), como parasitismo. DUVAL, Hermano. Concorrência Desleal. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 314-319. "Finalmente, passando ao Direito Autoral, a imitação de personagens típicos, dotados de suficiente poder distintivo, como Buffalo Bill, Nick Carter, os Quatro Mosqueteiros, Sherlock Holmes, o whisky Johnny Walker, Topolino, Charles Chaplin, o Tigre da Esso etc., podem, como desenhos artísticos, ser protegidos contra a CP (Fusi, op. cit., nº 28). Do exposto, resulta que a autonomia da Concorrência Parasitária, segundo conhecido trabalho do especialista Yves st. Gal, define-se como "a imitação da criação alheia" com que se está em relação de concorrência ou dos "processos de aproveitamento dos esforços, do renome ou da reputação alheios, mesmo fora da relação de concorrência" (consulte-se "Conc. déloyale et conc. parasitaire", in Rev. Int. Prop. Int., 1956, pág. 36). De tal conceituação aproximou-se, no ano seguinte, o erudito Tullio Ascarelli quando referiu-se ao nódulo do "aproveitamento da fama" ou do "aviamento" alheios (Teoria della conc., Milano, 1957, pág. 193). Pela mesma época, Franceschelli, grande especialista na CP, estendeu-a "à adoção mais ou menos

de novelas, constituem elementos de fundo de comércio, com a tutela que se reserva a tais elementos de aviamento ¹²³.

Da personagem como obra autoral

A questão dos personagens como obra, no entanto, valeu-nos suscitar pesquisa complementar ¹²⁴. Segundo André Andrade e Carolina Tinoco Ramos,

No Brasil, não há consenso a respeito da questão da proteção autoral a personagens. A própria Lei n.º 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais - LDA) apresenta, tanto para o que é protegido quanto para o que não é, apenas um rol exemplificativo. Como a personagem não está incluída em nenhuma das listas, a questão é deixada para a interpretação sistemática da lei pela doutrina e pela jurisprudência. Contudo, nem a doutrina tem desenvolvido o tema, nem os tribunais têm se ocupado do assunto, posto que as controvérsias e as ações judiciais ainda são raras.

Outra dificuldade encontrada é que o inciso VIII do artigo 7º da LDA determina expressamente que "obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética" são protegidas por direito autoral. Isso faz com que, muitas vezes, se confunda o desenho da personagem (imagem da personagem) com a personagem ¹²⁵ em si. Quando se trata de personagens, deve-se ter em mente a construção de um ser fictício que irá desenvolver relações e comportamentos. E será dessas personagens que o presente artigo se ocupará.

Fixado o problema, assim se configura a questão:

Dentre os doutrinadores que se posicionam no sentido de proteção de personagens encontra-se Antônio Chaves:

imediate, se não integral, de qualquer iniciativa de terceiro" (consulte-se "Conc. parasitaria", in Riv. Dir. Ind., 1956, vol. I, pág. 265)."

¹²³ Como nota precedente judicial de Hong Kong: "I see no reason why that should not be applied to a case where a character is created not by the actor but by the script writer or by others responsible for the production. The advent of radio and television has given us numerous examples of parts in serial programmes which have been played for a time by one actor and subsequently by another actor. No doubt the newcomer has brought his own interpretation to the part (not always with the approval of the listeners or viewers) but the character remains essentially the same. If that character still attracts the listener or viewer and induces him to watch the programme, there is the goodwill which has attached to the programme and constitutes the property in the character." Shaw Bros (HK) Ltd v. Golden Harvest (HK) Ltd [1972] R.P.C. 559.

¹²⁴ ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. Proteção autoral de personagens na era da informação. Revista Criação do Instituto Brasileiro da Propriedade Intelectual, n. 2, ano 1, p. 103-114, 2009. Parte de um pleito de interesse acadêmico pessoal deste parecerista, o estudo em questão representou contribuição pessoal, independente e valiosa de seus autores.

¹²⁵ [Nota do original] "Personagem: [Do fr. *personnage*.] *S. f. e m.* 1. Pessoa notável, eminente, importante; personalidade, pessoa. 2. Cada um dos papéis que figuram numa peça teatral ou filme, e que devem ser encarnados por um ator ou uma atriz; figura dramática. 3. P. ext. Cada uma das pessoas que figuram em uma narrativa, romance, poema ou acontecimento. 4. P. ext. ser humano representado em uma obra de arte." (FERREIRA, 1999). [FERREIRA, A. B. de H. *Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lexicon Informática, 1999]

O fato de alguém se apropriar de personagens criados por outrem, para, sem a indispensável licença, utilizá-los em outras histórias, para finalidades diferentes, ou mesmo para degradá-los para a propaganda de produtos comerciais, não constitui apenas ilícito civil: pode caracterizar verdadeiro crime, em casos que se apresentam cada vez com maior frequência. (CHAVES, 1987, p. 188) (...) ¹²⁶

Já entre os que se posicionam contrariamente à proteção de personagens encontra-se Eliane Abrão:

E há, finalmente, um campo de verdadeira imunidade a qualquer proteção de caráter autoral: é o das idéias, dos conceitos, dos métodos, dos sistemas, dos cálculos. O resultado material dessas idéias, métodos, etc., isto é, sua expressão fixada em base corpórea, concreta, palpável é que é protegido pela lei autoral e não as idéias, os métodos, os cálculos em si. Exemplifica-se: o livro de ensino de matemática é de criação de determinado autor, mas não os cálculos embutidos em cada exercício. O direito autoral não cobre qualquer idéia ou conceito existente por detrás da obra criada nem qualquer personagem nele retratado (in Circular 45, Copyright Office, EUA). ¹²⁷

A questão tomaria outra concretude, porém, em face de evento jurisprudencial específico:

Por este ser um tema que pouco chega aos tribunais, há apenas uma decisão ¹²⁸, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que aborda a questão e que acaba por reconhecer a proteção de personagens por direito autoral, no caso a personagem ‘Harry Potter’:

A autora escreveu as obras literárias centradas no personagem “Harry Potter”, seus companheiros e professores de uma escola inglesa bruxaria. Isso é fato notório (artigo 334, inciso I, do CPC).

A empresa produtora de espetáculos teatrais – Jotaelle Ltda. – organizou a peça “Harry Potter – o aprendiz de feiticeiro” (ut - fls.36), inclusive convocando candidatos à representação do personagem principal (fls.32 e 38). Depois de um contato dos advogados da escritora, o nome “Harry Potter” foi retirado dos cartazes de propaganda (fls.99/100).

Contudo, a produtora manteve, nos anúncios do espetáculo teatral, todas as características físicas dos personagens, bem como o enredo básico da história dos jovens aprendizes de magia

¹²⁶ Nota do parecerista: Antonio Chaves refere-se à questão em outro texto, “A lei não protege apenas a criação literária ou artística como um todo; ampara também cada um dos seus elementos constitutivos: denominação, idéia central, roteiro e desenvolvimento, personagens, cenários, música, diálogos, descrições, criações de moda, etc.” (Antônio Chaves, “Direito de Autor”, Forense, 1987, . 174/175).

¹²⁷ ABRÃO, E. *O que é propriedade imaterial. A disciplina: Seu conteúdo e limites*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1177>>. Acesso em 26 mai. 2008

¹²⁸ [Nota do original] Outras decisões a respeito de proteção de personagens foram encontradas: STJ, Resp 19866/RS, Min. Rel. Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 04/05/1992, DJ 18/05/1992, p. 6988; e TJES, AgI 035.06.900077-2, Des. Rel. Rômulo Taddei, Terceira Câmara Cível, julgado em 16/05/2006, DJ 29/05/2006. Entretanto tratavam da imagem das personagens e não das personagens em si e, portanto, não foram consideradas.

negra. Isso está bem claro nos documentos juntados pela primeira apelante (Jotaelle Ltda.), quando de sua contestação.

O fato de o roteiro da apresentação teatral afastar-se da versão dos livros da autora-apelada não exclui a existência de plágio. As características físicas dos personagens são iguais, bem como os figurinos e até o título “Aprendiz de feiticheiro” que neste contexto, evidenciam a violação de direitos autorais. A Lei Federal 9610, de 19 de fevereiro de 1998, protege o autor das adaptações de suas obras (artigo 29, inciso III) com o intuito de garantir-lhe a integridade (artigo 24, IV).

A divulgação da peça (fls.32, 36, 38 e 50) está demonstrada inclusive pela documentação trazida com a contestação da Jotaelle Ltda. (fls.99 e 100). O simples confronto entre o anúncio de um filme autorizado (fls.39) e os cartazes da peça produzida pela primeira apelante evidencia a violação aos direitos autorais. Isso tem como consequência a obrigação de indenizar, conforme artigo 186 da Lei Federal 9610. (TJRJ, ApC 2008.001.05609, Des. Rel. Bernardo Moreira Garcez Neto, Décima Câmara Cível, julgado em 02/04/2008, DJ 28/04/2008, p. 29)

A contribuição dos autores, porém, é tanto mais relevante quanto se propõem critérios para essa protectibilidade dos personagens:

A partir desse ponto será adotada a nomenclatura *personagens-constructos* para as que aqui defendemos que devem receber o tratamento de obras e *personagens-idéias* para as que, como o próprio nome diz, não passam de meras idéias, não merecendo, portanto, proteção. (...)

