



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Direito de Imagem do Praticante Desportivo

A imagem do atleta no contexto dos videojogos

David José Valente Bastos

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Direito de Imagem do Praticante Desportivo

A imagem do atleta no contexto dos videojogos

David José Valente Bastos

Orientador: Professor Doutor Nuno Sousa e Silva

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

À minha amada irmã.
À minha lutadora mãe.
Ao meu idolatrado pai.

*“A aparência não esconde a essência, mas antes
revela-a: ela é a essência.”*

in *O Ser e o Nada* de Jean-Paul Sartre (1943)

AGRADECIMENTOS

“A gratidão é o único tesouro dos humildes.”

- William Shakespeare

Sem prejuízo da dedicatória anteriormente feita, cumpre-me, como filho e irmão, reiterar o profundo agradecimento que carrego comigo por ter sido abençoado com pais zelosos e incansáveis, e uma irmã leal e iluminada. Um dia, um sábio disse-me que ser pai ou mãe é a relação mais injusta e incondicional da natureza humana: darão sempre mais do que aquilo que recebem, sem nunca cobrarem tal feito. Dívida essa que jamais serei capaz de retribuir, mas que tentarei, toda a vida, compensar com orgulho. À minha mãe, rosto da resiliência, ancora inamovível em qualquer tormenta, o meu sentido obrigado. O teu colo, ao som da “Canção de Embalar” será sempre o meu lugar de amparo. Ao meu pai, símbolo da integridade, dedicação, e plenitude, agradeço o bom exemplo, pois a minha determinação em tornar-me um homem de princípios parte de ti, da tua conduta, do teu amor, da tua amizade. À minha querida irmã endereço o maior agradecimento de todos, por inocentemente me ter ensinado valores que não se buscam ou adquirem, mas que se constroem: a partilha, o companheirismo, a fraternidade, o amor.

Como neto, gostaria de endereçar palavras de encarecido agradecimento aos meus avós paternos e avó materna. Quanta pena sinto por não poder beber da vossa sabedoria vida fora! Lembrar-vos-ei com enorme carinho, reconhecimento e saudade. Estarei eternamente grato pelo caloroso trato a que me habituaram, e por ensinarem aos meus pais os princípios que eles diretamente me inculcaram. Ao meu avô materno, o meu “avô do Céu”, que apesar de nunca ter sido corporeamente presente na minha vida, me observou, guiou, e protegeu etereamente. Espero que daí, do teu assento sideral, estejas orgulhoso do teu neto. Assim como eu tenho orgulho de o ser.

Citando o poeta britânico William Blake “a ave constrói o ninho, a aranha a teia, e o homem a amizade”. Parte da minha construção pessoal, também se deve às amizades que fui moldando, e que me moldaram, ao longo do meu percurso. Aos meus “irmãos de armas”, destas e de outras lutas, o meu sincero e sentido agradecimento. Que as

vicissitudes da vida nos permitam continuar a acompanhar as vitórias e derrotas de cada um de nós, sempre com a convicção que ao nosso lado estará um ombro amigo.

Profissionalmente existem pessoas das quais jamais me olvidarei. Ao Dr. Sérgio, um especial agradecimento por me ter dado a chance de o acompanhar no Tribunal Arbitral do Desporto e de entrar em contacto com a vertente prática do Direito. Espero um dia poder repetir esse gesto com um futuro aprendiz. Ao Dr. Tiago, ao meu patrono Dr. José Ricardo, e a toda a prestável e coesa equipa da RBMS & Associados, a minha profunda gratidão. Por confiarem no meu potencial, por me inculcarem os valores e conhecimentos adequados e necessários ao exercício da Advocacia, pela crítica construtiva ao meu trabalho e por fazerem do escritório um local idóneo e agradável para o desenvolvimento da minha carreira. Honrarei a oportunidade com dedicação e compromisso.

Por fim, um sincero agradecimento ao meu Orientador, Professor Doutor Nuno Sousa e Silva. Primeiramente, por toda a paciência demonstrada no processo. Em segundo lugar, pela norteação na busca de um propósito objetivo para a presente dissertação. E por último, pela atenta e exímia supervisão, e por garantir que o trabalho final é digno de ser apresentado.

RESUMO/ABSTRACT

Resumo: A presente dissertação tem como escopo a análise do direito de imagem do praticante desportivo no âmbito da indústria dos videojogos. