

**O DIREITO À IMAGEM COMO OBJETO CONTRATUAL:
LIMITAÇÕES DECORRENTES DA ORDEM PÚBLICA**

Ana Amélia Veloso Alves dos Santos

Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Políticas

Trabalho realizado sob a orientação da Professora Doutora Luísa Neto

Julho de 2014

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	2
RESUMO/ ABSTRACT	4
INTRODUÇÃO	5
I. O DIREITO À IMAGEM	7
1. CONCEITO DE DIREITO À IMAGEM.....	7
1.1. DISTINÇÃO ENTRE IMAGEM E RETRATO.....	8
1.2. CONCEITO JURÍDICO DE RETRATO.....	9
1.3. AS TÉCNICAS DE REPRESENTAÇÃO OU EXIBIÇÃO DA IMAGEM ABRANGIDAS PELO ARTIGO 79º DO CÓDIGO CIVIL	10
1.4. O PROBLEMA DA REPRODUÇÃO MEDIATA	11
2. A PROTEÇÃO LEGAL DO DIREITO À IMAGEM.....	14
2.1. O DIREITO À IMAGEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL	14
2.2. O DIREITO À IMAGEM ENQUANTO DIREITO DE PERSONALIDADE	16
2.3. A TUTELA PENAL DO DIREITO À IMAGEM	19
2.4. A PROTEÇÃO ESPARSA DO DIREITO À IMAGEM EM LEGISLAÇÃO AVULSA.....	20
II. AUTOLIMITAÇÃO E SUSCETIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS.....	21
1. O APROVEITAMENTO ECONÓMICO DO DIREITO À IMAGEM.....	21
2. O CONSENTIMENTO: NATUREZA E FIM	25
2. A AUTOLIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM.....	33
III. A RELEVÂNCIA DA ORDEM PÚBLICA ENQUANTO LIMITE CONTRATUAL	37
1. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE ORDEM PÚBLICA NOS CONTRATOS RELATIVOS À EXPLORAÇÃO ECONÓMICA DA IMAGEM NO SISTEMA JUDICIAL PORTUGUÊS.....	37
2. ANÁLISE EXEMPLIFICATIVA DE CONTRATOS RELATIVOS À IMAGEM.	45
CONCLUSÕES	53
BIBLIOGRAFIA.....	58

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	–	Artigo
BMJ	–	Boletim do Ministério da Justiça
CC	–	Código Civil
Cfr.	–	Conferir
CJ	–	Coletânea de Jurisprudência
CJ-STJ	–	Coletânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça
CRP	–	Constituição da República Portuguesa
ICAP	–	Instituto Civil de Autodisciplina da Comunicação Comercial
Ob. Cit.	–	Obra citada
P.p.	–	Páginas
RMP	–	Revista do Ministério Público
RLJ	–	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	–	Revista da Ordem dos Advogados
Ss.	–	Seguintes
STJ	–	Supremo Tribunal de Justiça
Vide	–	Veja-se
V.g.	–	<i>Verbis gratia</i> – por exemplo

Aos meus Pais pelo apoio incondicional ao longo do meu percurso académico, pessoal e profissional.

Ao Paulo pelo carinho e compreensão apesar da falta de tempo e atenção.

Aos meus Amigos sempre presentes nos episódios de ventura e desventura.

Uma especial palavra de apreço à minha orientadora, Professora Doutora Luísa Neto, pela sua disponibilidade e dedicação, bem como pela primorosa e notável ajuda.

RESUMO

A suscetibilidade de aproveitamento económico da imagem suscita questões atinentes à disponibilidade e autolimitação voluntária do direito à imagem e dos limites que se lhe impõem. Partindo de uma presunção de disponibilidade pretende-se aferir, na presente dissertação, se a ordem pública constitui limite intransponível da limitação voluntária do direito à imagem e qual a respetiva relevância, tendo como referência o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, numa perspetiva ancorada na dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS – CHAVE: autolimitação, direito à imagem, objeto contratual, ordem pública.

ABSTRACT

The susceptibility of taking economic advantage of the image raises questions pertaining to the availability and willful self-limitation of image and boundaries set upon it. Setting from an assumption of availability, this thesis aims to assess whether public order constitutes an insurmountable boundary line to the willful limitation of image rights, and what its relevance is. For this, it will refer to the right of free character development, in a perspective which focuses on the dignity of the human being.

KEY WORDS: self-limitation, image rights, contractual object, public order.

“A renúncia é a libertação. Não querer é poder”¹

INTRODUÇÃO

1. A imagem - que rege e dita modos de vida - revela-se basilar no mundo atual. De facto, numa sociedade norteada pela publicidade e pelos *media*, a exploração económica do direito à imagem implica inevitavelmente novos desafios de tutela deste direito fundamental - e também direito de personalidade - tradicionalmente configurado como indisponível.

No entanto, não nos interessará neste trabalho focar a nossa atenção na problemática das já sobejamente escarpelizadas possíveis violações do direito à imagem por terceiros em face do desenvolvimento tecnológico e das inúmeras possibilidades de utilização abusiva da imagem que decorrem da faculdade de divulgação - a uma velocidade descomunal e perante um público incomensurável.

Ao invés, pretende-se abordar o direito à imagem em sede contratual e concretamente as limitações decorrentes da ordem pública que se impõem aos contratos que tenham por objeto o referido direito à imagem.

A opção pelo tratamento deste tema corresponde ao desenvolvimento do estudo efetuado no âmbito do trabalho realizado na unidade curricular “Practicum” em Ciências Jurídico-políticas, onde se abordou a temática da suscetibilidade de exploração económica da imagem.

2. O relevante valor comercial que a imagem assume na nossa sociedade não se cinge agora apenas a um grupo restrito de pessoas com notoriedade, como atores, modelos, futebolistas, cantores entre outros, outrossim e devido a uma alteração eminentemente sociológica, todas as pessoas são impelidas numa busca constante de notoriedade, ainda que efémera. De facto, basta pensar no aproveitamento económico da imagem proporcionado pelo “Facebook”, pelo “YouTube” e pelos “reality shows” que aliciam para um novo mundo de exposição. Nunca antes foi tão evidente a ideia de que uma imagem vale mais do que mil palavras.

Por sua vez, o Direito não poderá ficar hermético a estas mudanças, pois não obstante a sua função conformadora, a verdade é que também não pode alhear-se do dado social. Na

¹ FERNANDO PESSOA, Livro do Desassossego, Edição de Jerónimo Pizarro, Tinta-da-China, Lisboa, 2014, p. 384.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

verdade, o ordenamento jurídico deve ponderar a atuação das pessoas titulares do direito à imagem, encontrando um equilíbrio e reconsiderando os limites impostos, nomeadamente, pela cláusula da ordem pública.

3. Iniciaremos esta demanda pela caracterização e análise do direito à imagem, identificando o conceito de imagem *hoc casu* juridicamente relevante.

Neste sentido abordar-se-á, a proteção legal conferida ao direito à imagem, quer na veste de direito fundamental, quer como direito de personalidade, mencionando ainda reflexamente a tutela penal conferida a este direito e a proteção dispersa em legislação avulsa.

Posto isto, será trabalhada a questão da autolimitação voluntária do direito à imagem, em especial no que tange à suscetibilidade de celebração de contratos que tenham por objeto a imagem. Este trilho conduzirá à análise da natureza do consentimento que tenha por objeto a imagem e ainda da natureza das inerentes limitações da autonomia privada, mormente na restrição negocial operada pelo conceito indeterminado “‘ordem pública’ e ‘bons costumes’”.

Finalmente, e com esteio no exposto enquadramento doutrinal e legislativo, dar-se-á nota do modo como a jurisprudência nacional tem ponderado as questões *sub judice* em sede de análise prática de contratos relativos ao direito à imagem.

I. O DIREITO À IMAGEM

1. CONCEITO DE DIREITO À IMAGEM

Historicamente, a representação da configuração exterior de uma pessoa não suscitava a problemática que atualmente suscita no que respeita aos designados direitos de personalidade.

Efetivamente, durante um longo período de tempo da história humana, as técnicas de reprodução da imagem eram na realidade muito restritas, circunscrevendo-se à pintura e à escultura, processos estes desenvolvidos por especialistas, sendo que dada a sua dispendiosidade tinham um âmbito deveras limitado.

Este estado de coisas foi totalmente alterado com o surgimento da fotografia, nos finais do século XIX, a qual vem propiciar que qualquer pessoa munida de uma câmara fotográfica pudesse facilmente captar e reproduzir a imagem alheia.

A fácil captação da imagem através da fotografia conjuntamente com a tipografia conferiu uma “dimensão pessoal, de personalidade, à imagem humana”.²

Ora, após o surgimento da fotografia, proliferaram outras técnicas de reprodução de imagem, como o cinema, a televisão, o vídeo, a imagem digital e a internet, as quais vieram potenciar a problemática atinente a este concreto direito.

É, com efeito, inquestionável o facto de, atualmente, a imagem dominar o nosso mundo em virtude quer do grande desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, quer de novas conceções sociais.

Contudo, esta palavra encerra inúmeros significados, nos mais diversos contextos.

De facto, e comumente, a palavra ‘imagem’ quer significar a representação gráfica, plástica, fotográfica, de alguém, ou refere-se ao conjunto de conceitos e valores que se associam a determinada pessoa,³ assumindo esta última vertente um pendor claramente axiológico. Assim, a palavra ‘imagem’ é dotada de uma amplitude que permite incluir não apenas os traços físicos, a imagem exterior, mas ainda os atributos e qualidades (até morais) que atribuem a determinada pessoa.

² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil Português I*, Parte Geral Tomo III, Pessoas, Almedina, Coimbra, 2004 p. 193.

³ Neste sentido comum, veja-se Dicionário da Língua portuguesa, Porto Editora, Porto, 2004.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Não é contudo esta amplitude que merece a tutela do direito, nem tão pouco constitui o objeto de estudo deste trabalho.

1.1. DISTINÇÃO ENTRE IMAGEM E RETRATO

Impõe-se proceder à delimitação do conceito de imagem relevante para o nosso sistema jurídico, socorrendo-nos, desde já, da caracterização levada a cabo por David de Oliveira Festas que procede à distinção entre imagem e retrato. Este autor identifica o objeto do direito à imagem com a aparência exterior de uma pessoa, sendo este o bem protegido pelo direito, por via do qual se assegura a autodeterminação da pessoa sobre a sua aparência exterior.

Constata-se que o legislador oscila pendularmente entre a expressão imagem e retrato.

Assim, e apesar da epígrafe do artigo 79º do C.C. fazer referência ao direito à imagem, a verdade é que o seu corpo é construído com base no termo “retrato”. No Código da Publicidade, aprovado pelo DL n.º 330/90 de 23 de Outubro na versão dada pela Lei 8/2011 de 11 de Abril, na alínea e) do n.º2 do artigo 7º, surge-nos a referência ao termo “imagem”, enquanto no Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo DL n.º 36/2003 de 5 de Março na versão resultante da Lei 46/2011 de 24 de Junho, na alínea d) do n.º1 do artigo 239º é mencionado o “retrato”. Por sua vez, o Código Penal, na alínea b) do n.º2 do artigo 199º, emprega o termo “fotografia”.

Não se pretende propugnar qualquer substituição do termo “direito à imagem”, porquanto o mesmo é pacificamente aceite pela doutrina maioritária e jurisprudência, visando-se tão-somente nesta sede a distinção para efeitos de rigor terminológico.⁴

Como evidencia David de Oliveira Festas, a imagem corresponde à “aparência exterior de uma pessoa”, enquanto o retrato diz respeito à “representação (visual) de uma pessoa num determinado tempo e espaço que permite reconhecê-la ou identificá-la”⁵. Destarte, “o direito à imagem tem por objeto a aparência exterior de uma pessoa e tutela toda a representação visual da sua imagem que permita reconhecê-la.”⁶

⁴ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *Do Conteúdo Patrimonial do direito à Imagem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 50 a 55)

⁵ IDEM. pp. 51 e 52.

⁶ IDEM, p. 53.

1.2. CONCEITO JURÍDICO DE RETRATO

É necessário aquilatar qual o conceito de retrato juridicamente relevante que concomitantemente será objeto deste trabalho.

Para David de Oliveira Festas, o conceito de retrato é constituído por dois elementos essenciais: a representação visual da imagem humana e a recognoscibilidade.⁷

Já Maria E. Rovira Sueiro, partindo da jurisprudência espanhola, define o direito à imagem como a representação gráfica da figura humana mediante um procedimento técnico ou mecânico de reprodução a que acresce ser imprescindível que a imagem seja recognoscível.⁸

Por sua vez, António Menezes Cordeiro, define a imagem como “a representação de uma pessoa na sua configuração externa”⁹ Aliás, este autor identifica três valores em jogo inerentes à proteção da imagem: o do resguardo ou da intimidade privada, o do bom nome e reputação, identificando o terceiro valor com a capacidade lucrativa que determinada imagem possa assumir, uma vez que os eventuais lucros devem reverter em favor do “ dono” originário da imagem. Não é contudo o reconhecimento destes valores associados ao direito à imagem que coloca em causa a unidade e autonomia deste direito¹⁰.

No entendimento de António Menezes Cordeiro, os valores *supra* identificados possibilitam a autonomização, em bases similares, do direito à palavra, direito que se poderá extrair da previsão do artigo 70º do C.C., ou, por analogia, do artigo 79º do C.C.¹¹

Solução diversa é propugnada por Rita Amaral Cabral¹², que entende o direito à imagem como “o direito a impedir que terceiros venham a conhecer o retrato da pessoa”, abarcando todas as formas possíveis de execução do retrato tais como fotografia, pintura, escultura e reprodução da imagem através de televisão, cinema e teatro.

Por sua vez, a captação e divulgação da voz, não se identifica com a divulgação do retrato como reprodução da imagem da pessoa, caindo no âmbito da previsão legal do artigo 80º do C.C. relativo ao direito à intimidade da vida privada.¹³

⁷ IDEM, p. 242.

⁸ MARIA E. ROVIRA SUEIRO, *El derecho a la propia imagen, Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Colección Estudios de Responsabilidad Civil, Editorial Comares, Granada, 2000 pp. 5 e 6.

⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 193.

¹⁰ IDEM, p.195.

¹¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p.196.

¹² RITA AMARAL CABRAL, *O direito à intimidade da vida privada* (Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil) in “Estudos em memória ao Prof. Doutor Paulo Cunha”, Lisboa, 1989 pp. 402 e 403.

¹³ IDEM, p. 403.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Impõe-se ainda precisar que apenas se incluem no conceito de retrato as representações visuais da imagem de uma pessoa. De facto, como adverte Oliveira de Ascensão, apesar de a doutrina ter vindo a ampliar o conceito, referindo a “imagem sonora”, a fonografia e a radiodifusão, mencionando-se inclusive a “imagem psíquica”, não convém olvidar que a nossa lei ao disciplinar o retrato, não permite que se “ultrapassem figurações plásticas”.¹⁴ Já a representação da imagem se poderá fixar numa pluralidade de suportes, desde a tela, ao papel, película, assumindo, até mesmo, natureza digital.

Assim, e relativamente ao modo de representação da imagem humana, deverá aqui ser acolhido um sentido amplo de retrato, uma vez que o sentido jurídico ultrapassa o sentido comum, muitas vezes associado à pintura realista e à fotografia¹⁵.

1.3. AS TÉCNICAS DE REPRESENTAÇÃO OU EXIBIÇÃO DA IMAGEM ABRANGIDAS PELO ARTIGO 79º DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 79º do Código Civil confere proteção a qualquer forma tecnicamente possível de representação ou exibição. Estão assim abrangidas, a pintura, a fotografia, a escultura, bonecos, desenhos animados, caricaturas¹⁶, máscaras e ainda outras formas de exposição da imagem como o cinema e a televisão¹⁷.

Também a evolução dos meios informáticos e da tecnologia digital, veio propiciar novas formas de representação da imagem. De facto, atente-se na imagem captada por meios digitais cuja divulgação através da internet pode ser vertiginosa - a título exemplificativo atente-se ao sucesso do *youtube*, permitindo num curto espaço de tempo a divulgação de imagens por milhares de visualizações à escala mundial - ou por outro lado, no *facebook*, representando tais “novas vias de comunicação”, novos problemas e desafios ao Direito¹⁸. Deverão ser, pois, abrangidas na proteção legal do retrato, a imagem difundida na internet, a

¹⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral I*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p.116.

¹⁵ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, p. 243.

¹⁶ CAPELO DE SOUSA - *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p.342, nota n.º860, - considera legítimas “as caricaturas e “cartoons” de figuras públicas ou notórias, mesmo acentuando certos traços de personalidade ou certas ocorrências da sua vida, quando tais caricaturas tenham valor artístico, ainda que críticas ou satíricas, mas desde que não sejam insultuosas ou difamatórias”. No mesmo sentido. p. 253 nota 582.

¹⁷ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, p. 243 e 244.

¹⁸ Haverá ainda a considerar atualmente a possibilidade de criação de um mundo virtual e digital, como no caso dos atores digitais ou virtuais, situação que não abordaremos autonomamente.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

manipulação informática da imagem, assim como as fotomontagens.¹⁹ Assim, para que se possa falar de retrato será essencial que a reprodução da imagem da pessoa permita a sua identificação ou reconhecimento por terceiros, bastando para o efeito, o reconhecimento pelas pessoas do círculo íntimo²⁰.

Suscita-se também a questão de saber se os objetos que normalmente se associam a determinada pessoa podem ser abarcados pelo conceito de retrato. Consideramos que o direito à imagem abrange apenas os traços exteriores de uma pessoa que estejam unidos a ela de forma inseparável, o que não se verifica com os objetos que à mesma se associem, independentemente da habitualidade do seu uso²¹. Os objetos fazem parte do contexto a ter em consideração, “pois em alguns casos iluminam a opacidade de uma imagem dotando-a com a nitidez suficiente para a tornar recognoscível²²”.