Entretanto, deixamos de adotar a nomenclatura literária, posto que a mesma não apresenta o grau de precisão necessária. Mesmo na literatura encontramos outras nomenclaturas que são passíveis de confusão¹²⁹. Portanto, justifica-se assim a adoção da terminologia *personagens-constructos* e *personagens-idéias*.

Os autores propõem dois testes para distinguir o que é um personagem-constructo – a *persona*:

Personagens são Obras?

É a partir da análise do conjunto de características que se pode determinar se uma personagem possui ou não proteção por direito

¹²⁹ [Nota do original] Antonio Candido ainda apresenta a distinção entre personagens de costumes e personagens de natureza: “As ‘personagens de costumes’ são, portanto, apresentadas por meio de traços distintivos, fortemente escolhidos e marcados; por meio, em suma, de tudo aquilo que os distingue vistos de fora. Estes traços são fixados de uma vez para sempre, e cada vez que a personagem surge na ação, basta invocar um deles. (...) As ‘personagens de natureza’ são apresentadas, além dos traços superficiais, pelo seu modo íntimo de ser, e isto impede que tenham a regularidade dos outros. Não são imediatamente identificáveis, e o autor precisa, a cada mudança do seu modo de ser, lançar mão de uma caracterização diferente, geralmente analítica, não pitoresca.” (CANDIDO, 2007, p. 119).

autoral. Em outras palavras, se a personagem chega a ser um constructo ou se é mera idéia. (...)

Para que a personagem-constructo seja considerada obra literária protegida por direito autoral, dela tem que ser possível criar obras derivadas¹³⁰. Cabe ressaltar que não se trata de mera derivação das imagens das personagens e sim das personagens como um todo. (...)

Outro teste que precisa ser feito para determinar se a personagem pode ser objeto de proteção por direito autoral diz respeito ao plágio. Pode uma personagem ser plagiada?

A objetivação do constructo como requisito da obra

Entenda-se: há personagens *inexpressivos*, incapazes de se transformarem em objeto destacado da obra na qual elas se inserem¹³¹. A objetivação da personagem é crucial para se transformar em objeto *singular* de direitos. Assim notamos em nosso Tratado da Propriedade Intelectual:

*The poet's eye, in a fine frenzy rolling,
doth glance from heaven to earth,
from earth to heaven;
And as imagination bodies forth
The forms of things unknown, the poet's pen
Turns them to shape, and gives to airy nothing
A local habitation and a name.*
(Sonhos de uma noite de Verão)

O ponto crucial para fixação do resultado de um processo de produção intelectual, para que tenha relevância jurídica, é a transformação que Shakespeare descreve com precisão: a pena do poeta transmuda a imaginação em *forma* e lhe dá um espaço preciso e identificável. O texto poético é, aliás, extremamente interessante ao distinguir os elementos mais abstratos da massa intelectual (“forms of things”) da sua expressão (“shape”, dicionarizada como “a perceptual structure”)

É assim que, para que haja “criação intelectual”, é preciso que o resultado da produção intelectual seja destacado do seu originador, por ser objetivo, e não exclusivamente contido em sua subjetividade; e, além disso, que tenha uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante. (...) ¹³²

¹³⁰ Ilustram os autores: “Ainda que tal conceito possa, à primeira vista, parecer estranho, é possível uma obra derivada de personagem e o universo da ficção está repleto de exemplos. As personagens “Looney Tunes” possuem vários exemplos de personagens derivadas de outras cuja existência lhes antecede, mantidas suas características principais, ainda que sejam, por sua vez, inseridos em contextos e enredos novos. Exemplos desses são a personagem ‘Perninha’, versão (derivação) mais jovem da personagem ‘Perna Longa’, e ‘Plucky’, personagem derivada de ‘Patolino’. Essas derivações das personagens “Looney Tunes” da Warner Brothers chamam-se “Tiny Toons” e são a versão adolescente das primeiras, que já se encontravam em fase adulta.”

¹³¹ A observação, aliás, é do Juiz Learned Hand: " It follows that the less developed the characters, the less they can be copyrighted; that is the penalty an author must bear for marking them too indistinctly." Learned Hand, Nichols v. Universal Pictures, Corp 45 F. 2d 119, 121 (1929).

¹³² BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, Lumen Juris, 2010, vol. I, Cap. , [4] § 1. 4. - O estatuto jurídico das criações não objetivizadas

O que se *origina*, neste processo?

Para os fins de nosso estudo, é a “criação intelectual”. Um corpo de conhecimentos tecnológicos, ou texto literário, musical ou científico, ou um desempenho de intérprete suscetível de fixação, ou um artefato (escultura, quadro...). Algo que, sempre intelectual (pois distinto de qualquer materialização), seja:

- a) destacado do seu originador, por ser *objetivo*, e não exclusivamente contido em sua subjetividade;
- b) tendo uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.

Assim, um poema que se enuncia em público, ainda que não levado a papel, ou gravado, é um ente em si, provavelmente capaz de ser memorizado e repetido, distinto da subjetividade do poeta, e distinto também de uma infinidade de outros poemas.

Como regra, a simples criação, desde que expressa ou fixada (ou seja, objetivada), pode deflagrar um conjunto de consequências jurídicas. Entre tais consequências pode acontecer - como ocorre no direito autoral brasileiro vigente¹³³ - a constituição de um direito de exclusiva, se este direito específico não for denegado pela lei para o tipo específico de criação¹³⁴. Em outros casos, a criação apenas deflagra uma *faculdade* de obter posteriormente o direito de exclusiva, sem a automaticidade do direito autoral (como no caso de cultivares, topografias de semicondutores, patentes, etc.)

Essa criação objetiva e autônoma, assim, capaz de deflagrar seja um direito de exclusiva, sejam outras consequências jurídicas diferentes de um direito de exclusiva, constitui um *bem imaterial*¹³⁵.

O que propõem os autores para distinguir o personagem que é obra, ou *constructo*, do que é seja elemento integrante, mas indissociável da obra, ou ainda (o que os autores não consideraram) mera pertença¹³⁶ da obra em que se insere, são os testes de derivação e de plágio.

Se for possível tomar *a personagem* (não a obra na qual ela é atuante) como base de criação de outras obras, tem-se um *constructo*. Se for possível plagiar as características singulares e destacadas da personagem, e dela se remeter à obra plagiada, ter-se-ia um índice de *constructo*.

¹³³ [Nota do original] Lei 9.610/98, Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

¹³⁴ [Nota do original] O filtro de qual bem incorpóreo nasce dotado de exclusiva autoral, e o que não tem exclusiva, é dado, essencialmente, pelo art. 8º da mesma Lei.

¹³⁵ Op. Cit. Loc. Cit., [4] § 1. 2. - Os pressupostos da criação intelectual: originador e criação

¹³⁶ Como dizia Vicente Rao, O direito e a vida dos direitos., v. 2, n. 195: "Chamam-se pertences as coisas destinadas e emprestadas ao uso, ao serviço, ou ao ornamento duradouro de outra coisa, a qual, segundo a opinião comum, continuaria a ser considerada como completa, ainda que estes acessórios lhe faltassem: tais são as coisas imóveis por destino, os acessórios que servem ao uso das coisas móveis como o estojo das joias, a bainha da espada etc.". "Pertença não é parte integrante, nem essencial, nem não-essencial (5. Umrath, Der Begriff des wesentzchen Bestandtes, 74 s.). O que não é parte integrante da coisa, mas se destina a servir ao fim, econômico ou técnico, de outra coisa, inserindo-se em relação específica, (...)” PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, vol. II, § 143. Pertencas.

Como se faz o constructo como obra

Voltando agora ao texto de Tinoco e Andrade, e concluindo:

Através dos testes propostos é possível analisar, no caso concreto, a possibilidade de proteção de personagem como obra autoral. Mas é importante deixar claro que em momento algum se defende, aqui, que todas as personagens sejam obras e, portanto, merecedoras de tal proteção. Esta proteção deve ser conferida tão somente as que designamos como constructos, ou seja, as personagens esféricas de que trata Antonio Candido.

Carolina Tinoco Ramos, por sua vez, definiu em obra à parte ¹³⁷ as características desse personagem que se torna obra:

Em outro trabalho, tratamos, em co-autoria com André Andrade, da proteção de personagens por si só, independentemente das histórias de que fazem parte, como criação objeto de direito de autor, isto é, como *obra*¹³⁸. Lá propomos a divisão dos personagens em duas categorias: *personagens-constructos* e *personagens ideias*.¹³⁹ Chamamos de *personagens-constructo* aquelas que pelo seu conjunto de características podem ser consideradas obra e de *personagens-ideias* aquelas que, por não possuírem um conjunto marcante de características não podem ser identificadas de maneira isolada das histórias que as contêm e, assim, destas não podem se desprender para ganhar vida própria como obra. (...)

Portanto, quando se fala em personagem protegida por direito autoral deve-se ter em mente o conjunto de características dessa personagem (esta é a obra), e não apenas sua imagem ou seu nome. Até porque, a imagem de uma personagem é indiscutivelmente protegida por direito autoral, na condição de desenho (art. 7º, inciso VIII, da LDA), enquanto que o nome de uma personagem (art. 8º, inciso VI, da LDA) só é protegido em associação com a obra.

