

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NA
PROTEÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM DOS JOGADORES DE FUTEBOL NOS
JOGOS ELETRÔNICOS**

LUIS CÉSAR RIBAS

CURITIBA – PR

2023

Luis César Ribas

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NA
PROTEÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM DOS JOGADORES DE FUTEBOL NOS
JOGOS ELETRÔNICOS**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Afonso Martins.

CURITIBA – PR

2023

FOLHA DE APROVAÇÃO
LUIS CÉSAR RIBAS

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NA
PROTEÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM DOS JOGADORES DE FUTEBOL NOS
JOGOS ELETRÔNICOS**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Afonso Martins.

Aprovado em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof^o Me. Gustavo Afonso Martins (Unicesumar).

Examinadora: Prof^a Ma. Gisele Bolonhez Kucek (Unicesumar)

Examinadora Prof^a Dra. Fernanda Mara Gibran Bauer (Unicesumar)

A APLICABILIDADE DA TEORIA DO LUCRO DA INTERVENÇÃO NA PROTEÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM DOS JOGADORES DE FUTEBOL NOS JOGOS ELETRÔNICOS

Luis César Ribas

RESUMO

O setor de *games* tem se destacado no cenário nacional, principalmente nos jogos relacionados ao futebol. A procura incessante dos consumidores por estes jogos e a exigência para que estes estejam cada vez mais próximos da realidade, aumentam o investimento das empresas na criação e no desenvolvimento do conteúdo gráfico destas partidas. Em razão disso, as empresas se utilizam incessantemente das características fidedignas dos jogadores de futebol para aumentar a realidade dos seus jogos. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro prevê que o direito de imagem é personalíssimo, tornando obrigatória a autorização do titular para a sua comercialização. Mesmo assim, as empresas gamers continuam comercializando de forma indevida a imagem dos jogadores, obtendo lucros que ultrapassam os prejuízos obtidos a título de indenização. Práticas como essas, estimulam a violação tanto do direito da personalidade, como de outros direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Visando coibir essa prática, este artigo irá explorar a aplicabilidade da teoria do lucro da intervenção como forma de responsabilização civil nas empresas de *football game*, uma vez que os valores patrimoniais obtidos são uma forma de enriquecimento sem causa. Para tanto, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, bem como a análise de casos concretos, utilizados de forma análoga a violação do direito de imagem dos jogadores de futebol pelas desenvolvedoras de jogos eletrônicos, como forma de demonstrar a viabilidade da teoria do lucro da intervenção como forma de restituição aos titulares deste direito.

Palavras-chave: Teoria do Lucro da Intervenção. Direito da Personalidade. Enriquecimento sem causa.

THE APPLICABILITY OF THE INTERVENTION PROFIT THEORY TO THE PROTECTION OF SOCCER PLAYERS' IMAGE RIGHTS IN ELECTRONIC GAMES

ABSTRACT

The games sector has made a name for itself on the national scene, especially in football-related games. The incessant demand from consumers for these games and the need for them to be ever closer to reality have increased investment by companies in creating and developing the graphic content of these games. As a result, companies are incessantly using the true-to-life

characteristics of soccer players to increase the reality of their games. However, the Brazilian legal system stipulates that the right to an image is very personal, making it compulsory for the owner to authorize its commercialization. Even so, gaming companies continue to improperly commercialize players' images, making profits that exceed the damages obtained by way of compensation. Practices such as these encourage the violation of both personality rights and other fundamental rights provided for in the Brazilian legal system. In order to curb this practice, this article will explore the applicability of the intervention profit theory as a form of civil liability for football game companies, since the property values obtained are a form of unjust enrichment. To this end, the methodology used was bibliographical research, as well as the analysis of concrete cases, used in an analogous way to the violation of soccer players' image rights by electronic game developers, as a way of demonstrating the viability of the intervention profit theory as a form of restitution to the holders of this right.

Keywords: Sports Law. Personality Rights. Unjust enrichment.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea apresenta uma série de mutações geradas pela 4.^a Revolução Industrial, mais conhecida como a Era Digital. A disseminação da tecnologia assume uma crescente prevalência, manifestando-se de forma notável tanto no contexto laboral quanto nos momentos de recreação. No contexto da comunidade gamer, tal dinâmica não se dissocia. Tais inovações, conferem avanços sem precedentes em todos os aspectos dos jogos eletrônicos, principalmente no que tange à experiência do usuário, particularmente observada na aprimorada representação das personagens, conferindo-lhes um elevado grau de realismo, no que diz respeito aos jogos eletrônicos de futebol.

Nesse contexto, constata-se que as partidas estão, progressivamente, se aproximando da realidade, conferindo ao usuário da plataforma, a sensação de estar imerso no campo de jogo, controlando atletas de diversas agremiações esportivas de alcance global. Todavia, observa-se que, por diversas vezes, as empresas responsáveis pelo desenvolvimento de jogos eletrônicos não formalizam acordos para a utilização da imagem dos jogadores de futebol profissional, acarretando, assim, prejuízos financeiros a esses profissionais em virtude dessa transgressão de direitos.

Logo, é possível constatar que tal prática contraria a legislação brasileira vigente sobre o tema, notadamente os dispositivos da Constituição Federal, a Lei n.º 9.615/98, conhecida como "Lei Pelé", e a Nova Lei Geral do Esporte, que salvaguardam os direitos personalíssimos dos atletas.

Por esta razão, jogadores de futebol frequentemente se voltam ao Poder Judiciário com o propósito de buscar reparação pelos danos morais ocasionados pela violação do direito subjetivo inerente a sua imagem. Contudo, não raro, esses litigantes não logram obter uma compensação financeira proporcional ao faturamento auferido pelas empresas, como claramente delineado pela doutrina da teoria do lucro da intervenção.

Por outro lado, é possível constatar que diversos atletas celebram contratos milionários com as empresas desenvolvedoras de jogos eletrônicos, legitimando, assim, a prática comercial relativa ao direito de imagem. No entanto, em muitas circunstâncias, esse direito personalíssimo é utilizado sem o devido consentimento do atleta, o que invalida o negócio jurídico.

Buscando sanar esta ilicitude, os jogadores de futebol ajuízam ações compensatórias com o intuito de reverter, até certo ponto, a irregularidade na cessão da sua imagem nos jogos

eletrônicos, buscando auferir, ainda que irrisoriamente, uma parte do lucro obtido pelas empresas.

Portanto, o presente artigo consiste na adoção da Teoria do Lucro da Intervenção como instrumento de reparação do direito de imagem dos jogadores de futebol. Nesse contexto, busca-se uma análise minuciosa da jurisprudência predominante, que considera os valores indenizatórios em virtude da lesão ao direito de imagem, como potencial enriquecimento sem causa.

2 DIREITOS DE PERSONALIDADE

O direito de personalidade consiste em prerrogativas inerentes ao sujeito de direito, cujo propósito é resguardar a integridade da pessoa nas relações civis, sobretudo no que concerne às suas projeções na sociedade. Conseqüentemente, esses direitos estão inseridos no âmbito dos direitos fundamentais de primeira geração, uma vez que se relacionam com as liberdades individuais e requerem a abstenção por parte do Estado e de toda a sociedade, de modo que não interfiram no direito do outro. Neste sentido, enfatiza Dotti (1980, p.2):

Entende-se a primeira geração pelo conjunto de direitos reconhecidos, de maneira mais ou menos liberal, pelos órgãos do Estado no domínio do direito Positivo; são em si os direitos do homem em consagração pelo Estado, fazendo passar de direito natural ao direito positivo.