Se em alguns casos a ponderação de objetos pessoais que permitem a identificação de uma pessoa se prende com o preenchimento do requisito da recognoscibilidade, não podem, contudo, incluir-se no objeto do retrato uma vez que sempre será necessário um suporte físico da pessoa e sempre será indispensável a representação de uma pessoa humana como elemento essencial deste direito²³.

1.4. O PROBLEMA DA REPRODUÇÃO MEDIATA

Resta ainda aferir se os casos em que a representação da configuração física exterior de uma pessoa é executada mediatamente, através de uma outra pessoa, podem ser abrangidos no conceito de retrato. Enquadram-se na reprodução mediata o caso dos sócias e a representação cénica.

O sócia caracteriza-se por possuir uma grande semelhança física com outra pessoa, que poderá ser realçada pelo mesmo com recurso a maquilhagem, vestuário, expressão corporal e pela simulação de um determinado contexto.

Por regra recorre-se a esta forma de reprodução mediata em filmes e predominantemente em anúncios publicitários. É precisamente neste domínio que a questão se

¹⁹ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos 70º a 81º do Código Civil*, (Direitos de personalidade), Universidade católica Editora, Lisboa, 2012, pp. 180 e 181.

²⁰ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, pp. 246 a 250.

²¹ MARIA E. ROVIRA SUEIRO, *ob. cit.*, p.19.

²² IDEM.

²³ IDEM.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

coloca com maior acuidade, uma vez que, uma determinada marca pode lograr associar a um determinado produto uma certa figura pública, através do recurso a um sósia dessa figura pública, com custos muito inferiores, em claro prejuízo da figura pública, que sendo o titular do direito à imagem detém o exclusivo do seu aproveitamento económico. Ora, internacionalmente, foi considerado que a utilização de um sósia neste domínio pode configurar um verdadeiro retrato²⁴.

Alguns autores fazem depender do critério da confundibilidade a tutela da situação, ou seja, teria que resultar para o público a convicção imediata da participação no anúncio da figura pública, se porém, o espectador se aperceber da utilização de um sósia, a situação não será merecedora de tutela. Quer o realismo, quer a confundibilidade não são requisitos do conceito de retrato, porquanto, não é imprescindível que a pessoa retratada seja confundida com o meio de representação da sua imagem, *in casu*, com o sósia.

O princípio a adotar traduz-se em analisar se a participação do sósia traduz a representação “viva” da aparência exterior de uma outra pessoa de molde a possibilitar a sua identificação, caso em que estaremos perante um retrato nos termos do artigo 79º do C.C.

Ora, a figura do sósia levanta questões relativamente ao facto de o retrato do mesmo poder configurar, em simultâneo, uma reprodução da imagem de uma outra pessoa.

Pode efetivamente ocorrer que a representação da aparência exterior do sósia possibilite identificar a figura pública em causa, configurando em simultâneo um retrato do próprio sósia e da figura pública.

Haverá a considerar dois tipos de situações²⁵. No primeiro caso e estando em causa primordialmente o retrato do sósia e não existindo abuso de direito verificar-se-á uma colisão real de direitos iguais.²⁶

²⁴ É o caso, para o direito francês, de ANDRÉ BERTRAND, *Droit à la vie privée et droit à la image*, Litec, Paris, 1999, pp.145, que indica o sósia como uma das possíveis formas de reprodução da imagem e consequentemente da violação do direito à imagem, v.g. a utilização de um sósia do ator Gerard Depardieu para efeitos publicitários.

²⁵ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, pp. 250 a 264.

²⁶ Para o desenvolvimento da matéria do conflito de direitos vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 533 a 552. Ainda que o autor utilize a expressão colisão para o que se deve – na melhor linha das ciências jurídico-políticas – limitar como conflito, refere que a contradição interna, consubstanciada na colisão de direitos se resolve em termos gerais com recurso ao artigo 335º do C.C.. A distinção entre a colisão de direitos iguais e colisão de direitos desiguais constitui uma afloração do princípio da igualdade e que leva a tratar igualmente interesses iguais e a tratar diferentemente, em correspondência com a sua particularidade, situações de interesses desiguais. Impõem-se aferir se os direitos colidentes têm uma estrutura formal e um fundamento axiológico-normativo que assentam em interesses jurídicos tutelados de qualidade e grau similares, em interesses diferentes mas com peso equilibrado, ou se na colisão de direitos há predominância de interesses juridicamente tutelados de uma das partes.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Na segunda situação e estando em causa primordialmente o retrato da figura pública, e inexistindo abuso de direito, estaremos tendencialmente perante uma colisão real de direitos desiguais.

Ambas as referidas situações exigem para a sua resolução uma ponderação das circunstâncias do caso concreto²⁷.

A representação cénica levanta igualmente vários problemas relativamente ao direito à imagem. Deparando-se também aqui com a questão da ilusão, neste âmbito poderá estar em causa a representação de personagens reais ou fictícias.

Nas obras cinematográficas só assumem relevância, no que ao direito à imagem diz respeito, as situações em que o ator procura assumir uma aparência exterior semelhante à da pessoa cuja vida é narrada. Os resultados alcançados são, todavia, diversos, sendo decisivo aferir se a representação da configuração exterior da personagem real permite a sua recognoscibilidade por terceiros. Em caso afirmativo está em causa o direito à imagem da pessoa real representada. Contudo, se a resposta for negativa, apesar de estar em jogo a personalidade, não se verifica a representação da imagem exterior, ou seja, não está em causa o seu direito à imagem.

Vale aqui *mutatis mutandis* o que se afirmou quanto ao realismo a propósito dos sócias, não sendo necessário que o espectador pense que quem está a atuar é a própria pessoa retratada²⁸.

Quanto à representação de personagens fictícias poder-se-ão distinguir duas categorias de situações. A primeira refere-se aquelas situações em que a aparência exterior da personagem que é *alter - ego* do artista seja inseparável da sua própria imagem, é o caso do ator *Charlie Chaplin* quanto à personagem por si criada *Little Tramp* podendo assim a representação da imagem fictícia equivaler a uma representação da imagem do artista.

No outro grupo enquadram-se as situações em que à partida não se verifica uma confusão entre a imagem da personagem fictícia e a imagem do ator que em determinado momento a representou, v.g. o ator *Sean Connery* que deu vida ao agente secreto do MI6 britânico, *James Bond*. Apesar da sua interpretação desta personagem ter sido marcante, a representação da imagem da personagem não põe em causa o direito à imagem do dito ator²⁹.

²⁷ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, p. 264.

²⁸ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, pp.264 a 268.

²⁹ IDEM, pp. 269 e 270.

2. A PROTEÇÃO LEGAL DO DIREITO À IMAGEM

O direito à imagem é desde logo, um direito fundamental previsto no artigo 26º da CRP. Mas é também um direito de personalidade, enquanto instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais, e fazendo-os irradiar para a ordem jurídico privada.³⁰

O direito à imagem é igualmente tutelado pelo direito penal, ainda que de forma descontinuada e algo incongruente atendendo à abrangência do bem tutelado e do tipo legal consagrado. Verifica-se ainda uma proteção esparsa do direito à imagem em legislação avulsa que muito sucintamente será referida nesta sede.

2.1. O DIREITO À IMAGEM COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O n.º1 do artigo 26º da CRP preceitua “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e reputação, à imagem, (sublinhado nosso) à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

Na previsão *supra* referida não definiu a CRP o conceito de imagem, não obstante a jurisprudência e a doutrina considerarem que a previsão do artigo 79º do C.C. - que a antecede cronologicamente -, constituiu a fonte do conceito constitucional do direito à imagem³¹.

Ao reunir vários direitos num mesmo artigo 26º, a Constituição pretende acentuar que lhes concede um carácter comum e que se traduz no facto de todos estarem diretamente ao serviço da proteção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, abrangendo os civilisticamente considerados, direitos de personalidade.³²

Rui Medeiros e António Cortês afirmam a este respeito, que o artigo 26º da CRP constituiu uma “expressão direta do postulado básico da dignidade humana”, a que os direitos consagrados no artigo 26º dão uma expressão mais definida.

³⁰ PAULO MOTA PINTO, *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica 40, Universidade de Coimbra, 1999, pág. 226.

³¹ NUNO B. M. LUMBRALES, *O Direito à Palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual em processo penal*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2007, Ano 67- Vol. II, Setembro de 2007, p. 688.

³² J.J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 461.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Ou seja, o artigo 26º da CRP “prevê hipóteses típicas de direitos de personalidade, postulados pela exigência angular de respeito pela dignidade humana” desde logo ancorada no artigo 1º da lei fundamental.³³

Gomes Canotilho e Vital Moreira definem o conteúdo do direito à imagem como “assaz e rigoroso” desdobrando-se no direito a “definir a sua auto-exposição” que se consubstancia no direito que assiste a cada um de não ser fotografado, nem de ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento e no direito de não ver o seu retrato apresentado em forma gráfica ou “montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel”.³⁴

O direito à imagem garante a “autonomia na disponibilidade da imagem” de cada um “independentemente de estar ou não, diretamente em causa o bom nome e a reputação das pessoas e independentemente de estar ou não em causa a vida privada e familiar”. Traduz-se assim num “direito ao controlo da utilização dos registos da própria imagem” e implica igualmente, um direito à autodeterminação da imagem exterior.³⁵

Partindo da caracterização do conteúdo do direito fundamental à imagem, *supra* referida, levada a cabo por Rui Medeiros e António Cortês, consideramos, contrariamente à doutrina maioritária e à jurisprudência, que não existe uma coincidência entre o conceito constitucional e o conceito civil de “direito à imagem”.

Na verdade, consideramos que o conceito constitucional de direito à imagem é mais abrangente e radica predominantemente na ideia de autodeterminação e liberdade aliás em consonância com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e de liberdade geral de ação. Por sua vez, subjaz à proteção civilista uma ideia centrada na “possibilidade de oposição”, que podemos encontrar também no direito penal.

O direito fundamental à imagem não se cinge à faculdade de o titular controlar a captação e reprodução do seu retrato detendo em exclusivo a possibilidade da sua disponibilização ou seja, da sua exploração económica, mas inclui o direito à autodeterminação da imagem exterior.

No domínio do direito civil, o direito à imagem sofre uma verdadeira cisão kantiana, pois o artigo 79º consagra a proteção da representação da imagem, em rigor, retrato, conferindo em exclusivo ao titular do direito à imagem, a faculdade de difundir ou publicar o

³³ RUI MEDEIROS E ANTÓNIO CORTÊS, Anotação ao art.º 26,º in JORGE MIRANDA- RUI MEDEIROS, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 607 e 608.

³⁴ J.J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 467.

³⁵ RUI MEDEIROS E ANTÓNIO CORTÊS, *ob. cit.*, pág.618 e 619.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

seu retrato ou de impedir a sua captação, reprodução ou publicação por um terceiro. Por sua vez o direito à autodeterminação da imagem exterior decorre do direito geral de personalidade consagrado no artigo 70º do CC³⁶, e aqui está em causa não a representação da imagem, ou seja, o retrato, mas a imagem em si mesma considerada. Opera-se civilisticamente uma cisão entre a “imagem em si mesma considerada” tutelada no artigo 70º do C.C. e a “representação da imagem” subsumível na tutela do artigo 79º do CC.

2.2. O DIREITO À IMAGEM ENQUANTO DIREITO DE PERSONALIDADE

É relativamente recente o interesse suscitado na doutrina quanto à problemática dos direitos de personalidade, que verdadeiramente apenas, na última década do século passado, alcançaram concretização³⁷. Tal despertar tardio refletiu-se concomitantemente na jurisprudência que assume primordial papel no âmbito dos direitos de personalidade, distinguindo Menezes Cordeiro quatro fases evolutivas: a primeira anterior ao Código Civil, (1967) em que inexistia ainda o reconhecimento dos “direitos das pessoas”; a segunda fase de reconhecimento pontual (1967 a 1982); a terceira fase corresponde à implantação dos direitos de personalidade (1983-1992) e a quarta fase caracteriza-se pela aplicação corrente dos direitos de personalidade (1993 em diante).³⁸

A lei e a doutrina referem-se a um direito subjetivo geral de personalidade e a vários direitos subjetivos especiais de personalidade. De acordo com esta possibilidade de linha doutrinal – fortemente tributária de inspiração dogmática alemã e que entre nós foi recebida v.g. por Capelo de Sousa³⁹, o direito geral de personalidade encontraria assento no artigo 70º do Código Civil e os direitos especiais de personalidade nos artigos 72º a 80º.

Capelo de Sousa considera resultar do artigo 70º do Código Civil” o reconhecimento da personalidade humana, enquanto complexa unidade físico-psico-ambiental na relação do homem *quo tale* consigo mesmo e na sua relação “eu”- mundo, como objeto jurídico direto, autónomo, geral e unitário de uma tutela juscivilística abarcando responsabilidade civil e outras providências jurisdicionais”⁴⁰.

³⁶ Neste sentido, veja-se a doutrina do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 6/84.

³⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os Direitos de personalidade na civilística Portuguesa*, in ROA, Ano 61, vol. III, Dezembro de 2001, p.1229.

³⁸ IDEM, pp. 1245 a 1247.

³⁹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 61 a 63.

⁴⁰ RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., p. 557.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Neste sentido, o direito geral de personalidade, enquanto direito-mãe ou direito-fonte, e tendo como objeto a personalidade humana no seu todo, constituiria princípio geral dos próprios direitos especiais, que apesar de providos de relativa autonomia, têm por objeto determinadas manifestações parcelares daquela personalidade ⁴¹.

Também Orlando de Carvalho refere como indispensável o reconhecimento de um direito geral de personalidade “ou de um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana, pois é, a um tempo, direito à pessoa – ser e à pessoa – devir, ou melhor, à pessoa – ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua «liberdade de desabrochar» ...”⁴².

Já os direitos de personalidade especiais corresponderiam a “formas descentralizadas de tutela jurídica da personalidade”, não esgotando todavia, essa tutela, o que implica a recusa do seu carácter “*numerus clausus*”⁴³.

Por sua vez, Carlos Mota Pinto salienta que do artigo 70º do C.C. pode-se retirar para além dos direitos especiais à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, também um direito geral de personalidade que, desde logo, possibilita a tutela a bens pessoais não tipificados, e por essa via protege aspetos da personalidade cuja lesão só com a evolução atingem relevância, apontando a título exemplificativo, a identidade genética, a autodeterminação informativa e o controlo sobre os dados pessoais⁴⁴.

Manifestamente contrário à adoção da construção de origem alemã, manifesta-se Oliveira de Ascensão, por considerar o direito geral de personalidade como uma figura anómala, em que o homem apareceria como objeto de si mesmo. Para além disso a aceitação de um direito geral de personalidade, por ser um direito de desmesurada extensão poria em causa a segurança jurídica. Este autor sugere como fórmula alternativa o reconhecimento de que se vão delineando novos direitos de personalidade especiais, a partir do artigo 70º do C.C., em regime de *numerus apertus*⁴⁵.

⁴¹ IDEM, pp. 559 e 560

⁴² ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coord. Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, Coimbra Editora, Coimbra 2012, p. 203.

⁴³ IDEM, p. 206.

⁴⁴ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 209 e 210.

⁴⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, ob. cit. pp. 86 a 89.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Também Luísa Neto, a propósito da consagração no artigo 70º do C.C. de um direito geral de personalidade, evidencia a necessidade de se considerar neste âmbito uma enumeração delimitativa⁴⁶.

É contudo, inegável a relevância do direito geral de personalidade quer civilisticamente quer ainda constitucionalmente, uma vez que a consagração no artigo 26º da CRP do direito ao livre desenvolvimento da personalidade dotou o direito geral de personalidade de fundamento constitucional, constituindo o seu reconhecimento legislativo ou jurisprudencial o cumprimento do dever de proteção do desenvolvimento da personalidade⁴⁷.

No que tange aos direitos especiais de personalidade, entre os quais o direito à imagem encontra-se a respetiva sede normativa nos artigos 72º e seguintes do C.C.. Este direito desdobra-se num conteúdo positivo, por corresponder à atribuição exclusiva ao seu titular da faculdade de difundir ou publicar a sua imagem, e num conteúdo negativo, enquanto direito a impedir a obtenção, a reprodução e a publicação por um terceiro.⁴⁸

Assim preceitua o n.º1 do artigo 79º do C. Civil que «o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela». Por sua vez, o n.º2 deste artigo discrimina as restrições à necessidade de consentimento à divulgação do retrato e parafraseando Oliveira de Ascensão, encontram o seu fundamento: i) na notoriedade da pessoa ou no cargo que desempenhe; ii) nas finalidades da reprodução, se forem policiais, judiciais, científicas, didáticas ou culturais; iii) no enquadramento da imagem em lugares públicos, ou factos de interesse público, ou que hajam decorrido publicamente.⁴⁹

Menezes Cordeiro chama à colação a este propósito a ‘teoria das esferas’. Assim, se nas situações públicas previstas no n.º2 do artigo 79º, se parte da presunção de que o titular do direito à imagem está a agir no âmbito das esferas pública ou individual-social, que possibilitam a captação e divulgação do retrato sem a necessidade de obter autorização, será necessário contudo atender às circunstâncias e aos objetivos. Por outro lado, a presunção de autorização opera tão-somente para documentar os factos ou eventos ocorridos pelo que fica desde logo excluída a possibilidade de captação de uma imagem neste âmbito para posterior utilização numa campanha publicitária⁵⁰.

⁴⁶ LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 151.

⁴⁷ PAULO MOTA PINTO, *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iuridica 40, Universidade de Coimbra, 1999, p. 173.

⁴⁸ MÁRIA E. ROVIRA SUEIRO, *ob. cit.*, p.33.

