

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**RODRIGO LOPES BERTO**

**CULTURA DO CANCELAMENTO E SEUS REFLEXOS NAS CLÁUSULAS  
OBRIGACIONAIS NEGATIVAS CONDICIONADAS EM CONTRATOS DE  
LICENCIAMENTO DE IMAGEM PARA PUBLICIDADE DE INFLUÊNCIA**

**SÃO PAULO – SP**

**2021**

RODRIGO LOPES BERTO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: FABIO SOUZA TRUBILHANO

São Paulo

2021

RODRIGO LOPES BERTO

CULTURA DO CANCELAMENTO E SEUS REFLEXOS NAS CLÁUSULAS  
OBRIGACIONAIS NEGATIVAS CONDICIONADAS EM CONTRATOS DE  
LICENCIAMENTO DE IMAGEM PARA PUBLICIDADE DE INFLUÊNCIA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado(a) em:

BANCA EXAMINADORA

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

Dedico esse trabalho a minha mãe, que sempre me apoiou em minha trajetória e em todas as dificuldades vividas na graduação, ao meu pai, que nunca desistiu de dar a melhor educação e condições de estudo para mim, ao meu irmão, por sempre compreender minhas dificuldades, a toda a minha família, que sempre acreditou em mim, aos meus professores e futuros colegas de profissão, que me ensinaram sobre o Direito e sobre a vida e aos meus amigos, que sempre estavam comigo nos piores e nos melhores momentos.

## EPÍGRAFE

“O tempo passou...  
as alegrias sonhadas, desejadas, vieram para coroar  
os anos de espera, de esperança, de perseverança  
no estudo, na formação, na graduação.  
As tristezas pertencem ao passado,  
as alegrias ao presente,  
ao futuro a nós.  
Ao presente,  
para coroar de êxitos os sacrifícios  
de nossos pais, de nossos mestres, de nossos amores.  
Ao futuro,  
para abrir os caminhos  
da educação, da civilização, da politização  
A nós,  
porque trilhamos esses como bandeirantes  
intrépidos, destemidos, plantando em cada passo  
uma cidade,  
construída de amor,  
sem desamor;”

Meu eterno Professor,  
Carlos de Carvalho Lopes

## RESUMO

Tendo em vista o atual momento social e político que vivemos em nosso país e nosso mundo, palavras ou atitudes proferidas por pessoas famosas podem ter muitos reflexos, principalmente para suas relações comerciais principalmente no meio publicitário. A cultura do cancelamento é algo muito criticado por muitos juristas, mas, infelizmente, é uma realidade em nossa sociedade atual. Dessa forma, o presente trabalho cumprirá em analisar como são realizadas as relações comerciais entre influenciadores digitais e grandes marcas com a finalidade publicitária e principalmente como os dispositivos contratuais são inseridos nos instrumentos contratuais com a finalidade de se conter essas crises que por ventura possam vir a surgir à marca, decorrentes do cancelamento virtual de um influenciador digital. Será identificado e aprofundado nesse estudo a cláusula protetiva que beira, em sua essência, a ilegalidade e se é possível ou não a sua inserção nos contratos de licenciamento de imagem para fins publicitários.

**PALAVRAS-CHAVE:** Publicidade de influência. Cultura do cancelamento. Influenciadores digitais. Direito contratual. Clausulas potestativas. Direito da personalidade. Direito à imagem. Responsabilidade civil contratual

## **ABSTRACT**

In view of the current social and political moment that we live in our country and our world, attitudes or words spoken by famous people can have many reflections, mainly for their commercial relations, principally in the advertising negotiations. The Cancel culture is something that is criticized by many jurists, but unfortunately, it is a reality in our current society. In this way, the present study will fulfill how the commercial relations between digital influencers and big brands are carried out with the advertising and mainly how the contractual devices are inserted in the contractual instruments in order to contain these crises that may arise the brands due the virtual cancellation of a digital influencer. In this study the protective clause that borders, in essence, illegality will be identified and deepened and whether it is possible to insert it in image licensing contracts for advertising purposes.

**KEYWORDS:** Influential advertising. Cancel culture. Digital influencers. Contract law. Clause potestative. Personality right. Image right. Contractual liability

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2. PANORAMA HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO DA PUBLICIDADE .....</b>	<b>3</b>
<b>2.1. Origem da publicidade.....</b>	<b>3</b>
<b>2.2. Publicidade moderna e o poder de influenciar .....</b>	<b>7</b>
<b>3. A CULTURA DO CANCELAMENTO .....</b>	<b>12</b>
<b>3.1. Tribunal digital e seus efeitos nas relações publicitárias .....</b>	<b>13</b>
<b>4. O DIREITO DE PERSONALIDADE .....</b>	<b>15</b>
<b>4.1. Conceito .....</b>	<b>15</b>
4.1.1. Direito de personalidade de pessoa jurídica .....	18
<b>4.2. Características dos direitos da personalidade .....</b>	<b>19</b>
<b>5. O DIREITO À IMAGEM.....</b>	<b>21</b>
<b>5.1. O direito à imagem, sua aferição econômica e sua indisponibilidade relativa .....</b>	<b>23</b>
<b>5.2. Do contrato de licenciamento de imagem.....</b>	<b>25</b>
<b>5.3. Direito de imagem e sua relação com a publicidade moderna .....</b>	<b>30</b>
<b>6. O DIREITO, A PROTEÇÃO DA IMAGEM E A RESPONSABILIDADE CIVIL ...</b>	<b>31</b>
<b>6.1 A responsabilidade civil das partes nos contratos publicitários de influência.....</b>	<b>32</b>
6.1.1. Direito do consumidor, CONAR e o nexo de causalidade .....	33
6.1.2. Dano à imagem x dano moral.....	36
<b>7. CLÁUSULAS DE PROTEÇÃO .....</b>	<b>39</b>
<b>7.1. Das obrigações de não fazer ou obrigações negativas .....</b>	<b>39</b>
7.1.1. Limite à abstenção da obrigação negativa .....	41
<b>7.2. Das condições potestativas nas cláusulas de obrigação negativa .....</b>	<b>43</b>
7.2.1. Condição puramente potestativa x condição simplesmente potestativa.....	44
<b>7.3. Cancelamento virtual e a potestatividade .....</b>	<b>45</b>
<b>7.4. Da extinção do contrato como causa do descumprimento da condição potestativa..</b>	<b>46</b>



<b>8. CONCLUSÃO.....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>51</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Que a internet foi um marco histórico, econômico e social em nossas vidas isso não temos como negar, a rede mundial de computadores transmite informações em segundos, muda rumos político em dias e pode acabar com a vida de uma pessoa em cliques. Junto com o avanço dessa tecnologia surgiu, há alguns anos, a conhecida cultura do cancelamento que, de forma não jurídica, julga e sentencia pessoas na internet.

Nesse estudo, pautado no âmbito do Direito civil, iremos analisar os efeitos que o cancelamento virtual, ou o julgamento das ações e atitudes de pessoas famosas na internet, causam nas relações contratuais publicitárias.

O Direito é uma ciência que demanda, para ser mudado ou moldado, um determinado tempo que envolve, para que se positivem uma lei, procedimentos legislativos, análises sociais e análises culturais sobre o tema que esta lei versará. Com o avanço meteórico da tecnologia nos últimos tempos e principalmente com o surgimento das redes sociais, diversos problemas se viram trazidos à tona e assim, conseqüentemente, presenciamos um certo atraso nessa tutela jurídica sobre esse tema.

As redes sociais, entre outras decorrentes do avanço tecnológico, começou a trazer para o estudo e debate do Direito pontos que antes já estavam de certa forma enraizadas em seus entendimentos, quais sejam temas como o da liberdade de expressão, utilização e autorização de uso da imagem de pessoas, assim como a possibilidade de dispor de direitos da personalidade, intrínsecos ao indivíduo.

Com o avanço da internet, começaram a surgir novas personas ao mundo jurídico e assim, também, a necessidade de sua tutela. Estas novas personas são os conhecidos influenciadores digitais que, nada mais são, pessoas com alto grau de influência digital que conseguem moldar comportamentos e hábitos e que possuem facilidade, através de uma linguagem simples, cotidiana e despojada de atingir seu público específico com seu conteúdo.

Junto ao surgimento desse fenômeno, se iniciou uma onda de problemas jurídicos e éticos que antes não se tinha presenciado no mundo jurídico, logo que revolucionaram a forma como as informações e principalmente a publicidade é propagada.

A partir desse panorama, vivemos, nos últimos anos, uma revolução na publicidade e na forma como as empresas divulgam seus produtos. A utilização da publicidade e do marketing se viu voltada aos meios tecnológicos e principalmente para as redes sociais.

Utilizando da imagem de influenciadores digitais, se ascendeu a conhecida publicidade de influência que, nada mais é que a vinculação, em forma de testemunhal, de marcas com imagens de influenciadores através de publicações em seus perfis nas redes sociais. Acontece que, como iremos ver, todo negócio possui um risco e a utilização da imagem de pessoas físicas e seus perfis em redes sociais para se divulgar um produto ou serviço também o possui.

Esse risco é altíssimo à uma marca, logo que, através da internet, a informação é transmitida muito rapidamente e, caso aja uma repercussão negativa sobre um fato ou ato cometido pelo influenciador contratado, essa pode sofrer, de maneira reflexa as consequências desses atos, logo que o público irá relacionar a imagem da pessoa à marca.

Assim, iremos analisar, nesse estudo, como a internet moldou a forma que as empresas se relacionam com o público e como elas utilizam dessa publicidade, no século XXI, para divulgar seus produtos ou serviços e, principalmente, como é inserida, essa tentativa de contenção de risco, em cláusulas contratuais nos contratos de publicidade de influência.

Para isso, iremos partir de uma análise sobre o histórico e contexto da publicidade e quais seus meios de transmissão atuais, dando ênfase à publicidade de influência, que nada mais é a utilização da imagem dos conhecidos influenciadores digitais em conexão com produtos ou serviços das marcas. Após essa análise, partiremos para a dissertação sobre risco que a utilização da imagem de uma pessoa pode trazer para uma empresa divulgadora em tempos da cultura do cancelamento.

Enfrentados esses pontos, abordaremos como, no mundo jurídico, essa relação é expressada e, para isso, adentraremos ao tema dos direitos da personalidade, mais especificadamente o direito à imagem, objeto dessas relações comerciais que, por suas especificidades, necessitam de uma proteção específica nos instrumentos contratuais, sendo estes realizados através de instrumentos contratuais especiais de licenciamento.

Após debatermos o tema dos direitos da personalidade e do direito a imagem, entraremos em mais uma ramificação do direito privado de suma importância, a responsabilidade civil. Estudaremos qual é a responsabilidade decorrente dessa relação influenciador e empresas e como a doutrina e jurisprudência nacional a classifica.

Por fim, para defendermos nossa tese, abordaremos, de modo específico a cláusula condicionante de obrigação de não fazer, que é cada vez mais utilizada nos contratos de licenciamento que versam sobre a publicidade de influência, analisando sua suposta potestatividade, sua consequência em caso de descumprimento e assim, por fim, sua validade ao mundo jurídico.

## 2. PANORAMA HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO DA PUBLICIDADE

Não iremos abordar a fundo, nesse capítulo, um panorama histórico-conceitual da publicidade, mas há de ser fazer necessário o entendimento sobre o que se trata a publicidade, assim como quais os meios e métodos modernos de sua veiculação.

*A priori*, vamos dispor que a publicidade teve, como marcos estruturais e sociais principais dois momentos, que são a invenção da prensa e o momento histórico da Revolução Industrial. A primeira, por trazer uma inovação no campo no meio de divulgação da qual a publicidade era veiculada, se tratando de uma nova infraestrutura material do sistema de comunicação que revolucionou a propagação de informação. A segunda, que proporcionou um novo modelo de sociedade e de mercado e por consequência abriu portas para a ordem socioeconômica capitalista no panorama mundial.

*A posteriori*, na contextualização histórica, se faz necessário analisarmos o poder e impacto que a tecnologia teve no mercado publicitário, mostrando que o jornal impresso deu lugar a inserções publicitárias em páginas informativas na internet e, atualmente, ganha muito espaço nas redes sociais através de *ad spaces* e através das chamadas “publicações pagas” em perfis de redes sociais de pessoas que detêm poderes de influenciar o público.

### 2.1. Origem da publicidade

Para explorarmos o tema da origem da publicidade, devemos nos ater a invenção da prensa, instrumento de reprodução de figuras ou textos em papéis ou tecidos. A discussão sobre qual a origem da prensa vai desde a China do século XI, passando pela Coréia e indo até a Europa, mais especificadamente na Alemanha. Foi no país europeu que, no ano de 1456, Johannes Gutenberg<sup>1</sup> criou o que seria até então um dos pilares propagadores da expansão da publicidade após a revolução industrial, a prensa móvel.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Conforme EISENSTEIN, Elizabeth.L. A Revolução da cultura impressa: os primórdios da Europa moderna. São Paulo: Atica, 1998.

<sup>2</sup> Segundo o dicionário Michaelis, Prensa é a máquina composta essencialmente de duas peças, das quais uma se move contra a outra para comprimir, achatar ou espremer qualquer objeto ou substância que entre elas se coloque; é usada em muitos processos de trabalho por compressão, tais como acetinar, aparar ou cortar papel ou papelão,

A máquina criada por Gutenberg revolucionou a forma de propagar uma informação e como consequência foi a propulsora do mercado da disseminação em massa, que por muitos anos foi o principal meio de se atingir o público, através de notícias, figuras e informações variadas em um pedaço de papel impresso, o jornal.<sup>3</sup>

A imprensa, termo que define a coletividade dos veículos de comunicação e que tem sua origem etimológica da palavra Prensa<sup>4</sup>, teve, com a invenção de Gutenberg, uma grande alavanca em sua capacidade e poder de atingir o público, pois, a partir desse momento, se viu possível reproduzir uma informação em diversas cópias ou edições de um jornal impresso. Houve, com esse desenvolvimento, o também crescimento do caráter comercial da informação veiculada, principalmente com base na demanda por anúncios, que eram criadas pelos comerciantes mercantis do século XVII com a finalidade de expor suas mercadorias ou até mesmo para transmitir ou obter informações que se viam necessárias à realização de seus negócios.<sup>5</sup>

A imprensa era de grande utilidade para os mercadores e negociantes ambiciosos. O anúncio era o meio mais barato de a classe comercial expor suas mercadorias à venda. Aumentava o intercâmbio comercial entre as colônias e, desse modo havia necessidade de informações que só os jornalistas americanos estavam em condições de dar, barata e rápida. (EMERY, 1965).

Até então, a publicidade comercial não era empregada pois não se era necessária logo que não existiam os elementos essenciais à uma sociedade de consumo, quais sejam a oferta e demanda de produtos, que se dá por excesso de produção ou por concorrência. Assim, não se via a necessidade de se divulgar produtos e serviços.