De modo a deixar essa diferença bem clara: qualquer um pode montar uma peça de teatro com uma personagem chamada 'Mônica', pois este nome, isoladamente, não possui qualquer proteção. No entanto, não poderia montá-la com uma personagem que se chame 'Carla' e que possua todas as outras características da personagem 'Mônica'. É essa a personagem como constructo: o conjunto de todas as características de uma personagem, tais como seu modo de se comportar, de se vestir, de se relacionar com outros, de agir de determinada maneira perante determinadas condições, seus sentimentos, suas características físicas etc.; tudo isso de forma

¹³⁷ BARBOSA, Denis Borges ; RAMOS, C. T. ; MAIOR, R. S. . O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

¹³⁸ ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. *Proteção autoral de personagens na era da informação*. Revista Criação, n. 2, ano 1, p. 103-114, 2009.

¹³⁹ [Nota do Original] Essa divisão encontra amparo na literatura específica e encontra correspondência no que Antonio Candido aponta que é chamado de personagens esféricas e personagens planas, ou ainda personagens de costumes e personagens de natureza. CANDIDO, Antonio; GOMES, Paulo Emílio Salles; PRADO, Décio de Almeida; ROSENFELD, Anatol. *A personagem de ficção*. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 61-63.

independente de sua imagem e seu nome, sem, contudo, deixar de se considerar sua imagem e seu nome como características.

A celebridade como personagem autoral

Em outro exercício separado, este parecerista induziu a pesquisa sobre a construção da noção de uma celebridade como obra no direito brasileiro. No ensaio de Maria Angélica Teixeira Barbosa ¹⁴⁰, a questão era a personificação de Sílvio Santos – como uma personagem de si mesmo.

A fabulação do personagem-celebridade

Em essência, o que afirma o ensaio é que a construção da persona é uma *fabulação*, uma construção deliberada, contínua, e ficcional, no sentido de que se destaca da pessoa real, viva, e objeto de uma personalidade como ser humano.

Nota a autora:

Antes de tratarmos dos aspectos literários e teatrais da personagem é importante verificarmos o seu conceito. No dicionário *Aurélio* (; 1316) assim se define personagem: *1. Pessoa notável, eminente, importante; personalidade pessoa. 2. Cada um dos papéis que figuram numa peça teatral ou filme, e que devem ser encarnados por um ator ou uma atriz; figura dramática. 3 P. ext. Cada uma das pessoas que figuram em uma narrativa, romance, poema ou acontecimento. 4. P. ext. Ser humano representado em obra de arte.*

Note-se que o dicionário apenas relaciona personagem com pessoa e, apesar desse ser o aspecto fundamental da monografia, devemos ressaltar que representa uma limitação à sua concepção, posto que personagem pode referir-se a uma animal, um objeto, uma paisagem - vide a *Combray* de Proust, no *Caminho de Swann*. Dito isso, é nossa preferência a definição do Wikipédia (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Personagem>), *elemento vivo de uma obra narrativa*, com uma pequena modificação, em vez de obra narrativa, obra ficcional. Desse modo, **personagem seria elemento vivo de uma obra ficcional**. “Elemento vivo” porque esse elemento transmite sensações, sentimentos ao destinatário daquela obra; “obra ficcional” no sentido de criação de um mundo imaginário. (...)

É a “ilusão do real”, ou seja, a impressão da “presença real” do objeto, no qual se insere o leitor, em termos literários, ou espectador, no caso da autoconstrução de uma personagem pela celebridade. Tanto o leitor como espectador participam dessa “ilusão do real”. Assim como o leitor anima através de sua imaginação o personagem de um livro de um autor de ficção, nós, espectadores da “vida real”, tendemos humanizar, vivificar aquilo que nos é apresentado pela celebridade como sua “realidade”, quando, na verdade, é apenas sua personagem. Melhor explicando, a pessoa à que se refere a

¹⁴⁰ BARBOSA, Maria Angelica Teixeira. A CONSTITUIÇÃO DE AUTO-TRAÇO PERSONAGENS FAMOSOS. 2007. Monografia. (Aperfeiçoamento/Especialização em Especialização Em Propriedade Industrial) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Denis Borges Barbosa

personagem é vivificada perante os olhos do espectador, o que cria a ilusão mencionada.¹⁴¹

A fabulação da celebridade é construir-se como um personagem que, no entanto, mantém verossimilhança¹⁴²:

A ficção, portanto, é o lugar no qual o homem pode viver e contemplar, através das personagens, a plenitude de sua condição, em que se transforma imaginariamente no outro, vive outros papéis, destaca-se de si mesmo, distancia-se de si mesmo¹⁴³. O espectador – participante de uma celebridade, através da personagem criada por ela, “se transforma” nessa personagem, “vive” outra vida que não a sua, distancia-se de si mesmo, construindo uma identidade não original, mas fabricada sob o prisma de um símbolo, uma criação.

Sobreleva notar que há uma diferença fundamental entre a ficção literária e a auto-ficção criada por uma celebridade. A primeira ajuda você a compreender melhor a si próprio enquanto a última ajuda você a enganar a si próprio.

Resumindo as idéias até então apresentadas, podemos afirmar que a personagem é elemento vivo de uma obra ficcional, o que causa a “ilusão do real”; é limitada e fragmentada; possibilita ao leitor de um romance ou espectador de uma celebridade contemplar e participar, através da personagem, de situações e sensações que o fazem se destacar de suas realidades imediatas, cotidianas.

Acrescente-se, ainda, mais uma idéia: o personagem é um ser fictício. Tal paradoxo ocasiona o problema da verossimilhança, o qual pode ser expresso na seguinte indagação: como pode existir o que não existe, já que a personagem é fruto do mundo imaginário do ser humano?¹⁴⁴

Antes de nos imiscuirmos na resposta de tal questão, averigüemos o significado de verossimilhança. Verossimilhança, segundo o Dicionário Aurélio,(;1768) é aquilo *que parece verdadeiro*, é algo que contém a aparência de verdade.

¹⁴¹ ¹⁴¹ [Nota do original] ROSENFELD, Anatol e outros. A personagem de ficção. Perspectiva: 2007, p. 27.. p.27 a 31.

¹⁴² "Pode-se ilustrar as consequências deste deslocamento com o conceito de verossimilhança, da teoria literária. A figura histórica de Napoleão, um homem nascido na Córsega e falecido em Santa Helena, que foi imperador da França, preenche o personagem Napoleão de Tolstoi, em Guerra e Paz. O reconhecimento da pessoa empírica, histórica, contribui para a atmosfera do romance, mas o Napoleão de Tolstoi só existe no texto literário, e é construído para os fins literários. A tentativa de fazer corresponder o homem com o personagem resultaria em enfraquecimento do efeito estético; reversamente, um estudo histórico baseado no personagem seria um absurdo epistemológico. A verossimilhança vem a ser exatamente o aproveitamento estético desta presença de um mesmo elemento no mundo empírico e no universo romanesco. O fruição de um texto de ficção necessita de pontos de apoio, de pontes entre o mundo do leitor e o do romance; ao atravessar a ponte, e ao ter consciência que na outra margem, o Napoleão dos livros de História tem um outro valor, o valor que lhe atribui o sistema ficcional do livro, o leitor percebe que este sistema é diferente da estrutura do universo empírico. A eficácia da obra depende exatamente deste reconhecimento, pelo leitor, de que a narrativa é criação, e não descrição de fatos históricos." BARBOSA, Denis Borges, A Causa e a Autoridade (Porque Direito não é Ciência), in Estudos de Direito Público, Lumen Juris, 2003.

¹⁴³ Idem.Ibidem,p.48.

¹⁴⁴ [Nota do original] CANDIDO, Antonio e outros. Personagem de Ficção. Perspectiva: 2007, p. 55.

Vamos à resposta. A personagem, apesar de ser uma criação da fantasia, provoca essa impressão de verdade existencial (verossimilhança). Reside justamente nessa palavra a chave de toda questão: verdade.

A verdade está nos olhos de quem vê, de quem lê. É o espectador-participante, o leitor, que imprime existência à personagem, seja ela criada por um autor de uma obra literária, seja ela criada por um showman como Silvio Santo ou qualquer outra celebridade. É a conhecida e referida “ilusão do real” do início de nosso texto¹⁴⁵.

No entanto, somente o trabalho desse leitor ou espectador não é o bastante para configurar esse sentimento de realidade, de verdade, o qual necessita também da contribuição do autor, romancista ou celebridade, porquanto uma personagem nos parece real quando esse criador sabe tudo a seu respeito ou, pelo menos, dá essa impressão¹⁴⁶. Sendo assim, no caso de uma autoconstrução de uma personagem por uma celebridade, não há ninguém melhor do que ela própria, a celebridade, para dar essa impressão.

Assim, a celebridade torna-se personagem:

Em termos literários, a autoconstrução de uma personagem por uma celebridade apresenta similitudes com a personagem de um romance. Ambos são elementos vivos de uma obra ficcional, porém esta *vida ou verossimilhança* é criada de modo diverso pelo autor de um livro e por uma celebridade. No caso da personagem de uma pessoa famosa é a conjunção de três fatores, os quais possibilitam aquela sensação de realidade: espectador, a celebridade-autora e o contexto.

O espectador tende a humanizar, vivificar aquilo que é apresentada pela celebridade como sua verdade, quando nada mais é que uma personagem, um elemento de ficção. Isso é o que chamamos ilusão do real. São seus próprios olhos que o enganam. Por isso, em vez de olhar, vejamos o que se significa aquela máscara, na qual nos fixamos, a fim de apreendermos o seu real valor.