Assim, tem-se que o Estado apenas positivou um regramento existente de forma intrínseca no ambiente natural, como forma de instituir a ordem nas sociedades, tendo em vista a frequente violação dos direitos de personalidade, que são “a garantia oferecida pelo direito privado para a afirmar a dignidade da pessoa humana, da qual certamente decorrem, como também os direitos fundamentais”, conforme preconiza Neves (2011, p. 67).

Não obstante, a doutrina contemporânea concebe a natureza jurídica dos direitos de personalidade como autênticos direitos subjetivos, uma vez que refletem tanto a vontade do sujeito detentor desses direitos quanto o dever de observância por parte de terceiros. Ademais, tais direitos são percebidos como intrinsecamente ligados ao direito natural e, quando elevados ao patamar constitucional, adquirem a dimensão de liberdades públicas, ao passo que as legislações infraconstitucionais regulam as especificidades ligadas a este direito fundamental, conforme expresso nas palavras da professora Gogliano (1982, p. 404):

Direitos de personalidade são os direitos subjetivos particulares, que consistem nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e assegurada pelos meios de direito, para fruir, dispor, como senhor dos atributos essenciais da sua própria personalidade, de seus aspectos, emanações e prolongamentos, como fundamento natural da exigência e liberdade, pela necessidade de preservação e resguardo da integridade física, psíquica, moral e intelectual do ser humano, no seu desenvolvimento.

É possível constatar que o direito subjetivo da personalidade é dotado de meios jurídicos aptos a preservar a dignidade da pessoa humana. Esses meios possuem uma estrutura distintiva, conferindo, por exemplo, a capacidade de reivindicar o uso do nome ou da imagem, prevenindo sua utilização por terceiros. Desse modo, tais faculdades constituem os instrumentos pelos quais o titular desse direito garante o sucesso da defesa de sua personalidade.

Cumprido ressaltar que o direito de personalidade ostenta determinados atributos característicos, quais sejam: inerentes (originários); essenciais e vitalícios; extrapatrimoniais; indisponíveis; intransmissíveis; impenhoráveis; imprescritíveis e *erga omnes*.

Essas características se vinculam a distintos aspectos que são protegidos pelo próprio direito da personalidade, tais como o direito ao nome, à honra, à privacidade e à intimidade, bem como o direito à imagem, todos consagrados em dispositivos da Constituição Federal, do Código Civil e, até mesmo, do Código Penal.

Sendo assim, o direito à personalidade é aquele que, segundo Sousa (1995, p. 615-616):

O direito geral da personalidade não tem como objeto um patrimônio ou bens que compõe, v. g., coisas materiais ou corpóreas, prestações por parte de outrem direitos subjetivos ou coisas incorpóreas. O direito geral da personalidade situa-se no hemisfério pessoal do seu titular e é um direito não patrimonial ou pessoal, na medida em que é insusceptível de ser reduzido a uma soma em dinheiro.

Neste diapasão, o texto constitucional abarca o direito de personalidade como uma garantia fundamental, proporcionando o direito de resposta e indenização por danos morais, quando estas prerrogativas são violadas. Além disso, garante a proteção individual em obras coletivas e em eventos esportivos¹.

¹ 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;

[...]

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

Entretanto, é no Capítulo II do Código Civil que se encontram os dispositivos processuais inerentes ao direito de personalidade, os quais estabelecem diretrizes à doutrina e aos operadores do direito. Sob essa perspectiva, Sahn (2002, p. 237) observa que "(...) enquanto a Constituição Federal de 1988 os aborda de forma autônoma e ampla, o Código Civil os delimita, exceto pela consagração de um direito geral de personalidade por meio de uma cláusula geral".

Assim, é possível verificar que a Constituição Federal trata os direitos de personalidade com amplitude considerável, ao passo que o Código Civil, em certa medida, dita as regras sobre esses direitos.

Portanto, constata-se que os direitos da personalidade podem ser confundidos com os direitos fundamentais, uma vez que compartilham de conteúdos similares, centrados na proteção da dignidade humana. No entanto, é perceptível que se tratam de institutos jurídicos distintos que não devem ser objeto de confusão. Os primeiros têm por escopo a proteção dos interesses individuais perante outros sujeitos de direito privado, como é o caso do direito de imagem, ao passo que o segundo tem a incumbência de tutelar os interesses dos indivíduos em relação ao Estado.

3. DIREITO DE IMAGEM

3.1 EVOLUÇÃO JURÍDICA

Este instituto jurídico foi criado fazendo alusão ao Direito Romano que previa o *ius imaginis*, que teria sido, segundo Dias (2000, p. 69), a “possibilidade de o sujeito manter retratos ou bustos dos seus antepassados na entrada de suas casas, palácios ou templos”. Desta forma, o instituto previa uma certa proteção ao determinar como e quando a imagem poderia ser utilizada socialmente.

Nesse contexto, é plausível afirmar que o direito de imagem é um conceito jurídico relativamente recente. Em tempos antigos, a representação da imagem de um indivíduo era usualmente efetuada por meio de retratos esculpidos, pinturas ou desenhos, com escassa consideração quanto à necessidade de consentimento pessoal. Na maioria dos casos, era obtida permissão explícita para a materialização da imagem do indivíduo (Dias, 2000).

De acordo com os ensinamentos de Jabur (2000) a problemática associada a esse instituto jurídico surgiu com o advento da fotografia em 1829, uma inovação que reconfigurou completamente o cenário da representação visual de uma pessoa. O que antes demandava horas

para ser concretizado, agora podia ser executado em questão de instantes. Entretanto, foi a partir do século XX, período caracterizado por inúmeras transformações industriais e avanços tecnológicos, que o direito de imagem passou a necessitar, de fato, de uma proteção jurídica mais robusta.

No Brasil, a primeira abordagem jurídica sobre o tema foi interpretada de forma análoga ao artigo 666, X, do Código Civil de 1916, que fazia parte do Capítulo VI, intitulado "Da Propriedade Literária, Científica e Artística"². De maneira similar, os tribunais se baseavam no artigo 159 do mesmo Código, que tratava da reparação dos danos de forma geral, estendendo essa compreensão aos litígios que envolviam violações ao direito de imagem³. Além disso, a Lei de Imprensa, promulgada na década de 60, também desempenhava um papel relevante sobre este assunto.

Em relação a Lei de Direitos Autorais, promulgada em 1973, esta não proporcionou grandes inovações à proteção da imagem, apenas indicou uma preocupação, ainda que implícita, do legislador pátrio com a defesa desse bem jurídico (Doretto, 2003).

A partir da promulgação da Constituição de 1988, é que o legislador brasileiro rompeu com uma longa tradição no âmbito dos direitos de personalidade, em especial, o direito de imagem, passando a reconhecer a evolução dos meios de comunicação, bem como o crescimento e a celeridade das várias formas de mídia, juntamente com o aumento dos riscos aos quais a imagem dos indivíduos estaria sujeita. Como resultado, surgiu a necessidade de revisar o Código Civil, que incluiu um capítulo dedicado exclusivamente aos direitos de personalidade, fornecendo informações precisas aos operadores de direito sobre sua aplicação.

² Art. 666, do Código Civil de 1916: "Não se considera ofensa aos direitos do autor:

[...]

X – a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feitas pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou pública do retrato ou busto.

³ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Este reconhecimento fez com que a imagem fosse consubstanciada junto ao direito de personalidade, acompanhando a evolução jurídica de outros países como Espanha⁴ e Portugal⁵, que já previam a proteção do direito de imagem, em alusão ao direito de personalidade.