Foi então que, no ano de 1759, o renomado escritor e pensador inglês Samuel Johnson, disse, ao debater o desenvolvimento da publicidade, que "O ofício da publicidade está hoje tão próximo da perfeição que vai ser difícil aperfeiçoá-lo ainda mais."<sup>6</sup>

Acontece que foi sim possível, e muito, aperfeiçoar a publicidade. Foram nas décadas seguintes à fala de Johnson, na Inglaterra, que aconteceria o que ficaria conhecida historicamente como Revolução industrial e com ela, como consequência o enraizamento dos elementos do capitalismo, se vendo necessário assim, pelas indústrias e comerciantes, divulgar-

---

marcar, numerar ou picotar papel; na preparação de cerveja, vinho ou óleo vegetal; para enfardar algodão etc. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prensa>

<sup>3</sup> Ibidem

<sup>4</sup> Conforme <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=imprensa>

<sup>5</sup> Também conforme EISENSTEIN.

<sup>6</sup> Disponível em <https://www.oxforddnb.com/view/10.1093/ref:odnb/9780198614128.001.0001/odnb-9780198614128-e-14918>

se a si ou a seus produtos e serviços disponíveis. Conforme cita Rosana Nantes, ao estudar o fenômeno publicitário em sua tese de doutorado em Comunicação “A Revolução Industrial dá o impulso que faltava para o fortalecimento das mudanças, sociais, econômicas e políticas em andamento. É também o início do processo de consolidação do jornalismo e da publicidade como fenômenos.”<sup>7</sup>

Não foi no século XVIII que a publicidade chegou ao cume de sua expertise, entretanto, talvez o cume da publicidade tenha sido alcançado somente no século XIX quando os empresários, donos dos jornais, começaram a perceber que apenas a venda ao público de edições de jornais impressos não era suficiente para a manutenção de seu negócio, fazendo da venda de anúncios uma peça fundamental para sua sobrevivência.

A partir desse momento, os empresários, donos dos jornais, começaram a explorar mais ferozmente a inserção de espaços publicitários em suas páginas e, em 1856, anúncios publicitários já tomavam conta de um terço do espaço disponível de grandes jornais impressos, que antes eram exclusivos somente para se divulgar notícias e acontecimentos políticos.<sup>8</sup>

Com esse panorama de mudança no mercado da imprensa, se inicia paralelamente a prestação de serviço de intermediação entre jornais e as empresas que detinham produtos e serviços e que queriam se divulgar nestes veículos. Surge então um novo mercado, o das agências de publicidade.

Com a virada do século, o caráter comercial dos anúncios já estava mais do que consolidado e, com isso, grandes empresas, que surgiram da revolução industrial, começam a apresentar gigantescas cifras de aporte financeiro à publicidade, com a finalidade de apresentar e divulgar seus produtos, atingindo o maior número de pessoas possível.

É nesse panorama de concorrência comercial que o mercado de massa se intensifica e a “guerra” entre as empresas começa a se dar não mais somente no valor e qualidade de seus produtos, mas também em quem conseguia transmitir e publicitar mais a sua produção. Dessa nova forma de mercado é que decorre a nova forma de transmissão da imprensa, a comunicação de massa, que é definido por Charles Wright como:

[...]é dirigida a audiências relativamente grandes, heterogêneas e anônimas; as mensagens são transmitidas publicamente, na maior parte das vezes programadas para atingir simultaneamente a maioria dos membros da audiência, e tem caráter transitório; o comunicador tende a operar dentro de uma organização complexa que pode envolver grandes despesas (WRIGHT, 1968, p.18)

---

<sup>7</sup> PAVARINO, Rosana Nantes. Panorama histórico-conceitual da publicidade. 2013. 164 f., il. Tese (Doutorado em Comunicação)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>8</sup> Disponível em <http://diplo.org.br/imprima130>

A comunicação de massa inovou o mercado publicitário, fazendo com que as agências de publicidade começassem a analisar e a realizar pesquisas que abordavam as conversas interpessoais, influências sociais, ideológicas, psicológicas assim como análises profundas de discursos e relações sociais que tinham como finalidade criar paradigmas às marcas divulgadoras de como direcionar e prender a atenção do público. É o demonstrado por Pavarino:

[...] provocaram uma nova maneira de se pensar a sociedade e o indivíduo, assinalando de maneira definitiva o nascimento da sociologia e da psicologia. Junto a elas, os primeiros questionamentos sobre a comunicação na sociedade: a importância da linguagem, da comunicação interpessoal e as primeiras investigações sobre cultura de massa e a influência dos meios de comunicação. Ou seja, a variedade de aspectos refletiu diretamente no interesse das pesquisas que, por sua vez, abordavam as conversas interpessoais, influências sociais, ideológicas, psicológicas e psicossociais, análise do discurso, análises semiológicas e semióticas (PAVARINO, 2003, p. 58)

Na década de 20 outro marco inovador ocorreu, e começara a crescer o mercado da radiodifusão comercial que, através de ondas que se propagam eletromagneticamente pelo espaço, transmitem sinais que são transformadas em som (rádio). A partir de 1944, as mesmas ondas eram capazes de serem transformadas em imagem com som (televisão) e, assim, o mercado publicitário se inovou novamente, e junto com a revolução da comunicação começou-se a exibir publicidade radiofônica e anúncios televisivos, se transformando em uma grande indústria.

[...]Desde a década de 1980, o posicionamento da marca tem sido reconhecido como a batalha pela mente do consumidor. Para criar um valor de marca forte, é preciso ter um posicionamento claro e coerente, bem como um conjunto autêntico de diferenciação que apoie esse posicionamento. O posicionamento da marca é basicamente uma promessa atraente que os profissionais de marketing transmitem para conquistar corações e mentes dos consumidores. (KOTLER, 2017, p.75)

A publicidade passou então a ser de meramente informativa para publicidade de estilo de vida a partir do momento em que passou a ser inseridos, nos anúncios publicitários, testemunhais de pessoas que detinham poder de influenciar o público, como apresentadores, atores, cantores e atletas esportivos.

A publicidade testemunhal, que se caracteriza como um anúncio no qual um consumidor, geralmente pessoa importante ou famosa, presta seu testemunho pessoal sobre as qualidades de um produto ou serviço, se tornou uma via publicitária muito importante e muito utilizada por grandes empresas e marcas.

Assim sendo, com a Revolução Técnico-Científica-Informacional<sup>9</sup>, que se deu pós segunda Guerra Mundial, a publicidade começou a voltar seu foco na utilização mais intensa dos meios de comunicação por radiodifusão, revistas e jornais impressos, conforme o jornalista Ignacio Ramonet (2001):

“Com a multiplicação dos meios de comunicação elétricos (cinema, rádio), eletrônicos (televisão) e digitais (Internet), o século XX não somente assistiu à explosão da publicidade, mas à sua sofisticação. A ambição de manipular as mentes, dentro dos próprios lares, alcançou quase níveis de uma ciência. As técnicas de persuasão não cessaram de se aperfeiçoar, vencendo a barreira do barulho, transpondo os milhares de pedidos publicitários que nos atormentam diariamente, confundindo a nossa desconfiança e se incrustando em nossas mentes com uma mensagem precisa.”<sup>10</sup>

Foi, portanto, no final do século XX, com o surgimento da internet, que a maior revolução publicitária iria se iniciar, intensificando-se no início do século XXI e chegando até a nossa atualidade. Por fim, a internet rompeu barreiras, fez com que informações passassem a ser transmitidas de maneira veloz, se não instantânea, atravessando fronteiras geográficas, democratizando debates mas, além disso, se tornou a melhor arma para aumentar o alcance comercial de uma empresa, e isso se deve à publicidade de influência.

## 2.2. Publicidade moderna e o poder de influenciar

A definição de publicidade, disposta no dicionário Michaelis, é a divulgação de fatos ou informações, matéria encomendada ou não, a respeito de pessoas, ideias, serviços, produtos ou instituições, utilizando-se os veículos normais de comunicação.<sup>11</sup> Tal definição nos mostra as características e objetivos da publicidade, que são a divulgação, através de veículos normais de comunicação, de fatos ou informações, que possuem como finalidade de influenciar o público, ora consumidores a aquisição de serviços ou produtos.

Vimos no tópico anterior que a história da publicidade vem desde anúncios impressos em jornais, passando por propaganda inseridas em programas de rádio e televisão e tendo seu auge atingido na era digital, com a invenção da internet. Temos por objetivo agora, afunilar o espaço amostral desta pesquisa e começar a voltar nossa atenção à era digital da publicidade, e

<sup>9</sup> Também conhecida como a Terceira Revolução Industrial, representa um período de avanço tecnológico que uniu ciência e indústria.

<sup>10</sup> Conforme Ignacio Ramonet em <http://diplo.org.br/imprima130>

<sup>11</sup> Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/publicidade/#:~:text=Dicion%C3%A1rio%20Brasileiro%20da%20L%C3%ADngua%20Portuguesa&text=2%20Publ%20Divulga%C3%A7%C3%A3o%20de%20fatos,a%20publicidade%20desse%20novo%20carro.>



mais especificadamente, a utilização da influência de pessoas através das redes sociais para engajar o público e assim aumentar o número de vendas de um produto ou serviço.

Na década de 50 nos Estados Unidos, começou-se a ser criados institutos de “pesquisa das motivações” que tinham como objetivo estudar o comportamento do homem comum para incitá-lo, sem seu conhecimento, a comprar um determinado produto baseando-se do que foi extraído dessas pesquisas.

Na virada do século, a era da *Big Data* – utilização de conjunto de dados tratados e analisados por computadores para diversos fins – trouxe ao mercado publicitário a possibilidade de se traçar personas de consumidores de forma muito mais definida, criando assim as conhecidas métricas<sup>12</sup>, baseando-se em comportamentos que essas pessoas tinham na internet, através de seus cookies e suas tags deixadas após a utilização de um site ou rede social.<sup>13</sup>

Surgem, a partir disso, as chamadas *Data Management Platforms (DMPs)*, plataformas de software que gerenciam dados e os interpretam, fornecendo às empresas, agências e marcas a possibilidade de decidir onde serão inseridos e qual será o público alvo de suas ações publicitárias – nascendo, nesse momento, a publicidade comportamental, baseada na persona do consumidor, criada com base na análise de seu comportamento na internet.<sup>14</sup>

Como consequência, o mercado publicitário começa a utilizar mídia programática para veiculação de campanhas, que nada mais é que o meio de compra e venda de espaços publicitários online, para públicos alvo específicos, que são traduzidos através das DMPs.<sup>15</sup>

Além das mídias programáticas, a invenção da internet mudou os rumos da publicidade testemunhal, que passou a ser inserida em vídeos e sites na internet, principalmente nas redes sociais, não sendo mais um método publicitário exclusivo dos veículos de radiodifusão. Essas inserções de testemunhais em publicações em perfis de redes sociais são realizadas ou na forma de publicações orgânicas, de cunho pessoal, utilizado o testemunho da pessoa, falando sobre o produto, ou através das conhecidas publicações pagas ou posts patrocinados.

Nas redes sociais, quem detém esse poder de influenciar o público é conhecido como Influenciadores digital, que aqui em nosso estudo serão também chamados de artistas. Essas pessoas, utilizam sua fama através das plataformas sociais – Instagram, Twitter, Facebook, TikTok, Youtube – para transformar seus perfis que antes eram meramente de cunho pessoal à

---

<sup>12</sup> Métricas é um meio de acompanhar o desempenho de uma postagem em rede social ou inserção de uma imagem na internet, por meio de estatísticas, que são criadas com base em dados coletados frequentemente.

<sup>13</sup> Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/a-regulacao-de-protecao-de-dados-e-seu-impacto-para-a-publicidade-online-um-guia-para-a-lgpd/>

<sup>14</sup> Ibidem

<sup>15</sup> Ibidem

uma vitrine de produtos, serviços e marcas, assim se tornando uma plataforma de publicidade muito assertiva para quem se quer divulgar algo.

Essa assertividade se dá, pois, essas pessoas possuem um público fiel e que os consideram referência a ser seguida, criando assim um engajamento enorme com o público alvo e conseqüentemente um maior valor em seus conteúdos veiculados que, na grande maioria das vezes, envolvem sua imagem através dessa veiculação.

O mercado publicitário, através das métricas obtidas pela interação com os perfis e postagens desses influenciadores começou a traçar a persona do público atingido por eles, que é claramente influenciado. Com isso, é dessa forma que se explora a publicidade que contém imagens, nome, dados biográficos e/ou voz desses Influenciadores, com inserções em conteúdos criados por estes ou até mesmo em meras postagens nas redes sociais.

Nessa esteira temos, portanto, que a publicidade é uma ação engendrada de marketing que possui uma técnica e uma estratégia sofisticada que, utilizando de pesquisa e dados, veicula campanhas para divulgar um determinado produto ou serviço através dos meios de comunicação de massa, em um mercado de consumo, com finalidade comercial e lucrativa.

Na publicidade moderna, podemos definir a publicidade de influência, utilizada nas redes sociais como, entre outras formas, a divulgação de um produto através do testemunhal, publicação de imagem ou inserção em conteúdo criado por influenciador digital, com a finalidade de se divulgar uma marca ou produto através da utilização da imagem, nome, dados biográficos e/ou voz desta pessoa. Luciana Dias leciona:

A diferença entre propaganda e publicidade está, portanto, na finalidade de cada uma. A propaganda, historicamente, não almeja um benefício econômico, mas fundamentalmente a difusão de ideias. Ela visa promover a adesão a certo sistema ideológico (político, social, religioso, econômico, governamental). A publicidade, por seu turno, é a forma clássica de tornar conhecido um produto, um serviço ou uma empresa com o objetivo de despertar o interesse pela coisa anunciada, criar prestígio ao nome ou à marca do anunciante ou, ainda, difundir certo estilo de vida” (DIAS, 2017. p.27.)

Os números somente comprovam como a internet, e de quem dela se utiliza para veicular publicidade com sua imagem são suscetíveis ao sucesso. Segundo pesquisa realizada em 2014 pela revista Variety, baseado em um questionário realizado com 1.500 jovens americanos, ficou demonstrado que adolescentes entre 13 e 17 anos consideram astros do Youtube mais populares que astros de Hollywood<sup>16</sup>. A pesquisa, realizada sete anos atrás, nos demonstrava a mudança de

---

<sup>16</sup> Disponível em <https://variety.com/2014/digital/news/survey-youtube-stars-more-popular-than-mainstream-celebs-among-u-s-teens-1201275245/>

rumos que o poder de influência digital nos levaria e que, hoje, se encontra enraizado nas redes sociais, principalmente na rede social Instagram que, segundo dados divulgados pela própria plataforma,<sup>17</sup> possui mais de 1 bilhão de usuários ativos mensais e que contou com receita de publicidade no ano de 2019 de mais de 20 bilhões de dólares.<sup>18</sup>

São esses números astronômicos, em conexão com as métricas e as pesquisas realizadas a partir do *Big Data* que fez com que grandes empresas, detentoras de grandes marcas, começassem a utilizar da imagem de influenciadores digitais para divulgar um produto ou uma campanha publicitária, tendo como as formas publicitárias mais comuns o *Post Patrocinado co-branded*, a *Ação de Merchandising* e o *Product Placement*.

Para maior clareza sobre essas modalidades, entende-se como *Post Patrocinado co-branded* postagens, em redes sociais, de patrocínios criados especificamente para uma marca/produto e/ou serviços de uma empresa, vinculados à participação do Influenciador e divulgado nos perfis oficiais de redes sociais deste.