Da verossimilhança e da pessoa real

Saindo da análise literária, a autora vale-se da teoria de Stanislavski para distinguir a personagem construída e a pessoa em torno da qual ela se constrói:

Não se pode querer proteger a criação de uma personagem por uma pessoa em si própria pelo direito de personalidade, uma vez que esta se mantém intacta¹⁴⁷. À imagem externa criada pela pessoa correspondem faculdades interiores que se adaptam a ela, porém sem perder o seu eu interior¹⁴⁸. (...)

¹⁴⁵ [Nota do original] ROSENFELD, Anatol e outros. A personagem de ficção. Perspectiva: 2007, p. 27.

¹⁴⁶ [Nota do original] CANDIDO, Antonio e outros. Personagem de Ficção. Perspectiva: 2007, p. 58 e 59.

¹⁴⁷ [Nota do original] STANISLAVSKI, Constantin. A Construção da Personagem. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira 2006, p.30 e 31.

¹⁴⁸ [Nota do original] Idem. Ibidem. p.30 e 31.

Assim, o ator reconhece não o seu eu interior, mas a sua criação, O Crítico, assim como há celebridades as quais somente se referem a si próprias na terceira pessoa, como, por exemplo, o Pelé, pois a sua personalidade não se confunde com sua personagem¹⁴⁹. (...)

As celebridades são fábricas de sonhos para seus espectadores. Elas criam e vendem sonhos através de suas personagens e ao mesmo tempo buscam, na verossimilhança, a concretização dessa fantasia. (...)

Em relação ao segundo aspecto, a verossimilhança precisa de três elementos: autor, o espectador e a mídia.

O autor é a própria pessoa famosa, que, no ato de criar sua personagem, acredita na sua verdade e assim a transmite ao público, o qual também participa desse processo, posto que o espectador vivifica aquele ser fictício, a personagem.

E a mídia cumpre seu papel ao fornecer elementos fictícios ou não que auxiliam a produzir essa sensação de realidade.

A criação da personagem, portanto, resulta de uma realidade circundante, ou seja, a personagem nasce de uma celebridade, sua fonte criadora, e, além disso, essa pessoa famosa, juntamente com o público e a mídia, ajudam na aparência de veracidade existencial dessa personagem.

E aplicando a caso concreto a análise:

Celebridades como Silvio Santos construíram a partir de si próprios personagens. Eles encarnam tais personagens (suas criações) e transmitem uma sensação de realidade, de verossimilhança, auxiliados pela mídia e pelo próprio espectador. (...)

Silvio Santos é o autor de sua criação, e a compõe através de caracteres físicos, psíquicos, gestuais, comportamentais. Personalidade e personagem não se confundem, porém o segundo tem sua fonte no primeiro. A personalidade faz parte da estrutura interna do indivíduo, seu íntimo, e se exprime nas suas emoções, reações, caráter, enquanto a personagem é criação, uma invenção do ser humano.

A mídia envolve tal personagem em fatos e o espectador, ante sua credulidade, vivifica aquela criação perante seus olhos, acredita piamente que a ficção, a personagem é real, é aquele ser vivo que se apresenta nos meio de comunicação. Para o espectador não há diferença entre personalidade e personagem.

É interessante aqui notar a distinção entre personagem e heterônimo¹⁵⁰; as celebridades não são necessariamente heterônimos, muito embora Silvio Santos, sob seu *nom de plume*, ou nome de antena, por caso o seja.

¹⁴⁹ [Nota do original] Idem.Ibidem.p.44 e 45

¹⁵⁰ "Invocando Charles Baudelaire: "Le poète jouit de cet incomparable privilege, qu'il peut à sa guise être lui-même et autrui", distingue o heterônimo, não somente do pseudônimo como do personagem de um romance ou de uma peça de teatro: o personagem é a criação de um autor, o heterônimo é um personagem que é um autor. Não basta que o autor nos diga que Barnabooth, Ricardo Reis e Álvaro de Campos são poetas, como Balzac nos diz que Canalis é um poeta; é necessário que nos mostre suas obras e que essas obras possuam

A autora, examinando as várias formas de inserção desse personagem-celebridade no sistema jurídico brasileiro, termina por classificá-lo no âmbito autoral:

Nesse contexto, o direito autoral tem muito a oferecer, pois caso aceite-se que se trata de criação de uma auto-personagem, então a pessoa estaria admitindo que aquilo que os outros vêem dela é uma ficção, a ser protegida pelo Direito Autoral.

A celebridade é obra do espírito?

O ato de engendrar uma persona, como algo distinto da pessoa privada, pode incorrer em verossimilhanças, *points de rattachement* com a pessoa tangível que se dotou de certidão de nascimento, e não registro na Biblioteca Nacional. Verossimilhança, porém não previne a fabulação, e mais, não previne a ficção que – legitimamente – faz de um *récit* uma obra literária.

Na observação de Teixeira Barbosa, Pelé se refere a si mesmo na terceira pessoa. Na verdade, Édson Arantes do Nascimento contempla e identifica num espelho laciano uma imagem que sendo a sua, não é de si mesmo. Não é essa desidentificação que faz de Pelé uma criação do espírito, mas sim sua deliberação criadora, o processo contínuo de construção e manutenção do constructo, zelando inclusive para que a artificialidade que o público conhece e que seduz a clientela não se esbata, dilua e dissipe.

A pessoa privada, no entanto, subsiste, como *outra*. Essa terá, no campo da personalidade, o resguardo da intimidade. Quando a notoriedade se constitui como algo distinto e objetivizado, haverá obra.

Exige-se, sim que o constructo seja expressivo¹⁵¹:

Não existe no direito vigente nenhuma exigência de qualidade estética (e muito menos de *valor estético*¹⁵²).

Assim a noção de "expressivo" não se esgota no estético. Abrange o que mais? Todas aquelas criações intelectuais cujo propósito *central* é propiciar a instrução, a informação, ou o prazer no processo de comunicação¹⁵³. Central, vale dizer: nem acessório nem subsidiário: o processo de fruição do público se volta para o elemento comunicativo. A *função* diferencial desta modalidade de objeto da Propriedade Intelectual é promover a criação de objetos de construção simbólica voltados à instrução, à informação, ou ao prazer num processo de comunicação humana¹⁵⁴.

individualidade e caráter próprios." CHAVES, Antonio, Obras Pseudônimas. Heterônimas. Anônimas., Revista dos Tribunais | vol. 695 | p. 7 | Set / 1993 | DTR\1993\635

¹⁵¹ BARBOSA e SANTOS, op. Cit.

¹⁵² Quanto a isso, note-se a eminente discussão da impossibilidade de avaliação do "mérito" das obras no direito francês, tema que tanto tem a ver com a liberdade de expressão e a negativa de censura. Vide CARREAU, Caroline. Mérite et droit d'auteur. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1981.

¹⁵³ Citando aqui o acórdão do tribunal britânico: "*intended to afford instruction, or information, or pleasure in the form of literary enjoyment*". Exxon v Exxon Insurance Corp, [1982] Ch 119 (Ch).

¹⁵⁴ Este estudo não discutirá a inclusão de criações de software no campo do direito autoral. Aliás, sempre enfatizamos que tal proteção, ainda que se utilize de *certos* elementos do sistema autoral, nele não se insere:

Uma questão crucial não apenas para definição de titularidade dos interesses resultante da criação da persona, mas também para extensão dos limites destes, no entanto, é a noção de que – como ocorre na construção da imagem de marca¹⁵⁵ – a celebridade pode ser um atuante central na construção, mas grande parte do *valor de reconhecimento* deriva da interação do público e de outros agentes¹⁵⁶.

Assim, ainda que se identifique na construção da persona um espaço de construção de obra, não se deve contaminar tal noção, essencialmente técnica, de qualquer excesso no sentido de apoderamentos excessivos em face da função social deste constructo: a saciedade do desejo da sociedade por heróis e pessoas da história corrente¹⁵⁷.

vide BARBOSA, Denis Borges. Software and Copyright: A Marriage of Inconvenience. Copyright Magazine Of The World Intellectual Property Organization, Genebra, 1988. Mesmo nos Estados Unidos, notaram-se resistências importantes à assimilação do software ao regime das obras expressivas. Como ditto por John Hershey em sua discordância dos entendimentos da CONTU “*Programs are profoundly different from the various forms of “works of authorship” secured under the Constitution by copyright. Works of authorship have always been intended to be circulated to human beings and to be used by them-to be read, heard, or seen, for either pleasurable or practical ends. Computer programs, in their mature phase, are addressed to machines.*”, encontrado em <http://digital-law-online.info/CONTU/contu2.html>. J.H. Reichman em Universal Minimum Standards of Intellectual Property. Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement, 29 Int'l. Lawyer. 345 (1995), nota que estados não membros efetivamente lidaram com software como trabalho literário sem adaptação séria; o autor sugere que o status literário aplicado (semelhante à arte aplicada) seria mais adequado.