⁴⁹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, *ob. cit.*, p. 117.

⁵⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil Português I*, Parte Geral Tomo III, Pessoas, *ob. cit.*, p. 199.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Heinrich Horster considera não ser aplicável esta exceção, no caso de pessoas envolvidas em acontecimentos públicos, como catástrofes, acidentes e outras situações análogas, sendo, então, nessas situações o consentimento, em princípio, exigível. As limitações a considerar casuisticamente, resultam do legítimo interesse do respetivo público a ser informado, tarefa executada pelos meios de comunicação social, no âmbito das suas funções ao serviço do público dentro do princípio da liberdade de imprensa⁵¹.

Pela nossa parte, entendemos que o n.º2 do artigo 79º deverá ser objeto de uma interpretação casuística e de forma restritiva.

Por outro lado no n.º3 do mesmo artigo a lei estabelece a “exceção das exceções”⁵² – em qualquer caso «o retrato não pode ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação e simples decoro da pessoa retratada». Alcançando a supremacia o momento ético da tutela de personalidade⁵³. Alguns autores⁵⁴ defendem a aplicabilidade do n.º 3 às situações plasmadas no n.º 2 e no n.º1 do mesmo artigo, contudo entendemos que a aplicabilidade do n.º3 deve-se ater apenas, às situações previstas no n.º2 do artigo 79º, constituindo nas palavras de David de Oliveira Festas “uma reafirmação da regra do consentimento”⁵⁵.

Diga-se ainda que sendo oponíveis *erga omnes*, os poderes que decorrem da tutela da imagem são igualmente vitalícios e perpétuos atentando ao mecanismo previsto no artigo 71.º n.º1. do Código Civil, a que acresce o facto de não estarem sujeitos a prescrição.⁵⁶

2.3. A TUTELA PENAL DO DIREITO À IMAGEM

Como se disse, o direito à imagem é igualmente tutelado pelo direito penal nos termos do n.º 2 do artigo 199.º do Código Penal.

O tipo objetivo do crime de fotografias ilícitas, traduz-se no “registro fotográfico ou audiovisual da imagem de qualquer parte do corpo de outra pessoa ou na utilização ou permissão de utilização dessas imagens por terceiros”. Assim, ficam portanto excluídas do tipo, as representações de imagens de outra pessoa realizadas através de desenho, da pintura,

⁵¹ HEINRICH EWALD HORSTER, *A Parte Geral Do Direito Civil Português, Teoria Geral Do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 266.

⁵² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, ob. cit., p. 117

⁵³ IDEM.

⁵⁴ Vide CLAUDIA TRABUCO, *Dos contratos relativos à imagem*, ob. cit., p. 439.

⁵⁵ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, ob. cit., p. 288. Neste sentido, v.g. JOAQUIM PIRES DE LIMA/JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, vol. I, 4ª Edição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 p.109 e CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., pp. 255 e 256, nota n.º 589.

⁵⁶ CLÁUDIA TRABUCO, ob. cit., p. 409.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

da escultura, da mímica ou da encenação. Por sua vez, o tipo subjetivo admite qualquer modalidade de dolo.⁵⁷ Verifica-se, destarte, uma descontinuidade entre a proteção civil e a penal que em nada abona para a congruência do sistema.

Em abono da verdade e lançando mão das palavras de Manuel da Costa Andrade, a área de tutela reservada à imagem “resulta sobremaneira descontínua e fragmentária”, já que decorre da lei penal “uma tutela particularmente reduzida, que fica muito aquém da proteção própria dos tipos congruentes: tipos que asseguram uma proteção generalizada e globalizante, tendencialmente sobreponível ao bem jurídico, de forma a que todas as acções lesivas sejam, em princípio e em abstracto, tipicamente incriminadas”⁵⁸.

Por outro lado, retira-se do n.º 2 do artigo 199º quando confrontado com o seu n.º 1, uma notória diferenciação materializada na substituição da expressão “sem consentimento” pela de “contra vontade”, parecendo ter sido desiderato do legislador, o aumento das “exigências da factualidade típica”, o que implica, desde logo, que várias condutas caiam num vazio punitivo. Parece daqui resultar que estaremos apenas perante a verificação do crime previsto neste artigo se tiver existido uma clara oposição à captação da sua imagem por parte da pessoa fotografada.⁵⁹

2.4. A PROTEÇÃO ESPARSA DO DIREITO À IMAGEM EM LEGISLAÇÃO AVULSA

No Código da Publicidade, aprovado pelo DL n.330/90 de 23 de Outubro e atualizado pela Lei 8/2011 de 11 de Abril na alínea e) do n.º2 do artigo 7º proíbe-se a publicidade que “utilize sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa”.

O Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo DL n.36/2003 de 5 de Março na versão dada pela Lei 46/2011 de 24 de Junho, no seu artigo 239º sob a epígrafe, «outros fundamentos de recusa» prevê na alínea d) do n.º1 “O emprego de nomes, retratos ou quaisquer expressões ou figurações, sem que tenha sido obtida autorização das pessoas a que respeitem e, sendo já falecidos, dos seus herdeiros ou parentes até ao 4.º grau ou, ainda que obtida, se produzir o desrespeito ou desprestígio daquelas pessoas;

⁵⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2010, p. 615.

⁵⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, anotação ao artigo 199º do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo I, artigos 131 a 201º, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 824 a 825.

⁵⁹ CLÁUDIA TRABUCO, *Dos Contratos Relativos à Imagem*, ob. cit., p. 408.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Por fim, a Lei 28/98 de 26 de Junho, alterada pela Lei 114/99 de 3 de Agosto, que estabelece o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo e do contrato de formação desportiva prevê no n.º1 do artigo 10º “que todo o praticante desportivo profissional tem direito a utilizar a sua imagem pública ligada à prática desportiva e a opor-se a que outrem a use ilicitamente para exploração comercial ou para outros fins económicos” ao passo que o n.º2 ressalva” o direito de uso de imagem do colectivo de praticantes, o qual poderá ser objecto de regulamentação em sede de contratação colectiva”.

Ainda que o conflito entre o direito à imagem e a liberdade de imprensa (e os direitos que esta liberdade constitucional e legalmente pressupõe) não seja objeto do presente trabalho, não deveremos deixar de referir que a jurisprudência emanada pelos tribunais superiores, mormente pelo Supremo Tribunal de Justiça, sempre tem salientado a idêntica valia constitucional da respetiva previsão, aliás em consonância com os *indirizzos* internacionais aplicáveis. Deverá seguir-se, então, o princípio da concordância prática, procurando-se a solução mais adequada que harmonize, na medida do possível, os preceitos divergentes. Assim sendo, o jornalista deve relatar os factos com rigor e exatidão, interpretando-os com honestidade. Com efeito, importará referir que tal liberdade de expressão do jornalista não deverá atentar contra os direitos à reserva da intimidade da vida privada e à imagem, salvo quando esteja em causa um interesse público que se sobreponha àqueles direitos e a sua divulgação seja levada a cabo sem exceder o necessário⁶⁰.

II. AUTOLIMITAÇÃO E SUSCETIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS

1. O APROVEITAMENTO ECONÓMICO DO DIREITO À IMAGEM

O aproveitamento económico da imagem é um fenómeno que espelha as concepções do mundo em que vivemos, assumindo indubitavelmente relevância crescente em sectores como a publicidade e o *merchandising*, no âmbito de produções culturais e como objeto de tratamento pelos meios de comunicação social. E se a questão se coloca com maior frequência

⁶⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-12-2009 tirado no processo 4822/06.TVLSB (Oliveira Rocha).

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

relativamente a pessoas com notoriedade pública, a verdade é que não se circunscreve a nenhum grupo de pessoas ou classe social. De facto, atualmente o aproveitamento económico da imagem usualmente associado apenas às figuras públicas⁶¹ estende-se igualmente às pessoas comuns – a que tem sido associado o conceito de ‘notoriedade transitória’-, podendo aqui serem referidos os casos do aproveitamento económico proporcionado pelo *youtube* ou pelos *reality shows*. Atente-se ainda no facto de os anúncios publicitários recorrerem muitas vezes a pessoas comuns, sendo valorizada quer a aparência exterior esteticamente atraente, quer a própria imagem inestética que permite uma adequada contraposição para fins publicitários.⁶²

Vamos no entanto centrar-nos na circunstância hoje em dia banalizada de as referidas pessoas com notoriedade pública – v.g. atores, modelos, desportistas - comercializarem a sua imagem por quantias, em regra, substanciais.

Esta constatação convoca o reconhecimento óbvio de uma dimensão patrimonial em vários direitos de personalidade, fruto de uma prática social corrente. Na verdade, a natureza pessoal dos interesses protegidos pelos direitos de personalidade não obsta de *per si* à comercialização, pois tal natureza não rejeita uma vertente patrimonial. A comercialização corresponderá, outrossim, ainda a uma forma de exercício do direito.⁶³

Mesmo a doutrina espanhola, que caracteriza o direito à imagem como um direito personalíssimo, não enjeita o conteúdo potencialmente patrimonial, uma vez que, do seu exercício se podem obter benefícios económicos e atendendo ainda à eventual indemnização pecuniária que possa resultar da sua violação.⁶⁴

A este propósito explicita Cláudia Trabuco que a exploração comercial da imagem não põe em causa o seu carácter pessoal, e aliás delimita as condições de aproveitamento económico da imagem.⁶⁵

Por sua vez, David de Oliveira Festas considera que a qualificação do direito à imagem como direito de personalidade não implica uma rejeição do seu conteúdo patrimonial. Assim o direito à imagem teria uma “natureza mista de direito de personalidade e de direito

⁶¹ David de Oliveira Festas designa por figuras públicas “as pessoas que por qualquer motivo, são famosas, assumindo notoriedade perante os seus concidadãos” DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *Do Conteúdo Patrimonial do direito à Imagem*, ob. cit.p.89, nota n.º 263.

⁶² IDEM, pp. 86 e 87

⁶³ PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in “Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues” Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001 p. 527

⁶⁴ FERNANDO HERRERO- TEJEDOR, *Honor, Intimidad y própria Imagen*, 2ª Edición, Colex, Madrid, 1994 p. 101.

⁶⁵ CLÁUDIA TRABUCO, ob. cit., p. 410.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

patrimonial”. Para este autor, esta conceção impõe uma reconstrução dogmática da categoria dos direitos de personalidade, que passa pela abolição da antinomia tradicional entre os direitos de personalidade e os direitos patrimoniais.⁶⁶ Poder-se-á dizer que o regime de aproveitamento económico da imagem emerge da articulação do artigo 79º do C.C. com o artigo 81º do C.C. Ora, apesar de ser tradicionalmente apontado como um direito indisponível, são todavia reconhecidas ao seu sujeito ativo determinadas faculdades jurídicas que lhe possibilitam o seu aproveitamento. Resulta do n.º1 do artigo 81º a possibilidade do titular do direito estabelecer limitações lícitas ao exercício do seu direito à imagem que não afetando esse direito, recaiam somente, sobre expressões do mesmo.⁶⁷ Esta faculdade já foi apelidada pela doutrina de “indisponibilidade com limitações”. Os poderes jurídicos integrantes da tutela geral de personalidade, devido ao carácter essencial, necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana, estão à partida fora do comércio, assim como são indisponíveis nas relações com os outros. Contudo reconhece-se o homem como uma complexa unidade que se autoconstrói e onde assume uma especial relevância a liberdade, enquanto poder de autodeterminação, que origina no interior da esfera pessoal de cada indivíduo “mutações juridicamente tuteladas”.⁶⁸

Acresce que os n.ºs 1 e 3 do artigo 79.º referem expressamente a expressão “lançado no comércio”, pelo que é o próprio direito positivo que reconhece a capacidade lucrativa da imagem.⁶⁹ Ou seja, a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não constitui um obstáculo à consideração do consentimento do lesado e o direito à imagem pode em princípio ser objeto de limitações voluntárias válidas nos termos do artigo 81.º do C.C.⁷⁰ Destarte, será lícita a limitação que seja voluntária, ou seja, aquela vontade de produção de efeitos jurídicos limitativos que tenha sido perfeitamente declarada e cuja formação tenha sido esclarecida e livre importando ainda que a limitação não seja contrária aos princípios da ordem pública de acordo com o n.º1 do artigo 81º do CC. As limitações assim compreendidas podem ainda ter lugar por negócio jurídico unilateral ou por contrato.⁷¹

Sendo o aproveitamento económico da imagem inegável prática socialmente aceite, a análise da respetiva natureza pode verdadeiramente assentar em dois polos opostos; nos que -

⁶⁶ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, pp. 416 e ss.

⁶⁷ CLÁUDIA TRABUCO, *ob.cit.*, p. 411.

⁶⁸ RABINDRANAH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 404 a 407.

⁶⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil Português I*, Parte Geral Tomo III, Pessoas, *ob. cit.*, pp.107 e 195.

⁷⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, por António *ob. cit.*, 215 e 216.

⁷¹ RABINDRANAH V.A CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 407 e 408.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

dualizam o direito -, v.g. o *right to privacy*⁷² de carácter exclusivamente pessoal e um *right of publicity*⁷³ de carácter patrimonial do sistema norte-americano e por influência deste do sistema jurídico francês⁷⁴ ou nos que consideram que o direito à imagem não obstante, comporta uma componente patrimonial, é o caso do nosso ordenamento jurídico, como resulta do *supra* exposto.

Consideramos evidenciar-se um paralelismo, ressalvadas as devidas diferenças concatenadas com os planos civil e constitucional, com a relevância da vontade do titular do direito na disponibilidade e autolimitação do exercício do direito à imagem. E entendemos que não podemos olvidar que do próprio conteúdo do direito resulta a disponibilidade quanto à utilização dos registos da sua imagem. Assim, a exploração económica da imagem no plano constitucional, e a autolimitação voluntária do seu exercício dentro de certos limites, corresponde ainda a uma forma de exercício desse direito, a uma forma de concretização do princípio do livre desenvolvimento da personalidade e da liberdade que é reconhecida a cada indivíduo de criar o seu próprio projeto de vida e de desenvolver os seus próprios interesses, privilegiando a autonomia privada e permitindo a realização de um dos seus mais significativos instrumentos, o negócio jurídico.

⁷² O *right to privacy* surge na publicação de um artigo de *Samuel Warren e Louis Brandeis*, como resposta ao que os autores consideraram ser uma intolerável intromissão na esfera sagrada da vida privada perpetrada pelos meios de comunicação social. Pretenderam os autores indagar se da lei existente se poderia extrair um princípio que permitisse a protecção da invasão perpetrada por jornalistas e fotógrafos. Após a análise de vários arestos concluíram que existe um princípio que pode ser invocado para proteger a privacidade das pessoas face às invasões da imprensa, fotógrafos e qualquer outro mecanismo moderno de reprodução de imagem ou sons. O direito que protege escritos pessoais e quaisquer outras produções intelectuais é o direito à privacidade (e não à propriedade) e a lei não tem qualquer outro princípio quando se estende essa protecção à aparência pessoal comentários, atos e relações pessoais e domésticas, *vide* WARREN e BRANDEIS, *The right to privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, n.º 5 December 15, 1890, [Consult. 22 Julho 2014] Disponível na Internet <http://www.english.illinois.edu/-people/-faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>

⁷³ O reconhecimento formal do *right of publicity* é normalmente traçado a partir do caso *Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum Inc.*, da decisão do *United States Circuit Court of Appeals* de 1953, *vide* J. GIRDON HYLTON, *Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum*, 2001, *Faculty Publications*. Paper 156. [Consult. 22 Julho 2014]. Disponível na Internet <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1156&context=facpub>>

⁷⁴ No direito francês o direito à imagem é configurado de forma semelhante aquela que resulta da perspetiva americana. Verifica-se uma dualização do direito à imagem que comporta dois elementos distintos: *le droit à la tranquillité* figura próxima do *right of privacy* e um direito da personalidade que reserva a cada pessoa o direito de explorar comercialmente a sua própria imagem, semelhante ao *right of publicity*. Para maior desenvolvimento sobre este ordenamento *vide* ANDRÉ BERTRAND, *Droit à la vie privée et droit à la image*, ob. cit., p.137. Também no direito italiano parte da doutrina propugna a dualização do direito à imagem e a autonomização de um perfil estritamente patrimonial similar ao *right of publicity*, entendimento que mereceu acolhimento jurisprudencial, *vide* Arianna Thiene, *L'immagine Fra Tutela Risarcitoria e Restitutória*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.º 7-8, Luglio – Agosto 2011, Anno XXVII, p.346. [Consult. 22 Julho 2014]. Disponível na Internet <<http://www.spgi.unipd.it/Repository/ngcc/2011/Thiene-NGCC7-8-11.pdf>>.

2. O CONSENTIMENTO: NATUREZA E FIM

No nosso ordenamento jurídico o instrumento jurídico pelo qual se opera a disponibilização da imagem e a sua comercialização é o consentimento. Todavia, a validade do consentimento depende de determinados requisitos e de – ao menos de acordo com a doutrina tradicional - passar o crivo da não contrariedade à ordem pública⁷⁵.

O n.º1 do artigo 79.º do C.C. determina que “ o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela (...)”. Apesar de não resultar da letra da lei a proibição da captação do retrato não consentida, a verdade é que esta deverá ser considerada como uma violação do direito à imagem. Ora, atendendo à *ratio* da norma, deverá incluir-se na sua proteção não apenas a reprodução do retrato como também a representação ou fixação da imagem independentemente da técnica utilizada.⁷⁶

Menezes Cordeiro, partindo do comando implícito no n.º1 do artigo 79º de que “ ninguém pode ser retratado sem o seu consentimento”, introduz uma graduação da autorização. Por essa via, da autorização dada para o retrato não resulta a autorização para a “exposição”, a “reprodução” ou o “lançamento no mercado”, todavia da autorização para o “lançamento no mercado”, resulta já claramente a autorização para todas as outras operações referidas.⁷⁷

O consentimento foi classificado de forma tripartida por Orlando de Carvalho, distinguindo o consentimento tolerante, do consentimento autorizante e do consentimento vinculante.⁷⁸ O consentimento pode determinar a inexistência de lesão ou a justificação desta, de acordo com o preceituado no n.º1 do artigo 81.º e artigo 340º do C.C. e n.º1 do artigo 38º do Código Penal.