Já *Ação de Merchandising* é toda e qualquer inclusão de um produto, serviço e/ou marca dentro de uma obra audiovisual que esteja exposto na mesma cena em que o Influenciador e sobre os quais o Influenciador faça menção de textos ou falas, podendo ou não interagir diretamente, como por exemplo citação de nome de produto, serviço e/ou marca; testemunhais, declarações favoráveis e recomendações de uso.

Por fim, como *Product Placement*, é conhecido no mercado publicitário como sendo a inclusão de um produto, serviço e/ou marca dentro de uma obra audiovisual que esteja exposto na mesma cena em que o Influenciador, com ou sem interação deste com tal produto, serviço e/ou marca, desde que esta interação não tenha e/ou implique em menção de textos ou falas diretas pelo Influenciador sobre tal produto, serviço e/ou marca, como por exemplo o manuseio de produto, serviço e/ou marca a inclusão na obra audiovisual e/ou inserção no cenário de produtos ou logomarcas com a finalidade de promoção do produto, serviço e/ou marca.

Tais modalidades são tecnicamente diferentes em sua essência, mas coincidem ao ponto que se utilizam da imagem do Influenciador e seu poder de influenciar o público ou sua audiência. Ambas possuem como finalidade aumentar os números de venda de um produto ou serviço.

No mundo das ideias, utilizar da imagem do influenciador e de suas métricas astronômicas para divulgar um produto ou serviço é mais dos ideais mundos. Acontece que, como toda forma de negócio, existe um risco atrelado a esse serviço prestado pelo influenciador,

---

<sup>17</sup> Disponível em <https://business.instagram.com/>

<sup>18</sup> Disponível em <https://blog.hootsuite.com/instagram-statistics/>

que pode ser decorrente das próprias atitudes ou fala deles e, como consequência para si e de forma indireta para a empresa vinculada esse é cancelado na internet.

### 3. A CULTURA DO CANCELAMENTO

É comum de se ouvir, na era digital, que a pessoa x foi “cancelada” por ter feito algo ou falado algo na internet. “Esse conjunto de táticas de boicote e exposição pública de pessoas ou empresas que expressam posições consideradas inapropriadas”<sup>19</sup> é a conhecida Cultura do Cancelamento. Também conhecido como cancelamento virtual, aparece como uma forma de ir contra aquilo ou aquele que ultrapassar pontos traçados pela cultura moderna e definidos por movimentos sociais.

“No processo histórico da cultura, muitos dos limites que definem o certo e o errado estão esmaecidos, confusos ou ambíguos. Cristina Cypriano, psicanalista e doutora em sociologia, avalia que nesse contexto passamos a conviver com normas sociais emergentes e culturas muito jovens que passam a estabelecer novos limites que, ainda que não estejam bem solidificados, estão em constante processo de construção. E isso acontece tanto na vida real quanto no mundo virtual.”<sup>20</sup>

Os julgamentos on-line ocorrem de forma rápida, sem um devido processo e não proporcionam direito de defesa aos que estão no banco dos réus. A sanção é a pior possível, afetando suas relações sociais, relações comerciais e até mesmo sua moralidade. O tribunal da internet é, portanto, o tribunal não jurídico baseado na moral e ética da sociedade e das pessoas que os julgam. É composto por milhares de jurados que se baseiam nos fatos ali mostrados sem haver ao menos uma certeza de sua veracidade. É o caos ao Direito, à justiça e à liberdade individual. “O cancelamento funciona como uma maneira de fazer justiça vingativa e narcísica com as próprias mãos — nesse caso, com os próprios dedos”

Seus efeitos, ao cancelado, vão desde perda de seguidores nas plataformas sociais, perda de contratos comerciais firmados a, até mesmo como já ocorrido em alguns casos, ao suicídio da pessoa cancelada digitalmente. Para empresas, o cancelamento digital ocorre de forma que impacta diretamente no negócio dessas empresas, logo que por consequência pode se iniciar, decorrente do cancelamento, uma onda de boicote aos seus serviços ou produtos vendidos à até perda de relações comerciais e baixas em suas ações no mercado financeiro.

---

<sup>19</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. Leia manifestos sobre cultura do cancelamento e liberdade de expressão, 17 de julho de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/07/leia-manifestos-sobre-cultura-do-cancelamento-e-liberdade-de-expressao.shtml>. Acesso em: 03 abril de 2021.

<sup>20</sup> CARTA CAPITAL. Cancelamento nas redes sociais vai da represália ao linchamento, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/cancelamento-nas-redes-sociais-vai-da-represalia-aolinchamento/> Acesso em: 03 abril de 2021.

### 3.1. Tribunal digital e seus efeitos nas relações publicitárias

Exemplos do julgamento virtual e seus reflexos nas relações publicitárias são muitos, uma deles é o caso da influenciadora digital Gabriela Pugliese que, em meio à maior crise sanitária das últimas décadas, não respeitou as imposições restritivas para conter a disseminação do vírus do COVID-19 e publicou sua festa privada, proporcionada a seus amigos em sua casa, através de seu perfil oficial no Instagram. As consequências para a influenciadora foram desde a perda de mais de 100 mil seguidores à diversos contratos publicitários rescindidos que totalizaram aproximadamente R\$3.000.000,00 (três milhões de reais) em prejuízo à influenciadora.<sup>21</sup>

Mas não somente influenciadores, o cancelamento virtual coloca no banco de réus. Grandes empresas e até mesmo a plataforma detentora das maiores redes sociais, o Facebook, já sofreu na pele esse efeito, quando, em meados de 2020, através da hashtag #StopHateforProfit, movimento social que convocou diversas marcas anunciantes a removerem anúncios das plataformas do Facebook enquanto a empresa não lidasse de maneira mais severa perante publicações de cunho agressivo, preconceituoso ou racista. Esse boicote digital à empresa causou uma perda de 8% no valor de suas ações, representando mais de US\$ 74 bilhões de dólares de valor de mercado perdido, de acordo com balanço divulgado no fim de junho de 2020.<sup>22</sup>

Já em análise do caso das publicações racistas proferidas pelo Influenciador digital conhecido em artes como “Cocielo”, no período compreendido entre 2010 e 2018, o qual viraram objeto da Ação Pública de número 1095057-92.2018.8.26.0100<sup>23</sup>, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, nota-se, na peça inicial de oferecimento da ação que, na descrição dos fatos, a promotoria fez questão de citar e demonstrar, os efeitos do crime cometido pelo influenciador às marcas e suas relações comerciais que até então possuíam ou haviam possuído contratos publicitários firmados com o influenciador, assim transcrito:

*Desde o ocorrido, usuários das redes sociais, conscientes da repugnância e do caráter criminoso das postagens, cobraram um posicionamento por parte das marcas que patrocinavam o réu, como a Coca-Cola, a Adidas, o Itaú e a Submarino.*

<sup>21</sup> FORBES. Festa durante isolamento pode ter causado prejuízos de R\$ 3 milhões a Gabriela Pugliesi, 01 de maio de 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/principal/2020/05/festa-durante-isolamento-pode-ter-causado-prejuizos-de-r-3-milhoes-a-gabriela-pugliesi/>. Acessado em 03 de abril de 2021

<sup>22</sup> UOL. Como o boicote de grandes anunciantes ao Facebook pode afetar a sobrevivência da rede social. 03 de julho de 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2020/07/03/como-o-boicote-de-grandes-anunciantes-ao-facebook-pode-afetar-a-sobrevivencia-da-rede-social.htm?cmpid>. Acessado em 03 de abril de 2021

<sup>23</sup> TJSP - Ação Civil Pública nº 1095057- 92.2018.8.26.0100 - Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/09/b660b3cb8364bba3634890c6fb154416.pdf>

*A Coca-Cola informou que não manteria mais nenhuma relação com Cocielo [...] Em nota, a empresa divulgou que “O respeito à diversidade é um dos principais valores da nossa companhia, em nossas campanhas celebramos as diferenças e promovemos a união. Manifestações preconceituosas não são toleradas. Repudiamos qualquer forma de racismo, machismo, misoginia ou homofobia”*

*O Itaú, que exibiu um vídeo com Cocielo durante a programação da Copa do Mundo, alegou ter retirado do ar todas as mídias em que ele figurava. Em comunicado, o banco afirma que “repudia toda e qualquer forma de discriminação e preconceito. Esperamos que o respeito à diversidade sempre prevaleça”*

*A Submarino, por sua vez, sustentou que irá monitorar os trabalhos de Cocielo. Em nota, a rede de comércio eletrônico publicou: “É dever destas agências e agentes fazer este filtro e treinar estes influenciadores para mídias. É importante que o influenciador seja analisado por todas as partes e treinado da melhor forma para a carreira (TJSP - Ação Civil Pública nº 1095057- 92.2018.8.26.0100, fls. 18 e 19)*

Esse reflexo do cancelamento virtual sofrido por influenciadores em marcas que estes se relacionaram é decorrente de uma atribuição de relação que o público cria entre a imagem do influenciador com a imagem da marca divulgada. Dessa forma, afunilando ainda mais nosso estudo, iremos analisar como se dá essa relação no mundo do Direito e de que forma se cria o vínculo da imagem entre essas pessoas.

## 4. O DIREITO DE PERSONALIDADE

### 4.1. Conceito

*ius in persona, ad personam e in re*, essa é a classificação do sistema clássico dos direitos privados. No período pré napoleônico, os direitos privados, baseados no Direito Romano, eram divididos na forma tripartite, tendo com seus alicerces principais os direitos da pessoa (*jura in persona ipsa*), direitos obrigacionais (*jura in persona aliena*) e os direitos reais (*jura in re materiali*).<sup>24</sup> Conforme as palavras de Carlos Aberto Bittar:

De acordo com a estruturação adotada, que advém, em suas linhas mestras, do Direito Romano, são direitos da pessoa (*jura in persona ipsa*) aqueles referentes à posição do ser humano na sociedade, compreendendo os relativos ao estado individual, ao estado familiar e ao estado político. Direitos obrigacionais (*jura in persona aliena*), por sua vez, são aqueles concernentes aos diversos vínculos, decorrentes da vontade, ou da lei, que unem as pessoas entre si, no comércio jurídico, em relações de índole contratual ou extracontratual. Direitos reais (*jura in re materiali*), por fim, são os correspondentes às relações das pessoas com respeito a coisas materiais existentes, consubstanciando-se em vínculos que as prendem a seus titulares perante a coletividade. (BITTAR, 2019, p.1)

Foi somente em meados de 1865, no caso *arrêt Rosa Bonheur* na França que se reconheceu a defesa do direito pessoal do artista que à época julgou convertendo a obrigação de realizar a obra de arte pelo autor em perdas e danos. Caso este, que foi seguido de diversos outros, como Whistler, Camoin Rouault, Bonnard e Picabia, assim, estruturando e inserindo o Direito da personalidade nas estruturas dos direitos privados, rompendo com a ideia tripartite clássica.

Para o assentamento dos direitos da personalidade (e, ao mesmo tempo, do aspecto moral do Direito de Autor), definitiva foi a jurisprudência francesa que, em caso célebre (*arrêt Rosa Bonheur*, de 04.07.1865), reconheceu como legítima a recusa de um pintor em entregar obra encomendada e paga (retrato de dama), decidindo, no conflito entre a obrigação precípua e o direito da personalidade, pela prevalência do segundo, sufragando, assim, a tese de que o direito do encomendante cedia à defesa do direito pessoal do artista, com a conversão da obrigação em perdas e danos (BITTAR, 2019, p. 02)<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Conforme DINIZ. Maria Helena. Direito Civil Brasileiro – 1. Teoria Geral do Direito Civil – 29ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

<sup>25</sup> Alberto, B. C. Direito de Autor, 7ª edição. Rio de Janeiro/RJ. Grupo GEN, 2019. 9788530986001. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986001/>. Acesso em: 13 Mar 2021



O direito de personalidade advém de pessoa, que para o Direito é sinônimo de sujeito de direitos, ou seja, aquele que, de forma genérica, adquire direitos e contrai obrigações. Há direitos que afetam diretamente a personalidade da pessoa, estes que não são passíveis de projeção econômica por incidirem sobre bens imateriais ou incorpóreos.

Direitos da personalidade, portanto, são aqueles inerentes ao ser humano e tutelados de forma fundamental pela Constituição Federal, quais sejam os direitos à própria vida, à liberdade e à manifestação do pensamento, por exemplo.

A personalidade é o fator originador de direitos de uma pessoa que, decorrente das características dessa pessoa em conjunto os define. O Direito da personalidade humana portanto é fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa linha expõe Carlos Alberto Bittar enfatizando a não saturação dos direitos da personalidade, assim como sua fonte basilar, que é a dignidade da pessoa humana:

Na perspectiva do novo Direito Civil, que tem afinidade com os temas do Direito Constitucional, além da estrutura centrada em princípios e cláusulas abertas, os direitos da personalidade estão balizados não somente por um franco, explícito e declara do rol não taxativo de direitos reconhecidos pelo traçado que lhes foi conferido pelo projeto do Código Civil de Miguel Reale, mas também por uma fundamentação que decorre da Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, III: “a dignidade da pessoa humana”. Este princípio serve, nesse sentido, como bússola do sistema jurídico como um todo, e, nestes termos, serve de fundamento a unificar o tratamento da matéria, não importando a perspectiva na qual se abordem esses direitos, e muito menos a ramificação do direito à qual se esteja a reportar. (BITTAR, 2014, p. 36)

O Direito da personalidade, em depender de sua ótica de análise, é classificado e estudado diferentemente. Quando analisados no plano do direito público são chamados de direitos fundamentais e quando analisados sob enfoque do direito internacional, são os chamados direitos humanos. São, portanto, direitos de mesma natureza, que somente se divergem quando analisados sob prismas diversos. Em nosso prisma de estudo, se situa o Direito Civil, assim sendo, nossa análise é sob a ótica do direito privado, aquelas decorrentes das relações entre particulares.

Como o direito da personalidade é algo inato à pessoa, cabe ao Estado somente reconhecê-lo e garantir que este seja protegido, assim como o tutelar para que o titular da personalidade possa buscar a guarda e proteção de seus direitos.

Regimes políticos autoritários tendiam a não reconhecer a existência desses direitos da pessoa humana, justificado pela proteção ao Estado, sendo causadora de censuras e aniquilação de direitos fundamentais, assim, a tutela dos direitos da personalidade advenho somente a partir dos Estados liberais e democráticos, em meados do século XX, após a segunda grande guerra.

No Brasil não foi diferente, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o Estado Brasileiro deu uma maior tutela e conseqüente reconhecimento desses direitos à pessoa, dispondo explicitamente sobre os direitos fundamentais, em seu artigo 5º.