¹⁵⁵ BARBOSA, Denis Borges, Developing New Technologies: A Changing Intellectual Property System. Policy Options For Latin America, SELA (1987): Some authors have remarked that the building up of a trademark by means of massive advertisement has much in common with the construction of a character in a novel; in both cases only sometimes the result is a “roman a clef” bearing any resemblance to reality.” Mas quem é o autor da marca? BOSLAND, Jason. The Culture of Trade Marks: An Alternative Cultural Theory Perspective, Intellectual Property. Research Institute of Australia The University of Melbourne Intellectual Property Research Institute of Australia. Working Paper No. 13/05.: “Stephen Wilf suggests that by associating a symbol with an object, the public contributes to the authorship of trade marks. Because the meaning of a mark results not from the efforts of an individual trader but the interpretive acts of the public, Wilf argues that the public should be attributed ownership. Trade mark law, on the contrary, is said to incorrectly formalise the trade mark originator as the arbiter of meaning by recognising only the efforts of the originator in generating the meaning and interpretation of a trade mark”. Numa análise mais informal, vide Gunnar Swanson: “For instance, in many ways Coca Cola does not own their brand. They own the trademark but the brand resides in the minds of a billion or so people around the world. The brand is what people think of the fizzy sugar water, what people feel when they see old red vending machines, thoughts of Santa Claus paintings, reactions to Mexican kids wearing t-shirts that say “Come Caca” in a script similar to the trademark, associations with American culture and politics. . .”, <http://lists.webtic.nl/pipermail/infodesign-cafe/2004-June/1010478.html>, visitado em 26/10/2006. A referência se faz a Steven Wilf, Who Authors Trademarks? <http://www.law.uconn.edu/academics/ip/wilf.html>.

¹⁵⁶ “In determining whether to grant a property right in a celebrity's persona, we might consider traditional liberal justifications in support of private property. The idea that people are entitled to the fruits of their own labor, and that property rights in one's body and its labor entail property rights in the products of that labor, derives from John Locke [JOHN LOCKE. SECOND TREATISE OF CIVIL GOVERNMENT. ch. 5 (Wm. B. Eerdmans Publishing Co. 1978) (1690)] and is persuasive as a point of departure. It does not, however, advance the argument in favor of exclusive property rights very far. As Edwin Hettinger [Edwin Hettinger, Justifying Intellectual Property, 18 PHIL. & PUB. An. 37 (1989)] remarks, “assuming that labor's fruits are valuable, and that laboring gives the laborer a property right in this value, this would entitle the laborer only to the value she added, and not to the total value of the resulting product.” COOMBE, op. Cit

¹⁵⁷ COOMBE, op. Cit. “Star images must be made, and, like other cultural products, their creation occurs in social contexts and draws upon other resources, institutions, and technologies. Star images are authored by studios, the mass media, public relations agencies, fan clubs, gossip columnists, photographers, hairdressers, body-building coaches, athletic trainers, teachers, screenwriters, ghostwriters, directors, lawyers, and doctors.

A celebridade é excluída pelo rol do art. 8º?

A persona não é uma idéia; é um conjunto de apreensões pelo público, resultantes da formalização de um imagem pública; há uma práxis expressiva e voltada especificamente ao ato de comunicar. Como se notou, não é a destinação da obra que a exclui do âmbito autoral, eis que nele se inclui o texto de propaganda política ou comercial ou às instruções de como empinar uma pipa, *desde que dotadas dos requisitos gerais de arbitrariedade e contributo mínimo*.

Da lista do art. 8º. (e do requisito primordial da novidade) não se encontra nenhuma rejeição em abstrato que permita a *uma determinada celebridade* valer-se da proteção autoral. Quem pretende a celebridade por uma cópia dos *agissements* de outra celebridade consagrada não terá, perante a anterior, sequer a alteridade, que lhe destaca como obra.

E só mais um requisito essencial de proteção – que não se julga em abstrato -, dirá se uma celebridade específica não é tão fugaz, tão irrelevante para o tecimento das comunicacionais demandas do público, que chega a merecer a tutela de que se fala ¹⁵⁸:

A questão é simples: basta que a criação, para ser objeto de uma proteção exclusiva pelos sistemas da Propriedade Intelectual, seja nova? A noção de novo, neste caso, é simplesmente aquilo a que a sociedade ainda não tinha acesso. O pressuposto deste requisito é que, em cada modalidade dessas exclusivas, uma exigência de fundo constitucional se impõe, para exigir, como um elemento objetivo da criação, um aporte à sociedade de algo a mais do que o simplesmente novo. Numa destilação ainda mais incisiva do problema, a pergunta é: o direito exclusivo que se atribui ao criador – ou àquele que deriva seu título do criador, por cessão ou operação de lei – é proporcional ao acesso obtido pela sociedade? Há uma correlação razoável entre os benefícios que o criador obtém do sistema jurídico pela criação que fez, em face daquilo que todos demais tem de benefício?

Even if we only consider the production and dissemination of the star image, and see its value as solely the result of human labor, this value cannot be entirely attributed to the efforts of a single author. Moreover, as Richard Dyer shows, the star image is authored by its consumers as well as its producers; the audience makes the celebrity image the unique phenomenon that it is [See Richard Dyer. Heavenly bodies: film stars and society (1986); Richard Dyer. Stars (1979)].] Selecting from the complexities of the images and texts they encounter they produce new values for the celebrity and find in stars sources of significance that speak to their own experience. These new meanings of the star's image are freely mined by media producers to further enhance its market value. As Marilyn Monroe said in her last recorded words in public, "I want to say that the people-if I am a star-the people made me a star, no studio, no person, but the people did." [Dean MacCannell, Marilyn Monroe Was Not a Man, 17 DIACRITICS 114, 115 (1987)]. .. "O autor da fábula de uma 'celebridade' midiática é sempre coletivo. Afinal, o padrão de reconhecimento propiciado pelas mídias tem dimensão histórico-social. A trama e a intriga da narrativa vão, assim, sendo alimentadas e tecidas junto com as revelações pessoais da própria 'celebridade', as opiniões do jornalista, do amigo e do inimigo, as estratégias comunicacionais e os flagrantes dos paparazzi. Não se pode esquecer ainda que o folhetim da vida de uma celebridade é escrito também pelo público em geral. PIMENTEL, Márcia Cristina, A construção da celebridade midiática,, Contemporânea, no. 4, 2005, [Revista on-line do grupo de pesquisa Comunicação, Arte e Cidade da Faculdade de Comunicação Social da UERJ.] http://www.contemporanea.uerj.br/pdf/ed_04/contemporanea_n04_17_MarciaCris.pdf

¹⁵⁸ BARBOSA e SANTOS, op. Cit.

Enfim, é a exigência de *originalidade* ¹⁵⁹.

Das limitações ao direito

Protegido pela tutela autoral, ou classificado como direito de personalidade, o exercício dos direitos de celebridade estão severamente contidos por limitações intrínsecas. O que são tais limitações? Dissemos em outro texto ¹⁶⁰, falando de patentes, mas em tudo pertinente ao nosso assunto:

Natureza da limitação.

A lei de 1996 assim considera fora da exclusividade da patente uma série de atos que podem ser praticados sem a permissão do titular do privilégio. Da mesma forma que ocorre na Lei Autoral, trata-se de um rol de limitações legais (daí, involuntárias), objetivas e incondicionais à exploração da patente.

Interpretação das limitações.

Tratando-se de restrições a uma norma excepcional, como é a das patentes, as limitações são interpretadas extensamente, ou melhor, com toda a dimensão necessária para implementar os interesses que pretendem tutelar. De forma alguma as limitações deste artigo são exceções ¹⁶¹, a serem interpretadas restritamente.

¹⁵⁹ Vide BARBOSA, Denis Borges; RAMOS, C. T. ; MAIOR, R. S. . O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Dessa visão societal de originalidade como um valor objetivo, não discrepa a hipótese da marca pessoal do autor: "The practice of artistic signature persists today. It is neither a recent nor an exclusively Western phenomenon. Even where works are not signed by artists, one might argue that all artistic works are intimately bound up with the artist's identity, making the work itself a form of personal signature. Works of artistic production generally bear traces that may betray the true identity of the creator.⁷ In various small details, authors leave unconscious "fingerprints" on their works that, like handwriting, reveal their personal involvement with the creation.⁸ Just as an actor's facial expressions, style of walking, or manner of speech may be unconsidered yet potentially expressive, so an artist's efforts at self-expression are at least partially governed by unconscious mannerisms. And obviously, there are some conscious mannerisms that appear in authorial styles – certain skills, themes, interests, and ideologies are reliably associated with particular authors." Lastowka, The Trademark Function Of Authorship, Boston University Law Review [Vol. 85:1171, encontrado em <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/volume85n4/Lastowka.pdf>, visitado em 1/12/2011.

¹⁶⁰ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes, e BARBOSA, Denis Borges, O Código da Propriedade Industrial Conforme os Tribunais, Comentado com Precedentes judiciais, Lumen Juris, 2012. Vide, em particular, LEWICKI, Bruno Costa. Limitações aos direitos de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo. 2007. 299 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RISE, Maria Elaine, Das Limitações Aos Direitos Autorais, Lumen Juris 2008, LOPES, Cláudia Possi, Limitações aos Direitos de Autor e de Imagem. Utilização de Obras e Imagens em Produtos Multimídia, Revista da ABPI, (35): 27-35, jul.-ago. 1998. SANTOS, Manoel J. Pereira e BARBOSA, Denis Borges, As Limitações Aos Direitos Autorais, in SANTOS, JABOUR e BARBOSA, Org., Direitos Autorais, Publicações GVLaw, Saraiva, 2012.