Deste modo, percebe-se que a modernização desse instituto foi pautada no desenvolvimento tecnológico que caracterizou o século XX, impondo uma necessidade de proteção jurídica, que passou a requerer uma tutela específica a ser concedida pelo ordenamento jurídico (Neves, 2011).

Em virtude dessa expansão tecnológica e da chamada “era da informação”, a exposição dos indivíduos aumentou consideravelmente, principalmente em relação àquelas figuras públicas, como é o caso dos jogadores de futebol, proporcionando assim, uma significativa valorização da imagem e uma consequente mercantilização lucrativa (Ezebella, 2006).

A evolução dos meios de comunicação transformou o direito de imagem em uma intensa exploração econômica, principalmente no que diz respeito ao futebol, onde os jogadores se transformaram em verdadeiras celebridades, surgindo assim a necessidade de proteção à imagem destes indivíduos. Em decorrência disso, a Lei Pelé estabeleceu que a utilização ou exploração da imagem dos atletas somente poderia ser realizada mediante o seu consentimento, desde que não ultrapassasse o valor correspondente a 40% (quarenta por cento) de sua remuneração salarial percebida junto ao clube empregador⁶.

Em virtude do desenvolvimento tecnológico, surgiu a necessidade de revisar a disposição normativa prevista na Lei Pelé, o que foi concretizado em junho de 2023, mediante

⁴ Constitución Española:

Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

[...]

Artículo 20 1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

⁵ ARTIGO 26.º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

⁶ Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.

Parágrafo único. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem.

a promulgação da Lei Geral do Esporte. Nela, a remuneração atribuída a título de direito de imagem foi ajustada, estipulando-se um limite máximo de 50% (cinquenta por cento) da remuneração salarial do atleta, representando, assim, um aumento de 10% (dez por cento) em relação ao previamente estabelecido pela Lei n.º 9.615/98. Todavia, a grande inovação introduzida por esta lei a respeito do uso da imagem, autorizou o clube a utilizar a imagem do atleta somente durante a vigência do vínculo contratual esportivo e nos canais oficiais da instituição, agregando as campanhas publicitárias e em eventos promovidos pela agremiação para promover o lançamento de produtos licenciados ao clube⁷.

Assim, constata-se que o direito de imagem está intrinsecamente relacionado com o progresso da sociedade em um cenário tecnológico, o que possibilita uma exploração cada vez mais incisiva deste instituto, especialmente no que tocante às personalidades públicas, a exemplo dos jogadores de futebol. Em muitas ocasiões, tais indivíduos têm suas imagens exploradas sem a devida autorização, acarretando consideráveis danos de ordem financeira e moral aos referidos atletas. Posto isto, o ordenamento jurídico visa promover a proteção deste direito, coibindo a magnitude dos ilícitos que possam denigrir a personificação do indivíduo por meio de sua imagem.

3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO À IMAGEM

A palavra imagem deriva do latim *imago*, para resignar a reprodução artística de pessoa, coisa ou objeto de culto ou veneração obtidos por diversos processos de pintura, escultura, desenho, fotografia, televisão, vídeo, etc (Bueno, 2012).

⁷ Art. 164. O direito ao uso da imagem do atleta profissional ou não profissional pode ser por ele cedido ou explorado por terceiros, inclusive por pessoa jurídica da qual seja sócio, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho esportivo. § 1º Não há impedimento a que o atleta empregado, concomitantemente à existência de contrato especial de trabalho esportivo, ceda seu direito de imagem à organização esportiva empregadora, mas a remuneração pela cessão de direito de imagem não substitui a remuneração devida quando configurada a relação de emprego entre o atleta e a organização esportiva contratante.

§ 2º A remuneração devida a título de imagem ao atleta pela organização esportiva não poderá ser superior a 50% (cinquenta por cento) de sua remuneração.

§ 3º A utilização da imagem do atleta pela organização esportiva poderá ocorrer, durante a vigência do vínculo esportivo e contratual, das seguintes formas, entre outras:

I - divulgação da imagem do atleta no sítio eletrônico da organização e nos demais canais oficiais de comunicação, tais como redes sociais, revistas e vídeos institucionais;

II - realização de campanhas de divulgação da organização esportiva e de sua equipe competitiva;

III - participação nos eventos de lançamento da equipe e comemoração dos resultados.

§ 4º Deve ser efetivo o uso comercial da exploração do direito de imagem do atleta, de modo a se combater a simulação e a fraude.

Para Jabur (2000, p. 267), a imagem é “a forma de identificação da pessoa, a partir de seus traços físicos, fisionômicos ou plásticos. Pode ser também considerada através de outras manifestações humanas, como a voz e sinais distintivos”.

De acordo com Stoco (1999, p. 43), é possível conceituar o direito à imagem como aquele inerente a todos os seres humanos, que envolve a representação física da pessoa, no todo ou em parte, de sua fisionomia, traços característicos, e demais que possam ser a ela relacionados, não importando o veículo utilizado, seja estático, dinâmico, sonoro ou gráfico, bem como o reflexo perpetrado na sociedade referente à sua conduta.

Concomitante a este entendimento, Diniz (2001, p. 126) destaca que:

O direito à imagem é o de ninguém ver seu retrato exposto em público ou mercantilizado sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação. Abrange o direito: à própria imagem 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.

Logo, percebe-se que o direito à imagem é uma espécie fragmentada do direito de personalidade, visto o seu caráter fundamental e inerente a condição de pessoa humana. Entretanto, abarca uma individualidade em relação às outras espécies de personalidade, uma vez que a imagem pode ter caráter patrimonial e ser renunciada por seu titular, por tempo determinado.

Além disso, a doutrina moderna atribui duas vertentes relacionadas a este instituto, sendo elas a imagem-retrato e a imagem-atributo. A primeira, recebe essa denominação pelo caráter, em princípio, daquilo que poderia ser retratado em uma pessoa, ou seja, das características que envolvem a expressão física do indivíduo, ou seja, representa a projeção visual, decorrentes da expressão física do indivíduo. Em contrapartida, a segunda espécie refere-se aos atributos sociais de uma pessoa, considerando o modo com que a sociedade classifica determinado indivíduo, destacando as virtudes ou defeitos no âmbito social (Neves, 2011).

Nota-se que, apesar de fazerem parte do mesmo instituto, as duas espécies de imagem pertencem a dispositivos diversos. Isso faz com que não haja interferências de uma em outra, em eventuais danos causados à imagem, pois uma pessoa pode ter sua imagem-retrato violada, sem que isso implique a violação à imagem-atributo e, vice-versa.

Para a utilização da imagem de um indivíduo, é imperativo obter previamente a autorização do titular do direito de imagem. Essa autorização pode ser concedida de diferentes maneiras, de forma expressa ou tácita. O consentimento expresso é aquele em que a pessoa

manifesta de forma clara quanto ao uso de sua imagem, seja por meio de declaração escrita ou verbal. Por outro lado, o consentimento tácito deriva do comportamento da pessoa, que, após tomar conhecimento da utilização de sua imagem, não questiona ou adota qualquer medida para impedir sua utilização.

Ademais, o consentimento, seja ele expresso ou tácito, pode ser concedido de forma onerosa, mediante o pagamento de valores ao indivíduo, ou de forma gratuita, sem qualquer contrapartida financeira. Vale destacar que a imagem é vista como um direito personalíssimo, totalmente autônomo e que recebe proteção especial da Constituição Federal, bem como do Código Civil, atrelado às legislações esparsas.