O código Civil de 2002, de maneira complementar, dispõe um capítulo inteiro dedicado somente para a tutela do Direito a Personalidade demonstrando e efetivando a nova feição do direito privado pós-modernidade. Sintetiza Venosa, citando Antônio Chaves:

Como acentua o saudoso Antônio Chaves (1982, t. 1, v. 1:491), esses direitos da personalidade ou personalíssimos relacionam-se com o Direito Natural, constituindo o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade. Diferem dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredidos: tratar-se-á, então, de pedido substitutivo, qual seja, uma reparação pecuniária indenizatória pela violação do direito, que nunca se colocará no mesmo patamar do direito violentado. Os danos que decorrem da violação desses direitos possuem caráter moral. Os danos patrimoniais que eventualmente podem decorrer são de nível secundário. Fundamentalmente, é no campo dos danos morais que se situa a transgressão dos direitos da personalidade. De fato, em linhas gerais, não há danos morais fora dos direitos da personalidade. (VENOSA, 2020, p.175)

É necessário deixarmos claro, nesse estudo, que há diferença e conseqüente separação entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. Essa diferença decorre da dicotomia clássica entre direito público e direito privado que, no caso do direito estudado, possui um princípio norteador que os unem e não os deixam ser separados de maneira tão categórica, o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme também defende Bittar:

Por isso, atualmente não se pode mais sustentar uma visão centrada nas construções dogmáticas mais tradicionais, exatamente por estarem sob intensa transformação, fazendo com que o próprio cerne da relação entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade se manifeste de outra forma. Há uma tendência a que gradualmente, com maior intensidade, os direitos humanos se traduzam em exigências de direitos fundamentais, e que os direitos fundamentais se traduzam em direitos da personalidade, integralizando-se no ordenamento jurídico, de modo mais amplo, graus cada vez mais elevados de exigências em torno da proteção de valores precípuos da pessoa humana. (BITTAR, 2014, p. 49)

Nos resta claro, portanto, que há uma dificuldade em atribuir e delimitar quais são os direitos da personalidade propriamente dito e quais os direitos fundamentais de uma pessoa. Como nossa análise se dá no âmbito do direito privado, seguiremos a definição e divisão flexível de Bittar que os dividem em três grandes gêneros, quais sejam os direitos físicos, direitos psíquicos e os direitos morais, que se subdividem conforme leciona o autor:

Por isso, podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais. Os primeiros são referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo); e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto). (BITTAR, 2014, p. 49)

#### 4.1.1. Direito de personalidade de pessoa jurídica

O alcance da tutela dos direitos da personalidade não se restringe somente às pessoas físicas, pessoas jurídicas também são plenamente dotadas de personalidade, conforme dispõe o Código Civil de 2002, expressamente em seu artigo 52 no qual dita que *aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*.

Além do diploma legal, o STJ tratou de garantir a possibilidade de persecução e reparação do dano sofrido por uma pessoa jurídica através da Súmula 227-A *pessoa jurídica pode sofrer dano moral*.

Por óbvio e decorrente de sua natureza, a pessoa jurídica de direito privado possui somente alguns direitos de personalidade, não possuindo aqueles que são decorrentes de ser humano. Pessoa jurídica possui, entre outros, nome, marca, símbolos e honra, esses que são protegidos e garantidos por meio de reivindicações judiciais como a indenização por dano moral. Expõe Venosa:

Mas não se afasta que existem situações complexas que colocam a pessoa jurídica sob periclitación moral, as quais se refletem, evidentemente, no âmbito pecuniário, no sentido de reparação dos danos e não como uma punição, fator este que se avulta na indenização desse nível às pessoas naturais. Aí está justamente a distinção que, na essência do instituto, somente faz por se admitir danos morais à pessoa natural. Essa equiparação feita pelo art. 52 somente pode ser vista sob esse prisma indenizatório, pois a pureza dos direitos da personalidade não se adapta a quem não é pessoa natural. Ao tema, riquíssimo de meandros, voltaremos ao tratar da responsabilidade civil. (VENOSA, 2020, p.193)

Com isso, continuando nossa análise e debate sobre o tema, ora objeto desse estudo, nos torna claro a possibilidade de indenização à pessoa jurídica que sofre dano, qual seja em sua honra, marca e propriamente à sua imagem, conforme veremos mais adiante.

## 4.2. Características dos direitos da personalidade

O direito da personalidade é a garantia que uma pessoa tem de defender o que é intrínseco à sua existência, decorrente de sua dignidade e que, por serem decorrentes das características dos indivíduos são, entre outros, classificados como, absolutos, intransmissíveis, indispensáveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e indisponíveis. Venosa enfatiza a proteção desses direitos e dispõe, citando Guilherme Borda:

*Aponta Guillermo Borda (1991, v. 1:315) que, pela circunstância de estarem intimamente ligados à pessoa humana, os direitos da personalidade possuem os seguintes característicos: (a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; (b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescritíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são também imprescritíveis; (c) são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; (d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos erga omnes. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos de natureza privada. (VENOSA, 2020, p.176)*

Sua indispensabilidade e intransmissibilidade se fundamenta por ser o direito da personalidade essencial, restringindo-se ao seu titular e que se manifesta desde o nascimento dele, ínsitos à sua própria natureza.

Também, uma das características do direito de personalidade é ser extrapatrimonial, ou seja, não ser possível aferir valor patrimonial sobre um direito personalíssimo. Entretanto, Venosa leciona, com extrema clareza, comentando que com o advento da tecnologia se torna possível e é cada vez mais presente a disponibilidade de direitos de personalidade por pessoas, que se submetem às restrições de seus direitos de forma negocial.

Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família, por exemplo. Há, porém, situações na sociedade atual que tangenciam a proibição. Na busca de audiência e sensacionalismo, já vimos exemplos de programas televisivos nos quais pessoas autorizam que seu comportamento seja monitorado e divulgado permanentemente; que sua liberdade seja cerceada e sua integridade física seja colocada em situações de extremo limite de resistência etc. Ora, não resta dúvida de que, nesses casos, os envolvidos renunciam negocialmente a direitos em tese irrenunciáveis. A situação retratada é meramente contratual, nada tendo a ver com cessão de direitos da personalidade, tal como é conceituado. Cuida-se de uma representação cênica, teatral ou artística, nada mais que isso. A sociedade e a tecnologia, mais uma vez, estão à frente da lei mais moderna. Não há notícia de que se tenha discutido eventual irregularidade sob o prisma

enfocado nessas contratações. De qualquer modo, cumpre ao legislador regulamentar as situações semelhantes, no intuito de evitar abusos que ordinariamente podem ocorrer nesse campo, uma vez que ele próprio previu, no art. 11 do vigente Código, a “exceção dos casos previstos em lei”. Evidente, porém, que nunca haverá de se admitir invasão da privacidade de alguém, utilização de sua imagem ou de seu nome sem sua expressa autorização. (VENOSA, 2020, p.177)

A discussão sobre a disponibilidades de direitos de personalidade é de extrema importância logo que esse traço não é absoluto. Há direitos de personalidade que possuem sua indisponibilidade relativizada legalmente, como é o caso do direito de imagem e voz. Estes, cada vez mais, motivado pelo avanço tecnológico e principalmente de redes sociais, se tornam disponíveis através de negócios jurídicos realizados entre duas ou mais partes e formalizado em instrumentos particulares contratuais.

## 5. O DIREITO À IMAGEM

O direito a imagem, ou direito de imagem, por suas particularidades e por consequência de sua inserção massiva em obras publicitárias e audiovisuais, é um dos direitos da personalidade mais debatidos pelos estudiosos. No meio do debate ao tema, há considerações que já estão bastante consolidadas pela doutrina e jurisprudência nacional as quais iremos discorrer a seguir.

A imagem é uma característica definidora de uma pessoa e, assim, o direito à imagem é autônomo a outros direitos que por si próprio se caracteriza. O autor Carlos Alberto Bittar define o direito da Imagem como o “direito que a pessoa tem sobre sua forma plástica – rosto, olhos, nariz, perfil - e respectivos componentes distintos, estes que individualizam aquela pessoa na coletividade”. Ou seja, sua análise se dá na expressão externa da pessoa e como esses traços físicos da pessoa os individualiza na coletividade.

A autora Maria Helena Diniz defende e classifica o direito de imagem em imagem-retrato, aquela que é a representação física da pessoa em um todo ou em partes e em imagem-atributo, aquela que advém da criação decorrente dos atributos, das qualidades, do que o detentor da imagem cultiva e como é visto por terceiros:

“A imagem-retrato é a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (nariz, olhos, sorriso etc.) desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematografia, televisão, sites etc., que requer autorização do retratado (CF, art. 5º, X). A imagem-atributo é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente (CF, art. 5º, V), como habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc. [...]O direito à imagem é o de ninguém ver sua efígie exposta em público ou mercantilizada sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando danos à sua reputação. Abrange o direito: à própria imagem; ao uso ou à difusão da imagem; à imagem das coisas próprias e à imagem em coisas ou em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico.” (DINIZ, 2012, p.147)

A autora assim coloca que, a imagem de um pessoa se divide naquela que é intrínseca à ela, como sua caracterização física, que nada mais seria que seus traços e trejeitos, ou seja a sua expressão externa, em contraposição daquela imagem que se constrói da pessoa, por terceiros, através dos atributos da pessoa, quais sejam de compromisso e responsabilidade perante suas obrigações, sua fama, sua reputação, do modo que essa pessoa representa, de modo subjetivo, aos outros.

Tratando sobre a imagem retrato, é o entendimento do STJ também o mesmo exposto por Maria Helena, no qual se entende não somente aqueles traços do rosto da pessoa, mas sim aqueles traços que possibilita a identificação desta. No julgamento do Recurso Especial nº 1.005.278 - SE o ministro relator Luís Felipe Salomão reforçou a tese de que imagem atributo é “não apenas o semblante da pessoa, mas também partes distintas de seu corpo (exteriorizações da personalidade do indivíduo em seu conceito social)”<sup>26</sup>, de mesma forma, é definido imagem-retrato pelo STJ no REsp 58101-SP<sup>27</sup>, como "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"

Na mesma linha que a excelentíssima professora, Leonardo Zanini, complementa que a imagem-atributo “trata-se da figura pública assumida pelo indivíduo, representando seu retrato social que se caracteriza por traços próprios construídos por seu titular ou com o seu consentimento.”<sup>28</sup>

Assim, prossegue Maria Helena em sua definição, a imagem é “além da projeção fotográfica ou exteriorização física, a expressão da personalidade, que é a imagem-moral, ou seja, sua fama, sua reputação no meio da coletividade em que vive”<sup>29</sup>

Zanini, utilizando de Luiz Alberto David Araujo, afirma que “o direito à imagem-atributo certamente não se confunde com a intimidade, honra ou identidade, pois se não fosse reconhecida tal autonomia, sua proteção seria insuficiente, omissa e incompleta, causando

---

<sup>26</sup> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DIREITO À IMAGEM. MORTE EM ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. 1. Descabe a esta Corte apreciar alegada violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, ainda que com intuito de prequestionamento. 2. Havendo violação aos direitos da personalidade, como utilização indevida de fotografia da vítima, ainda ensanguentada e em meio às ferragens de acidente automobilístico, é possível reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, conforme art.12 do Código Civil/2002. 3. Em se tratando de pessoa falecida, terá legitimação para as medidas judiciais cabíveis, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau, independentemente da violação à imagem ter ocorrido antes ou após a morte do tutelado (art. 22, § único, C.C.). 4. Relativamente ao 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. Precedentes 5. A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Impossibilidade de modificação do quantum indenizatório sob pena de realizar julgamento extra petita. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.005.278 - SE (2007/0264631-0) – Rel. Ministro Luis Felipe Salomão - julgado em 04 de novembro de 2010)

<sup>27</sup> Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199400389043&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em 05 de abril de 2021

<sup>28</sup> Zanini, L.E.D. A. Direito de Autor, 1ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2015. p.132 Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502230231/>. Acesso em: 29 Mar 2021

<sup>29</sup> DINIZ, Maria Helena. Direito à imagem e sua tutela. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coords.). Estudos de direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 80.

situações de injustiça”, acrescentando que “David Araujo procura explicar a distinção com o caso de um advogado que teria dedicado toda sua vida profissional as lutas sindicais, erguendo a partir daí sua imagem-atributo. Nessa situação, uma notícia equivocada pode derrubar essa ideia, que foi construída durante muitos anos, mas não significa que a lesão à imagem necessariamente configure também uma ofensa à honra. Outro exemplo pode ser extraído da figura de um cantor de rock, que deseja ser visto como rebelde, contestador dos valores sociais, imagem esta que pode ter sido intencionalmente esculpida ao longo de muitos anos, também encontrando, por isso, proteção jurídica”<sup>30</sup>.

O autor, brilhantemente, cita a importância da consagração dessa dualidade do direito à imagem e comenta sobre o já mencionado cancelamento virtual e a necessária proteção do direito à imagem em separado, ao dispor:

Nesse diapasão, em face do reconhecimento da dualidade do direito à imagem, veda-se não somente o uso não autorizado da imagem ou a sua inserção em um contexto constrangedor, mas também a colocação de uma legenda inapropriada ou a prática de qualquer conduta que venha a lesionar a chamada “imagem social” do indivíduo, o que pode ocorrer muito facilmente no ambiente da Internet, particularmente em redes sociais. (ZANINI, 2015, p.134)

Essa divisão é de extrema importância na análise do uso de imagem de artistas na atualidade e, nesse sentido, partiremos da classificação da professora Maria Helena Diniz e nos apropriaremos desses conceitos, por ela defendidos, para inseri-los na realidade publicitária moderna. Defenderemos que não somente se dá a vinculação da imagem-retrato do influenciador, mas principalmente o que se busca mais hoje em dia para fins publicitários, é uma imagem-atributo de agrado às empresas.

## **5.1. O direito à imagem, sua aferição econômica e sua indisponibilidade relativa**

É mais do claro que o aproveitamento econômico do direito à imagem é uma realidade não negada e que a cada dia que passa, inclusive com o advento das redes sociais, a exploração da imagem se tornou um negócio muito lucrativo para o detentor desta, assim como aquele que

---

<sup>30</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional da própria imagem. In: Zanini, L.E.D. A. Direito de Autor, 1ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2015. p.133 Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502230231/>. Acesso em: 29 Mar 2021



relacionará seu produto ou serviço a esta. Fabio Ulhoa Coelho, ao comentar sobre o tema leciona:

Mas, se a quase totalidade dos direitos da personalidade não pode ser mensurada em valores monetários, há alguns deles que, dependendo do titular, são nitidamente patrimoniais. Pense-se no exemplo do direito à imagem titularizado por um famoso artista ou desportista. Trata-se de direito plenamente quantificável em dinheiro, de acordo com padrões e critérios reconhecidos e partilhados por publicitários, anunciantes e meios de comunicação em massa. O melhor entendimento da matéria, por conseguinte, é a distinção entre direitos da personalidade patrimoniais e extrapatrimoniais. (COELHO, 2007, v. 6, p. 172)<sup>31</sup>

É claro, também, que quando falamos de disponibilidade e direito patrimonial, quando da imagem, estamos diante da imagem-retrato da pessoa de fama, logo que é essa que será licenciada à utilização comercial. Acontece que, conforme já posto, devemos nos basear nessa ideia de vinculação da imagem-atributo de uma pessoa à marca – por mais que essa não seja o objeto da relação comercial – logo que o motivo pela veiculação da imagem da pessoa famosa hoje, conforme já exposto é, em grande parte dos casos, a ideia subjetiva que esta pessoa construiu perante a sociedade.