¹⁶¹ Narra SANTOS, Manoel J. Pereira dos, Objeto e Limites da Proteção Autoral de Programas de Computador, Ed. Lumen Juris, 2008: " Eduardo Vieira Manso designa como "exceção" o gênero do qual as derrogações e limitações são as espécies (cf. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações), São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 42/43), José de Oliveira Acensão entende que " os limites não são exceções " porquanto não há direitos absolutos e os limites são apenas regras negativas (Direito Autoral, 2ª. ed., ref. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 256; "O fair use no Direito Autoral", in Anais do XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2002, p. 94). Mas essas limitações aos direitos patrimoniais de autor eram classificadas

Para que fique claro: a interpretação dessas limitações leva em conta – simultaneamente- a máxima eficiência no alcance da função de cada uma delas e o mínimo de ônus ao titular necessário para o plena satisfação de tais objetivos .

Isto se dá porque as limitações aos direitos exclusivos representam, no nosso sistema jurídico, uma ponderação de interesses constitucionais incorporada ao direito normativado.

Tais limitações podem ocorrer em todo caso que os interesses dos titulares de exclusivas colidem com interesses ou princípios constitucionais, em especial:

- quando se colidem interesses privados do criador ou investidor e direitos fundamentais;
- quando há que se conciliar tais interesses privados com interesses públicos;
- quando outros interesses competitivos na economia também merecem proteção do Direito.

Limitação não é licença obrigatória.

Note-se que em todos casos deste artigo 43, não se tem licença obrigatória, pela qual não se precise autorização, mas seja necessário pagar. Ao contrário, em todos os casos deste artigo, os atos declarados livres de consentimento também serão livres de pagamento ou qualquer outro ônus. Os atos são livres.

E, em nosso Tratado ¹⁶²:

As limitações legais em matéria de propriedade intelectual – patentes, registro de cultivares, direitos autorais, etc. - representam uma conciliação entre interesses constitucionais fundamentais. De um lado, a esfera moral e patrimonial da criação humana, protegida pelo texto básico; de outros, interesses tais como a tutela à educação, o direito de citação, o direito à informação, o cultivo das artes no ambiente doméstico, etc.

Argumentar-se-ia, talvez, que tais limitações seriam tomadas sempre como exceções, a serem restritamente interpretadas. Mas exceções não são, e sim confrontos entre interesses de fundo constitucional. Como já tive também a oportunidade de considerar, citando Canotilho: “As idéias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (balancing) surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o Direito” para resolver “casos de tensão” (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos. (...)”

Assim, não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe.

De uma forma particular, mas não menos presentes, as limitações se aplicam aos direitos de personalidade. Diz Guilherme Calmon ¹⁶³:

como exceções, entre outros, por Henri Desbois (Le Droit d’Auteur en France, 3e. ed., Paris: Dalloz, 1978, p. 312, 351)”

¹⁶² BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, vol. I, Cap. II, Lumen Juris, 2010, [4] § 5.7. (C) Da razoabilidade como limitação legal aos direitos

¹⁶³ Op. Cit.

Os direitos da personalidade integram-se em nosso ordenamento jurídico com outras proposições e outros poderes jurídicos de conteúdo diverso. Assim sendo, tais direitos são dotados de certa finitude, condicionando sua existência, validade e, com maior razão, seu exercício.

O primeiro desses limites que pode ser apontado diz respeito ao abuso de direito. Embora seja a liberdade um bem essencial da personalidade e verdadeiro alicerce da própria dignidade da pessoa humana, o espaço deixado à autonomia privada deve ser sempre restringido quando houver excesso manifesto dos limites impostos pelo fim social ou econômico desse direito, conforme previsão contida no art. 187, do CC/2002. Na própria dicção do art. 5.º, II, da CF/1988, observa-se que a liberdade pode sofrer restrições tais como outros bens jurídicos, daí a função do princípio da dignidade da pessoa humana como restrição ao direito da liberdade.

“Assim, no exercício dos diferentes poderes, faculdades e simples liberdades de agir que integram o direito geral de personalidade, o respectivo titular não está sujeito a realizar uma determinada e tipificadora função legal, podendo exercê-los dentro da sua autonomia privada. Todavia, em tal exercício, não pode exceder manifestamente o fim sócio-econômico do direito geral de personalidade, ou seja, o objetivo de permitir, igualitária e harmonicamente, a cada um e a todos os homens a preservação e o desenvolvimento das suas personalidades individuais”.¹⁶⁴

Em particular no tema de nosso estudo, diz Sonia Maria D’Elboux¹⁶⁵:

Esses limites decorrem do fato de que, em determinadas circunstâncias, sobre o direito à imagem prevalecem o direito à informação, a necessidade de manutenção da ordem pública e/ou da segurança nacional, o atendimento do interesse público ou social. Como ensina MARIA HELENA DINIZ, “há uma relativização do direito à imagem, que sofre algumas restrições em prol da coletividade”¹⁶⁶.

Assim, conforme construção doutrinária e jurisprudencial, é dispensada a anuência da pessoa retratada para a divulgação de sua imagem (desde que sem conotação comercial), nas seguintes situações:

a) Acontecimentos da atualidade – notícias.

Essa limitação é motivada pelo direito coletivo à informação jornalística. (...)

b) Se o tema da foto for paisagens, cenas de rua e eventos públicos e as pessoas retratadas sejam apenas parte do cenário. (...)

¹⁶⁴ [Nota do original] SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, op. cit., p. 520-521. [SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O Direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.]

¹⁶⁵ Op. Cit.

¹⁶⁶ [Nota do original] “Direito à imagem e sua tutela”. In: *Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais*, pp. 98-99. [In: Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: Homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar. Coord. de Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.]

- c) Se as pessoas retratadas forem vultos da história contemporânea (políticos, escritores famosos, artistas, modelos, atletas etc.), desde que não sejam retratados em momentos de intimidade. (...)
- d) Caso a divulgação da imagem vise atender à administração ou serviço da Justiça, Polícia ou segurança pública. (...)
- e) Se a divulgação do retrato tiver a finalidade de atender ao interesse público, aos fins culturais, científicos e didáticos.

Postulando a hipótese de tutela dos interesses das celebridades sobre sua persona no duplo aspecto dos direitos de personalidade e dos direitos autorais, passemos assim a pormenorizar as limitações que recaem sobre tais interesses.

Das limitações inerentes ao estatuto autoral

A distinção que já se mencionou, entre o interesse público, motor das limitações e o interesse do público, é aqui crucial¹⁶⁷:

Cabe aqui ressaltar uma distinção que a doutrina estabelece entre o interesse público, ou seja, o interesse de todos de caráter mais geral, e o interesse do público no sentido do destinatário da obra intelectual, que é mais particular, mas que deve refletir sempre um interesse coletivo¹⁶⁸. A questão que se coloca é se o interesse privado do autor contrapõe-se ao interesse público ou ao interesse do público? O exame desta matéria não se exaure no interesse direto do usuário, mesmo como um direito difuso, uma vez que é necessário considerar que a criação intelectual integra o patrimônio cultural do povo e, assim, há um interesse público não só na criação de obras para desfrute do usuário, mas também no acesso e na preservação do acervo intelectual. (...)

Assim sendo, a exclusividade reconhecida ao autor não deve impedir o exercício de outros direitos fundamentais, em especial o direito de acesso à informação e à cultura¹⁶⁹. Imbricada com esse ponto é a teoria de “livre utilização” da Lei Autoral alemã, segundo a qual um autor pode se inspirar em obra preexistente, desde que não se aproprie de sua essência criativa¹⁷⁰. Esta doutrina favorece a conciliação de outro direito fundamental – a Liberdade de Expressão – com o Direito de Autor.

¹⁶⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira e BARBOSA, Denis Borges, *As Limitações Aos Direitos Autorais*, in SANTOS, JABOUR e BARBOSA, Org., *Direitos Autorais*, Publicações GVLaw, Saraiva, 2012

¹⁶⁸ [Nota do Original] Vide CARRE, Stéphanie, op. cit., p. 30. [CARRE, Stéphanie. *L'Interet du Public en Droit d'Auteur*. Tese (Doutorado em Direito). - Universidade de Montpellier, Montpellier, 2004]

¹⁶⁹ [Nota do original] Zechariah Chafee Jr., em seu estudo sobre os seis pressupostos para o Direito Autoral, afirmava que, embora ninguém pudesse comercializar a obra de um autor, todos deveriam poder utilizá-la. Vide CHAFEE JR., Zechariah. *Reflections on the Law of Copyright*, *Columbia Law Review*, vol. 45, n. 4, pp. 503-529, 1945.

¹⁷⁰ [Nota do original] Vide Adolf Dietz, Germany, § 8[2][b][ii], in: GELLER, Paul Edward (coord.), op. cit. [GELLER, Paul Edward (coord.). *International Copyright Law and Practice*. New York: Lexis Nexis, 2010]

Assim, a celebridade é parte da cultura e deve à cultura sua criação ¹⁷¹. Em particular, o uso da persona como elemento da própria ação criadora da sociedade não pode ser contida desponderadamente, em particular quando há a transformação criativa que legitime o uso da persona como insumo ¹⁷². Como nota certo precedente estadual americano, uma coisa é o uso da imagem da celebridade como centro da obra a qual se examina a eventual contaminação; outra é utilizá-la como matéria de partida para obra nova ¹⁷³.