⁷⁵ Em sentido contrário vide LUÍSA NETO, - *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, ob. cit., p. 862-, que perspetiva a ordem pública também como fundamento da disponibilidade.

⁷⁶ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, pp. 272 e 273. No sentido de considerar proibida a captação não autorizada da imagem veja-se ainda CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., nota n.º 230, p. 213, CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, nota 560, p. 246, que refere que o retrato não pode ser captado sem o consentimento do seu titular, fora dos casos do n.º2 do artigo 79º do Código Civil, v.g., pelos poderes sobre a pessoa reproduzida e pelos riscos de utilização abusiva resultantes da captação.

⁷⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil Português I*, Parte Geral Tomo III, Pessoas, ob. cit., p. 197.

⁷⁸ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 205. Esta classificação foi adotada por diversos autores veja-se a título de exemplo, CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 407 e ss. e 441 a 443, PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit. pp. 552 e ss., LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, ob. cit., p. 358, CLÁUDIA TRABUCO, *ob. cit.*, pp. 432 e 433.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

O consentimento tolerante, não atribui um poder de agressão, mas justifica implicitamente a mesma, será de admitir neste âmbito um desvio ao princípio da capacidade de exercício, pelo que um menor deve poder dar tal consentimento desde que tenha a suficiente maturidade para a avaliação das respetivas consequências.⁷⁹ O consentimento autorizante é constitutivo de um compromisso jurídico *suis generis*, que atribui a outrem um poder de agressão: n.º 2 do artigo 81.º do C.C. O consentimento vinculante, por sua vez, origina um verdadeiro compromisso jurídico, nomeadamente um contrato.⁸⁰

No direito penal assume especial relevância a distinção entre a autorização do titular do bem jurídico que configure uma causa de exclusão de ilicitude, e a autorização que determine a exclusão da própria tipicidade. Manuel da Costa Andrade evidencia a “heterogeneidade estrutural e a descontinuidade” com a concomitante diferenciação de regime, entre “um acordo que afasta a tipicidade” e “um consentimento que dirime a ilicitude”.⁸¹

Não é de todo despicienda esta questão no âmbito do direito civil. De facto, poder-se-á perguntar se a autorização prestada pelo titular do direito de personalidade é excludente da ilicitude ou será excludente da própria lesão?

O titular do direito à imagem detém o exclusivo da faculdade do seu aproveitamento económico. Decorre do próprio n.º1 do artigo 79.º a possibilidade do titular consentir na exposição, reprodução ou lançamento no comércio de um retrato seu. Desta forma, o consentimento prestado para a limitação voluntária do direito à imagem corresponderá ainda ao exercício do direito pelo seu titular.

Ao consentir na captação, exposição ou divulgação do seu retrato, tendo em vista fins económicos, e nos termos prescritos nos artigos 79.º e 81.º do Código Civil, o titular do direito à imagem mais não faz do que exercer o seu direito de autodeterminação sobre a sua imagem, não se verificando qualquer violação do direito. O consentimento constituiu o instrumento pelo qual a nossa lei dotou o titular do direito de personalidade, *in casu*, direito à imagem, da

⁷⁹ RABINDRANAH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, nota n.º 1040, p. 412, explicitando ainda que o consentimento tolerante corresponde a um ato jurídico unilateral, meramente integrativo da exclusão da ilicitude, que não cria qualquer direito para o agente da lesão, indicando como exemplo, o consentimento dado pelo lesado para que o seu vizinho recolha e leia a sua correspondência durante as férias, *cfr.* pp. 411 e 412.

⁸⁰ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *ob. cit.*, p.205

⁸¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991 pp. 521 e ss.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

faculdade de comercializar o seu retrato. Posto isto, o consentimento terá que se perspetivar como excludente da própria lesão e não como justificante ou excludente da ilicitude.⁸²

Capelo de Sousa identifica o consentimento que decorre do artigo 81º do C.C. com o consentimento autorizante, uma vez que determina a inexistência de qualquer ofensa em contraposição ao consentimento previsto no artigo 340º do Código Civil, que reflete a modalidade de consentimento tolerante, através do qual se opera a exclusão da ilicitude. Neste sentido o consentimento autorizante é válido se não for contrário aos princípios da ordem pública, inserindo-se, por regra, num “negócio ou ato jurídico de estrutura bilateral”, apresentando um carácter constitutivo,” pois envolve a celebração de um compromisso jurídico *suis generis*, pelo qual o titular de direitos de personalidade limita voluntariamente o exercício de tais direitos dispondo porém da faculdade de revogar tal consentimento, ainda que com obrigação de indemnizar as expectativas da outra parte.”⁸³

Pelo contrário, Paulo Mota Pinto – ainda que a propósito do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, mas cujas considerações, se aplicam *mutatis mutandis*, ao direito à imagem -, destringe o consentimento autorizante e o consentimento vinculante.

Com a autorização, acordo ou consentimento para a limitação voluntária do direito à imagem nasce para a outra parte um poder jurídico que limita aquele direito na medida correspondente. Pode verificar-se de facto um consentimento autorizante, constitutivo de um compromisso jurídico *suis generis* que concede ao destinatário um poder de agressão, embora revogável a todo o tempo nos termos do n.º2 do artigo 81º do C.C.. Não se verifica porém, nestes casos, uma quebra contratual, por não estarmos perante um contrato. Mediante este compromisso *suis generis* para limitação voluntária do direito à imagem, surge a obrigação de indemnizar, em caso de revogação da dita limitação, o destinatário da declaração, pelo “dano da confiança”, visando precisamente colocar o destinatário na situação em que estaria se não tivesse confiado na declaração de autorização.

Contudo, a disposição do direito à imagem pode cristalizar-se num autêntico consentimento vinculante que origina um verdadeiro compromisso jurídico, designadamente um contrato. Nesta situação e verificando-se uma eventual revogação do contrato por parte do titular do direito à imagem tal revogação já configurará uma rutura contratual. O consentimento vinculante confere à outra parte um verdadeiro direito e cria uma obrigação

⁸² DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, pp. 294 e 295. No mesmo sentido PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, *ob. cit.*, pp. 533 a 537. Tendo esclarecido a aceção de consentimento enquanto excludente da própria lesão, tal como estes autores, que vimos de citar, usaremos doravante indistintamente os termos consentimento e acordo.

⁸³ RABINDRANAH CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, pp. 441 e 442.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

para o titular, que em caso de incumprimento, independentemente da revogação do consentimento nos termos do n.º2 do artigo 81º do C.C. gera uma obrigação de indemnização pelo “dano de cumprimento” visando colocar o lesado na situação em que estaria se se tivesse verificado o cumprimento da obrigação válida.⁸⁴

Caso se adote a classificação tripartida do consentimento propugnada por Orlando de Carvalho o consentimento para a exploração económica da imagem assumirá a forma de consentimento autorizante ou de consentimento vinculante.

Precisamente reconhecendo a virtualidade de ordenação conceptual das situações que refletem casos de mera tolerância, daqueles que atribuem um poder, David de Oliveira Festas considera todavia que esta classificação peca por excesso de conceptualismo, e que a distinção entre consentimento autorizante e vinculante depende da vontade de vinculação do titular, que aparentemente implica que neste último caso seja excluída a livre revogação do consentimento⁸⁵

Consideramos que o maior contributo da classificação tripartida do consentimento é o de proceder à distinção entre um consentimento meramente integrativo da exclusão da ilicitude, e o consentimento que afasta a própria lesão e que desse modo corresponde ainda ao exercício do direito pelo seu titular. Assim, mais relevante do que enquadrar o consentimento em esquemas conceptuais, um pouco delimitadores, uma vez que, da autonomia privada, resulta a liberdade de modelação do conteúdo e extensão do consentimento a que podem corresponder diversas possibilidades negociais, e na esteira de David Oliveira Festas e Pedro Pais de Vasconcelos, parece-nos ser de aquilatar, a extensão, regime e eficácia da limitação consentida, pela interpretação negocial nos termos gerais, independentemente de se tratar de um negócio jurídico unilateral ou de um contrato.⁸⁶ Também Luísa Neto, explicitando que o direito à imagem implica uma disposição do corpo, como no “caso de exposição fotográfica para efeitos publicitários ou outros- inclusive de figuras grotescas”⁸⁷ refere a multiplicidade de situações que surgem no quotidiano e a impossibilidade de previsão das mesmas pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência, assumindo então especial acuidade a

⁸⁴ PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., pp. 552 a 554.

⁸⁵ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, ob. cit., p.325. Manifestamente contra a classificação tripartida do consentimento manifesta-se Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, ob. cit., p. 155, considerando tratar-se de uma falsa tricotomia. Evidencia ainda o facto de o conteúdo negocial do consentimento ser demasiado rico para ser aprisionado em três classes e finalmente critica a possibilidade que na sua perspectiva se verifica de o consentimento vinculante admitir uma espécie de negócios sobre direitos de personalidade sem a faculdade de livre revogação.

⁸⁶ IDEM.

⁸⁷ LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, ob. cit., p.649.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

“disciplina dos contratos atípicos, ou das situações relativas a direitos fundamentais atípicos”⁸⁸.

O consentimento para o aproveitamento económico da imagem, corresponde em princípio a um negócio jurídico unilateral ou a um contrato, sujeito à aplicação das regras gerais das declarações negociais.⁸⁹ Diga-se aliás que há autores, que indagam se a posição jurídica atribuída à outra parte em resultado do consentimento, pode ser objeto de transmissão a terceiros. Por regra, se nada resultar da declaração do titular dever-se-á considerar a autorização como concedida *intuitus personae*, sendo indispensável o consentimento para a transmissão a terceiros da autorização.⁹⁰

Tem-se suscitado, ainda neste âmbito, a questão relativa à natureza meramente obrigacional ou oponível a terceiros a propósito do caso em que tendo o titular autorizado alguém a usar a sua imagem, ocorrer o seu uso não autorizado por terceiro.⁹¹

A este propósito refere Pedro Pais de Vasconcelos, que a autonomia privada tendo por referência os limites do artigo 81º do C.C., permite modelar o conteúdo da autorização, ou seja, “pode ser concedida em exclusivo e com atribuição de poderes, se necessário de representação, para a defesa judicial desse exclusivo contra o uso abusivo por terceiros”⁹².

Acresce que naturalmente o consentimento para a exposição reprodução e comercialização da imagem tem que ser fruto de uma vontade livre e esclarecida para que se possa considerar válido sendo obviamente necessário que quem o preste, tenha capacidade de exercício e exprime-se por uma declaração de vontade expressa ou tácita, que não está sujeita a forma escrita.⁹³

Por outro lado, o objeto do consentimento deve ser determinado ou pelo menos determinável, conforme decorre do n.º 1 do artigo 280º do C.C, sendo em princípio

⁸⁸ IDEM, p. 650, ver quanto aos contratos atípicos PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 315 e ss. e MARIA HELENA BRITO, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 166 a 170 e 216 a 220. Relativamente aos direitos fundamentais atípicos veja-se JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, AEQUITAS Editorial Notícias, Lisboa, 1995, pp. 293 e ss.

⁸⁹ RABINDRANAH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., p. 408, nota 1022.

⁹⁰ PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 554.

⁹¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, ob. cit., p. 157 e 158.

⁹² IDEM, p. 158.

⁹³ Neste sentido, DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, ob. cit. p. 297, CLÁUDIA TRABUCO, ob. cit., p. 433, PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 539, HEINRICH EWALD HORSTER, *A parte Geral Do Direito Civil Português, Teoria Geral Do Direito Civil*, ob. cit., p. 269, RABINDRANAH CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 350 nota 873, GUILHERME DRAY, *Direitos de personalidade – Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 51 e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos 70º a 81º do Código Civil (Direitos de personalidade)* ob. cit., p. 182.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

inadmissível um consentimento ilimitado, que se traduza na prática numa verdadeira renúncia ao direito à imagem. A delimitação do objeto e conteúdo processa-se de diversas formas, designadamente do ponto de vista temporal,⁹⁴ espacial, com a previsão dos atos que poderão ser praticados, do meio utilizado, com a referência concreta aos retratos utilizados, definindo o carácter exclusivo da autorização, e em particular estipulando a finalidade⁹⁵ da utilização.⁹⁶

Na verdade, impõe-se como um real limite à eficácia do consentimento, o fim para que o mesmo foi previsto, ou seja, mesmo que lícito, o consentimento restringe-se ao que foi previsto pelo titular do direito.⁹⁷

Em termos especiais, recorrentemente se constata o aproveitamento económico da imagem de menores, mormente para fins publicitários, o que justifica desde logo, que nos debruçemos sobre a capacidade dos menores relativa ao exercício dos direitos de personalidade. Diremos que tendo em consideração a natureza dos interesses em questão, se justifica um desvio às regras gerais de suprimento de incapacidades de exercício, relativamente ao acordo para a limitação voluntária dos direitos de personalidade dos menores. Dever-se-á distinguir os casos em que o menor tenha ou não capacidade natural, ou seja, disponha do discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance das consequências resultantes da limitação voluntária do seu direito. Na situação em que o menor disponha de capacidade natural, tendo já maturidade suficiente, deverá ele próprio dar o seu acordo, uma vez que estamos perante a limitação de direitos que tutelam bens pessoais. Neste caso pode o menor opor-se igualmente ao consentimento prestado pelo seu representante, pois careceria de sentido dar relevância ao consentimento prestado contra a vontade esclarecida do seu titular.

⁹⁴ Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, ob. cit., p. 166 e Teoria Geral do direito Civil, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p.55 - explicita que o negócio de personalidade pode ser celebrado com ou sem termo. Na ausência de estipulação de termo, e não resultando do seu conteúdo uma limitação temporal, pode qualquer uma das partes proceder à sua denúncia mediante pré-aviso. De qualquer forma, e mesmo perante a estipulação de termo, o titular do direito tem sempre a faculdade de revogar o consentimento sem a necessidade de invocar justa causa e sem pré-aviso.

⁹⁵ O fim do consentimento assume uma especial relevância, tendo sido já objeto da jurisprudência Portuguesa, vide Acórdão da Relação de Lisboa (Santos Martins) de 2004-09-28, processo n.º 1086/2003-7. Andou pois bem o Tribunal da Relação de Lisboa ao concluir que a “ ampliação das fotografias do autor/apelado, por parte da ré/apelante, para cartazes, sem o prévio consentimento, daquele, e a sua afixação em locais públicos, visando beneficiar de publicidade e promoção gratuitas, traduziu-se, portanto, numa ação ilícita, dado que, nessas circunstâncias, violou o direito à imagem daquele, em especial e designadamente, a salvaguarda do direito de personalidade do mesmo, daí decorrendo, a seu favor, o direito a uma indemnização”.

⁹⁶ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, ob. cit. pp. 328 e 329, exemplificando a determinação do consentimento com a hipótese do consentimento se restringir à utilização do retrato apenas em publicidade realizada em território nacional, o contrato de merchandising em que as partes determinem os objetos que serão comercializáveis com a imagem da pessoa com a exclusão de outros objetos, o consentimento que preveja o aproveitamento publicitário de um retrato em publicações periódicas mas não na televisão, vide notas 1147,1148 e 1149.

⁹⁷ CLÁUDIA TRABUCO, ob. cit., p. 440.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Todavia quando a limitação voluntária possa, pela sua gravidade conflitar com os resultados dos poderes- deveres dos representantes legais, estes últimos, terão que assentir igualmente na dita limitação. O mesmo se verifica se a limitação voluntária se traduzir num negócio jurídico, extrapolando a mera tolerância a uma agressão de terceiro, o menor não poderá agir sem o consentimento dos seus representantes legais, requerendo-se o consentimento de ambos.⁹⁸

Quando o menor não disponha de capacidade natural, não será exigível o seu acordo, bastando para que se verifique a limitação voluntária o consentimento dos seus legais representantes. Contudo, os limites gerais das limitações voluntárias aos direitos de personalidade deverão, neste caso, ser especialmente restritivos. Neste caso, em que apenas os representantes legais podem consentir na limitação voluntária dos direitos de personalidade Paulo Mota Pinto propõe uma solução semelhante àquela que foi acolhida pelo ordenamento jurídico espanhol pela lei orgânica n.º1/1982 de 5 de Maio referente à proteção civil do direito à honra, da intimidade pessoal e familiar e da própria imagem. No n.º1 do artigo 3º deste diploma dispõe –se que o consentimento dos menores ou incapazes deverá ser prestado por eles próprios se as suas condições de maturidade o permitirem de acordo com a legislação civil. Especifica ainda o n.º 2 que nos restantes casos, o consentimento deverá outorgar-se por escrito pelo representante legal do menor, que fica obrigado a dar conhecimento prévio ao Ministério Público do consentimento projetado. Se no prazo de oito dias o Ministério Público se opuser, decidirá o juiz.⁹⁹ Assim, a notificação prévia ao Ministério Público constitui uma condição de eficácia do consentimento do representante legal do menor ou do incapaz, assim como a anuência do Ministério Público, que se presume pelo decurso do prazo de oito dias sem se pronunciar. Verificadas estas condições o consentimento do representante legal torna-se eficaz.¹⁰⁰ Os rendimentos obtidos com a limitação voluntária do direito à imagem, pertencerão ao menor, sem prejuízo no estipulado no artigo 1896º do Código Civil, embora

⁹⁸ PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., pp. 542 a 544. HORSTER, *A parte Geral Do Direito Civil Português, Teoria Geral Do Direito Civil*, ob. cit., p. 269 – considera que o consentimento na lesão não exige capacidade negocial, assim sendo, podem os menores consentir numa limitação voluntária ao exercício dos seus direitos de personalidade, quando e atendendo à gravidade do caso concreto tenham a capacidade natural suficiente para avaliar o sentido do seu ato, assumindo neste contexto especial relevância o artigo 1878º n.º2 do Código Civil. No mesmo sentido, no caso do menor sem capacidade natural, DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *ob. cit.*, pp. 305 a 307.