A refutação à patrimonialidade e a mensuração de valor, conforme exposto pro Ulhoa, é explorada por Zanini ao pé de que este defende a tese de que o direito à imagem, por ser espécie do gênero direito da personalidade está relacionado ao ser da pessoa, sendo assim não é, portanto, um “ter” da pessoa humana.<sup>32</sup>

Assim, iremos, nessa tese acadêmica, nos abster de utilizar o termo patrimonial à disponibilidade da imagem através de aferição econômica. Iremos sim seguir a linha doutrinária de Enéas Costa Garcia que assegura o traço da compatibilidade da manifestação pecuniária dos direitos extrapatrimoniais, que é o caso dos direitos da personalidade e, por conseguinte, da imagem, conforme citado na obra de Zanini:

Enéas Costa Garcia igualmente inclui os direitos da personalidade entre os direitos extrapatrimoniais, argumentando que não “é possível estipular preço para as faculdades humanas, que são de valor inestimável”. Por outro lado, não obstante acatar o caráter extrapatrimonial, lembra que “determinadas manifestações pecuniárias não são incompatíveis com o mencionado atributo”, sendo possível a realização de negócio jurídico patrimonial com os atributos da personalidade, o que permite sua melhor fruição por parte de seu titular. (ZANINI, 2015, p.144)

---

<sup>31</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Direito à imagem. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). Grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2007, v. 6, p. 172. In: Zanini, L.E.D. A. Direito de Autor, 1ª edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2015. p.142 Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502230231/>. Acesso em: 29 Mar 2021

<sup>32</sup> Ibidem, p.143

A refutação à tese da patrimonialidade se vê, portanto, embasada nos pontos de que o direito à imagem não é possível de disposição em sua integralidade, mas somente em partes, sendo esse um direito intrínseco da pessoa que pode ser auferido economicamente de maneira limitada com finalidade protetiva, assegurado assim seu caráter extrapatrimonial.

## **5.2. Do contrato de licenciamento de imagem**

Com isso, e conforme visto anteriormente, a imagem e sua proteção advêm do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que tem como fundamentos o direito à privacidade e à intimidade. Dessa proteção essencial é que surge a necessidade de se ter uma deliberação especial, formal e expressa do titular do direito, quando da disponibilidade desse direito da personalidade.

Além dos atributos relativos aos direitos de personalidade, o direito de imagem possui, características próprias dele, como sua disponibilidade relativa, conforme visto no capítulo anterior e reforçado por Bittar ao justificar esta pela necessidade de instrumento específico e restritivo:

Essa disponibilidade permite ao titular extrair proveito econômico do uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a previa fixação do bem almejado (figura; efígie; silhueta; rosto; perfil; ou partes: como os olhos, as pernas, os seios, a cintura, as nádegas). O contrato adequado é o de licença, ou de concessão de uso, em que se devem explicitar, necessariamente, todos os elementos integrantes do ajuste de vontades, a fim de evitar-se eventuais dúvidas: direito objetivado, fim, prazo, condições, formas de exposição, inclusive a remuneração: possibilidade de renovação e outras. (BITTAR 2014. p.154)

A relatividade dessa disponibilização se dá pelas restrições que é imposta à negociação do direito de imagem. Não pode, seu titular, disponibilizar e assim conceder e transferir a totalidade de seu direito. Contratos que versam sobre o uso de imagem utilizam de dispositivos que decorrem do licenciamento do uso do direito, estes que não podem ser indeterminados e indefinidos.

Ou seja, o titular, ao negociar o uso de sua imagem e assim o formalizar em um instrumento particular específico, não transfere a titularidade do direito, mas sim autoriza o uso

por um período determinado, em praça determinada, por veículo de transmissão e por valor já definido entre as partes.<sup>33</sup>

Conforme veremos mais adiante, decorrentes dessa autorização de uso, é comum nos contratos de licenciamento haver cláusulas que versem sobre a proteção e contenção de crise, dispondo, em determinados casos na disponibilização de direitos personalíssimos ou direitos que são reflexos da disposição do uso de imagem, quais sejam, por exemplo, privacidade e sigilo.

É certo, porém, que quando uma pessoa utiliza de sua imagem para fins econômicos e se torna uma pessoa pública, já há, como forma reflexa, uma relativização de seus direitos fundamentais da intimidade e privacidade logo que esta estará constantemente em evidência da mídia e de seu público.

Essa é a razão pela qual o art. 20 do Código Civil requer autorização não só para divulgar escrito ou transmitir opinião alheia, pois tais atos poderão atingir a imagem-atributo, a privacidade pode vir à tona e gerar sentimento de antipatia, influenciando na consideração social da pessoa, causando gravame à sua reputação, bem como para expor ou utilizar a imagem de alguém para fins comerciais, visto que pode a adaptação da sua imagem ao serviço de especulação comercial ou de propaganda direta ou indireta gerar redução da estima ou do prestígio. (DINIZ, 2012, p.147)

Assim, quando se concedido uma autorização de uso de imagem de um artista, por exemplo, esse tem que ser autorizado por este propriamente dito, logo que o licenciamento, ora objeto do contrato é de seu direito personalíssimo, a sua imagem.

O Código Civil, em seu artigo 20,<sup>34</sup> expressa e positiva a tutela e a possibilidade de indenização se utilizada a imagem de forma divergente do tratado ou em casos que gerem danos a honra, a boa fama ou a respeitabilidade de seu titular.

---

<sup>33</sup> Interessante a citação de comparação trazida por Zanini: “O tema fica mais claro se partirmos para uma situação de certa forma semelhante, não nos esquecendo, porém, do cuidado redobrado que devemos ter com tal aproximação, pois trataremos de direitos patrimoniais. Com efeito, quando pensamos em um direito real, absoluto, como o direito de propriedade, não resta dúvida quanto à possibilidade de realização de um negócio jurídico envolvendo um imóvel, cujo exemplo mais comum seria o contrato de locação. Ocorre que no contrato de locação a propriedade do imóvel não é transferida para o locatário, pois apenas se outorga, enquanto vigente, a posse direta sobre o bem, permitindo seu uso e fruição pelo locatário. Guardadas as devidas diferenças, um raciocínio análogo poderia ser pensado para a utilização do direito à imagem. O seu titular não transfere o direito da personalidade ao sujeito que pretende fazer uso da imagem, o que ocorre é apenas a realização de um negócio jurídico em que a utilização da imagem, respeitadas todas as limitações atinentes aos direitos da personalidade, é autorizada. Ninguém discute, no caso de locação do imóvel, a existência de dois direitos diversos: um direito real, o direito de propriedade, e um direito obrigacional, decorrente do referido contrato. A existência do contrato de locação não muda em nada a natureza jurídica do direito real, nem transfere esse direito.

<sup>34</sup> 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.

Conforme dito, a comercialização não pode ser permanente e nem geral. O enunciado nº 4 da Jornada de Direito Civil<sup>35</sup>, assim como o Enunciado nº 139 do Conselho de Justiça Federal<sup>36</sup>, ditam e tutelam a disponibilização do direito da imagem os limitando a não poderem ser exercidas com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

São os contratos de concessão, ou de licença (licensing), os adequados para a utilização dos bens disponíveis que compõem a personalidade – da pessoa e da empresa (desta, como os sinais distintivos, o nome, a marca e outros elementos de seu patrimônio incorpóreo) –, mantendo-se no âmbito do titular os demais direitos (assim, a licença para uso de imagem em televisão não se estende a cinema ou a outra forma). Os contratos devem especificar a finalidade, as condições do uso, o tempo, o prazo e demais circunstâncias que compõem o conteúdo do negócio, interpretando-se restritivamente, ou seja, permanecendo no patrimônio do licenciante outros usos não enunciados por expresso. (BITTAR, 2014, p. 85)

As restrições e limitadores da disposição do direito de imagem se dá com base legal, inserida entre outros diplomas, na Constituição federal em seu artigo 5º, V e X<sup>37</sup>, além de estar tutelada também no artigo 14 da Lei 6.533 de 1978 - Lei de Regulamentação das Profissões de Artistas e Técnicos e no Código Civil de 2002.

O uso da imagem de uma pessoa, ou da marca de um produto para uma finalidade econômica deve ser ajustada em contrato *inter partes* na licença de uso da imagem ou da marca. A Lei 6.533 de 1978, que regulamenta a profissão de Artista, especifica quais são os requisitos obrigatórios que um contrato publicitário quando com artista e o que deve conter, que em seu artigo 14 expressa:

Art . 14 - Nas mensagens publicitárias, feitas para cinema, televisão ou para serem divulgadas por outros veículos, constará do contrato de trabalho, obrigatoriamente:

I - o nome do produtor, do anunciante e, se houver, da agência de publicidade para quem a mensagem é produzida;

II - o tempo de exploração comercial da mensagem;

<sup>35</sup> O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

<sup>36</sup> Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

<sup>37</sup> 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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

- III - o produto a ser promovido;
- IV - os veículos através dos quais a mensagem será exibida;
- V - as praças onde a mensagem será veiculada;
- VI o tempo de duração da mensagem e suas características.

Assim como a imagem, nosso ordenamento jurídico também tutela o nome e a voz humana, estes que, também, mediante autorização, pode ser licenciado. A voz é um direito decorrente da personalidade humana, pois é o modo de comunicação verbal e sonora de uma pessoa, constituindo forma de se expressar e transmitir uma ideia, a voz se indevidamente utilizada, pode também atingir direitos conexos como a honra, a intimidade e a própria imagem.

No meio artístico e publicitário, é muito comum haver a autorização de uso de imagem em conexão com a voz da pessoa e seu nome, que quase sempre serão inseridas em obras audiovisuais.

A complexidade em contratos que envolvem a utilização de direitos personalíssimos se dá pois estes não só o possuem como objeto negocial, mas sim envolvem reputações de ambas as partes e direitos personalíssimos das duas, logo que um artista será contratado para relacionar sua imagem e voz ou tão somente sua imagem, ou até mesmo somente seu nome à uma marca, direito da personalidade de uma pessoa jurídica.

Há aqui uma relação bilateral de utilização de direitos da personalidade, pois não somente a pessoa física do artista irá utilizar de seus direitos personalíssimos e dispor deles, mas também a pessoa jurídica, detentora da marca que será vinculada à imagem desse. Por este motivo, a transação negocial, quando envolvida no âmbito publicitário é regida pelos diplomas legais citados, assim como também pela Lei 9.610 que tutela os direitos autorais.

É entendido pela doutrina que, uma pessoa notória é aquela que se torna de interesse público decorrente de sua fama ou significação intelectual, moral ou artística.<sup>38</sup> Uma pessoa notória, portanto, é aquela que é conhecida por um grande número de pessoas, estas que muitas vezes possuem como consequência da sua notoriedade o poder de influenciar. Daí que, como já exposto nesse estudo, se tornam instrumento de divulgação e um meio de publicitar um produto com muita facilidade e grande assertividade quando vinculado com sua imagem. Acontece que,

Assim, conforme já exposto, qualquer atividade econômica possui risco, este que não é inexistente quando da publicidade de influência, mas sim pelo contrário, logo que o risco do negócio é maior pois envolve uma relação entre empresa detentora de uma marca que possui

---

<sup>38</sup> Também nos remetendo ao dualismo do direito à imagem.

códigos e diretrizes e de outro lado uma pessoa física, que muitas vezes usa de uma plataforma digital para fins econômicos e pessoais. O risco se justifica pela relação da pessoa jurídica com a pessoa física, esta que pode cometer equívocos ou exteriorizar, através de seu canal de comunicação ideologias, pensamentos, conceitos ou entendimentos que conflitam com o da empresa contratante e licenciante de seus direitos personalíssimos.

Portanto, em se tratando de contrato bilateral de licenciamento de uso de imagem, voz ou de marca, havendo um dano, esse é decorrente do risco que as partes incorrem quando firmam os termos contratuais. Assim, o artigo 24 da Lei de direitos autorais tutela e garante ao autor pleitear danos morais relativos a afrontas à sua reputação ou sua imagem.

Art. 24. São direitos morais do autor:

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

Com isso, a via judicial é uma forma de garantir a tutela da proteção da reputação, imagem e voz de um artista, assim como também a proteção e garantia contra um possível desabono da marca divulgada em uma publicidade vinculada a imagem do artista. Maria Helena Diniz discorre sobre da seguinte forma:

Havendo ameaça ou lesão a direito da personalidade, o lesado direto (vítima), que sofreu gravame em sua pessoa, poderá pleitear judicialmente, mediante cautelar, a cessação da ameaça ou da lesão, e reclamar a indenização por perdas e danos, desde que comprove o liame de causalidade, o prejuízo, a culpabilidade do lesante, se, obviamente, não se tratar de culpa presumida ou de responsabilidade objetiva. [...] Em regra, as pessoas jurídicas não teriam direito à reparação do dano moral subjetivo, que fere interesses espirituais, por não possuírem capacidade afetiva ou receptividade sensorial. Mas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, poderão sofrer dano moral objetivo, por terem atributos da personalidade reconhecidos jurídica e publicamente como um modo de ser, sujeito à valoração extrapatrimonial da comunidade em que atuam, p. ex., o prestígio, o bom nome, a confiança do público, a probidade comercial, a proteção ao segredo industrial e ao nome comercial etc. Esta sua boa reputação é uma manifestação particular da honra e transcende as considerações de índole patrimonial. Deveras, o agravo à honra objetiva pode ocorrer sem qualquer consideração a um dano patrimonial, daí o seu direito à reparação desse prejuízo. Assim sendo, a pessoa jurídica poderá propor ação de responsabilidade civil fundada em dano material e moral, advindo de lesão de direito da personalidade. (DINIZ, 2012, p.154)

### 5.3. Direito de imagem e sua relação com a publicidade moderna

Resta claro que a disponibilidade do direito de personalidade da imagem de um artista hoje é claramente relativo e se tornou, junto com seu poder de influenciar, uma mercadoria muito valiosa, sendo definido até como um commodity por Issaaf Karhawi e citado na obra de Elizabeth Saad e Stefanie Silveira <sup>39</sup>:

Hoje, o influenciador digital extrapola as relações do ambiente digital. Ou, analisando por uma outra ótica, hoje, a indissolubilidade entre online e off-line definiu novas áreas para a atuação e influência desses sujeitos. A tendência de comunicação está no fato de que, agora, os influenciadores constituem-se como marcas e, em muitos casos, constituem-se como veículos de mídia. Não estamos apenas lidando com influenciadores no ambiente digital, um sujeito revestido de capital simbólico e que engaja e influencia nichos. [...] Nesse processo, o influenciador comercializa não apenas banners em seu blog ou negocia posts e vídeos pagos em que fala de marcas parceiras, mas monetiza a sua própria imagem. Assim, aceita-se o Eu como uma commodity. (SAAD e SILVEIRA, 2016)

Esse commodity é explorado pelas empresas baseando-se em planejamentos estratégicos de afetação de nichos e públicos específicos. Assim, quando da análise de um artista, não se tem analisados somente suas métricas e sua imagem-retrato, mas sim como a imagem-imagem-atributo deste se relaciona com os princípios e diretrizes da empresa. A imagem-imagem-atributo é que um artista possui, hoje, como o eixo definidor da concretização da relação comercial com uma marca.

Já se foi o tempo em que marcas procuravam vincular-se somente à artistas com imagem-retrato socialmente aceitáveis. Atualmente, decorrente da internet e principalmente das redes sociais, as empresas procuram artistas com imagem-imagem-atributo que sejam atrativas ao mercado.