Logo, o titular da imagem tem a faculdade de escolher as ocasiões e os modos pelos quais vai aparecer em público. Isso implica dizer que, caso haja no contrato a previsão de utilização da imagem para anúncio em jornal, esta não poderá ser utilizada na internet ou televisão, o que implicaria em uma eventual indenização por dano, expressa no artigo 5.º, V, da Constituição Federal, que veda qualquer possibilidade de presunção de autorização para o uso da imagem, havendo necessidade de consentimento expresso do seu titular. Assim, quando o uso da imagem for autorizado, não haverá qualquer pretensão de indenização, fazendo com que o consentimento seja fundamental para tornar a utilização devida, correta, revestindo-se de legalidade.

O ato ilícito, portanto, é passível de reparação pecuniária, uma vez que implica na utilização não autorizada da imagem de terceiros, que extrapolou os limites acordados contratualmente. Ademais, o ilícito não se vincula exclusivamente ao montante financeiro, dispensando a obtenção de lucro para que a lesão ocorra.

Além disso, constata-se que o único limite imposto ao direito de imagem é o interesse público, uma vez que o direito coletivo prevalece sobre o individual, resultando na permissão do uso da imagem sem restrições sempre que haja um interesse público preponderante. Um exemplo disso é o direito à informação, no qual é necessário ponderar os interesses públicos e privados. Vale ressaltar que a segurança e a soberania nacional também se prevalecem sobre os direitos de personalidade, incluindo o direito à imagem, conforme estabelecido de acordo com as diretrizes fundamentais da Constituição.

4. DIREITO DE IMAGEM DOS JOGADORES DE FUTEBOL

Após as notas introdutórias do direito de personalidade e, principalmente, de uma das suas espécies, o direito à imagem, tem-se um ramo específico que envolve o direito de imagem no âmbito desportivo.

Cumpre destacar que, para todos os efeitos legais, que o atleta profissional de futebol é conceituado como toda pessoa física que pratica o esporte, desde que subordinado a uma associação desportiva empregadora (clube), mediante remuneração e contrato formal de trabalho⁸.

Desta forma, o jogador profissional de futebol é definido como aquele indivíduo contratado por uma agremiação desportiva para jogar futebol. A finalidade única de sua contratação é entrar em campo, durante uma partida e desenvolver o máximo de seus esforços para que seu clube atinja um resultado satisfatório, vencendo a contenda (Soares, 2008).

Além disso, o jogador de futebol, como todas as outras pessoas tem todos os atributos fundamentais da personalidade humana, inclusive o conjunto de direitos inerentes à sua integridade física, intelectual e moral que se aplica a ele em toda sua totalidade, sem qualquer exclusão. O direito de imagem inserido nos direitos da sua personalidade, aplica-se também de forma integral, adaptado ligeiramente a sua atividade profissional (Soares, 2008).

No entanto, o direito à imagem aplicado a este atleta sofre uma espécie de cisão, sendo dividido em duas partes. Uma delas é a imagem profissional, presente durante o exercício da sua atividade e a outra é sua imagem pessoal, presente em todos os outros momentos de sua vida civil, fora do âmbito contratual firmado com o clube.

Dessa forma, entende-se que o contrato de trabalho do atleta é, na prática, o instrumento de cessão dessa imagem profissional do jogador para todas as atividades ligadas ao exercício de suas funções. Neste sentido, o vínculo empregatício firmado estabelece entre outras anuências, o tempo em que a imagem do atleta estará vinculada a determinado clube de futebol, estipulando, ainda, a forma que esta imagem será utilizada.

É notório que, para ser um jogador de futebol profissional, o consentimento do atleta à cessão da imagem para o clube é obrigatório, uma vez que a natureza do contrato de trabalho entre as partes exige a exibição da imagem do profissional, ou seja, ao celebrar os termos com

⁸ Lei n.º 9615/98

Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

a agremiação esportiva, não existe qualquer possibilidade de que a prestação de serviços do atleta seja exercida sem que sua imagem seja exibida. (Soares, 2008).

No entanto, a imagem pessoal do atleta permanece inerte nos momentos em que não está a serviço do clube, ou seja, o uso da imagem do profissional que não está atrelado ao futebol, é exclusivo do atleta, o que permite o jogador de participar de campanhas publicitárias, por exemplo, vinculando sua imagem a qualquer tipo de produto ou serviço, sem a interferência do clube.

Em decorrência disso, os jogadores de futebol são detentores de dois tipos de contrato no âmbito desportivo: o contrato de trabalho, que vincula o atleta ao clube, que paga seu salário e demais encargos trabalhistas e o contrato de cessão do direito de imagem que é assinado entre a agremiação desportiva empregadora e uma pessoa jurídica, de propriedade do atleta (pode ser o próprio atleta), aberta para essa finalidade, que cede os direitos de imagem deste, durante o tempo que vigorar o contrato de trabalho com o clube. (Soares, 2008).

Assim, o contrato de imagem é assinado por duas pessoas jurídicas de direito privado e tem natureza civil, sem qualquer implicação no contrato de trabalho, fazendo com que eventuais processos judiciais sejam decididos pela Justiça Estadual Cível e não pela Justiça do Trabalho.

Desta forma, é possível verificar que a natureza do contrato de imagem do jogador de futebol, além de individual é civil, pois o direito a ser tutelado advém dos direitos personalíssimos, elencados no Código Civil. Não obstante, a Lei Geral do Esporte, dispositivo legal desportivo, remete a natureza civil do direito de imagem do atleta, vejamos:

Art. 164. O direito ao uso da imagem do atleta profissional ou não profissional pode ser por ele cedido ou explorado por terceiros, inclusive por pessoa jurídica da qual seja sócio, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho esportivo.

[...]

§ 2º A remuneração devida a título de imagem ao atleta pela organização esportiva não poderá ser superior a 50% (cinquenta por cento) de sua remuneração.

Observa-se que o direito de imagem é aquém das verbas trabalhistas das quais os jogadores de futebol têm direito. Esta cessão de direitos firmada entre o atleta e o clube não pode ultrapassar 50% da verba salarial paga ao atleta, como forma de evitar fraudes ao fisco.

Além disso, a fatídica lei prevê que o uso da imagem do jogador de futebol pela agremiação esportiva somente será de forma institucional, não podendo haver licenciamento para outros fins, impedindo assim a exploração de terceiros⁹.

⁹§ 3º A utilização da imagem do atleta pela organização esportiva poderá ocorrer, durante a vigência do vínculo esportivo e contratual, das seguintes formas, entre outras:

Em razão disso, entende-se que se, caso a entidade da prática desportiva (clube) almejar utilizar a imagem de seu atleta profissional empregado longe dos gramados, deverá ser firmado um contrato de licença de uso de imagem, sendo diferenciado de seu contrato de trabalho. Essa diferença é distinguida pelo fato do direito de imagem possuir natureza civil indenizatória, não incidindo verbas salariais como no contrato de trabalho normal.

No que tange o contrato de imagem em si, é importante citar alguns meios em que a imagem do atleta profissional de futebol é utilizada. Apesar disso, Sala (2019)¹⁰, sugere que:

O atleta, cuja imagem está sendo concedida, terá a faculdade de poder escolher as formas e circunstâncias em que vai ser exibido ao público. Desta forma, se o contrato disser que a imagem será utilizada em outdoors, essa mesma imagem não poderá ser usada em revistas ou em jornais, e sim exclusivamente em outdoors.