Note-se que nem sequer é um interesse comercial subsidiário que impede o uso do *valor de reconhecimento* da celebridade na construção da cultura e da sociedade. Como já se notou, a camiseta que inclui a *facies* de uma celebridade apoiando ou rejeitando algum elemento da ideologia política ou social em relação a qual a fama da estrela é notória não pode ser coarctada com base em direitos autorais, ou em direito da personalidade. Os jornais são pagos, e nem por isso se retira a eles a plenitude da livre informação, e uma camiseta, ou

¹⁷¹ COOMBE, op. cit. "The Marx Brothers themselves might be seen as imitative or derivative works, whose creation and success as icons in popular culture derive from their own creative reworkings of the signifying repertoire of the vaudeville community. Contemporary stars are authored in a similar fashion. How much does Elvis Costello owe to Buddy Holly, Prince to Jimi Hendrix, or Michael Jackson to Diana Ross? Take the image of Madonna, an icon whose meaning and value lie partially in its evocation and ironic reconfiguration of several twentieth-century sex-goddesses and ice queens (Marilyn Monroe obviously, but also Jean Harlow, Greta Garbo, and Marlene Dietrich) that speaks with multiple tongues to diverse audiences. Descriptions of the Madonna image as semiotic montage abound."

¹⁷² "Nesse sentido, Jed Rubinfeld afirma que não se deve tomar o método do fair use como substituto da análise sobre os limites do direito autoral frente à liberdade de expressão, prevista na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, pois o fair use seria "econocêntrico" ao direcionar os seus elementos para uma apreciação dos efeitos econômicos que o uso da obra causa ao seu autor ou titular dos direitos autorais. Segundo o autor: "A exceção do fair use ao direito autoral é largamente econocêntrica; ela é organizada em grande parte em torno da idéia de adequação aos interesses econômicos do titular do direito autoral." ("The freedom of Imagination: copyright's constitutionality", in Yale Law Journal, v.112, n° 01 (oct/2002); p. 19)." SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza, O Abuso Do Direito Autoral, Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutor em Direito Civil. Rio de Janeiro 2009

¹⁷³ "We developed a test to determine whether a work merely appropriates a celebrity's economic value, and thus is not entitled to First Amendment protection, or has been transformed into a creative product that the First Amendment protects. The "inquiry is whether the celebrity likeness is one of the 'raw materials' from which an original work is synthesized, or whether the depiction or imitation of the celebrity is the very sum and substance of the work in question. We ask, in other words, whether a product containing a celebrity's likeness is so transformed that it has become primarily the defendant's own expression rather than the celebrity's likeness. And when we use the word 'expression,' we mean expression of something other than the likeness of the celebrity." Winter v. DC Comics, supra note 75, at 888 (Cal. 2003) (quoting Comedy III, 25 Cal. 4th at 406). Assim, justifica-se a crítica de COOMBE, op. cit., às hipóteses em que se utiliza a celebridade como marco de cultura ou de época: "In Groucho Marx Productions, Inc. v. Day and Night Co., [523 F. Supp. 485 (S.D.N.Y. 1981), rev'd, 689 F.2d 317 (2d Cir. 1982)] those who held rights in the Marx Brothers made a successful publicity rights claim against the creators of the play A Day in Hollywood, A Night in the Ukraine. The play's authors intended to satirize the excesses of Hollywood in the thirties and invoked the Marx Brothers as characters playfully imagined interpreting a Chekhov drama. The defendants were found liable, and their First Amendment claim was dismissed on the ground that the play was an imitative work." Como diz a autora, sem essa percepção aguda, "Publicity rights enable stars to "establish dynasties on the memory of fame."

banner terá função igual enquanto discutindo fatos ou idéias ¹⁷⁴. Coisa diversa, sem dúvida, é usar a mesma imagem para apoiar a *venda de um produto ou serviço*.

Tratamos aqui das limitações em abstrato. Não só se reconhece a impropriedade da listagem corrente da Lei 9.610/98, objeto de proposta legislativa em curso, como o fato, que sempre afirmamos, que as limitações da propriedade intelectual são exercícios de ponderação. Cristalizam certas propostas de equilíbrio de interesses de guarda constitucional, sem proscrever outros ¹⁷⁵, observadas - no pertinente e enquanto compatíveis com a Constituição - as restrições oriundas dos tratados.

Das limitações relevantes do confronto de interesses públicos

Muitas das limitações pertinentes ao objeto protegido pelo direito autoral resultam do antagonismo entre interesses relativos às criações da cultura (paródia e citação, por exemplo) e o do contraste entre o direito de acesso da sociedade aos frutos da sua cultura e o interesse em reservar singularmente os frutos morais e materiais da criação cultural. Assim, as limitações são instrumentos de coerência e eficácia do próprio direito autoral como instrumento da cultura.

Esses interesses, mas em pesos diversos, atuam no tocante a outros exercícios de direitos individuais que fujam ao escopo autoral. Quando se assegura o direito de reproduzir *o texto integral de notícia ou artigo informativo* em outro órgão de imprensa a lei autoral vai bem além de garantir o conteúdo da informação veiculada, o que em tese bastaria para atender o direito fundamental ao acesso à história ¹⁷⁶; garante-se, pela sua relevância perante o direito fundamental, ao acesso à informação a real expressão do informe original. Aqui, não temos uma relação interna à coerência do sistema jurídico autoral, mas sua permeação entre outros interesse constitucionais.

¹⁷⁴ GARON, Jon M., Beyond the First Amendment: Shaping the Contours of Commercial Speech in Video Games, Virtual Worlds and Social Media (November 20, 2011). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1962369>. COTTER, Thomas F., DMITRIEVA, Irina Y., Integrating the Right of Publicity with First Amendment and Copyright Preemption Analysis, http://works.bepress.com/thomas_cotter/5, visitado em 30/11/2011.

¹⁷⁵ "Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610.98 a luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião. O âmbito efetivo de proteção do direito a propriedade autoral (art. 5o, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610.98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC.TRIPS." Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial, No 964.404 - ES (2007.0144450-5), Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, 15 de março de 2011.

¹⁷⁶ Lei 9.610/98 Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

Por isso, a pertinência da lista de vulnerações necessárias aos interesses das celebridades, mesmo sem apelo ao estatuto autoral, a que se refere Sonia D'Elboux: acontecimentos da atualidade em que o constructo da celebridade aceda; as aparições inconspícuas da celebridade, que *sejam apenas parte do cenário*; o uso da imagem da celebridade para fins *da administração ou serviço da Justiça, Polícia ou segurança pública*; ou quando, de resto, o uso *tiver a finalidade de atender ao interesse público, aos fins culturais, científicos e didáticos*.

Em cada um desses casos, não se veja uma legitimação absoluta, ou *à outrance*. Trata-se sempre de um ajuste entre interesses constranstates, em que o interesse privado não pode inexoravelmente preponderar, nem ser eliminado irremissivelmente. Essa ponderação necessária encontra, às vezes, voz constitucional explícita¹⁷⁷; mas dela não carece.

Das limitações inerentes ao princípio da veracidade

O uso da persona, mesmo em atuações consentidas, não pode descuar de interesse outros, a que se dedica a tutela pública. O uso é lícito, mesmo se não estritamente exercício de direito de personalidade, mas de titularidade da persona, quando haja empréstimo de *verossimilhança*, mas não sanção de verdade inexistente.

Como lembrou a maioria do STJ no caso Maitê Proença,

- a) a mensagem emitida pela campanha televisiva limitou-se tão-somente a estimular, mediante o uso da publicidade protagonizada pela atriz, o público a retomar sua crença no produto;
- b) no sentido prestado pela atriz, leiga quanto ao produto e todos os riscos de fabricação, condições de assegurar ao público, com rigor técnico e científico, as qualidades terapêuticas e segurança nos métodos de fabricação do medicamento; e
- c) como resultado dos itens 'a' e 'b': a campanha testemunhal não assegura ao público as qualidades do produto, apenas estimula-o a confiar nos novos parâmetros de qualidade.

Na verdade, o limite aqui é manter o estranhamento¹⁷⁸, a consciência do público que se tem um enredo fabular, um empréstimo conotativo de valores,

¹⁷⁷ Constituição espanhola, Art. 8.1. "No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas . . . cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante." "2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: (a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público."

¹⁷⁸ "A arte tem como procedimento o estranhamento das obras e da forma de acesso difícil que aumenta a dificuldade e o tempo da percepção, visto que, em arte, o processo perceptivo é um fim em si mesmo e deve ser prolongado". Chklovski, Víctor. "A arte como procedimento". Tradução de Ana Maria Ribeiro Filipouski et al. In: Toledo, Dionísio (org). Teoria da Literatura: Formalistas russos. 1.ed. Porto Alegre: Globo, 1973, p. 39-56. "Um juízo do tipo "Deus é bom", expresso em linguagem verbal, é reelaborado em poesia, através de imagens, rima, efeitos, etc., de tal forma que a proposição universal se resume em particular - Deus é bom neste poema. Desta forma, a visão de mundo (proposição universal) fica reduzida ao texto poético e sua ação na linguagem específica (verbal) se torna evidente." Danusia Bárbara e BARBOSA, Denis Borges. In Revista Littera Rio, Ed. Grife, 1972, no. 6, setembro/ dezembro, p. 38. No sentido mais próximo ao que se fala neste

e não um endosso denotativo, ainda que isso se dê num fio sensível de faca. Como se nota quanto a este dever da arte, e de todo constructo ¹⁷⁹:

Denis Barbosa observa que a questão da verossimilhança e da retórica de sistemas desempenha papel ordenador do Direito: “A coerência do sistema jurídico corresponde à ordem natural e também à ordem da ciência. (...) há uma verossimilhança de autoridade científica, resultante do poder intrínseco da logicidade e da correspondência.” (2011, pp: 726-727). O sistema da construção literária também tem sua ordenação, mas a diferença é que o Direito, segundo ele, se vende como fazendo parte da ordem “imutável e serena da Natureza, enquanto que a eficácia da obra literária ficcional se baseia na consciência do leitor de que o universo que se lhe apresenta é (...) artificial, obra do homem – no mecanismo mágico do estranhamento.” (2011: 727).