Essa busca pelo poder de influenciar e de uma afinidade ideológica entre as imagens-imagem-atributo da empresa e do artista cria um vínculo entre eles. Esse vínculo entre as partes cria, à esses, uma necessidade de proteção e zelo de suas imagens.

Esse tema é super delicado logo que a previsão de riscos e possíveis prevenções de danos é de extrema importância e é objeto de cláusulas contratuais do contrato de licenciamento. Já que falamos sobre um suposto dano que a crise da imagem pode causar para as partes, partiremos agora a análise da responsabilidade civil contratual que essas partes incorrem em casos de prejuízos.

---

<sup>39</sup> KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie C. (org.). Tendências em comunicação digital. São Paulo: ECA/USP, p. 39-58, 2016, p.41 e 42.

## 6. O DIREITO, A PROTEÇÃO DA IMAGEM E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Para o Direito, a dificuldade sobre o tema se mostra no momento em que o influenciador, ao atingir um “nível de fama” sobrepõe à pessoa física, ou meramente a uma pessoa. O poder de influenciar se torna tanto que o influenciador digital se torna uma mercadoria na qual, se utilizando de sua imagem, e de seu público, começa a se transformar, conforme vimos, num commodity, de acordo com Issaaf Karhawi, que citado na obra de Elizabeth Saad e Stefanie Silveira demonstra também, sob a ótica publicitária, o que são as publicações patrocinadas dos influenciadores atualmente:

Um influenciador, no entanto, produz conteúdos temáticos, com frequência e credibilidade. Nesse processo, ele deixa de ser um internauta comum e passa a ser encarado como uma mídia autônoma, uma marca. [...] Um influenciador, geralmente, publica conteúdos com regularidade, consistência (linha editorial) e qualidade a fim de atender as exigências de seu público. Público esse que legitima o influenciador na medida em que ele constrói uma relação sincera, genuína e íntima com a comunidade a sua volta. Este ponto é crucial quando se pensa em reputação e influenciadores digitais: o Eu. A diferença entre um influenciador digital e uma celebridade é justamente o sujeito, o Eu. O influenciador digital, digital influencer, creator, ou a denominação vigente que for, é um sujeito que preserva o seu Eu. Enquanto uma celebridade está distante, sob holofotes, traçando um caminho de sucesso que parece muito distante de quem os assiste no cinema ou na televisão, os influenciadores digitais estão no Facebook, no Instagram, no Snapchat, em espaços ocupados por “pessoas comuns” com quem dialogam em igualdade. [...] A proximidade desses sujeitos de seus públicos, de sua rede, a partir da escrita íntima, do uso da primeira pessoa (no caso dos blogs, Instagram, Twitter) e da personalidade cria uma aproximação entre o criador de conteúdo e seus públicos. (SAAD e SILVEIRA, 2016)

Essa profissionalização e despersonalização dos influenciadores traz ao mundo jurídico a necessidade de uma análise sobre uma ótica exclusiva, assim como se vê necessário esclarecer e traçar qual é o real papel do influenciador – quando envolto à publicidade -, seus deveres, seus direitos e sua responsabilização em caso de danos gerados.

Com isso, há a necessidade de fixarmos as premissas sobre a responsabilidade civil dos influenciadores, sua culpa perante danos causados às marcas, assim como se esta relação criada com as marcas os obriga ao zelo não somente de sua própria imagem, mas também da empresa que a contratou.

É de grande dificuldade a persecução desse tema logo que se trata de questões modernas, as quais a legislação ainda não realizou uma abordagem específica. Assim sendo, vamos definir qual é a natureza da relação influenciador e marca na ótica do direito do consumidor, a luz da Lei nº. 8.078/90 (“Código de Defesa do Consumidor”) e posteriormente sob a ótica da Lei nº.



9.610/98 (“Lei de Direitos Autorais”) sempre correlacionado com a esfera contratual, nos atendo ao tema da responsabilidade civil.

## **6.1 A responsabilidade civil das partes nos contratos publicitários de influência**

Responsabilidade civil decorre da lesão de um direito, este que pode ser de um descumprimento obrigacional contratual, através de um inadimplemento de uma obrigação estabelecida em um instrumento contratual ou extracontratual, decorrente de um ato ilícito, como uma não obediência à um preceito normativo, conforme dispõe Flavio Tartuce ao citar Pontes de Miranda:

[...] o ato ilícito que interessa para os fins de responsabilidade civil, denominado por Pontes de Miranda como ilícito indenizante, é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. (TARTUCE, 2020)

É necessário explorarmos os elementos subjetivos da responsabilidade civil, quais sejam a conduta humana, a culpa *latus sensu*, o dano gerado e o nexo de causalidade e como esses fatores se caracterizam quando da relação publicitária entre artistas e marcas.

A conduta humana pode se dar tanto de forma positiva, na ação, como na forma negativa, através da omissão do agente, esta que se configura a partir da negligência, imprudência ou imperícia deste. Essas condutas humanas são modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, espécies do segundo elemento, a Culpa *latus sensu*.

O dolo como elemento subjetivo se traduz como, segundo Tartuce, “uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem”<sup>40</sup>, havendo aqui o fator positivo da ação como caracterizador. Já a culpa *strictu sensu* se daria como o “desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta”<sup>41</sup>.

A título de nosso estudo, iremos tomar a liberdade de trazermos ao campo do direito civil elementos subjetivos que caracterizam as espécies da culpa para o Direito Penal, em seus três modelos jurídicos, sendo (i) falta de cuidado + ação = imprudência; (ii) falta de cuidado +

---

<sup>40</sup> Flávio, T. *Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p.389 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989323/>. Acesso em: 08 Nov 2020

<sup>41</sup> *Ibidem*

omissão = negligência; e (iii) falta de qualificação de um profissional para desempenhar uma determinada função = imperícia;

Como aqui em nosso estudo a responsabilidade civil decorrente de um dano sofrido a imagem de uma marca, desencadeado por uma declaração ou a um ato de um artista, se vê moldado da culpa *stritu senso*. Assim, nos encontramos aqui com a culpa contratual, classificação dada pela doutrina à culpa estrita decorrente de sua origem.

A origem, aqui tomada com forma de se classificar a culpa contratual, para nossa análise, se dá decorrente do contrato estabelecido entre o influenciador e a marca divulgada ou detentora do produto que foi divulgado. A culpa contratual, não faz referência somente à fase contratual e assim decorrente de uma infração durante a vigência contratual, mas sim engloba as fases pré contratual, contratual e pós contratual. Assim afirma Tartuce:

[...]culpa contratual, está presente nos **casos de desrespeito a uma norma contratual ou a um dever anexo relacionado com a boa-fé objetiva e que exige uma conduta leal dos contratantes em todas as fases negociais. O desrespeito à boa-fé objetiva pode gerar a responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual da parte que a violou**, o que é interpretação dos Enunciados ns. 25 e 170 CJF/STJ, aprovados nas Jornadas de Direito Civil. Justamente por isso é que se pode falar na culpa ao contratar ou culpa in contrahendo, conforme tese desenvolvida originalmente por Ihering. (TARTUCE, 2020. p.391, grifo nosso)

Conforme exposto pelo brilhante autor, a boa-fé contratual objetiva exige das partes zelo ao negócio jurídico ali realizado em todas as fases, desde o início da negociação até a fase posterior à execução do contrato. Os enunciados do Conselho de Justiça Federal de número 25<sup>42</sup> e 170<sup>43</sup> vão de encontro e reforçam a necessidade de se respeitar a boa-fé contratual em todas as suas fases. É neste ponto, como fundamento, que podemos identificar a necessidade do zelo à imagem antes durante e após campanhas publicitárias.

### 6.1.1. Direito do consumidor, CONAR e o nexos de causalidade

Para a análise do nexos de causalidade da responsabilidade civil do influenciador perante os danos causados à marca devemos nos emprestar de análise do âmbito consumerista. O tema direito do consumidor e influenciador digital envolve diversos assuntos que vão desde publicidade abusiva a até qual seria a real relação que o influenciador teria com a marca.

<sup>42</sup> O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

<sup>43</sup> A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

Primeiramente, devemos enfrentar a questão se o influenciador é, ou não é, representante da marca ou ainda, se o mesmo seria considerado equiparado ao fornecedor, conforme defende Leonardo Bessa.

O autor, defende a tese de que artista, quando realizando publicidade para uma marca a partir do seu poder de influenciar utilizando de sua imagem, é equiparado à um fornecedor do produto. Assim, a intermediação aqui seria o elo da responsabilidade civil objetiva do influenciador quando da relação consumerista.

*Aquele terceiro que na relação de consumo serviu como intermediário ou ajudante para a realização da relação principal, mas que atua frente a um consumidor como se fosse o fornecedor. Em outras palavras: ele não é o fornecedor do contrato principal, mas como intermediário é o “dono” da relação conexa e possui uma posição de poder na relação com o consumidor (BESSA, 2007, pág. 83).*

A tese de fornecedor equiparado é fortemente defendida pela doutrina, através de grandes nomes como o de Flavio Tartuce. Também o é através da denominação *fornecedor aparente*, pela julgada do STJ, da REsp 1.580.432/SP, de Relatoria do Min. Marco Buzzi que define a figura desse como “aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor.”<sup>44</sup>

Negar a ideia de que influenciador não seria um intermediário na relação consumerista se torna cada dia mais difícil, logo que a vinculação de sua imagem com a da marca se demonstra muito efetivo e objetivo, aumentando as vendas do produto ou da marca divulgada, conforme já demonstrado e exaurido de discussão nessa obra.

---

<sup>44</sup> *A adoção da teoria da aparência pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor. O fornecedor aparente em prol das vantagens da utilização de marca internacionalmente reconhecida não pode se eximir dos ônus daí decorrentes, em atenção à teoria do risco da atividade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, reconhece-se a responsabilidade solidária do fornecedor aparente para arcar com os danos causados pelos bens comercializados sob a mesma identificação (nome/marca), de modo que resta configurada sua legitimidade passiva para a respectiva ação de indenização em razão do fato ou vício do produto ou serviço. No presente caso, a empresa recorrente deve ser caracterizada como fornecedora aparente para fins de responsabilização civil pelos danos causados pela comercialização do produto defeituoso que ostenta a marca Toshiba, ainda que não tenha sido sua fabricante direta, pois ao utilizar marca de expressão global, inclusive com a inserção da mesma em sua razão social, beneficia-se da confiança previamente angariada por essa perante os consumidores. É de rigor, portanto, o reconhecimento da legitimidade passiva da empresa ré para arcar com os danos pleiteados na exordial (STJ – REsp 1.580.432/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Marco Buzzi – j. 06.12.2018 – DJe 04.02.2019).*

Com isso, a tese de Bessa se vê como cabal e concreta, tendo assim o influenciador equiparado ao fornecedor, possuindo inclusive responsabilidade perante a ilícitos realizados na divulgação publicitária do produto se caracterizando sob a ótica da responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor

Também o Código de regulamentação publicitária do CONAR, em seu anexo “q”, item 2, dispõe sobre publicidade que envolve testemunhal de pessoa famosa, citando sobre a responsabilidade do anunciante com o público. Acontece que, anunciante é fornecedor e, conforme demonstrado, o influenciador ao ser equiparado, teria aqui responsabilidade conforme alínea “d” do citado item do regramento publicitário.

## 2. Testemunhal de Pessoa Famosa.

- 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 possa ser comprovado.

**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.** (grifo nosso)

O mesmo diploma publicitário dispõe em seu artigo 45:

Artigo 45 — A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste código cabe ao anunciante e a sua agência, bem como ao veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste artigo:

- a) o anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;
- b) a agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o cliente anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste código;

Assim exposto, a responsabilidade civil perante danos sofridos por terceiros, que envolvam publicidade de influência é concorrente entre artistas e marcas, sendo ambos responsáveis pelo produto ofertado logo que se cria uma relação de representatividade, conforme exposto por Bessa.

Acontece que, para nós, nesse estudo, pouco importa a relação criada e qual seu reflexo perante a responsabilidade civil em danos sofrido decorrentes da publicidade ao consumidor. O que nos importa é sim o dano que as partes contratuais podem causar entre si decorrente de suas

ações ou omissões. Para isso, emprestaremos do julgamento da REsp 1.580.432/SP, para reforçarmos que a relação de representação se dá perante o terceiro, que no caso é o consumidor do produto ou do serviço e que este o cria a partir do vínculo entre nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com este produto ou serviço com o do artista, perante o mercado consumidor.

Esta relação é de extrema importância para nós pois, é a partir daqui que poderemos afirmar que a culpa do dano à imagem ou do dano moral sofrido por uma empresa, decorrente das atitudes do influenciador, que tem sua imagem vinculada com a marca, pode sim ter seu nexos causal realizado através de infelicidades decorrente de ações ou omissões não aceitáveis socialmente, moralmente ou eticamente. Mas para isso, é necessário também, para nosso estudo, separarmos os conceitos de Dano à imagem e Dano moral.

### 6.1.2. Dano à imagem x dano moral

Primeiramente, falamos em dano à imagem quando se é utilizado a imagem de uma pessoa indevidamente, podendo esse uso estar associado a referências positivas ou não. O mero uso sem autorização já caracteriza o dano, sendo este *in re ipsa*, ou seja, é presumido, não havendo aqui necessidade de comprovação do abalo psicológico sofrido pela vítima. Assim afirma o Enunciado n. 587 do Conselho de Justiça Federal<sup>45</sup>, dispondo que “o dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*” reforçada pela Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça<sup>46</sup>: “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

O dano moral por outro lado, tem como requisito de existência o dano à honra, intimidade, privacidade, nome ou integridade psicofísica<sup>47</sup> sofrido a partir de ato ou fato que a atingiu, causando assim um abalo psicológico ao titular do direito.

<sup>45</sup> Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/841>

<sup>46</sup> Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014\\_38\\_capSumula403.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf)

<sup>47</sup> Conforme defende ROSENVALD, N.; FARIAS, C.C.D.; NETTO, F.B. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo, Editora Saraiva, 2019. p.491. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 31 Mar 2021

O autor Nelson Rosenvald aprofunda a proteção contra danos morais sofridos à imagem utilizando também da lei de Direitos Autorais citando seu artigo 7º:

Aliás, por conta da amplitude do direito à imagem, a Lei n. 9.610/98 – Lei de Direitos Autorais –, além de tutelar o inventor, estende a proteção ao retratado e ao artista intérprete ou executante, também cuidando da proteção à imagem como um direito de autor, em linha de coerência com o inciso XXVIII do art. 5º da Lex Legum. Trata-se de projeção patrimonial do direito à imagem. Ao tutelar a imagem, a lei estabelece regras para a exibição e reprodução das conferências, alocações, sermões, obras dramáticas e musicais, coreografias e pantomímicas, composições musicais, obras audiovisuais, fotográficas, de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia, arte cinética e ilustrações [...] (ROSENVALD, 2019. p.491.)

Também, conforme vimos, pessoa jurídica é titular de alguns direitos da personalidade, como a imagem. Acontece que a imagem de uma pessoa jurídica não possui uma dimensão protetiva ampla igual de uma pessoa física, qual seja na proteção da imagem atributo assim como na imagem-retrato.