Compreende-se que esta cessão de imagem deve estar alinhada com as cláusulas contratuais. Entretanto, a cessão da imagem do atleta não se restringe exclusivamente a contextos publicitários. Um exemplo paradigmático dessa situação diz respeito aos jogos de videogame, nos quais a utilização indevida da imagem, sem o consentimento do atleta, constitui uma conduta ilícita, ensejando a obrigação de reparação por meio de indenização por danos. Isso se deve a semelhança irrefutável entre os jogadores de futebol e os personagens dos jogos eletrônicos.

Essa similaridade entre os personagens supostamente ficcionais presentes na interface dos games de futebol com a vida real não se dá somente pelos atributos físicos, mas também pelos esportivos, estilo de jogo e personalidade de cada atleta.

Conforme abordado anteriormente, a transferência de direitos relacionados à imagem deve ser conduzida de forma única e exclusiva pelos próprios atletas. Isso se justifica pelo fato de que o clube detém a posse da imagem do jogador para finalidades institucionais, especialmente no que concerne à publicidade dos produtos licenciados por ele. Caso um jogador tenha a intenção de firmar um contrato de cessão de imagem com uma empresa desenvolvedora de jogos eletrônicos, cabe a ele, por sua própria iniciativa, estipular as cláusulas contratuais pertinentes, sem que qualquer direito seja conferido ao clube. De igual modo, se o clube ceder

I - divulgação da imagem do atleta no sítio eletrônico da organização e nos demais canais oficiais de comunicação, tais como redes sociais, revistas e vídeos institucionais;

II - realização de campanhas de divulgação da organização esportiva e de sua equipe competitiva;

III - participação nos eventos de lançamento da equipe e comemoração dos resultados.

§ 4º Deve ser efetivo o uso comercial da exploração do direito de imagem do atleta, de modo a se combater a simulação e a fraude.

¹⁰ Disponível em: <https://rkladvocacia.com/contrato-de-licenca-de-uso-de-imagem-de-atleta-profissional-de-futebol/>

a imagem de um determinado jogador sem o devido consentimento deste, além daqueles fins institucionais previstos em lei, o atleta possui a prerrogativa de buscar recursos judiciais adequados para pleitear compensação tanto contra o clube quanto em relação à empresa de jogos eletrônicos, sendo que a estratégia processual mais adequada para requerer a indenização sobre o lucro auferido pelo uso indevido desta imagem em jogos eletrônicos que tem como tema o futebol, seria a aplicabilidade do lucro da intervenção no direito de imagem, o qual será desmitificado na sequência.

5. O LUCRO DA INTERVENÇÃO E O DIREITO DE IMAGEM

O lucro da intervenção refere-se, em termos legais, aos ganhos derivados da utilização, consumo, fruição ou alienação de bens, trabalho e direitos pertencentes a terceiros. Isso engloba uma variedade de exemplos, que vão desde a utilização da imagem de terceiros pelo interventor em peças publicitárias até a exploração de direitos autorais e de propriedade industrial. Em outras palavras, esse conceito abrange uma ampla gama de situações na prática, envolvendo a apropriação indevida de quaisquer bens ou direitos que pertençam a outra pessoa.

Sob essa perspectiva, o lucro derivado da intervenção é considerado uma das categorias do enriquecimento sem causa¹¹, ou seja, este instituto surge de um ato ilícito por parte da parte enriquecida, podendo implicar na interferência nos direitos alheios, sem necessariamente envolver uma ação comissiva por parte do interveniente (Varella, 2000). Em suma, o lucro da intervenção nada mais é que o lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa, que decorre justamente desta intervenção (Coelho, 1999).

Nesse cenário, é relevante destacar que tanto a imagem-retrato quanto a imagem-atributo podem ser objetos do lucro decorrente da intervenção, visto que o enriquecimento mediante àquele instituto se manifesta por meio da exploração comercial não autorizada de uma pessoa. Conseqüentemente, o interventor obtém um ganho patrimonial que, frequentemente, excede o valor convencional dos danos causados ao titular do direito. Essa diferença entre o

¹¹ O enriquecimento sem causa é um instituto de amplitude incrível, o qual como se viu, vai desde uma mera transferência patrimonial configuradora de um pagamento indevido, até a intervenção em bens, trabalho e direitos alheios. Há até uma forma complexa de enriquecimento sem causa, que, às avessas da intervenção em posições jurídicas alheias, parte de ato do próprio “empobrecido”, como no caso da construção de um dique por um proprietário que beneficia o proprietário contíguo. Este último se enriqueceria, mas é controverso o dever de restituir nesse tipo de caso, já que esse lucro teria sido produzido por interesse do próprio empobrecido.

lucro obtido pelo interventor e os danos sofridos pelo titular de direito originam os questionamentos jurídicos em torno do lucro da intervenção.

Assim, o cerne da questão envolvendo o enriquecimento por intervenção consiste exatamente em decidir se, em que medida e a que título, a vantagem patrimonial obtida pelo interventor pode ser restituída ao titular de direito. O simples fato de a imagem ser utilizada para fins comerciais, como no contexto dos jogos eletrônicos, como forma de atrair o público a adquirir tal produto, desde que este contrato seja realizado sem base negocial ou legal, remete o enriquecimento por intervenção, já que o monopólio do seu aproveitamento cabe ao seu respectivo titular, sem prejuízo aos direitos tidos como absolutos.¹²

Dessa maneira, quando ocorrer o uso não autorizado da imagem de um jogador de futebol, será pertinente invocar a tutela do lucro da intervenção, como se observa a aplicação, por analogia, do caso da atriz Malu Mader¹³, cuja imagem foi utilizada sem autorização pelo jornal Extra, demonstra que a compensação tanto de natureza moral quanto material foi calculada com base no valor real de seu cachê para a divulgação de sua imagem em circunstâncias similares às da matéria jornalística. Isso evidencia a viabilidade da aplicação do conceito do lucro da intervenção em situações em que a divulgação não autorizada da imagem visa unicamente à obtenção de lucro, sem considerar a existência de um contrato com a pessoa detentora da referida imagem. Para tanto, defende-se que o titular de direito tenha uma pretensão legítima de recuperar a vantagem patrimonial (lucro) obtida pelo interventor que deveria lhe ser atribuída.

Sendo assim, o titular de direito, poderá alegar que o lucro lhe pertence porque foi obtido através da vinculação comercial da sua imagem sem a devida autorização; a ação do interventor não merece a tutela do ordenamento jurídico porque consiste no uso indevido de bens alheios;

¹² O direito à imagem não é, “por óbvio”, “um direito absoluto”, pois, em algumas situações, admite-se a divulgação não autorizada da imagem alheia, como resultado da ponderação entre a proteção à imagem e outros interesses de ordem também constitucional, especialmente a liberdade de informação e a liberdade de expressão intelectual, artística ou científica. (SCREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo, Atlas, 2011, p. 102).

¹³ A 9.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro mandou as Organizações Globo pagar R\$ 2 milhões para a atriz Malu Mader, por danos morais e materiais. O motivo foi uma fotografia publicada sem autorização, no jornal Extra que mostrava a atriz nua. (...) de acordo com a decisão, “houve propaganda enganosa contra os leitores porque nada do que se insinuava na chamada de primeira página podia ser lido e não havia qualquer ensaio fotográfico feito por Malu Mader nua. O parâmetro adotado para fixar o valor do dano material levou em consideração a hipótese de quantia que seria cobrada pela atriz posar nua nas mesmas circunstâncias noticiadas pelo jornal. O TJ carioca considerou também o poder econômico da Globo para arbitrar o valor total de R\$2 milhões”.