A questão, porém, desse estranhamento é que a literatura ficcional pode nos fazer compreender de forma mais aguda as profundezas da natureza humana, se é que existe uma natureza humana, do que um tratado científico de neurociência ou psicanálise. Denis Barbosa observa que:

como notou Lukacs, a ideologia burguesa refletida nos romances de Balzac teria uma pungência e clareza mais veemente do que todo o corpo crítico da ciência social contemporânea a Eugene Grandet. Exatamente como Jhering, Marx sentiu que a clareza da visão literária ultrapassaria de muito a crítica científica de então. Claramente se evoca aqui a noção de estranhamento (...). Para essa perspectiva marxista, o Direito seria outro dos discursos da ideologia, caracterizado por uma ilusão de que a instância do jurídico predominaria sobre outras práticas sociais. (2011, pp: 730-731).

Se determinadas situações da arte podem requerer o caráter de verossimilhança, esta pode ser pensada como elemento convincente, mas sempre deixando claro tratar-se da não realidade.

E nesse sentido que se deve entender os critérios do CONAR ou de outras fontes em face dos deveres das celebridades.

Da responsabilidade contida no tocante ao direito de marcas

Curiosamente, pode-se notar que a possível vinculação da celebridade por seu endosso, no campo do direito de personalidade ou no campo autoral, talvez não encontrasse igual

contexto: Los formalistas rusos, especialmente Viktor Shklovski usaron la palabra *otstranenie* (отстранение) para referirse a aquellos modos de proceder en el lenguaje literario que tiene como fin el de dar una nueva perspectiva de la habitual visión de la realidad al presentarla en contextos diversos a los acostumbrados o al representarla de un modo en el cual se nota que la representación es una ficción -por ejemplo mediante la exageración, el grotresco, la parodia, el absurdo etc.-. Esto generalmente puede ser experimentado en tres niveles: el lingüístico (por ejemplo al recurrir a palabras o formas estilísticas inusuales, anormales); el nivel de los géneros literarios ya definidos pero insertos en esquemas insólitos y el nivel de la percepción de la realidad creando situaciones o relaciones imprevistas.

¹⁷⁹ MIRANDA, Álvaro Guilherme, A visão pessimista da literatura brasileira do século XIX sobre o Direito, Resenha sobre o ensaio "Direito e Literatura", de Denis Borges Barbosa, *in* Da Tecnologia à Cultura: Ensaios e Estudos de Propriedade Intelectual Lumen Juris (2011), Tópicos Especiais em Propriedade Intelectual: Semiologia e Propriedade Intelectual (INPI / PPED)

agravo, se se tratasse a questão no campo das marcas. Em análise sobre a questão ¹⁸⁰, tivemos ocasião de notar quanto a julgada da Corte Européia:

16.15 Dúvidas têm sido suscitadas perante a ECJ concernentes a cessão de marcas que consistem em nomes de indivíduos famosos. Em particular se quando tal cessão ocorre, mas o indivíduo não permanece envolvido com o negócio, se resultaria em engano ao consumidor. *Elizabeth Emanuel v Continental Shelf (Elizabeth Florence Emanuel v Continental Shelf 128 Case C-259/04, AG Opinion para 63)* relativamente a concessão, por Elizabeth Emanuel, da marca portando seu nome junto com o logo formado por dois 'E's de costas para o outro. Após a titularidade da marca ter mudado diversas vezes, a Sra. Emanuel fez uma oposição quanto à uma mudança na marca registrada e pediu sua revogação baseando-se que deixar a marca permanecer registrada seria como enganar o público nos termos do Artigo 3 (1) g da Diretiva. Foi argumentado, que uma significativa proporção do público relevante acreditaria que o uso da marca indicaria que o indivíduo permanecia envolvido com o design ou criação dos produtos em relação com os quais a marca era usada, e ao usar assim a marca em um negócio em que o indivíduo não estivesse envolvido seria enganoso. A ECJ não aceitou o argumento. A corte decidiu que a marca que corresponde ao nome da designer e primeira produtora dos produtos não, por tal razão, passível de revogação com base em que levaria o público a se enganar. Isto se dava particularmente onde o fundo de comércio associado com a marca tenha sido cedido juntamente com o negócio que produz os bens relacionados à marca.

Portanto uma marca consistindo em um nome famoso pode ser cedida mesmo se o indivíduo não permaneça posteriormente associado com o negócio. Ainda que isso pareça um estranho resultado sob a ótica de que um consumidor pode confundir-se achando que o designer em questão não tenha de fato participado do design dos produtos, é indubitavelmente um reflexo do que ocorre na vida comercial. Até que ponto, por exemplo, a Naomi Campbell participa do desenvolvimento dos perfumes vendidos sob seu nome? Como o Procurador Geral argumentou: 'o usuário tem ciência da possibilidade de divergências entre nomes pessoais usados como marcas e a participação de tais pessoas na produção dos bens ou serviços por ele abrangidos: Todos os consumidores sabem que um designer de moda pode transferir seu negócio a qualquer tempo'¹⁸¹

¹⁸⁰ BARBOSA, Denis Borges, Pode uma pessoa "vender" seu nome para uma marca da qual não exerce controle de qualidade? (2008), Encontrado em http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/pode_uma_pessoa.pdf

¹⁸¹ MACQUEEN, Hector & Charlotte Waelde & Graeme Laurie. *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*. OXFORD: Oxford University Press, 2008, p. 669-670. 16.15 Questions have been raised before the ECJ concerning the assignation of trade marks which consist of the names of well-known individuals. In particular as to whether where such an assignation occurs, but the individual does not remain involved with the business, whether consumer deception would result. *Elizabeth Emanuel v Continental Shelf (Elizabeth Florence Emanuel v Continental Shelf 128 Case C-259/04, AG Opinion para 63)* concerned the assignation, by Elizabeth Emanuel, of the trade mark bearing her name along with a crest made up of two 'E's back to back. After ownership of the trade mark had changed hands several times, Ms Emanuel opposed a proposed amendment to the registered trade mark and applied for revocation of the existing mark on the grounds that to let the mark stay on the register would be to deceive the public within the meaning of Article 3 (1) (g) of the Directive. It was argued ,that a significant proportion of the relevant

Ou seja, não há lesão ao consumidor quando o titular da fama deixa a sociedade; na economia presente a flutuação dos nomes e dos signos é esperada e faz parte da sensibilidade do consumidor. Ninguém espera que os produtos da “Xuxa” sejam manufaturados pela artista pessoalmente, como não espera que a Mônica – que endossa miríades de produtos – incorpore-se em pessoa física e exerça controle de especificações¹⁸².

Num outro plano, mas igualmente relevante, vale mencionar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos ao repelir o uso da marca para afirmar a subsistência de direitos exclusivos em obras autorais de domínio público¹⁸³.

public would believe that use of the trade mark indicated that the individual remained involved with the design or creation of the goods in relation to which the marks was used, and so using the name mark in a business in which the individual was not concerned would be deceptive. The ECJ did not accept this argument. The court ruled that a trade mark which corresponds to the name of the designer and first manufacturer of the goods is not, for that reason, liable to revocation on the ground that that mark would mislead the public. This was particularly so where the goodwill associated with that mark has been assigned together with the business making the goods to which the mark relates. Thus a trade mark consisting of a well-known name can be assigned even if the individual does not thereafter remain associated with the business. Although this might seem an odd result if the view is taken that a consumer might be confused that the named individual designer had not actually had a hand in designing the goods, it undoubtedly reflects what happens in commercial life. To what extent, for example, does Naomi Campbell have a hand in developing perfumes sold under her name? As the AG had argued: 'a user is aware of the possibility of divergences between personal names used as trade marks and the participation of those persons in the production of the goods or the provision of the services which they cover: All consumers know that a fashion designer is entitled to transfer his or her business at any time'.

182 Não assim na economia de há 90 anos atrás: MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 99-100.” Se na marca há nome de pessoa, que figura como o titular, não pode ser transferida, porque passaria a conter indicação inverídica (certo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, 1.º de julho de 1918, R. dos T., 26, 370, cf. 27, 19)”.

183 "The consumer who buys a branded product does not automatically assume that the brand-name company is the same entity that came up with the idea for the product, or designed the product – and typically does not care whether it is. The words of the Lanham Act should not be stretched to cover matters that are typically of no consequence to purchasers." (...) The problem with this argument according special treatment to communicative products is that it causes the Lanham Act to conflict with the law of copyright, which addresses that subject specifically." *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23, 34 (2003)