Entretanto, a já citada, nesse estudo, Súmula 227-A garante a persecução de reparação à dano moral sofrido por pessoa jurídica, o que defende também Rosenvald, explicando essa não integralidade da dimensão protetiva da imagem da pessoa jurídica e lecionando que “às pessoas jurídicas apenas se reconhece a titularidade do direito à imagem-atributo, através do conjunto de características que a particularizam socialmente. Em razão da ausência de estrutura biopsicológica, não possui, por evidente, a imagem-retrato [...]”<sup>48</sup>

Nessa aula em forma escrita, disposta em sua obra, o autor nos conforta em nossa tese de que quando da relação publicitária de influência, utiliza-se da imagem-retrato do influenciador, mas também se é licenciado bilateralmente a imagem-atributo de ambas as Partes da relação contratual, conforme aqui também já defendido.

O que nos cabe nesse estudo não seria a dimensão do dano sofrido ou por utilização indevida ou por afetação à honra, intimidade, privacidade, nome ou integridade psicofísica das personas contratuais, mas sim um suposto abuso na inserção de cláusula obrigacional negativa nos contratos, conforme a seguir veremos.

O dano aqui exposto é, sob nossa ótica de estudo, a fundamentação da inserção da cláusula contratual de obrigação de não fazer. As marcas, ao tentar se defender de supostos danos reflexos de ações dos artistas que não seja de agrado público, utilizam dessas cláusulas para garantir a persecução da reparação das perdas e danos sofridos a imagem desta. Acontece

---

<sup>48</sup> ROSENVALD, N.; FARIAS, C.C.D.; NETTO, F.B. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo, Editora Saraiva, 2019. p.493. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 31 Mar 2021

que, qualquer abuso gera um dano, assim como qualquer ação realizada por um artista, de forma intencional ou não, também o pode gerar.

## **7. CLÁUSULAS DE PROTEÇÃO**

Vimos que a vinculação da imagem de influenciadores às marcas, para fins publicitários, é cada vez mais utilizado. Essa vinculação se dá através do uso da imagem do influenciador que, em instrumento contratual específico, autoriza o uso de sua imagem em conexão a obras visuais ou audiovisuais de cunho publicitário de uma marca, serviço ou produto.

Analizamos também que, atualmente, a internet se tornou o “tribunal não jurídico” das atitudes dessas pessoas que, ao falarem sobre algo ou tomarem alguma atitude que não condiz com a aceitação social da maioria, acaba sendo “cancelado” na internet, levando ao fim ou ao quase fim de suas carreiras artísticas, causando reflexos diretos ou indiretos nas marcas que com eles se relacionaram.

Dessa forma, visando a proteção da imagem da marca, se tornou comum no meio publicitário a inserção de cláusulas de obrigação de não fazer, que possuem como objeto a obrigação de se abster de determinados atos ou falas com a finalidade de se evitar crises e consequentes cancelamentos virtuais.

Essas cláusulas são estruturadas de tal forma que se cria proteção às marcas no sentido de inserir condição que, em caso de algum evento danoso à imagem da marca decorrente de atitudes do influenciador contratado se veja a possibilidade da realização da cláusula penal ali imposta, se tornando passível assim a aplicação de multa contratual ou até mesmo de se perseguir uma rescisão contratual motivada.

É a partir desse panorama, que partiremos agora à análise das cláusulas especificadamente ditas e qual seriam o “limite dos limites” impostos por elas. Para isso, devemos partir do início e nos aprofundar sobre o que seria uma cláusula que dispõe sobre obrigações negativas de não fazer, o que seriam condições potestativas e em até que ponto se torna tolerável a inserção de dispositivos limitadores ou proibitivos de direitos.

A partir dessa análise, nos suportaremos do já debatido tema dos direitos da personalidade e analisaremos, por fim, se estes podem ser objeto dessa disposição contratual ou se estas se tornam condições sujeitas à nulidade.

### **7.1. Das obrigações de não fazer ou obrigações negativas**

Obrigações de não fazer são aquelas nas quais as partes, ou uma delas, se compromete à uma abstenção. Este dever de abstenção se dá baseado em uma omissão autônoma ou



relacionada a uma outra obrigação, neste caso positiva. Assim, obrigação de não fazer é uma obrigação negativa, a qual a parte se compromete por mero arbítrio ou por consequência de uma outra relação obrigacional.

Dispõe o Código Civil:

“Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido”.

Inserida cláusula contratual que dispõe sobre obrigação de não fazer, o diploma legal proporciona a garantia ao credor do direito de desfazimento da obrigação descumprida assim como a busca pela reparação dos danos provenientes. Carlos Roberto Gonçalves continua e se aprofunda:

Se o devedor realiza o ato, não cumprindo o dever de abstenção, pode o credor exigir que ele o desfaça, sob pena de ser desfeito à sua custa, além da indenização de perdas e danos. Incorre ele em mora desde o dia em que executa o ato de que deveria abster-se.[...]

A mora, nas obrigações de não fazer, é presumida pelo só descumprimento do dever de abstenção, independente de qualquer intimação. (GONÇALVES, 2017, p.106)

Em se tratando de instrumento contratual firmado *inter partes* e assim tidas suas disposições anuídas entre elas, em caso de descumprimento da obrigação, ou seja, realizado um ato que em que deveria se abster, garante-se, à parte credora, o pagamento da multa contratual, desfazimento do ato ou até mesmo a rescisão contratual, assim, classificando-a também como cláusula penal.

Acontece que, pode ocorrer o não cumprimento pelas partes de cominações contratuais dispostas e, assim, ser necessário a efetivação do direito através do judiciário. A fim de se garantir a execução das obrigações negativas, os artigos 822 e 823 do Código de Processo Civil de 2015 asseguram a execução das obrigações de não fazer e assim prescrevem sobre a possibilidade de tutela liminar e perseguição da reparação de perdas e danos sofridos:

Art. 822. Se o executado praticou ato a cuja abstenção estava obrigado por lei ou por contrato, o exequente requererá ao juiz que assine prazo ao executado para desfazê-lo.

Art. 823. Havendo recusa ou mora do executado, o exequente requererá ao juiz que mande desfazer o ato à custa daquele, que responderá por perdas e danos.

Parágrafo único. Não sendo possível desfazer-se o ato, a obrigação resolve-se em perdas e danos, caso em que, após a liquidação, se observará o procedimento de execução por quantia certa.

É muito comum, em contratos que envolvam artistas ou esportistas, as inserções de cláusulas contratuais negativas que versem sobre exclusividade, dispondo sobre a impossibilidade de se realizar negócios, vincular imagem ou até prestar serviços para determinadas empresas, pessoas, clubes, entre outros.

Quando analisamos as relações publicitárias, mais especificadamente os contratos de publicidade de influência que envolvem licenciamento de imagem de artistas, é quase certo de que haverá, no contrato, alguma cláusula de abstenção à alguma parte, qual seja da empresa contratante de se relacionar com o artista exclusivamente através de algum agente empresário ou agência de publicidade representante, assim como para o artista contratado de somente poder divulgar, exclusivamente, o produto da marca em seu segmento de mercado ou, conforme nosso estudo, a anuência em cláusulas que buscam conter crises relacionadas a imagem das marcas contra a não aceitação social de falas, atos ou atitudes praticadas por estes artistas.

Venosa traduz as obrigações de não fazer como aquela que o “devedor compromete-se a não realizar algo que normalmente, estando ausente a proibição, poderia fazer. O cumprimento ou adimplemento dessa obrigação dá-se de forma toda especial, ou seja, pela abstenção mais ou menos prolongada de um fato ou de um ato jurídico. Por tais razões, nem todas as regras de cumprimento das demais obrigações podem ser carreadas às obrigações de não fazer.”<sup>49</sup>

Dessa forma, estamos diante de uma cláusula que é limitadora, mas que possui limites ao seu limite imposto. Quando os limites são ultrapassados geralmente estamos diante de usurpações ou infrações à direitos que decorrem da personalidade dessas pessoas, estas que ficam condicionadas ao livre arbítrio da parte que quer se proteger contra possíveis crises.

### 7.1.1. Limite à abstenção da obrigação negativa

Para entendermos quais são esses limites devemos nos ater que estamos tratando de cláusulas penais obrigacionais negativas nas quais são inseridas condições que extrapolam liberdades individuais dos influenciadores digitais contratados. Essa compreensão da

---

<sup>49</sup>, V.S.D.S. Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2. Rio de Janeiro/RJ: Grupo GEN, 2020. p.91 - 9788597024678. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024678/>. Acesso em: 01 Apr 2021

ilegalidade desses instrumentos advém do ponto de que toda obrigação deve estar revestida de licitude e, no caso de uma obrigação negativa, a licitude é auferida quando a cláusula contratual não lesiona direito fundamental da parte que irá se submeter à abstenção. O mestre e ilustríssimo autor Silvio Rodrigues assim dispõe, citado por Venosa:

“será lícita sempre que não envolva restrição sensível à liberdade individual. Assim, é ilícita a obrigação de não casar, ou a de não trabalhar, ou a de não cultivar determinada religião, porque o Estado repugna prestigiar um vínculo obrigatório que tem por escopo alcançar resultado que colide com os fins da sociedade. **Daí por serem imorais ou antissociais tais tipos de obrigação, o Direito não lhes empresta a forma coercitiva**” (RODRIGUES, 1981a, v. 2:44 citado em VENOSA, 2020, p.91) [grifo nosso]

Há, portanto, limite sim à uma cláusula de obrigação de não fazer. Esse limite se encontra nos direitos fundamentais do indivíduo, que conforme vimos nesse estudo, quando analisado sob ótica civil, nos remete ao direitos relativos à personalidade do indivíduo, que também nos faz remeter à dignidade da pessoa humana, por ser o grande fundamento de existência dos direitos personalíssimos. Esses direitos existem para que seja garantido vida digna ao indivíduo, garantindo sua liberdade e proporcionando a possibilidade, a este, de buscar uma vida pautada na moralidade e no mínimo necessário à dignidade.

Com isso, o limite está, conforme lecionado por Silvio Rodrigues, na imposição da coercitividade por uma parte à outra, determinando limites que somente o Direito pode impor, como por exemplo a restrição da liberdade de locomoção ou até mesmo em casos que nem o Direito pode impor como na limitação à liberdade de expressão.

Carlos Roberto Gonçalves, brilhantemente na mesma esteira doutrinária e reforçando nossa tese, defende que o limite a cláusulas negativas de obrigação é aquele que “se exija sacrifício excessivo da liberdade do devedor ou que atentem contra os direitos fundamentais da pessoa humana”<sup>50</sup>. Também o faz, de maneira lúcida, Carlos Alberto Bittar que, explorando propriamente dito os contratos que envolvem personalidades famosas, defendendo que:

Não podem esses contratos – quando de exclusividade – importar em cerceamento da liberdade da pessoa ou sacrifício longo de sua personalidade, **sendo considerada nula, como cláusula potestativa, a avença que assim dispuser** (ex.: um contrato em

<sup>50</sup> Gonçalves (2017) discorre também que “Observe-se que, embora seja extenso o campo de aplicação ou incidência dessa modalidade de obrigação, devem ser respeitados certos limites, não sendo lícitas convenções em que se exija sacrifício excessivo da liberdade do devedor ou que atentem contra os direitos fundamentais da pessoa humana (como, p. ex., a de suportar indefinidamente determinado ônus, de não sair à rua, de não casar, de não trabalhar etc.).”

que o titular se despojasse definitivamente de um direito dessa ordem)<sup>51</sup>. (BITTAR, 2014, p. 85, grifo nosso)

Dessa forma, não nos resta dúvidas enquanto da ilicitude e dos limites que as obrigações negativas devem respeitar quando dispostas nos contratos. Além disso, nos faz analisar também o que seriam essas condições abusivas inseridas nessas cláusulas negativas, nesses negócios jurídicos de finalidade publicitária, que ora estamos estudando.

## **7.2. Das condições potestativas nas cláusulas de obrigação negativa**

Nos deparamos, portanto, no ponto melindroso de nosso estudo, logo que, é sim possível a inserção de cláusulas negativas nesses instrumentos contratuais, mas essas devem, de maneira responsável e pautadas na boa-fé contratual, ser utilizadas, caso contrário, entrarão no mundo da ilicitude e assim poderão se sujeitar à decretação de sua nulidade.

Sobre ilicitude contratual temos, no Código Civil, o artigo 187 que dispõe que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”<sup>52</sup>

Para nosso estudo em tela, titular do direito aqui seria o credor, aquele que tem como garantia a seu favor a cláusula de obrigação de não fazer imposta à parte contrária do contrato e, o limite da utilização da obrigação negativa em contratos publicitários de influência, se dá atingido a partir do momento que, através das inserções dessas, há o desencontro com a liberdade individual do influenciador.

Acontece que, para nos aprofundar, é necessário entendermos que essas disposições podem estar atreladas à condição extra relação inter partes, de um evento futuro e incerto, qual seja o cancelamento virtual do influenciador digital.

Antes de prosseguirmos, é necessário diferenciar o que seriam condições puramente potestativas das simplesmente potestativas e assim compreender se estaremos diante de um abuso de direito ou uma ilegalidade sujeita à nulidade, ou se, quando incluídas com a condição de haver o cancelamento virtual, estaremos diante condicionantes à fatores inerentes à relação entre as duas partes contratuais.

---

<sup>51</sup> Alberto, B. C. Os Direitos da Personalidade, 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p 9788502208292. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208292/>. Acesso em: 13 Mar 2021

<sup>52</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

### 7.2.1. Condição puramente potestativa x condição simplesmente potestativa

O tema das condições e cláusulas potestativas já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 291.631-SP de relatoria do Ministro Castro Filho que brilhantemente concretizou que “Disposições como essa agridem o bom senso e, por isso, não encontram guarida em nosso direito positivo. Entre elas está a chamada cláusula potestativa.”<sup>53</sup>

Assim está expresso, no Código Civil, em seu artigo 122 que são ilícitas, as “condições que sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes de um contrato”<sup>54</sup>, a ilicitude, portanto, se caracteriza quando estamos diante dessa transgressão, ao ponto de que se torna, a cláusula, exorbitante ao mundo jurídico e assim se tornando potestativa.