Disponível em: https://www.conjur.com.br/2001-mai-15/organizacoes_globo_condenada_indenizar_malu_mader. Acesso em 29/09/2023. O site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não disponibiliza a íntegra da sentença e do acórdão (cf. Processo n.º 0099697-26.1999.8.19.0001 e n.º 2000.001.20737, 9ª Câmara Cível).

a imposição da obrigação de restituir o lucro ilicitamente obtido é a única sanção capaz de desestimular o interventor a repetir atos desta natureza e; a obrigação de restituição do lucro ilicitamente obtido não prejudicará o interventor, pois a restituição ao titular direito será relativa ao lucro auferido com a atividade ilícita (Coelho, 1999).

No entanto, a doutrina clássica entende que a obrigação do interventor em restituir o titular de direito no montante do lucro auferido com a utilização ilícita da sua imagem iria configurar no enriquecimento sem causa, que está sujeito à teoria do duplo limite. Segundo consta, o parâmetro para a aferição do valor da obrigação de restituir será, entre o enriquecimento e o empobrecimento, sempre no que couber o menor valor, o que gera discrepância quando o assunto é a intervenção de bens alheios, como é o caso do direito de imagem, conforme alude Campos (2003, p. 261):

Segundo essa doutrina, a obrigação de restituir o enriquecimento teria um duplo limite: o do enriquecimento e do dano. Ambos seriam concebidos em sentido patrimonial, como diferenças no patrimônio – do devedor para mais, do credor para menos. O montante da obrigação de restituir corresponderia à menor das duas diferenças. Nestes termos, quem utilizasse bens alheios não teria de restituir o seu enriquecimento, mesmo que através desse consumo tivesse poupado despesas, uma vez que se provasse que o proprietário dos bens não sofreu qualquer dano, por não tencionar utilizar esses bens.

Ocorre que, ao admitir a aplicação desta teoria para os casos em que o lucro do interventor é superior aos danos causados à vítima implicaria admitir que todo o lucro excedente ao dano sofrido pelo titular de direito fosse retido pelo autor do ilícito.

No caso dos jogos eletrônicos de futebol, onde os valores angariados pelas empresas desenvolvedoras são exorbitantes¹⁴, tendo em vista o amplo mercado *gamer* a nível mundial, aplicar essa teoria seria o mesmo que dizer que o crime compensa, em que pese o lucro auferido ser muito superior ao cunho indenizatório, pelo uso indevido da imagem de determinado jogador, repercutindo um sentimento de impunidade.

Em razão disso, os doutrinadores modernos repudiam a aplicação desta teoria, pois ela premiaria aquele que interfere no direito de outrem e que se enriquece exatamente por ter violado um bem jurídico amplamente tutelado, como é o caso do direito à imagem. Neste

¹⁴ Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/negocios/games-movimentar-r-1-tri-em-2023-empresas-de-olho/>
<https://forbes.com.br/forbes-tech/2022/01/com-2022-decisivo-mercado-de-games-ultrapassara-us-200-bi-ate-2023/>

sentido, Nanni (2004, p. 283) é enfático ao defender sua posição contrária à teoria do duplo limite no Brasil:

Pela teoria do duplo limite, o empobrecido tem direito à restituição do menor valor entre empobrecimento e enriquecimento. No entanto, não se verifica no arcabouço do enriquecimento sem causa perante o Novo Código Civil o esboço de tal ponto de vista. Se da vantagem injustamente obtida surgir um enriquecimento superior ao empobrecimento, o pleito do empobrecido estará limitado ao valor do empobrecimento e não àquele superior. No entanto, observando-se a questão de outro lado, nessa mesma situação, não seria majorado injustamente o patrimônio do empobrecido, mas do próprio enriquecido, que se beneficiaria da circunstância decorrente do enriquecimento sem causa, obtendo, ainda que limitado, um lucro em função da restrição do duplo limite. Não coaduna com os preceitos de uma sociedade prestigiar, ainda que em restrita escala, o enriquecido. [...] Não tem aplicabilidade a teoria do duplo limite no direito brasileiro.

Por outro lado, deve-se observar que, ao permitir a utilização desta teoria em situações nas quais o lucro auferido pelo interventor ultrapassa os prejuízos efetivamente suportados pela vítima, permitiria que aquele mantivesse para si todo o lucro excedente ao dano concretamente sofrido pelo titular do direito, o que, do ponto de vista jurídico, tornaria inviável a aplicação da teoria do duplo limite no Brasil.

Outrossim, a doutrina denota que a restituição por enriquecimento sem causa tem caráter subsidiário, nos casos em que a lei confira ao lesado outros meios para ressarcimento do prejuízo sofrido, conforme disposto no art. 886, do Código Civil¹⁵. Percebe-se que este dispositivo remete a regra da subsidiariedade da ação do enriquecimento sem causa¹⁶, conforme explicita Aguiar (1999, p. 29):

O art. 884 veio dispor expressamente sobre o enriquecimento sem causa, preenchendo uma lacuna no nosso ordenamento. Trata-se de cláusula geral que terá grande efeito no foro, porque permitirá reparar todas as situações de vantagem indevida. É, no entanto, uma ação subsidiária, a ser usada se o lesado não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo.

Neste contexto, é preciso avaliar que o ato do ofensor, além de lhe gerar lucros e causar danos ao titular de direito, sempre irá proporcionar ao lesado a opção de acionar o judiciário tendo por base a responsabilidade civil a ser movida em face do ofensor. Todavia, não poderia se valer do enriquecimento sem causa, devido a ultrapassada aplicação da subsidiariedade. Isso

¹⁵ Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

¹⁶ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

ocorre porque, se os danos causados à vítima forem inferiores ao lucro da intervenção, com base nesta regra da subsidiariedade, o titular de direito somente poderia manejar uma ação de responsabilidade civil, fazendo com que os lucros auferidos com o dano ficassem definitivamente com o ofensor (Savi, 2012).

Logo, é possível extrair duas premissas básicas: a) a responsabilidade civil tem como função específica remover os danos, pouco importando se o ofensor ficou em situação melhor ou pior do que estava antes do ato praticado e b) o enriquecimento sem causa visa reprimir o enriquecimento, não sendo sua função lidar com os danos sofridos pelo titular de direito (Savi, 2012).

Neste interim, vários doutrinadores pleiteiam pela exclusão da regra da subsidiariedade como pré-requisito para o exercício da ação de enriquecimento sem causa, entre eles Alvarez-Caperochipi (1993, p. 117):

Para aqueles que vislumbram no enriquecimento sem causa uma fonte de obrigações tendentes a equacionar situações em que se constata um desequilíbrio patrimonial que carece de justa causa justificativa, “a subsidiariedade não faz qualquer sentido”. [...] ousa-se dizer que o dispositivo legal presente no artigo 886 do C.C não encontra argumentos fáticos ou dogmáticos que possuam sustentar sua aplicabilidade.

Desta forma, entende-se que as diferentes funções da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa não podem admitir a aplicabilidade de uma subsidiariedade integral como forma de restituir o enriquecimento em relação à pretensão de reparação do dano, pois aproximar o enriquecimento sem causa, cuja função é justamente remover o enriquecimento do patrimônio do ofensor, da responsabilidade civil, que tem por função primordial remover o dano sofrido pela vítima, seria totalmente inadequado.

Isso ocorre porque, ao determinar que se considerem os lucros do ofensor para calcular os “lucros cessantes”¹⁷ do titular do direito violado, o legislador, na realidade, criou uma ficção de que, tal critério é embasado no instituto da responsabilidade civil (Da Cruz Guedes, 2016), o que extrapola os limites deste instituto, pois leva em consideração o grau de culpa do ofensor para decidir acerca do montante da indenização (Martins-Costa, 2002).