⁹⁹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, disponível em <http://online.lexnova.es/servicesLXOL/visordoc?signatura=96ED19547B4C46A0197D42DE2766F23D> [Consult. 22 julho 2014].

¹⁰⁰ FERNANDO HERRERO- TEJEDOR, *ob. cit.*, p. 245.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

caiba aos representantes legais exercer, perante terceiros, as ações decorrente da eventual lesão dos direitos de personalidade do menor¹⁰¹.

Destarte, o artigo 81º do Código Civil, dentro do circunstancialismo aí previsto, permite a celebração de negócios de personalidade, que têm em comum com os demais o regime geral dos atos e negócios jurídicos e de específico o regime da revogabilidade contido no n.º 2 do artigo 81º do Código Civil.¹⁰² O n.º 2 do artigo 81º permite a livre revogabilidade¹⁰³ das limitações voluntárias mediante a indemnização dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. Aliás, o cariz dos interesses em jogo atinentes aos direitos de personalidade dita um importante desvio ao princípio *pacta sunt servanda* cristalizado no artigo 406º, segundo o qual os contratos devem ser cumpridos nos exatos termos em que foram celebrados.¹⁰⁴ Pela nossa parte consideramos que deverá ser sempre admissível a revogação do consentimento. A natureza dos bens de personalidade contende com a dignidade humana, pelo que se justifica que independentemente da limitação, “o titular do direito de personalidade negocialmente limitado” mantenha a todo o tempo “a possibilidade de o recuperar”.¹⁰⁵ Quando o titular do direito de personalidade revogue unilateralmente a sua vinculação fica obrigado a indemnizar os prejuízos que com isso cause “às legítimas expectativas da outra parte.” Os abusos que se possam verificar pelo titular do direito deverão ser combatidos recorrendo ao abuso de direito.¹⁰⁶

¹⁰¹ PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 545. A publicidade realizada por crianças ou destinada a crianças encontra-se regulada no artigo 14º do Código da Publicidade e ainda no artigo 22º do Código de Conduta do ICAP em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial. Veja-se ainda quanto a esta temática as deliberações do Júri de Ética Publicitária do ICAP nos processos n.º 8 J/2002, 7 e 8 J/2012 e 10e 11J/2012, disponível em www.icap.pt

¹⁰² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, ob. cit., p. 165.

¹⁰³ MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil Português I*, Parte Geral Tomo III ob. cit., p. 107- defende tratar-se aqui, de uma verdadeira denúncia e não revogação, pois procede em situações duradouras e não tem eficácia retroativa.

¹⁰⁴ ANA PRATA, *Dicionário jurídico, direito civil, direito processual civil e organização judiciária*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 711. Neste sentido ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, ob. cit., p. 238 e HEINRICH EWALD HORSTER, ob. cit., p. 271.

¹⁰⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, ob. cit., p. 166. Inversamente vide Oliveira de Ascensão - *Direito Civil Teoria Geral*, ob. cit., pp. 94 e 95 –que a este propósito distingue, um núcleo duro, em que não é permitida qualquer limitação- uma orla- a que corresponde a matéria a que se aplica o n.º 2 do artigo 81º - e uma periferia - em que os direitos são limitáveis mas sem a suscetibilidade da revogabilidade do n.º 2 do artigo 81º. O direito à imagem seria enquadrável na “periferia” quando cubra situações em que não esteja em causa nenhum aspeto ético, e portanto nessa medida não representaria aspetos dos direitos de personalidade. Por sua vez, DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, ob. cit., pp. 373 e ss., partindo do fundamento do exercício do direito de revogar distingue as situações em que se vise a proteção de interesses de puros valores patrimoniais, caso em que não é admissível a revogação unilateral do negócio - daquelas, em que esteja em causa a proteção de valores pessoais, nas quais, a possibilidade de revogação não pode ser recusada.

¹⁰⁶ PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, ob. cit., p. 558. No mesmo sentido PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, ob. cit., p. 167.

3. A AUTOLIMITAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM

Como já vimos, o direito à imagem para além de ser previsto na Constituição na categoria de direito fundamental, configura, no Código Civil, um direito de personalidade.

O direito fundamental à imagem traduz a possibilidade de cada pessoa autodefinir a possibilidade de utilização dos registos da própria imagem e o direito à autodeterminação da imagem exterior.¹⁰⁷ Acresce que, “o respeito pela dignidade humana, pelo pluralismo democrático, pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade humana implica o reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de constrangimentos jurídicos”¹⁰⁸.

O livre desenvolvimento da personalidade implica o poder conferido a todas as pessoas de autodeterminarem as suas condutas e traçarem o seu projeto de vida, tal como lhes compete em primeira linha conciliar e ainda ajustar entre si, no uso da liberdade negocial, os seus direitos e interesses.¹⁰⁹

É neste quadro que se deve questionar a possibilidade de a pessoa dispor das suas posições jurídicas protegidas constitucionalmente, nas suas relações com terceiros, nomeadamente através da celebração de contratos relativos à sua imagem com o intuito (ou não) do seu aproveitamento económico.

Observa Jorge Novais, que a titularidade de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem, decorrendo da dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e autodeterminação individual o poder do titular dispor dessa mesma posição de vantagem no quadro da livre conformação da sua vida. A renúncia é ainda uma forma de exercício do direito fundamental, pois, a realização de um direito fundamental importa em alguma medida a faculdade de se dispor do mesmo, mesmo no sentido da sua limitação, desde que esta traduza uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, por outro lado, com a renúncia o indivíduo prossegue a concretização de fins e interesses próprios que naquele caso ele considera mais relevantes que os fins alcançáveis através de um exercício positivo do direito.¹¹⁰

¹⁰⁷ RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, Anotação ao art.26º, in JORGE MIRANDA- RUI MEDEIROS, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, ob. cit., pp. 618 e 619.

¹⁰⁸ IDEM, p.614.

¹⁰⁹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 258.

¹¹⁰ JORGE REIS NOVAIS, *Renúncia a Direitos Fundamentais*, in *Perspetivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, org. Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, vol. I, p.287.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Também Luísa Neto refere a este propósito, “a renunciabilidade é um modo de ser do direito subjetivo que não pareceria inerente à essência do mesmo (...)”¹¹¹.

Jorge Miranda referindo-se à auto-restrição e auto-suspensão de direitos, propugna que a indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos fundamentais não implica que o seu exercício seja obrigatório nem que em determinadas circunstâncias e para fins constitucionalmente relevantes, ou que não contrariem, pelo menos, os princípios do Estado Direito democrático, os seus titulares não possam aceitar a sua restrição, ou não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos.

As hipóteses de auto-suspensão não estarão vedadas pela constituição, desde que 1) sejam livremente decididas ou consentidas; 2) se encontrem reguladas por lei, quando envolvam algum poder conexo da Administração; 3) sejam limitadas no tempo; 4) sejam livremente revogáveis.

Não serão porém admissíveis situações que colidam com a dignidade humana, com os direitos insuscetíveis de suspensão em estado de sítio, com bens pessoais intimamente associados a valores comunitários e que afetem a moral, a ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática nos termos do nº2 do artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.¹¹²

Por sua vez, Gomes Canotilho explicita que a admitir-se a renúncia a direitos fundamentais esta terá sempre como condição que o titular do direito disponha do seu direito de forma livre e esclarecida. Esta questão encontra-se concatenada com a eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais e com a renúncia aos direitos de personalidade. Este autor segue uma orientação diferenciada: 1) é irrenunciável qualquer direito estruturalmente ligado à dignidade da pessoa humana; 2) os direitos fundamentais, como totalidade, são irrenunciáveis; 3) os direitos, liberdades e garantias, isoladamente considerados, são também irrenunciáveis, devendo proceder-se à distinção entre a renúncia ao núcleo essencial, que é constitucionalmente proibida, e a limitação voluntária ao exercício de direitos, aceitável sob certas condições; 4) os direitos fundamentais dos trabalhadores e das suas organizações sobretudo os atinentes a direitos liberdades e garantias dos trabalhadores são irrenunciáveis; 5) a admissibilidade de uma auto-restrição mais ampla que a restrição legal está sujeita à manutenção do núcleo essencial do direito afetado e a autolimitação voluntária ao exercício de um direito num caso concreto, pois, uma renúncia geral de exercício é inadmissível, deve

¹¹¹ LUÍSA NETO, *ob. cit.*, p. 376.

¹¹² JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos fundamentais*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 384 a 386.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

considerar-se sob reserva de revogação a todo o tempo; 6) Deve-se atender ainda ao direito fundamental concreto e ao fim da renúncia.¹¹³

Vieira de Andrade¹¹⁴ perspectiva que no quadro jurídico-constitucional, em que os direitos fundamentais têm uma dimensão objetiva e subjetiva e ultrapassada a visão liberalista se compreenda que o “primado da liberdade e o consequente princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais” dependam de algumas condições assim como lhe sejam impostos certos limites.

As condições de validade da disposição limitadora do exercício de direitos liberdades e garantias prendem-se primeiramente com a “autenticidade e genuinidade da manifestação de vontade”¹¹⁵. A renúncia, o acordo, o consentimento só pode ser considerada relevante na matéria de autolimitação de direitos fundamentais se proceder de uma vontade livre e esclarecida. A limitação deve ser temporalmente limitada e livremente revogável ainda que com a obrigação de indemnizar, sobretudo no âmbito contratual.

Coloca-se ainda o “problema dos limites que a ordem jurídica pode estabelecer à autolimitação quanto ao exercício dos direitos fundamentais, em função de valores superiores da comunidade”¹¹⁶. Há assim que atender aos limites imanentes que decorrem do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais e aos limites estabelecidos por lei restritiva, na medida em que tal seja adequado, necessário e proporcional para a salvaguarda de valores comunitários.

Devem igualmente considerar-se as diferenças entre os vários direitos fundamentais, pois o problema da disponibilidade coloca-se especialmente nos “direitos-direitos”¹¹⁷. Verifica-se igualmente uma diferença entre aqueles direitos relativos a bens individuais, cujo conteúdo, âmbito ou grau de proteção é estabelecido primacialmente em função da vontade do titular como é o caso do direito à imagem, e aqueles outros atinentes a bens que embora pessoais, constituem ou estão intimamente ligados a valores comunitários. Apesar desta distinção o problema do grau de disponibilidade não se resolve em abstrato mas ponderando as circunstâncias dos casos concretos.

Por último devem considerar-se as “diferentes situações relacionais em que se pode produzir a autolimitação”. Nas relações entre iguais, e mediante uma vontade livre e

¹¹³ J.J GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003 pp. 464 e 465.

¹¹⁴ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 308 a 314

¹¹⁵ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 308 e 309.

¹¹⁶ IDEM, p. 311.

¹¹⁷ Vieira de Andrade designa de “direitos-direitos”, os direitos sobre bens pessoais.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

esclarecida, os limites substanciais da autolimitação são “os impostos pelo respeito do núcleo essencial dos direitos (a dignidade da pessoa humana) ou de valores comunitários básicos”.¹¹⁸

Verifica-se que a maioria dos autores não utiliza no que concerne a esta temática a expressão “renúncia” julgamos que o afastamento desta expressão deriva da sua associação ao significado que a mesma assume no direito civil, contudo, não tem que existir qualquer correspondência entre o conceito civil e o conceito constitucional de renúncia¹¹⁹. Pelo que entendemos, recorrendo à designação propugnada por Jorge Reis Novais, que a renúncia se refere “ (...) a esse poder individual de dispor das posições jurídicas próprias tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição de protecção do indivíduo face às entidades públicas (...)”¹²⁰.

Obviamente, e tendo em consideração que nos ocupamos da disposição do direito à imagem com vista à sua exploração económica, a renúncia relevante é principalmente a que se verifica nas relações entre os particulares.

Benedita Mac Crorie, abraçando o conceito de renúncia enunciado por Jorge Reis Novais¹²¹ e defendendo a vinculação direta *prima facie* dos particulares aos direitos fundamentais, identifica como condições da renúncia, a voluntariedade da declaração da renúncia e a capacidade para dispor sobre posições subjetivas de direitos. Apesar de a renúncia estar sujeita à maioria das regras relativas às declarações negociais, a especificidade constitucional impõe alguns desvios às regras do direito civil. Desde logo justificam-se tais desvios quanto à declaração negocial, que não se basta com a aparência de vontade, e quanto à interpretação da declaração negocial, que na renúncia deverá pautar-se por uma regra mais subjetivista. A especificidade da renúncia reflete-se ainda no regime dos vícios da vontade no sentido de aumentar as possibilidades de invocação da invalidade da declaração. Deverá ainda a verificação do requisito da voluntariedade obedecer a critérios mais exigentes. Quanto à capacidade, em princípio a capacidade negocial de exercício constituirá um indício da capacidade para dispor sobre posições subjetivas de direitos fundamentais, podendo porém os maiores de dezasseis anos ser capazes de consentir, se lograrem compreender o sentido e alcance da sua decisão¹²². Para esta autora, assumem especial relevância na ponderação a realizar da validade da renúncia nas relações entre particulares o princípio da dignidade da

¹¹⁸ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 312 a 314.

¹¹⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Renúncia a Direitos Fundamentais*, *ob. cit.*, p. 270.

¹²⁰ IDEM, p. 271.

¹²¹ BENEDITA MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 25.

¹²² BENEDITA MAC CRORIE, *ob. cit.* pp. 117 a 137.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

pessoa humana, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso e ainda a maior ou menor disponibilidade dos direitos a que se renuncia.¹²³

Quanto à “ordem pública”, apontada como limite intransponível, da renúncia, autolimitação ou auto-suspensão dos direitos fundamentais perfilhamos as posições adotadas por Luísa Neto e Jónatas Machado, pois consideramos que não se pode pura e simplesmente transpor para a ordem constitucional as regras da ordem civil. Neste âmbito teria que se averiguar qual a “posição relativa em que se encontram os direitos e interesses que a ordem pública visa acautelar feita a partir de critérios valorativos de natureza constitucional”¹²⁴ e desta forma a “ordem pública” poderia ser “também fundamento para a disponibilidade”¹²⁵.

III. A RELEVÂNCIA DA ORDEM PÚBLICA ENQUANTO LIMITE CONTRATUAL

1. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE ORDEM PÚBLICA NOS CONTRATOS RELATIVOS À EXPLORAÇÃO ECONÓMICA DA IMAGEM NO SISTEMA JUDICIAL PORTUGUÊS

Como já tivemos oportunidade de explicitar, o consentimento está sujeito aos limites do artigo 81º do C.C, que explicita que “a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”. Ora, os negócios jurídicos que limitem voluntariamente os direitos de personalidade estão evidentemente sujeitos ao regime geral do negócio jurídico pelo que se deve interpretar o artigo 81º do C.C. em consonância com o artigo 280º C.C., de forma a considerar que também a lei e os bons costumes constituem limites aos negócios jurídicos de personalidade.

Perante este conceito indeterminado de contornos imprecisos, e na ausência de qualquer definição legal teremos primeiramente que buscar preencher a noção de ordem

¹²³ IDEM, pp. 227 e ss.

¹²⁴ JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002 também neste sentido BENEDITA MAC CRORIE, ob. cit., p. 268.

¹²⁵ LUÍSA NETO, ob. cit., p. 475.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

pública. Como primeira delimitação do conceito poderemos desde já considerar que a ordem pública aqui em causa é a ordem pública interna e já não a internacional.¹²⁶

Esta ordem pública remete para um conjunto de princípios injuntivos e valores essenciais do ordenamento. Todavia, há princípios e valores que nela convergem que se encontram desprovidos de acolhimento positivo. É uma cláusula de salvaguarda com carácter residual¹²⁷ e surge destarte como “ lugar geométrico” de um conjunto de princípios ou valores a assegurar e proteger.”¹²⁸

Carlos Mota Pinto define a ordem pública como “ o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”¹²⁹

Trata-se de um instrumento do interesse público, determinado por uma comunidade, e reflete por regra os princípios fundamentais da respetiva constituição, cabendo-lhe ainda “erigir a ponte entre a Lei e a Moral”.¹³⁰ “ A Ordem Pública, como constelação de valores carentes de concretização, fundada no Bem Comum e na utilidade colectiva, dirigida à protecção da Comunidade, comunga aqui com a Moral (bons costumes) e com a Lei injuntiva a função de delimitar o âmbito material da autonomia privada”¹³¹.

Perante a mutação temporal destes conceitos, torna-se tarefa ingrata e infrutífera a enumeração dos princípios que neles confluem¹³².

¹²⁶ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I (artigos 1.º a 761.º) 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p.110. Relativamente à ordem pública internacional vide ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A Mudança de Paradigma*, Almedina, Coimbra, 2013, pp.518 e ss., escrevendo que “ a reserva da ordem pública internacional é habitualmente definida como um limite à aplicação do direito estrangeiro competente ou ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, quando o resultado da intervenção da lei estrangeira seja manifestamente incompatível com os princípios fundamentais do Estado do foro ou com as suas concepções ético-jurídicas fundamentais”.

¹²⁷ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *A ordem pública no direito dos contratos*, Separata, RFDUP, Ano IV, Coimbra Editora, 2007, pp. 290 e 291.

¹²⁸ IDEM, p.291.

¹²⁹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p.557 e 558. Partindo desta definição, serão contrários à ordem pública os “contratos amordaçantes”, que limitam desmesuradamente a liberdade pessoal ou económica de uma das partes, as convenções sobre tráfico de votos, as convenções pelas quais alguém se obrigue a expor o seu corpo ou o de outrem a danos voluntários não justificados, p.158. JOSÉ OLIVEIRA ASCENÇÃO- *Direito Civil Teoria Geral, volume II acções e factos jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p.320 - rejeita que os contratos que exijam esforços desmesurados ao devedor sejam contrários à ordem pública uma vez que a injustiça do conteúdo integrará um vício autónomo.

¹³⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 343.

¹³¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, ob. cit., pp. 155 e 156.

¹³² Com o auxílio da doutrina, podemos apontar alguns exemplos da sua eventual violação. Assim, - DAVID DE OLIVEIRA FESTAS - *Do Conteúdo Patrimonial do direito à Imagem*, ob. cit., pp. 320 e 321- considera v.g. que da conjugação da cláusula da ordem pública e da cláusula dos bons costumes, resulta a proscrição, desde logo, dos negócios jurídicos que impliquem uma renúncia ao direito à imagem, dos negócios jurídicos que limitem

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

De facto, atentando na técnica legislativa de que o legislador se socorreu nesta matéria, podemos concluir que se pretendeu atribuir ao juiz a missão de, casuisticamente, preencher e concretizar a noção da ordem pública em busca da realização plena do sentido último do direito, a corporificação da justiça material no caso concreto.¹³³

Constata-se porém, na jurisprudência portuguesa, que o conceito de ordem pública não tem sido aplicado como fundamento decisório relevante em matéria contratual, de tal forma que se afigura “ que a ordem pública é, no direito privado luso, uma noção reduzidamente explorada e pouco menos que exangue”.¹³⁴

Na verdade a ordem pública raramente é referida como critério decisivo nas sentenças dos nossos tribunais. São assim escassas as decisões que se alicerçam na ordem pública como seu fundamento, de que citamos a título meramente exemplificativo:

- o Acórdão do STJ de 09.07.1991, referente à estipulação de uma cláusula de renúncia antecipada por parte do credor¹³⁵;

- o Acórdão do STJ de 24.03.1992, que caracteriza a norma do artigo 440º do Código Comercial enquanto reflexo da ordem pública¹³⁶;

- o Acórdão do STJ de 31.03.1993, que exclui da noção de contrariedade à ordem pública e aos bons costumes a fixação no âmbito de um contrato de arrendamento de uma renda anormalmente baixa, ainda que as partes tenham querido o resultado de um negócio jurídico típico diverso daquele que celebraram¹³⁷;

- o Acórdão do STJ de 17.02.2009, que refere a ordem pública enquanto limite à autonomia privada. Em apreço encontrava-se a situação de um contrato-promessa de compra e venda de um imóvel em que apesar da promitente compradora estipular o preço de 8.000.000\$00 e como pagamento, a título de sinal, a quantia de 1.000.000\$00, estipula igualmente que o restante do preço previsto, ou seja, 7.000.000\$00, tendo em conta o exercício do direito de preferência, poderá ser pago em espécie, com obras de arte ou outras

excessivamente a liberdade pessoal em termos tais que possam ser considerados como contratos de opressão, assim como os negócios jurídicos que impetrem um aproveitamento económico da imagem manifestamente contrário à dignidade humana, Por sua vez RABINDRANAH CAPELO DE SOUSA - *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., p. 256 (notas) 590 e 591- fornece o seguinte exemplo quanto à violação da ordem pública (caso do consentimento de um retratado para que o seu retrato fosse identificado como representando outrem), ao passo OLIVEIRA DE ASCENSÃO -*Direito Civil Teoria Geral*, ob. cit., p. 93- esclarece que já não disporá contra a reserva da ordem pública alguém que autorize a utilização da própria imagem em cena ousada de um filme.

¹³³ CARNEIRO DA FRADA, *A ordem pública no direito dos contratos*, ob. cit., p. 290.

¹³⁴ IDEM.

¹³⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, tirado no processo 080657 (MIGUEL MONTENEGRO).

¹³⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, tirado no processo 081898 (CURA MARIANO)

¹³⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, tirado no processo 082730 (SAMPAIO DA SILVA).

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

de valor estimativo, mais estipulando que a celebração do contrato definitivo, pelo valor que melhor convier à segunda outorgante, deverá ocorrer logo que a promitente vendedora entregue a documentação necessária à escritura, definindo-se para o efeito um prazo de 30 dias. O Acórdão veio explicitar que o princípio da autonomia privada exige que a liberdade reconhecida às partes de livre estipulação não se reflita num clausulado de que resulte um proveito tão excessivo de uma das partes face à outra que revele um exercício abusivo da própria liberdade contratual pois este princípio não permite que à sua sombra uma das partes possa tirar do negócio à custa da outra, um proveito que fere o mais elementar sentido de justiça e de razoabilidade. Desta forma, e se não configurasse uma situação de nulidade por indeterminabilidade, a situação *sub judice* sempre revelaria o exercício abusivo do princípio da autonomia privada e esse exercício abusivo seria contrário à ordem pública (n.2 do artigo 280.º do Código Civil)¹³⁸;

- o Acórdão do STJ de 06.05.2010, que conclui que uma condição aposta num contrato que iniba os cedentes de moverem qualquer processo judicial contra a adquirente, desde que alheio ao cumprimento ou incumprimento das obrigações assumidas no contrato, é manifestamente contrária à ordem pública, uma vez que limita incontestável e incondicionalmente o princípio constitucional da garantia de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, plasmado no art. 20º da Constituição da República, bem como no art. 2º do Código de Processo Civil¹³⁹.

Se centrarmos a nossa atenção especificamente no âmbito dos direitos de personalidade, a aplicação prática do critério da ‘ordem pública’ é ainda de alcance mais reduzido e diminui mais ainda no que concerne ao tema que nos ocupa - exploração económica do direito à imagem – ocupando, no entanto, uma posição claramente determinante o Acórdão do Supremo Tribunal Justiça de 25.10.05. sobre o qual adiante se versará.

O diminuto rol de decisões jurisprudenciais atinentes à ‘ordem pública’ também se justifica considerando que “antes de se perguntar se um negócio ou cláusula negocial é contrária à ordem pública e aos bons costumes, importa indagar primeiro se tal negócio ou cláusula não está ferido de nulidade por força de qualquer um desses preceitos especiais”¹⁴⁰.

¹³⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça tirado no processo 09A141 (SALAZAR CASANOVA).

¹³⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, tirado no processo 1687/03.8TBFAR-A.E1.S1 (ALBERTO SOBRINHO).

¹⁴⁰ BAPTISTA MACHADO, Anotação ao acórdão do STJ de 7.12.83, RLJ, ano 120, n.º 3755 p. 62.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

A ordem pública tem um carácter subsidiário, consubstanciando uma cláusula de recurso¹⁴¹, a que se pode, não raro, chegar por aproximação.

Por essa razão, e por ser efetivamente através das decisões dos nossos tribunais que o Direito adquire uma dimensão real, enquanto aplicado a situações concretas, precisando os direitos das partes e dirimindo os conflitos, entendemos ser vantajosa a referência às decisões judiciais mais relevantes no âmbito do direito à imagem. Assim, são de 1977 - período que Menezes Cordeiro identifica como sendo de “reconhecimento pontual”, ainda que claudicante¹⁴², na tipificação da evolução da jurisprudência portuguesa atinente aos direitos de personalidade – os seguintes arestos:

- No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19.11.1977, a questão submetida ao tribunal traduziu-se na utilização por um partido político de cartazes eleitorais com a imagem de crianças a brincar no recreio de uma escola pública. Veio porém o tribunal considerar que não era necessário qualquer consentimento, porquanto considerou que a fotografia havia sido tirada num local público. Ainda que se possa colocar em causa a bondade da decisão, não deixa esta de constituir um marco na nossa jurisprudência¹⁴³;

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.11.1977, no qual o tribunal decidiu que não poderia ser exibida em público a fotografia de um quadro a óleo sem autorização do retratado ou dos seus herdeiros¹⁴⁴;

No período compreendido entre 1983 e 1992 - que Menezes Cordeiro designa de implantação¹⁴⁵ - somos a salientar os Acórdãos que infra se discriminam:

- O já referido Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 6/84, não julgou inconstitucionais as normas constantes da alínea g) do artigo 187.º e alínea d) do artigo 213.º do Regulamento dos Transportes em Automóveis, aprovado pelo Decreto n. 37 272, de 31 de Dezembro de 1948, que prescreviam a obrigação do pessoal se apresentar ao serviço devidamente uniformizado e barbeado, punindo, em caso de incumprimento de tal estatuição, o respetivo infrator. Nesta decisão o conceito de direito à imagem do artigo 26.º da Constituição da República é assimilado com aquele que decorre do artigo 79.º do Código Civil, do qual se extrai que “a proteção legal da imagem tem a ver não com o aspecto da

¹⁴¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil Teoria geral, volume II, Acções e factos jurídicos*, ob. cit. pp. 320 e 321.

¹⁴² MENEZES CORDEIRO, *Os Direitos de personalidade na civilística Portuguesa*, ob. cit., pp. 1245, 1246 e 1249.

¹⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, tirado no processo 0012348 (FERREIRA DA ROCHA).

¹⁴⁴ Acórdão da Relação de Lisboa (ALVES BRANCO), CJ, Ano II, 1997, T.V. 1055-1056.

¹⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, *Os Direitos de Personalidade na Civilística Portuguesa*, ob. cit., pp. 1245, 1246 e 1250.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

pessoa e a imagem que dela se tenha, mas sim e apenas com a imagem no sentido de retrato, seja em pintura, simples desenho, fotografia, slide ou filme, impedindo a sua exposição ou o seu lançamento no comércio, sem autorização do retratado, ou das pessoas citadas no n.º 2 do artigo 71.º do mesmo Código, se este já tiver falecido, dispensando-se o consentimento nos casos especiais que o n.º 2 do citado artigo 79.º contempla. Destarte, tal artigo tem em vista proteger a pessoa contra a utilização abusiva da sua imagem, não visando a concessão de um direito, bem distinto daquele, como o da pessoa determinar a sua própria aparência externa, que é sem dúvida um direito a acolher, mas que não pode ser isento de limitações, designadamente as que tenham por objeto a proteção dos direitos dos outros, impedindo a sua ofensa.” O Acórdão integra o direito de autodeterminação da aparência física no direito geral de personalidade, admitindo a sua limitação ou restrição no âmbito do exercício de determinadas profissões e, *in casu*, “no direito de ser atendido por quem se apresente com uma aparência higiénica, não repulsiva, pelo seu aspecto de desmazelo, desleixo, falta de limpeza e de decoro”¹⁴⁶;

- o Acórdão do STJ de 24 de Maio de 1989, que versou sobre a publicação, por um jornal de distribuição nacional, de uma fotografia não consentida de uma pessoa desnudada na praia do Meco, tendo o Supremo decidido que, ao não ser a dita publicação subsumível no n.º2 do artigo 79º, tal prática era ilícita¹⁴⁷.

A partir de 1993 - período denominado por Menezes Cordeiro de aplicação corrente¹⁴⁸ - verifica-se de facto um incremento jurisprudencial atinente ao direito à imagem. Porém, apenas referiremos alguns dos acórdãos mais significativos, excluindo desde logo, aqueles que apesar de concatenados com o direito à imagem se prendem com questões atinentes ao direito laboral ou processual penal. Desta forma, cite-se a título meramente exemplificativo os acórdãos seguintes:

¹⁴⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 6/84 -”I - O direito à imagem garantido no artigo 26º, n. 1 , da Constituição visa proteger a pessoa contra a utilização abusiva da sua imagem e não se confunde com o direito da pessoa determinar a sua aparência exterior. II - O direito a determinação da aparência externa inclui-se no direito geral da personalidade, que a Constituição consagra com limitações, designadamente as consentidas pelo artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de algum modo em ligação com o artigo 18.º n. 2, da Constituição. III - A limitação ao direito de determinar a aparência externa imposta pelo decoro e respeitabilidade não está viciada de inconstitucionalidade, pois não viola qualquer direito específico do direito geral de personalidade que a Constituição consagra.”

¹⁴⁷Acórdão do Supremo Tribunal De Justiça, tirado no processo 077193 (SOLANO VIANA) (BMJ, n.º 387, 1989, 531-537.

¹⁴⁸MENEZES CORDEIRO, *Os Direitos de personalidade na civilística Portuguesa*, ob. cit., pp. 1245, 1246, 1250 a 1256.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

- O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.02.2002, a propósito da exploração económica não consentida da imagem de um jogador de futebol ¹⁴⁹;

- O Acórdão do tribunal da Relação de Lisboa de 12.10.2006, referente à utilização não consentida de fotografia do autor para ilustrar a publicidade da ré ¹⁵⁰;

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães TRG de 02.03.2010, no qual os pais de uma menor propuseram uma ação em resultado da utilização não consentida da fotografia da sua filha menor que havia participado num desfile etnográfico e cuja fotografia inicialmente reproduzida num jornal a propósito da festa em que esta participou viria posteriormente a ser utilizada num folheto publicitário de um supermercado ¹⁵¹.

Já quanto a acórdãos relativos ao direito à imagem em que se pondera a aferição da violação do conceito indeterminado da ordem pública, é imperioso mencionar os seguintes:

- No Acórdão do STJ de 8.11.2001, que ficou conhecido como caso *Panini*, analisou-se a validade do negócio celebrado entre a *Panini* Portugal Editores Lda. mediante autorização da Federação Portuguesa de Futebol, com o Sindicato de Jogadores de Futebol para edição de cromos da seleção e dos retratos dos jogadores. Do contrato de cessão de direitos, decorria para a *Panini* o direito exclusivo à utilização e reprodução da imagem dos jogadores profissionais em algumas coleções de cromos e *tradecards*. Contudo a Ré/Recorrente, sem autorização, comercializou uma coleção de cromos com o mesmo objeto da coleção produzida pela autora *Panini*, contendo igualmente imagens dos jogadores.

Apesar de a *Panini* ver a sua pretensão deferida pela primeira instância e pelo Tribunal da Relação de Lisboa, o STJ considerou que os jogadores pretenderam transmitir o direito à imagem ao sindicato e que “tais cedências genéricas do direito à imagem não podem deixar de configurar um negócio proibido.” “Com efeito «como direito fundamental da personalidade, incluído no rol dos direitos liberdades e garantias, o direito à imagem é um “direito pessoalíssimo”, que não pode ser alienado nem exercido por outrem”. O STJ considerou que os jogadores cederam genérica e abstratamente o direito de explorar a sua imagem o que equivale à transmissão do próprio direito à imagem que, pela sua natureza de direito especial de personalidade é pessoal, intransmissível e relativamente indisponível sendo apenas possível a autorização para a utilização de certa ou certas imagens concretamente definidas ou determinadas. Concluiu o STJ pela nulidade tanto do negócio celebrado entre os jogadores e o

¹⁴⁹Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, tirado no processo 0033387 (SANTOS MARTINS).

¹⁵⁰Acórdão do Tribunal Relação de Lisboa, tirado no processo 239/2006-7 (ARNALDO SILVA).

¹⁵¹Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, tirado no processo 453/08.9TBPTL.G1(GOUVEIA BARROS).

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Sindicato como do negócio celebrado entre este último e a *Panini*, em virtude de o objeto ser legalmente impossível, contrário à lei e contrário à ordem pública e aos bons costumes nos termos do n.º 1 do artigo 81º e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 280º ¹⁵².

- No Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24.02.2005, foi decidido o caso *Velli*. A autora/apelada era representante exclusiva do futebolista *Velli* com quem negociara o direito de explorar diretamente os direitos inerentes à sua imagem ou ceder a sua exploração a terceiros. Entretanto o jogador celebrou um contrato de trabalho desportivo com a ré/apelante tendo-se verificado igualmente a celebração entre a autora/apelada, o jogador e a ré/apelante de um contrato de cedência dos direitos de imagem emergentes da atividade de futebolista profissional do jogador. Após a rescisão do contrato de trabalho desportivo, e porque se encontravam em dívida valores acordados no contrato de cedência de imagem, a sociedade representante do jogador *Velli* recorreu aos tribunais tendo sido a ré/apelante condenada no pagamento peticionado em primeira instância. O Tribunal da Relação de Évora adotou na íntegra a argumentação expandida no acórdão do STJ de 08.11.2001, (caso *Panini*) a que nos referimos tendo concluído que “a transmissão, do direito de imagem, ainda que parcial, limitada ao plano desportivo, é nula por ofensa da ordem pública (art.º 280º n.º 1 e 2 e 81 n.º 1 do CC), porquanto não se reporta à disponibilidade de uma concreta imagem mas sim a toda e qualquer imagem do jogador no plano desportivo. E mais se determinou no aresto que ” tanto o contrato de cedência do direito de imagem celebrado entre o Jogador e a apelada como o contrato em apreço (também de cedência do direito de imagem) celebrado entre a apelada e apelante, com intervenção do próprio jogador, são nulos e de nenhum efeito por ofensa da ordem pública nacional n.º 1 do art. 81º n.º 1 e 280º do CC” ¹⁵³.

Desta decisão do Tribunal da Relação de Évora foi interposto recurso para o STJ, que veio a resultar na prolação do Acórdão do STJ de 25.10.2005, em que se salientou a diferença fundamental entre a cedência do direito à imagem e a cedência da respetiva exploração comercial. Na economia da argumentação assumiu uma especial relevância a conceção segundo a qual “o direito à imagem, em si, enquanto direito de personalidade, é inalienável, mas a exploração comercial da imagem de alguém não o é, podendo ser feita pelo próprio titular desse direito directamente ou por intermédio de outrem, ou por outrem com o seu consentimento. Pelo que um contrato de cedência do próprio direito à imagem seria efectivamente nulo por contrário à ordem pública, nos termos dos artigos 81º, n.º 1, e 280º, n.º

¹⁵² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (QUIRINO SOARES) CJ/STJ, 2001, T.III,113-115.