Arnoldo Wald deixa claro, quando lecionando sobre condições contratuais que: “são potestativas as condições que dependem da vontade do agente. Distinguem-se, na matéria, as condições puramente potestativas, que ficam ao exclusivo arbítrio de uma das contratantes e privam de todo o efeito o ato jurídico, das demais condições potestativas, em que se exige da parte um certo esforço, ou determinado trabalho. Viciam o ato as primeiras, citando-se como exemplo de condições puramente potestativas as seguintes: se a parte quiser, se pedir, se desejar, etc.”<sup>55</sup>

Carlos Roberto Gonçalves assim diferencia cláusulas puramente potestativas das simplesmente potestativas:

Potestativas são as que decorrem da vontade de uma das partes, dividindo-se em puramente potestativas e simplesmente potestativas. Somente as primeiras são consideradas ilícitas pelo art. 122 do Código Civil, que as inclui entre as condições defesas por sujeitarem todo o efeito do ato “ao puro arbítrio de uma das partes”, sem a influência de qualquer fator externo. É a cláusula *si voluero* (se me aprover), muitas vezes sob a forma de “se eu quiser”, “se eu levantar o braço” e outras, que dependem de mero capricho.[...] As simplesmente (ou meramente) potestativas são admitidas por dependerem não só da manifestação de vontade de uma das partes, como também de algum acontecimento ou circunstância exterior que escapa ao seu controle. Por exemplo: “dar-te-ei tal bem se fores a Roma”. Tal viagem não depende somente da vontade mas também da obtenção de tempo e dinheiro. Tem-se entendido que a

<sup>53</sup> “O conteúdo puramente potestativo do contrato impôs a uma das partes condição, apenas e tão-somente, de mero espectador, em permanente expectativa, enquanto dava ao outro parceiro irrestritos poderes para decidir como bem lhe aprouvesse. Disposições como essa agridem o bom senso e, por isso, não encontram guarida em nosso direito positivo. Entre elas está a chamada cláusula potestativa. É estipulação sem valor, porque submete a realização do ato ao inteiro arbítrio de uma das partes.” (STJ – 3ª Turma, REsp 291.631-SP, Rel. Min. Castro Filho, v.u. j. 4.10.2001, DJU 15.4.2002)

<sup>54</sup> Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

<sup>55</sup> Arnoldo Wald, in *Direito Civil – Introdução e Parte Geral*, Editora Saraiva, São Paulo, 2003, 10ª edição, página 193.

cláusula “pagarei quando puder” ou “quando possível” não constitui arbítrio condenável (GONÇALVES, 2017, p.231-232)

Logo, quando falamos na potestatividade de uma cláusula uma pergunta se vê como necessária: Há alguma possibilidade de se existir um motivo extra relação contratual que possa refletir no contrato e esse ser o fundamento de uma possível condição contratual?

Se a resposta à pergunta for não haver motivo externo, a inserção da obrigação condicional negativa se vê carregada de ilicitude e, assim, conforme o diploma legal é passível de nulidade. Sendo a resposta positiva, a ilicitude somente restará presente se houver abuso de direito, claramente demonstrada através das restrições impostas sem motivação ou que ainda sujeito ao livre arbítrio da parte a definição do que seria esse fator externo.

### **7.3. Cancelamento virtual e a potestatividade**

Na ótica de nosso estudo, a potestatividade das cláusulas negativas nos contratos de licenciamento publicitário, deve ser auferida na redação das cláusulas negativas, e assim se são passíveis de entrar no mundo da ilicitude ou não.

É muito comum a redação dessas cláusulas dispor sobre uma proibição específica de frequentar um determinado local ou por exemplo um local que contenha aglomerações de pessoas – principalmente atualmente em época de pandemia do COVID-19 -, ou até mesmo restrições à liberdade de expressão, proibindo-os de falar publicamente sobre fatos políticos ou exteriorizarem suas próprias opiniões sobre determinados acontecimentos, à liberdade religiosa, proibindo-os de demonstrar sua fé, qual seja, através de falas ou publicações de fotos, e até os proibindo de defender uma certa causa social.

Todas essas proibições, entre outras, se fundamentam nessa busca de contensão de crise advinda do cancelamento virtual. Conforme visto no item anterior, a partir do momento que o mero arbítrio da parte credora pode relacionar qualquer fato, circunstância, atividade, ação ou omissão do Influenciador, a algo que possa macular a fama, o bom nome e a reputação da marca, ficando única e exclusivamente à sua escolha determinar se tal atitude se enquadraria num ato jurídico de desprestígio à imagem ou honra de sua marca, nos deparamos com uma clausula puramente potestativa.

De outro modo, a potestatividade na cláusula sim nos resta claro, mas é importante notarmos que há essa maculação à imagem ocorre prosseguida ao cancelamento virtual sofrido pelo influenciador, como forma de reação da sociedade à atitude desse.

Dessa forma considera-se o cancelamento virtual da pessoa famosa, ora contratada para a veiculação publicitária, um fator externo à relação contratual, que aqui caracteriza a condição como simplesmente potestativa. Por mais que dependa do arbítrio de uma das partes, a sua realização será, necessariamente, atrelada ao fator externo ou circunstancial do cancelamento e da repulsão pública, estes que amenizam eventual predomínio da vontade unilateral, não caracterizando, conseqüentemente, abuso ou tirania.

Portanto, somente nos resta claro a nulidade desses dispositivos se não houver disposto, expressamente no contrato, que as sanções dispostas na cláusula somente poderão ser realizadas se houver comprovado o cancelamento virtual do influenciador, esse que deve ser comprovado de maneira clara e expressa.

Além do mais, para que uma cláusula potestativa seja anulada ou vicie o contrato por completo, é necessário que essa verse sobre o objeto contratual. Em nosso caso de estudo, por mais que a reputação do influenciador é uma das decorrências de sua imagem atributo, ora fator determinante à relação contratual publicitária, não nos resta cabível acertarmos que se trate do objeto contratual e que assim leve a nulidade do ato.

#### **7.4. Da extinção do contrato como causa do descumprimento da condição potestativa**

Ao mundo jurídico, é sabido que um contrato pode ter seu término através de duas vias, a primeira sendo a extinção pelo cumprimento do objeto contratual e sua conseqüente quitação e a outra via, não tão saborosa ao Direito, através da rescisão contratual. Para fins de discussão conclusiva, desse trabalho, devemos compreender as formas extintivas de um contrato que decorrem da rescisão contratual que, em termos rasos, é gênero que se divide em duas grandes espécies com suas conseqüentes divisões.

Pode-se afirmar que a rescisão (que é o gênero) possui as seguintes espécies: resolução (extinção do contrato por descumprimento) e resilição (dissolução por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de um direito potestativo). (TARTUCE, 2019, p. 365)

A primeira espécie é a resolução contratual, está que é decorrente do descumprimento contratual ou de um inadimplemento relativo à alguma obrigação de alguma das partes. Esse não cumprimento é decorrente de um fator que não é originado por culpa de nenhuma das partes, mas sim que, de modo involuntário, não realizou sua obrigação contratual. Estamos diante da

resolução involuntária, fato que é aferido principalmente quando da ocorrência de fatores externos ao contrato que os torna impossível de sua realização, como por exemplo os casos fortuitos e de força maior ou, conforme enraizado na doutrina, principalmente na seara administrativa, o fato do príncipe.

Essa extinção, decorrente de um fator externo que impossibilita o cumprimento, não é passível de indenização, da forma que não se vê ocorrido culpa ou dolo das partes para esse acontecimento.

O segundo galho extintivo, decorrente da rescisão, é a resolução contratual culposa, essa que é decorrente de fato que se cria, ao mundo jurídico, a responsabilidade civil contratual e, conseqüentemente, o cabimento à indenização pelos danos causados a outra parte.

O código civil pressupõe a possibilidade da persecução da reparação dos danos sofridos nos casos de descumprimento de obrigações positivas ou negativas. Nosso diploma civilista legal dispõe no artigo 389 que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Continua, o mesmo diploma, e explicita no artigo 390<sup>56</sup> que havendo o descumprimento de obrigação negativa, o devedor, autor do ato que se deveria abster, se encontra inadimplente a partir do momento da realização desse.

É nesse ponto que devemos ter cautela e analisar se o descumprimento da cláusula negativa de obrigação, pelo influenciador, seria assimilável a este caso. O descumprimento, ora analisado nesse estudo, é decorrente, conforme também já exposto, de uma cláusula potestativa, essa que é imposta no contrato e que se dá através da decisão unilateral da parte credora em decidir se haverá o descumprimento ou não.

Assim, temos que compreender a outra espécie de rescisão contratual, qual seja a resilição. Esta espécie contratual se divide em bilateral, sendo o conhecido distrato contratual que as partes pactuam entre si de acordo com a vontade de se encerrar o contrato e, de outro lado, a resilição contratual unilateral, esta que nos cabe mais atenção.

A resilição unilateral é aquela que, pela efetivação de um direito potestativo de uma das partes e baseado em lei, de acordo com a declaração de sua vontade, a parte extingue o contrato. Assim a extinção decorre pela livre vontade da parte que pautada na legislação possui o direito de encerrar o contrato se assim o quiser.

Acontece que, conforme vimos a resilição contratual unilateral se dá sempre com embasamento legal. Entretanto em julgado do STJ, a relatora Ministra Nancy Andrighi,

---

<sup>56</sup> Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster.



sustentou em sua decisão que a rescisão não, necessariamente é decorrente de atribuição legal explícita ou implícita, mas sim da vontade e do exercício da autonomia da vontade das partes na realização do negócio jurídico.

“os contratantes podem, no exercício da autonomia da vontade, prever expressamente o direito à rescisão unilateral, ou arrependimento, o qual constitui direito potestativo – um poder a ser exercido por qualquer dos contratantes independentemente do consentimento da outra parte – que não acarreta o descumprimento do contrato” (STJ, REsp 1.580.278/SP, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Nancy Andrihgi, j. 21.08.2018, DJe 03.09.2018).

A luz da maioria da doutrina, na qual acompanho, essa decisão é uma anomalia jurídica logo que tem como consequência maior, decorrente de deixar a rescisão contratual a mercê do mero direito potestativo da parte, a insegurança jurídica no negócio realizado.

Não se faz racional a possibilidade de se inserir cláusula que pelo mero arbítrio de uma parte pode encerrar um contrato todo, logo que em alguns casos e em até na maioria dos negócios jurídicos contratuais, a relação entre as partes é de vulnerabilidade, estando uma parte na possibilidade de se submeter à interesses que não concorde.

Dessa forma, analisando a cláusula contratual, ora objeto de nosso estudo nos deparamos com sua classificação em caso de descumprimento. Estamos diante não de uma cláusula de rescisão contratual, mas sim diante de uma cláusula resolutiva, logo que ao exigir a reparação do dano, nos vemos situados na caracterização da responsabilidade civil contratual e assim diante da possibilidade indenizatória, fugindo aqui do mundo do direito potestativo e entrando ao englobamento da obrigação de não fazer pactuada entre ambas as partes.

## 8. CONCLUSÃO

Nos cabe assentar aqui em nossa conclusão, que a discussão objeto desse estudo ultrapassa sua delimitação temática. Abordamos ao longo desse trabalho um dos reflexos que o surgimento, decorrente da internet, de pessoas influenciadores digitais em redes sociais trouxe ao mundo do Direito. Analisamos o histórico publicitário e como esse mercado se tornou, em grande parte dependendo da publicidade de influência. Definimos e demonstramos os riscos que a exposição na internet pode causar em tempos de cultura de cancelamento, para o influenciador digital e suas relações comerciais.

Conforme vimos, o *royaltie* influência digital possui sim seus benefícios, principalmente para uma marca quando pensando em sua publicidade, mas por outro lado, possui muitos riscos da forma que por trás da comercialização da imagem há uma pessoa vulnerável a errar e cometer atitudes não aceitas em nossa cultura e sociedade moderna, sendo assim julgada por quem até então consumia seu conteúdo.

A relação comercial entre as partes, influenciadores digitais e marcas, atribuída no contrato de licenciamento, vincula bilateralmente a imagem-atributo de ambas as partes da relação contratual. A não observância de uma certa ordem moral aceita socialmente ou a tomada de atitudes que gerem uma repulsão e uma desaprovação social surtem efeitos diretos, conforme visto, em suas relações com seu público e conseqüentemente comercialmente com as marcas.

Os operadores do Direito buscam, através de contratos específicos, proteger essa disponibilidade do direito à imagem que, cada vez mais, é utilizada de maneira comercial. Para isso, inserem cláusulas protetivas nos contratos de licenciamento que, de certa forma, podem ultrapassar os limites que decorrem dos direitos da pessoa ali licenciada em sua imagem.

Dessa forma, é de suma importância concretizarmos que há sim relação geradora de responsabilidade civil ao zelo à imagem entre as partes, e que essa sobrepõe a mera publicidade mas, por se tratar de vinculação da imagem-atributo, adentra no mundo subjetivo das partes e da sociedade que consome esse conteúdo e que, por esse motivo, é sim possível a reparação do dano gerado relacionado à um possível cancelamento virtual sofrido.

A cláusula contratual aqui estudada beira a ilegalidade logo que a condição imposta de restrição à suas liberdades individuais, como ir e vir e liberdade de expressão não são aceitas em nosso ordenamento jurídico e, a potestatividade, se vê claramente caracterizada nesses casos, logo que há essa restrição imposta pelo livre arbítrio de uma só parte.

Dessa forma, para nós, há sim a possibilidade de inserção de cláusula penal obrigacional negativa condicionada que tenha como objetivo e objeto a prevenção de crises à imagem da marca divulgada. Entretanto, essa não pode versar sobre restrições às liberdades do influenciador digital, se não estaremos diante do mundo da ilegalidade.

Para com isso, nos resta possível somente que, em sua redação, condicione o encerramento do instrumento contratual ou a persecução de reparação de danos sofridos, somente se esta for inserida de maneira condicionada ao claro despreço público decorrente do cancelamento sofrido pelo influenciador digital e que, esse caso ocorrido, seja expressamente comprovado através de métricas ou documentos probatórios para fundamentar a penalidade a ser imposta, decorrente da então rescisão contratual.

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**, 7ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**, 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro – 1. Teoria Geral do Direito Civil – 29ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

EISENSTEIN, Elizabeth.L. **A Revolução da cultura impressa: os primórdios da Europa moderna**. São Paulo: Atica, 1998.

EMERY, Edwin. **História da imprensa nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Lidador, 1965.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 2 : teoria geral das obrigações** -14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

KOTLER, Philip. KARTAJAYA, Hermawan. SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAVARINO, Rosana Nantes. **Panorama histórico-conceitual da publicidade**. 2013. 164 f., il. Tese (Doutorado em Comunicação) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

ROSENVALD, N.; FARIAS, C.C.D.; NETTO, F.B. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo, Editora Saraiva, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - Vol. 2.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie - Vol. 3.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019

VENOSA, Silvio De Salvo. **Direito Civil - Parte Geral - Vol. 1.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020

WRIGHT, Charles R. **Comunicação de massa: uma perspectiva sociológica.** Rio de Janeiro: Edições Bloch, 1968.

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, RODRIGO LOPES BERTO

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 41622456 , Período noturno , Turma T ,

tendo realizado o TCC com o título: CULTURA DO CANCELAMENTO E SEUS REFLEXOS NAS CLÁUSULAS OBRIGACIONAIS NEGATIVAS CONDICIONADAS EM CONTRATOS DE LICENCIAMENTO DE IMAGEM PARA PUBLICIDADE DE INFLUÊNCIA

sob a orientação do(a) professor(a): FABIO SOUZA TRUBILHANO

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 19 de maio de 2021

*Rodrigo Lopes Berto*

---

Assinatura do discente

---

## TERMO DE AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Material Bibliográfico: ( ) Artigo Científico ( xx ) Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: Cultura do cancelamento e seus reflexos nas cláusulas obrigacionais negativas condicionadas em contratos de licenciamento de imagem para publicidade de influência

Nome do Autor(a): Rodrigo Lopes Berto

E-mail: rodrigolopesberto@gmail.com

Este e-mail pode ser divulgado ( xx ) SIM ( ) NÃO

Orientador(a): prof. Fabio Souza Trubilhano

Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, ( xx ) AUTORIZO ( ) NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

( ) Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

( ) Outros (justificar): \_\_\_\_\_

São Paulo, 19 de maio de 2021

*Rodrigo Lopes Berto*

\_\_\_\_\_  
Assinatura do(a) Autor(a)