¹⁷ Conforme o texto do artigo 402 do Código Civil, os lucros cessantes são uma espécie de prejuízo (perdas e danos) que consiste no que a pessoa deixou de receber ou lucrar em razão de um ato ou evento que lhe causou danos.

Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/lucros-cessantes-x-perda-de-uma-chance>.

Desta forma, mesmo que a responsabilidade civil exercesse uma função punitiva, com indenizações que superassem o valor dos danos causados e que ainda fosse possível aceitar a tese de que a exceção ao princípio da reparação integral dos danos¹⁸ seria a base legal destas indenizações punitivas, o lucro da intervenção somente seria resolvido indiretamente e somente nos casos em que a indenização fixada para compensar a vítima e, ao mesmo tempo, punir o ofensor, fosse superior aos lucros por estes obtidos.

Sendo assim, o problema do lucro da intervenção poderia ser resolvido com uma leitura moderna do instituto da responsabilidade civil, haja vista que a exceção ao princípio da reparação integral dos danos serviria para justificar a majoração da indenização, de modo a extrair o lucro da intervenção do patrimônio do ofensor, conforme tese extraída de Gomes (1998, p. 736-737), a qual será usada por analogia, sendo encaixada em nosso ordenamento jurídico:

Repare-se que o nosso sistema jurídico [referindo-se ao sistema Português] nem sempre impõe a reparação total do dano: [...] quando a responsabilidade do agente se funde em mera culpa, a indenização seja “fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”. A função preventiva e a sancionatória da responsabilidade civil sobrepõe-se de tal forma à ideia de reparação que acaba por exigir-se, aqui, ao lesado inocente que suporte uma parte do dano. Mas a equidade só funciona para a doutrina dominante num sentido, ou seja, no sentido desfavorável ao lesado: quando o autor do fato ilícito retira de sua conduta um lucro superior ao dano causado, a doutrina claramente dominante nos países de civil law encolhe, resignadamente, os ombros e repete, como se de uma evidência se tratasse, o dogma de que a obrigação de indenizar não pode converter-se numa fonte de enriquecimento para o lesado.

Em apertada síntese, isso significa que, a exceção ao princípio da reparação integral do dano, possibilita a aplicação da equidade para lidar com questões injustas também em benefício da vítima, como ocorre nos casos em que o lucro da intervenção é superior ao dano causado ao titular de direito.

No entanto, a delimitação do objeto da restituição é uma das situações mais complexas envolvendo o lucro da intervenção. Neste sentido, uma parte da doutrina defende que apenas o que foi retirado do patrimônio do empobrecido – enriquecimento real ou objetivo – é que deve ser objeto de restituição, enquanto que nos casos de comprovada má-fé do interventor, o titular

¹⁸ Art. 944, do Código Civil: Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

do direito poderia pleitear a restituição de todos os lucros obtidos com a intervenção – que é o caso do enriquecimento patrimonial ou subjetivo. Por outro lado, alguns autores defendem que todos os lucros obtidos devem ser repartidos entre o enriquecido e o titular de direito, de acordo com a contribuição de cada um para a obtenção do lucro (Gallo, 1996).

No Brasil, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁹ deu provimento a um recurso movido pela atriz Giovanna Antonelli, determinando a utilização de critérios técnicos para apurar o lucro da intervenção obtido por uma farmácia de manipulação com o uso indevido de sua imagem para vender um produto, quais sejam: a) apuração do quantum debeatur com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento dos valores correspondentes a outros fatores que contribuíram para a obtenção do lucro, tais como a experiência do interventor, suas qualidades pessoais e as despesas realizadas, e; d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica (REsp n.º 1698701 – RJ (2017/015588-5)).

Por analogia, o caso poderia perfeitamente se encaixar nos jogadores de futebol que, diante da ausência de vínculo contratual com os desenvolvedores de jogos eletrônicos, se deparam com seus nomes, atributos físicos e características psicológicas, agregando valor a comercialização destes produtos. O lucro da intervenção, mesmo aplicado em condições análogas ao caso da atriz, outrora julgado pelo STJ, poderia ser uma alternativa justa, principalmente para a vítima que teve sua imagem violada, uma vez que a empresa não estava autorizada a utilizá-la e, ao valer-se da imagem do jogador de futebol, aumentou a porcentagem de suas vendas e, conseqüentemente, dos seus lucros.

Assim, tem-se que a tecnologia desenfreada facilita, cada vez mais, que a imagem do indivíduo seja indevidamente explorada, como é o caso dos jogadores de futebol que tem suas características físicas e atributos ligados a personalidade fielmente copiados pelas empresas que os transformam em avatares sem a celebração de um contrato de cessão de imagem, buscando assim alavancar ainda mais a comercialização dos seus produtos, uma vez que o mercado *gamer* está em franca ascensão. De todo modo, a exploração indevida deste direito personalíssimo, inequivocadamente atende aos interesses financeiros dos interventores e lhes permite a

¹⁹ Resp. n.º 1698701 – RJ (2017/0155688-5).

aquisição, na sua operação, de ganhos econômicos qualificáveis, sem dúvida, como lucros da intervenção.

6. CONCLUSÃO

Uma das premissas fundamentais que regem a ordem social é a que determina que, quando um indivíduo necessita de um bem ou direito pertencente a outra pessoa, ele deve obtê-lo por meio de um contrato jurídico, o que torna o consentimento a única opção disponível para adquirir um bem ou direito alheio.

Nesse cenário, as reiteradas violações ao direito de imagem de jogadores de futebol em jogos eletrônicos levantam a necessidade de que a comunidade jurídica considere a viabilidade da teoria do lucro da intervenção operar de maneira autônoma em relação à teoria do enriquecimento sem causa. Isso implicaria na benéfica porção dos ganhos auferidos pelos titulares de direito, dado que a decisão quanto à potencial comercialização de suas imagens é de competência exclusiva dos mesmos.

Para tanto, o critério preponderante para a distribuição dos lucros obtidos é o lucro da intervenção, o qual impossibilita que o interventor se aproprie integralmente dos ganhos auferidos com a apropriação indevida do direito alheio. Considerando que a origem desses proveitos decorre de uma conduta ilícita em detrimento do detentor do direito de imagem, que neste caso é o jogador de futebol, o que caracteriza uma situação de enriquecimento sem causa, que por si só contraria um dos preceitos consagrados na Constituição Federal, que é o da legalidade.

Assim, o lucro da intervenção pode ser entendido como uma manifestação de enriquecimento injustificado, isto é, obtido à custa da indevida exploração de direitos alheios, o que ocorre no contexto do uso inadequado da imagem de jogadores de futebol em jogos eletrônicos. Nesse contexto, os contornos do enriquecimento sem causa transgridem o direito da vítima, visto que a lucratividade decorrente da ação ilícita contraria a licitude do negócio jurídico.

Neste interim, no caso em que os ganhos obtidos pelo agente infrator ultrapassem os danos ocasionados, as disposições normativas de responsabilidade civil se mostram insuficientes para “penalizar” a violação do direito de seu titular, uma vez que o propósito do instituto se restringe à compensação do prejuízo suportado pela vítima, sendo a respectiva

indenização limitada à dimensão desse dano, conforme estabelecido no artigo 944 do Código Civil.²⁰ Todavia, se o detentor do direito se sujeitar a esse mecanismo jurídico, o interventor se apropriaria da totalidade do lucro obtido em decorrência da violação do direito alheio, seja de maneira integral ou parcial, sempre que o montante do lucro auferido coincidissem com o valor a ser indenizado ao titular do direito violado.