¹⁵³ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, tirado no processo 2788/04-3 (BERNARDO DOMINGOS).

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

2, do Código Civil, mas o mesmo não se passa em relação à cedência daquela exploração comercial, que a lei expressamente permite. “

Ora, partindo desta premissa a perspetiva do STJ veio a ser obviamente diversa da alcançada pelo Tribunal da Relação de Évora, considerando que do contrato realizado “não resulta a perda do direito à imagem pelo próprio titular mas apenas uma limitação provisória da exploração comercial da mesma enquanto desportista, tal não choca a ordem pública, e, não constituindo subtracção genérica do direito à imagem do desportista, é a forma de possibilitar a este, como titular desse direito, que, por sua vez, também aufera por essa via benefícios económicos para ele próprio, ao receber uma contraprestação pela cedência do direito àquela exploração comercial.” Esta linha de argumentação levou a concluir que “ não se vê em que possa ofender a ordem pública a exploração comercial dessa imagem por entidade distinta do respectivo titular, por um período de tempo limitado, permitida por lei quanto aos praticantes desportivos sem a restrição que em face do disposto no art.º 79º, n.º 1, do Cód. Civil, se possa entender existir para as pessoas em geral, e livremente consentida pelo titular do direito à imagem”, pelo que concomitantemente foi revogada a decisão perfilhada nesta matéria pelo Tribunal da Relação de Évora¹⁵⁴.

- No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.12.2007, não obstante a matéria de facto *sub Judice* apresentar grandes semelhanças com a do caso *Panini*, foi seguido o caminho traçado pelo Acórdão do STJ de 25.10.2005, tendo o tribunal considerado “que através do contrato celebrado” os autores jogadores profissionais não alienaram o direito à sua imagem. Apenas concederam a terceiro, por um período limitado no tempo, um determinado aproveitamento da sua imagem, da qual continuam a ser os titulares e da qual continuam a gozar e fruir, para além da limitação, socialmente adequada, constante no negócio.” Subsumindo-se a situação na autolimitação permitida pelo artigo 81º do Código Civil, entendeu-se como não verificada a violação da ordem pública¹⁵⁵.

2. ANÁLISE EXEMPLIFICATIVA DE CONTRATOS RELATIVOS À IMAGEM

A limitação voluntária do direito à imagem não é em geral vedada por lei, correspondendo a exploração económica da imagem ainda a uma dimensão do exercício do próprio direito à imagem.

¹⁵⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, tirado do processo 2577/05 (SILVA SALAZAR).

¹⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, tirado no processo 7379/2007-2 (JORGE LEAL).

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

No entanto, e como vimos, a relevância do consentimento e o limite da validade do acordo encontram-se delineados pela ordem pública. E estes limites à liberdade contratual operam em relação não apenas aos contratos típicos, como aos contratos atípicos. “A Ordem Pública faz de certo modo a ponte entre a lei e a moral”¹⁵⁶ é porém uma “moral de substituição”¹⁵⁷ pelo que se deverá enquadrar enquanto critério de mérito na moral¹⁵⁸.

A Constituição não refere expressamente o bem jurídico da ordem pública enquanto fundamento autónomo de restrição de direitos liberdades e garantias, contudo o mesmo deve considerar-se” implícito numa ordem constitucional livre e democrática, desde que devidamente compreendido” pois o mesmo deve significar “ na vivência social concreta, o ponto óptimo de equilíbrio de todos os direitos e interesses consagrados na lei fundamental, que não de apenas de alguns deles”¹⁵⁹.

Contudo, não se pode invocar a ordem pública numa perspetiva de proteção “do homem contra si próprio” ou pretender restringir a autodeterminação com base num conceito objetivo de dignidade humana” limitando com a “tirania da dignidade” a possibilidade do titular do direito dispor da sua imagem e proceder à sua exploração económica.¹⁶⁰ Ou seja, se é verdade que a dignidade humana integra o conceito de ordem pública, há porém que aferir a noção de dignidade humana constitucionalmente relevante.

Gomes Canotilho afirma que a dignidade humana é uma das esferas “constitutivas da República Portuguesa” o que implica a ponderação do princípio material de dignidade humana que se traduz no “princípio antrópico que alberga a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas hominis*”, “do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu projecto espiritual”¹⁶¹ A dignidade da pessoa humana traduz a ideia de “comunidade constitucional inclusiva” e enquanto “ núcleo essencial da República” não é compaginável com “verdades ou fixismos” políticos religiosos ou filosóficos¹⁶².

Também Jorge Miranda evidencia que a dignidade humana não é aquela que tem como referência um qualquer homem abstrato, pelo contrário é a dignidade humana do

¹⁵⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob. cit. p.343. Sobre o tema ver ainda LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*, ob. cit., pp. 341 a 345.

¹⁵⁷ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *IDEM* p. 345.

¹⁵⁸ *IBIDEM*, pp. 315 a 345.

¹⁵⁹ JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, ob. cit., pp. 856 e 857.

¹⁶⁰ PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva da vida privada*, ob. cit. pp. 547 e 548.

¹⁶¹ JJ. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 225.

¹⁶² *IDEM*, pp. 225 e 226.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

homem e da mulher, da pessoa individual e concreta considerada no seu quotidiano, e que importa o respeito pela sua liberdade e autonomia¹⁶³.

Nesta perspetiva a noção de dignidade humana “surge necessariamente contextualizada, e relativizada, não no sentido de que se lhe atribua menos valor, mas no sentido de que ao seu valor – máximo – correspondem ou podem corresponder diferentes configurações¹⁶⁴”.

Acresce ainda que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consagra um direito de liberdade do indivíduo quanto a modelos de personalidade, que integra um “direito à diferença”¹⁶⁵.

Por outro lado, a doutrina tem salientado a afirmação de uma vertente objetiva dos direitos fundamentais, não se limitando as normas que consagram direitos fundamentais a atribuir posições subjetivas, mas configurando-se como normas que refletem decisões valorativas importantes e que estendem a sua eficácia para além daquela subjetivação, questão esta concatenada com o problema da eficácia horizontal, que não tem reunido consenso em termos doutrinários¹⁶⁶.

Da consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade, na dimensão de liberdade geral de ação, enquanto corolário da dignidade humana, extrai-se uma tutela constitucional da autonomia privada e dentro desta da sua vertente mais significativa, a liberdade contratual¹⁶⁷.

Jorge Bacelar Gouveia refere precisamente a liberdade contratual como direito fundamental atípico atinente ao direito das obrigações¹⁶⁸.

Já Ana Prata reconduz a autonomia privada apenas à liberdade negocial, excluindo deste conceito qualquer outra forma de liberdade privada ou jurídica privada¹⁶⁹. Partindo da constatação da inexistência de qualquer norma da Constituição que preveja de forma expressa a autonomia privada conclui pela insustentabilidade de aplicação ao “princípio inserto no

¹⁶³ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, ob. cit., pp.199 e ss.

¹⁶⁴ LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo*, ob. cit., p. 501

¹⁶⁵ PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, ob. cit., p. 157.

¹⁶⁶ IDEM, p. 187 e 188. Relativamente à eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada, veja-se JJ.GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., pp. 1285 a 1295, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, ob. cit., pp. 298 a 306 e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, ob. cit. pp. 247 a 264 e BENEDITA MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações Entre Particulares*, ob. cit., pp.191 a 214.

¹⁶⁷ PAULO MOTA PINTO, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, ob. cit., pp. 212 a 217.

¹⁶⁸ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, ob. cit., p. 411.

¹⁶⁹ ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 1982, p.13.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

artigo 405º do C.C.,” do específico regime constitucional dos direitos liberdades e garantias”¹⁷⁰.

Em suma, e parafraseando Gomes Canotilho e Jónatas Machado, “Os direitos de personalidade pretendem, acima de tudo, constituir-se como espaços de livre desenvolvimento da personalidade e não como manifestações de uma dada ordem de valores homogénea e heterónoma. As suas fronteiras pretendem impedir ou limitar agressões e intromissões não desejadas por parte do Estado e de terceiros e não condicionar as possibilidades de expressão realização e florescimento dos seus titulares. No cerne dos direitos, liberdades e garantias encontra-se a ideia de que os mesmos se caracterizam pela sua densidade subjetiva autónoma, no sentido de que cabe ao seu titular a tomada das decisões fundamentais nesse domínio.”¹⁷¹

Ora, longe vão os tempos em que não eram reconhecidos interesses de índole patrimonial ao direito à imagem nem tão-pouco a possibilidade da sua exploração económica, porquanto a utilização da imagem para fins publicitários era perspetivada como pouco dignificante. Atualmente a utilização da imagem para fins publicitários é comum, traduzindo o normal exercício do direito pelo seu titular ainda que naturalmente dentro dos condicionalismos legais aplicáveis. É o caso paradigmático v.g. de Cristiano Ronaldo, imagem de diversas marcas nacionais e internacionais - pois são várias as empresas que desejam que os seus produtos sejam associados à sua imagem como forma de promoção.

Todavia, existem outros tipos de contratos, em que o direito à imagem está indubitavelmente em causa, cuja aceitação não é unânime - é o caso dos *reality shows* que tem merecido a atenção da doutrina estrangeira e nacional.

A verdade é que os *reality shows* suscitam várias questões de índole constitucional relativas ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, à liberdade de expressão, à liberdade de programação e liberdade de radiodifusão, contudo limitaremos a nossa perspetiva no que concerne à autolimitação do direito à imagem.

Apesar de não existir qualquer decisão judicial dos tribunais portugueses atinente a este formato de programas televisivos e de não termos logrado analisar os precisos termos contratuais que fixam os direitos e obrigações das partes, atendendo à discussão gerada em torno deste tipo de programas, consideramos relevante a sua análise.

O *Big Brother* é um *reality show*, em que os concorrentes vão viver voluntariamente para uma casa, mais concretamente para a “casa mais vigiada do país” na qual os concorrentes

¹⁷⁰ IDEM, pp. 213 e 217.

¹⁷¹ J.J. GOMES CANOTILHO/JÓNATAS E.M. MACHADO,” *Reality Shows e Liberdade de Programação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 57 e 58.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

estão permanentemente a ser filmados em todas as divisórias da referida casa, à qual estão confinados. Nesta medida, traduz-se no “despojamento de forma praticamente total, do controlo sobre a captação e a divulgação”¹⁷² da imagem dos concorrentes, durante um determinado período de tempo, que corresponderá à participação do concorrente no concurso televisivo. O *Big Brother* sempre foi alvo de críticas no suposto sentido de garantia da dignidade humana dos participantes porquanto, a permanente exposição, o isolamento do exterior, a pressão das nomeações e de uma eventual expulsão reduziria os participantes a verdadeiras marionetas. Nesta perspetiva, apesar da decisão livre dos participantes, a dignidade humana, impediria que os participantes renunciassem à sua condição de sujeito, o *Big Brother* ultrapassaria desta forma, os limites constitucionais.¹⁷³

Não concordamos com as críticas *supra* referidas, nem tão pouco que a “ordem pública” enquanto integrada por uma perspetiva objetivista de dignidade humana, possa fundamentar a limitação da disponibilidade do direito à imagem pelos seus titulares neste tipo de programas¹⁷⁴. Desde logo, porque o conceito de dignidade humana não se encontra aprisionado dentro de uma conceção mundividencial homogénea e heterónoma, sobre o sentido existencial e ético da vida e desse modo não pode ser o instrumento de imposição de um “absolutismo valorativo”. A dignidade humana alberga necessariamente diferentes conceções compatíveis com a variedade de ontologias¹⁷⁵.

Tem que se ter em consideração que” a construção de uma retórica de restrição aos direitos, liberdades e garantias com base na dignidade humana assenta numa base demasiado geral, abstrata e manipulável para poder ser juridicamente operativa de acordo com as exigências de certeza, segurança e controlabilidade que caracterizam o ordenamento jurídico¹⁷⁶.”

Por outro lado, o direito geral de personalidade traduz-se no poder ”de conduzir autónoma, consciente e responsabilmente a sua vida, em conformidade com as convicções constitutivas da identidade pessoal e reveladas pela assunção, por cada pessoa, da sua história

¹⁷² BENEDITA MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, ob. cit. p.298.

¹⁷³LUÍS VASCONCELOS ABREU, *Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular*. O caso do Big Brother, RMP, ano 26, n.101 p. 115.

¹⁷⁴ Refere JÓNATAS MACHADO - *Liberdade de Expressão*, ob. cit., p.858 - “ a necessidade de um conceito material de ordem pública, que não de um conceito meramente formal, incompatível com a sua utilização indiscriminada como remissão para uma ordem de valores extra-constitucional, ou como forma de racionalização autoritária de qualquer restrição aos direitos , liberdades e garantias”.

¹⁷⁵J.J. GOMES CANOTILHO/JÓNATAS E.M. MACHADO ob. cit. pp. 47 e 48.

¹⁷⁶ IDEM, p. 48.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

de vida em toda a sua insubstituibilidade e contingência”,¹⁷⁷ ou seja, e dito de outra forma, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade impõe o respeito pela liberdade que cada indivíduo tem de traçar o seu caminho e edificar o seu projeto de vida assim como o respeito pelas suas motivações.

Os participantes do *Big Brother* transformaram-se em figuras mediáticas, tendo muitos deles visto o seu leque de oportunidades sociais, culturais, profissionais aumentado exponencialmente. Não podemos pois configurar os participantes do *Big Brother* como vítimas de um atentado à dignidade humana, pois só um programa deste género os poderia catapultar para a sua atual vida. Foi pois um meio para a concretização do seu projeto de vida e sempre se poderá considerar que, de uma forma geral, a participação neste tipo de programa modificou positivamente a vida dos concorrentes possibilitando a realização de projetos dificilmente alcançáveis sem a sua exposição num *reality show*.

Ainda quanto a esta questão, chamamos à colação a opinião que sustentamos acerca do âmbito de aplicação do n.º 3 do artigo 79º, defendendo que o mesmo apenas é aplicável às situações previstas no n.º 2 desse artigo, porquanto consideramos que o titular do direito à imagem poderá acordar na divulgação do seu retrato da qual resultem prejuízos não elevados para a sua honra, reputação ou simples decoro¹⁷⁸, sem se verificar um atentado à dignidade humana e por via disso a violação da ordem pública.

Numa perspetiva constitucional, o direito à imagem é um direito que implica a configuração de bens individuais, cujo conteúdo, âmbito ou grau de proteção constitucional é estabelecido primacialmente em função da vontade do titular¹⁷⁹. Nestes programas a declaração de vontade de renúncia é realizada pelo próprio titular do direito, fruto de uma vontade livre e esclarecida. Por outro lado os concorrentes estão cientes de todas as implicações inerentes à sua participação e a renúncia é temporalmente delimitada e revogável a todo o tempo, tendo os concorrentes a faculdade de abandonarem o concurso televisivo se assim o entenderem, sem qualquer tipo de consequência¹⁸⁰.

Não se pode justificar a inconstitucionalidade dos *reality shows* com base numa visão paternalista “de proteção do indivíduo de si próprio” com fundamento na dignidade humana, visto que esta pressupõe o respeito pela liberdade e autonomia pessoal, na edificação do

¹⁷⁷ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”*, *Ensaio Sobre Um Caso de “Constitucionalização”* do Direito Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 127.

¹⁷⁸ Neste sentido vide CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, ob. cit., p. 255 nota 589.

¹⁷⁹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 312.

¹⁸⁰ BENEDITA MAC CRORIE, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, ob. cit., p. 299.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

projeto de vida.¹⁸¹ Por outro lado, só se justificará uma intervenção estadual no sentido de “proteger o indivíduo de si próprio” quando este “não esteja em posição de cuidar de si ou quando estejam em risco as suas possibilidades de “autodeterminação futura”¹⁸².

Luís Vasconcelos Abreu considera aliás que se deve deslocar a questão do plano da invalidade do consentimento para a colocar no plano de uma possível justificação para uma proibição de natureza administrativa com fundamento na contrariedade aos bons costumes ou à ordem pública porém conclui “que se afigura difícil, sem cair num certo absolutismo de valores, que não deixa lugar para conceções diferenciadas nem para a livre decisão individual, proibir algo que reflete tão bem a sociedade em que vivemos”¹⁸³.

Acresce que é incontornável o enfraquecimento da ordem pública enquanto obstáculo intransponível no âmbito contratual o que se prende aliás com a sua mutabilidade, numa sociedade pluralista, os seus contornos são especialmente diluídos, mesmo porque se constata em relação a várias situações as designadas “vagas de consentimento, em que a permissão de lesão é dada genericamente por toda uma sociedade, em determinado circunstancialismo histórico e social”¹⁸⁴.

Nestes termos, não nos parece, que tais contratos sejam nulos por contrariedade à ordem pública¹⁸⁵. Aliás, partindo das mesmas premissas consideramos não contrariarem a ordem pública aqueles contratos, em que os titulares limitam o seu direito à imagem por um determinado período, como sucede com vários atores que para a representação de determinadas personagens, alteram por um período de tempo a sua aparência física, desde que tais alterações não envolvam ofensas à integridade física gravosas ou possivelmente letais. São inúmeros os exemplos: o ator *Matthew Fox*, famoso por interpretar o personagem *Jack* na série *Lost*, emagreceu 18 kg quilos e ganhou muita massa muscular para representar um serial killer no filme '*Alex Cross*'; a atriz *Charlize Theron* alterou o seu aspecto físico, engordou 13 kg e raspou as sobrancelhas para representar a serial killer *Aileen Wuornos* no filme '*Monster - Desejo Assassino*, em 2001; a atriz *Renée Zellweger* engordou 13 kg para representar a

¹⁸¹ LUÍS VASCONCELOS ABREU, *ob. cit.*, p. 116.