Logo, ao expor a aplicação do princípio do lucro da intervenção, torna-se imprescindível determinar, de forma prioritária, a quem será conferida a titularidade sobre o valor do lucro oriundo da violação do direito. Apesar da inaceitabilidade da retenção integral do lucro pelo interventor, esse montante deve ser restituído ao titular do direito. Tal fato decorre de que todos os negócios jurídicos são estabelecidos por meio da celebração de um acordo. Assim, a cessão do direito de imagem requer a autorização do titular, uma vez que se trata de um direito personalíssimo, condicionado à sua autorização.

Isso se verifica quando os ganhos obtidos pelo infrator superam os danos causados ao titular do direito, havendo uma aparente neutralidade na escolha do interveniente entre buscar o consentimento do prejudicado ou apropriar-se indevidamente, uma vez que, na segunda alternativa, somente estaria compelido a efetuar uma eventual compensação a título de indenização, o que se revela inaceitável.

Não obstante, a retenção desse ganho no patrimônio do interventor contribuiria, excessivamente, para a busca incessante do ganho, sem que fossem observados os parâmetros da legalidade, o que contraria o preceito constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária, fazendo com que o lucro da intervenção deva ser transferido ao titular do direito, uma vez que ele é merecedor de toda a capacidade econômica dos bens ou direitos que compõem o seu patrimônio. Nesse cenário, o emprego da imagem de um jogador de futebol, com suas características físicas e psicológicas, como meio de atrair a audiência do público *gamer*, como forma de aumentar as vendas do produto e, por conseguinte, os lucros da empresa, não pode ser negligenciado, pois a utilização da imagem desses jogadores somente pode ocorrer mediante expresso consentimento do titular, uma vez que se trata de um direito personalíssimo. Portanto, é necessário a celebração de um contrato de cessão de imagem para viabilizar o uso comercial da mesma.

²⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Cumpra ressaltar que a transferência do lucro da intervenção para o titular do direito se fundamenta no sentido de que os direitos conferem ao seu titular à utilidade e finalidade do bem, configurando, assim, a aplicação da teoria do conteúdo da destinação dos bens. Além disso, a transferência do lucro da intervenção do infrator para o prejudicado possui um viés econômico significativo, uma vez que uma sociedade não pode favorecer aqueles que obtêm ganhos por meios ilícitos, sendo imperativo que o ordenamento jurídico brasileiro desestime qualquer atividade que estimule o enriquecimento ilícito.

Dessa forma, é necessário indicar que o enriquecimento sem causa, mecanismo jurídico estipulado no artigo 884 do Código Civil, constitui o instrumento mais pertinente para viabilizar a restituição do lucro proveniente da intervenção, visto que, diferentemente da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa desempenha a função específica de reverter o enriquecimento indevido e atribuí-lo ao legítimo beneficiário. Em outras palavras, ele atua contra o aumento injustificado do patrimônio do enriquecido e não contra os eventuais prejuízos suportados pelo titular do direito.

Contudo, é perceptível a complexidade na aplicação da restituição de valores decorrente da teoria do lucro da intervenção, levando à adoção da regra geral que utiliza o enriquecimento patrimonial como ponto de partida para a determinação do montante a ser restituído. Sendo assim, após a apuração do enriquecimento patrimonial do interventor, o magistrado deverá examinar a contribuição de cada participante na relação, ou seja, a parcela de contribuição que o titular do direito e o interventor tiveram na obtenção desse lucro. Nesse contexto, a partilha do lucro da intervenção deve ser realizada de forma proporcional, assegurando sempre a premissa de que a restituição ao titular do direito não pode ser inferior ao enriquecimento efetivo do interventor.

Portanto, ao utilizar a imagem dos jogadores de futebol sem a autorização adequada, as empresas desenvolvedoras de jogos eletrônicos obtêm ganhos que devem ser restituídos, considerando a contribuição proporcional que a imagem do jogador teve nas vendas dos jogos e, por conseguinte, nos lucros da empresa. Concomitante a isso, a empresa também deve reter uma parte desse lucro, dada a sua participação no processo comercial do produto.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ruy Rosado. **Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 775, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 de maio de 2023.
- BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de maio de 2023.
- BRASIL. [Lei da Imprensa (1967)]. **Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. Acesso em: 20 de julho de 2023.
- BRASIL. [Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942)]. **Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2023.
- BRASIL. [Lei dos Direitos Autorais (1973)]. **Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm. Acesso em: 08 de junho de 2023.
- BRASIL. [Lei dos Direitos Autorais (1998)]. **Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 08 de junho de 2023.
- BRASIL. [Lei Geral do Esporte (2023)]. **Lei n.º 14.597, de 14 de junho de 2023**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Lei/L14597.htm. Acesso em 08 de agosto de 2023.
- BRASIL. [Lei Pelé (1998)]. **Lei n.º 9.615, de 24 de março de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm. Acesso em: 11 de junho de 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1698701-RJ (Resp. 2017/0155688-5). Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrido: Dermo Formulações Farmácia de Manipulação LTDA – ME. Relator(a): Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 02 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/635419582/relatorio-e-voto-635419643>. Acesso em: 26 de setembro de 2023.
- BUENO, Mara Lúcia Adriano. **Leitura de Imagem**. Disponível em: <https://www.uniasselvi.com.br/extranet/layout/request/trilha/materiais/livro/livro.php?codigo=5596>. Acesso em: 20 de julho, 2023.
- CABEZÓN, Ricardo de Moraes. **Direito de Arena: os aspectos civis dos participantes de atividades desportivas**. São Paulo: Mizuno, 2022.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. **Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 560, 1982.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. **Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 560, 1982.

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. **El enriquecimiento sin causa**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009065.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2023.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento (1974)**. Coimbra: Almedina, 2003.

DA CRUZ GUEDES, Gisela Sampaio. **Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DAISY, Gogliano. **Direitos privados da personalidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DA GUIA SILVA, Rodrigo. **Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes**. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/627>. Acesso em: 21 de setembro de 2023.

DIAS, Jaqueline Sarmento. **O Direito à Imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. **Direito à imagem**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Titular Álvaro Villaça Azevedo. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001342216>. Acesso em: 20 de agosto de 2023.

EZABELLA, Felipe Legrazie. **O Direito Desportivo e a Imagem do Atleta**. São Paulo: Thomson, 2006.

GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. **Enriquecimento sem causa e o pagamento indevido**, in *Obrigações – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Org: Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LINS, Thiago. **O Lucro da Intervenção e o Direito à Imagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação**. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Alessandra Helena. **Direito de Autor e Direito à Imagem: à luz da Constituição Federal e do Código Civil**. Curitiba: Juruá, 2011.

RIO DE JANEIRO. 9.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Indenização. Direito de Imagem. Autos n.º 0099697-26.1999.8.19.0001 e Autos n.º 2000.001.20737. Recorrente: Malu Mader. Recorrido: Organizações Globo. Disponível em: www.conjur.com.br/2001-mai-15/organizacoes_globo_condenada_indenizar_malu_mader. Acesso em: 20 de setembro de 2023.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**. O Lucro da Intervenção. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SOARES. Jorge Miguel Acosta. **Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de trabalho do Atleta Profissional**. São Paulo: LTR, 2008.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

VANCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2011.

VARELLA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Germano. **Direito Civil. Direito das Obrigações. Enriquecimento Sem Causa e Lucro da Intervenção**. São Paulo: Dialética, 2022.

VIEIRA GOMES, Júlio Manoel. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.