¹⁸² BENEDITA MAC CRORIE, *ob. cit.*, p. 185.

¹⁸³ IDEM p. 118.

¹⁸⁴ LUÍSA NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, *ob. cit.* p. 417.

¹⁸⁵ No mesmo sentido PAULO MOTA PINTO, *A limitação voluntária do direito à reserva da vida privada*, *ob. cit.* pp. 549 e 550 nota 48. Com opinião diversa, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS -*Direito de Personalidade*, *ob. cit.*, p.165-”Reprováveis e ilícitas nos parecem já outras práticas que se traduzem no aviltamento público da dignidade de pessoas em meios de comunicação social, normalmente na televisão, nos chamados “reality shows” como modo de obtenção de lucro e de ganho económico. É duvidoso que o simples consenso e ganância material, na ausência de outros valores, seja suficiente para fundar a licitude das ofensas à dignidade necessariamente envolvidas”.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

personagem principal do filme *'Bridget Jones'*. Neste tipo de situações não se encontra apenas em causa a autodefinição pelo titular do direito da captação e divulgação da sua imagem, mas coloca-se aqui em questão a outra dimensão do direito à imagem, qual seja a da autodeterminação da própria imagem. Há aqui que fazer equivaler à auto-lesão a heterolesão consentida.

De facto, como já tivemos oportunidade de referir na primeira parte deste trabalho, a representação cénica constitui uma forma de reprodução mediata da imagem. Na verdade, verifica-se uma maior permissividade quanto à disponibilidade do direito à imagem nos casos de representação de personagens - v.g. não se considera atentatório da ordem pública o acordo mediante o qual alguém permite a utilização da sua imagem em cenas ousadas de um filme¹⁸⁶ - mas contudo já obviamente gerará mais polémica, a permissão da utilização da imagem em cenas ousadas, quando se trate da imagem própria e não da imagem de uma personagem. Ainda que a utilização do próprio corpo possa em si ser considerada como suporte de obra, no âmbito da representação de personagens o direito à imagem surge concatenado com o direito de liberdade de criação artística previsto no artigo 42º da Constituição. Jorge Miranda refere que a liberdade de criação artística consubstancia “uma manifestação do próprio desenvolvimento da personalidade” e “pressupõe autonomia da pessoa na determinação do objecto, da forma, do tempo e do modo de qualquer obra artística, literária e científica, sem interferência de qualquer poder público ou privado”¹⁸⁷.

Assim, também nestes casos de heterodeterminação da própria imagem, a declaração de renúncia é realizada pelo titular do direito de forma livre e esclarecida e com a consciência das suas implicações, parecendo-nos ser válido o consentimento ou declaração de renúncia por não contrariedade à ordem pública, e correspondendo tais limitações do direito à concretização de um projeto de vida.

Em conclusão, não poderá uma visão totalitária e tirânica da dignidade humana, escudada numa conceção formal de ordem pública, investir contra alegados monstros gigantescos que afinal se revelam moinhos de vento, tal qual o desditoso cavaleiro Dom Quixote de la Mancha de Cervantes.

¹⁸⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, ob. cit. p., 93.

¹⁸⁷ JORGE MIRANDA, Anotação ao -“ artigo 42º-” in JORGE MIRANDA- RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit. p.923.

CONCLUSÕES

Em suma, e sintetizando o que já se disse:

1. Na sociedade hodierna, o progresso tecnológico potencia cada vez mais a divulgação e a exploração da imagem marcando uma constante evolução de valores e prioridades sociais, aos quais todas as pessoas, mesmo que inconscientemente, são sensíveis e permeáveis.

Vimos que importa proceder à delimitação do termo ‘imagem’, dada a sua amplitude original. Apesar da epígrafe do artigo 79º do CC mencionar o direito à imagem, em bom rigor o mesmo disciplina antes o retrato, ou seja a representação visual da pessoa e não a imagem em si. Assim, incluem-se no conceito legal de retrato que decorre do artigo 79º CC apenas as representações visuais da imagem de uma pessoa, que poderão fixar-se em vários suportes, desde a tela, ao papel, película, ou mais recentemente, em suporte digital. Crucial para a caracterização do retrato será a identificabilidade e a recognoscibilidade, sendo de adotar quanto a estes critérios, uma posição abrangente, bastando para o efeito, o reconhecimento pelas pessoas do círculo íntimo. Por outro lado, em determinadas circunstâncias, a reprodução mediata pode igualmente configurar um retrato como é o caso do sócia ou da representação cénica.

2. Já verdadeiramente o ‘direito à imagem’ encontra previsão no artigo 26.º da nossa lei fundamental, conjuntamente com outros direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal, a que correspondem vários direitos de personalidade tipificados no Código Civil.

Contudo, não consideramos existir identidade entre o conceito de imagem que decorre do artigo 26º da CRP e o que resulta do artigo 79º do CC. De facto, o conceito constitucional é mais abrangente e inclui não só o direito do titular controlar a captação e reprodução do seu retrato detendo em exclusivo a possibilidade da sua disponibilização – *rectius*, da sua exploração económica -, mas também o direito à autodeterminação da imagem exterior.

No plano do direito civil, a lei e a doutrina referem-se a um direito subjetivo geral de personalidade e a vários direitos subjetivos especiais de personalidade. O direito geral de personalidade encontra assento no artigo 70º do Código Civil e os direitos especiais de personalidade nos artigos 72º a 80º do mesmo diploma legal, de entre os quais, e no que nos diz respeito, o direito à imagem.

O direito à imagem sofre aqui uma verdadeira cisão kantiana, pois o artigo 79º consagra a proteção da representação da imagem - em rigor, retrato - conferindo em exclusivo

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

ao titular do direito à imagem, a faculdade de difundir ou publicar o seu retrato ou de impedir a sua captação, reprodução ou publicação por um terceiro. O n.º2 do artigo referido discrimina as restrições à necessidade de consentimento à divulgação do retrato e o n.º3 impede a reprodução exposição ou lançamento no comércio do retrato quando resultar prejuízo para a honra, reputação e simples decore da pessoa retratada, exceção que cuidamos ser apenas aplicável às situações previstas no n.º2.

Por sua vez o direito à autodeterminação da imagem exterior decorre do direito geral de personalidade consagrado no artigo 70º do CC, e aqui está em causa não a representação da imagem – *id est*, o retrato -, mas a imagem em si mesma considerada.

Para além da tutela constitucional e civil – e da pontual proteção penal e em normas avulsas -, e independentemente das teses atinentes ao direito à imagem - ou seja quer se dualize o direito, à semelhança do *right of publicity* norte-americano, que reconhece um direito de carácter patrimonial, ou quer se considere que o direito à imagem apesar de ser um direito pessoal comporta uma componente patrimonial -, a possibilidade de aproveitamento económico da imagem é inegável e corresponde a uma prática comum que não é objeto de contestação na nossa sociedade. Aliás, esta constatação convoca o reconhecimento de uma dimensão patrimonial neste direito de personalidade, fruto de uma prática social corrente. A comercialização corresponderá, outrossim, a uma forma de exercício do direito.

3. Ao consentir na captação, exposição ou divulgação do seu retrato, tendo em vista fins económicos, e nos termos prescritos nos artigos 79º e 81º do Código Civil, o titular do direito à imagem apenas exerce a faculdade que lhe é atribuída de dispor da representação da própria imagem, não se verificando qualquer violação do direito. O instrumento jurídico pelo qual se opera a disponibilização da imagem e a sua comercialização é o consentimento, o qual, para ser válido, tem que obedecer às regras gerais das declarações negociais e segundo a doutrina tradicional passar o crivo da não contrariedade à ordem pública.

O consentimento, desta forma, terá que se perspetivar como excludente da própria lesão e não como justificante ou excludente da ilicitude. Mas caso se adote a classificação tripartida do consentimento propugnada por Orlando de Carvalho o consentimento para a exploração económica da imagem assumirá a forma de consentimento autorizante ou de consentimento vinculante.

Ora, atendendo às diversas possibilidades negociais decorrentes da autonomia privada, parece-nos ser preferível aferir a extensão, regime e eficácia da limitação consentida, por

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

meio da interpretação negocial nos termos gerais, independentemente de se tratar de um negócio jurídico unilateral ou de um contrato.

4. O consentimento está obviamente sujeito às regras gerais do negócio jurídico quanto à formação da vontade, capacidade de exercício e determinabilidade do objeto, exprimindo-se por via de uma declaração de vontade expressa ou tácita, que não está sujeita a forma escrita. Com efeito, o consentimento afasta-se das regras gerais do negócio jurídico, quanto ao regime da revogabilidade, uma vez que o consentimento prestado deverá ser sempre suscetível de revogação pelo titular do direito, mediante a indemnização dos prejuízos causados às expectativas da contraparte.

Acresce que as limitações voluntárias ao exercício do direito à imagem têm ainda como limite a não contrariedade à ordem pública.

Resulta desde logo do próprio conteúdo do direito fundamental à imagem a faculdade do titular autodefinir a utilização dos registos da sua imagem, pelo que a exploração económica da imagem no plano constitucional e a autolimitação voluntária do seu exercício dentro de certos limites corresponde ainda a uma forma de exercício desse direito, a uma forma de concretização do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, da liberdade que cada indivíduo tem de criar o seu próprio projeto de vida e de desenvolver os seus próprios interesses. Daí decorre o reconhecimento constitucional da autonomia privada e em especial da liberdade negocial.

5. A ordem pública interna constitui um limite à autonomia privada e à liberdade negocial, na medida em que nela confluem os direitos e valores essenciais que edificam o sistema jurídico, e como alicerces que erigem o ordenamento são assegurados no interesse do Estado e da comunidade, mesmo em detrimento das convenções particulares, cujo conteúdo ofenda esses princípios.

A ordem pública é, porém, um conceito que carece de preenchimento e de concretização pois inexistente uma definição legal, cabendo ao juiz a missão de, casuisticamente, preencher e concretizar a noção da ordem pública em busca da realização da justiça material. Na jurisprudência portuguesa, o conceito de ordem pública não tem sido aplicado como fundamento decisório relevante em matéria contratual. Constitui um marco fulcral o acórdão do STJ proferido em 25/10/2005, no processo 05A2577, no âmbito do caso Velli cuja orientação é seguida pelo recente acórdão da Relação de Lisboa de 18/12/2007 proferido no Processo 7379/2007-2. Na verdade, a perspetiva perfilhada no referido acórdão do Supremo

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

Tribunal de Justiça superou a jurisprudência limitativa que havia sido firmada a propósito do caso *Panini*.

Não pode no entanto esquecer-se que a ordem pública tem um carácter subsidiário, consubstanciando uma cláusula de recurso e de salvaguarda do sistema, delimitando a relevância do consentimento para a autolimitação voluntária do direito à imagem, uma vez que o negócio jurídico em que se consubstancia não pode conduzir a resultados considerados intoleráveis por violação dos princípios que enformam o ordenamento jurídico. É o que sucede, desde logo, se o negócio jurídico se traduzir na violação da dignidade humana, princípio integrante do conceito de ordem pública.

Contudo, não se pode invocar a ordem pública numa perspetiva de proteção “do homem contra si próprio” ou pretender restringir a autodeterminação com base num conceito objetivo de “dignidade humana”. O conceito de dignidade humana não se compagina com uma qualquer noção abstrata de homem virtuoso, pelo contrário refere-se ao homem individual e concreto do quotidiano, e aglomera uma pluralidade de ideologias, filosofias, opiniões e concepções de vida não impondo qualquer “absolutismo valorativo”. Do próprio direito ao desenvolvimento da personalidade resulta um direito à diferença e a impossibilidade de imposição de modelos de personalidade e obriga ao respeito pela liberdade que cada indivíduo tem de traçar o seu caminho e edificar o seu projeto de vida assim como o respeito pelas suas motivações. Do direito ao desenvolvimento da personalidade extrai-se, ainda, uma tutela constitucional da autonomia privada que abrange, na sua vertente mais significativa, a liberdade contratual. A liberdade contratual é um direito fundamental atípico e, como tal, deverá ser aplicado o regime dos direitos, liberdades e garantias ao princípio que decorre do artigo 405º do CC.

Consideramos que o titular do direito à imagem poderá acordar na divulgação do seu retrato mesmo que dessa divulgação resultem prejuízos (por si valorados como) não elevados para a sua honra, reputação ou simples decoro sem se verificar um atentado à dignidade humana e/ou, por via disso, a violação da ordem pública.

Numa perspetiva constitucional, o direito à imagem é um direito cujo conteúdo, âmbito ou grau de proteção constitucional é estabelecido primacialmente em função da vontade do titular.

Sendo a ordem pública um conceito variável e uma cláusula de salvaguarda do sistema, apenas poderá ser chamada à colação quando os negócios jurídicos, que traduzem o consentimento, acarretem para uma das partes resultados intoleráveis, atendendo aos

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

princípios e valores fundamentais do ordenamento jurídico. Não constitui um limite autónomo, mas relacional, atendendo aos direitos fundamentais em causa e sem que se possa limitar injustificadamente a autonomia privada e a liberdade contratual.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Luís Vasconcelos, *Limitação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mediante o acordo do seu titular. O caso do Big Brother*, RMP, ano 26, n.101, 2005, pp. 113 a 118.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Anotação ao artigo 199º do Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte especial, Tomo I, artigos 131 a 201º, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- ANTUNES, Ana Filipa Morais, *Comentário aos Artigos 70º a 81º Do Código Civil - Direitos de Personalidade*, Editora Universidade Católica, Lisboa, 2012
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Teoria Geral I*, 2º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito civil Teoria Geral, volume II, Acções e factos jurídicos*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- BERTRAND, André, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, Paris, 1999.
- BRITO, MARIA HELENA, *O Contrato de Concessão Comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Almedina, Coimbra, 1990.
- CABRAL, Rita Amaral, *O direito à intimidade da vida privada (Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil)* in “Estudos em memória ao Prof. Doutor Paulo Cunha”, Faculdade de Direito da universidade de Lisboa, Lisboa 1989, pp. 373 a 406.
- CANOTILHO, J.J. GOMES e MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, “Reality Shows” e Liberdade de Programação, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, 6ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coord. Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, Coimbra Editora, Coimbra 2012.
- CORDEIRO, António Menezes, *Os Direitos de personalidade na civilística Portuguesa*, in ROA, Ano 61, vol. III, Dezembro de 2001, pp. 1229-1256.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado do Direito Civil Português I*, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, Almedina, Coimbra, 2004.
- Dicionário da Língua portuguesa, Porto Editora, Porto, 2004.
- DRAY, Guilherme, *Direitos de personalidade – Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

- FESTAS, David de Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *A ordem pública no direito dos contratos*, Separata RFDUP, Ano IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 289- 300.
- GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, A Mudança de Paradigma, Almedina, Coimbra, 2013.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Os Direitos Fundamentais Atípicos*, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1995.
- HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO, *Honor, Intimidad y propia Imagen*, 2ª Edición, Colex, Madrid, 1994.
- HORSTER, Heinrich Ewald, *A parte Geral Do Direito Civil Português, Teoria Geral Do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992.
- HYLTON, J. Girton, *Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps ChewingGum*, 2001, *Faculty Publications*. Paper 156. [Consult. 22 julho 2014]. Disponível na Internet <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1156&context=facpub>>
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código civil anotado, Volume I* (artigos 1.º a 761.º), 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- LUMBRALES, Nuno B. M., *O Direito à Palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual em processo penal*, in ROA, Ano 2007, Ano 67- Vol. II, Setembro de 2007, pp. 683-729.
- MAC CRORIE, Benedita, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Almedina, Coimbra, 2013.
- MACHADO, João Baptista, *Anotação ao acórdão do STJ de 7.12.83*, RLJ, ano 120, n.º 3755, 1987-1988, pp. 54- 64.
- MACHADO, Jónatas, *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- MEDEIROS, Rui e CORTÊS, António, anotação ao “Artigo 26º” in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, Direitos Fundamentais, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- MIRANDA, Jorge “Artigo 42º” in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- NETO, Luísa, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Renúncia a Direitos Fundamentais*, in *Perspetivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, org. Jorge Miranda, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, vol. I., pp.263-335.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”*, *Ensaio Sobre Um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

O direito à imagem como objeto contratual: limitações decorrentes da ordem pública

- PINTO, Paulo Mota, *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, Portugal-Brasil Ano 2000, (Studia Iuridica 40), Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1999 pp. 149 - 246
- PINTO, Paulo Mota, *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp.527-558.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- PRATA, Ana, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 1982.
- PRATA, Ana *Dicionário jurídico, direito civil, direito processual civil e organização judiciária*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1998.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- SUEIRO, Maria E. Rovira, *El derecho a la propia imagen*, Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito, Colección Estudios de Responsabilidad Civil, Editorial Comares, Granada, 2000.
- THIENE, Arianna *L'immagine Fra Tutela Risarcitoria e Restitutoria*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.º 7-8, Luglio – Agosto 2011, Anno XXVII, p.346. [Consult.22 Julho 2014]. Disponível na Internet <<http://www.spgi.unipd.it/Repository/ngcc/2011/Thiene-NGCC7-8-11.pdf>>.
- TRABUCO, Cláudia, *Dos contratos relativos à imagem* “ Revista o Direito”, Ano 133, 2001, II., pp. 389- 459
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do direito Civil*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010.
- WARREN e BRANDEIS, *The right to privacy*, Harvard Law Review, Vol. IV, n.º5 December 15, 1890, [Consult. 22 Julho 2014] Disponível na Internet <<http://www.english.illinois.edu/people/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>>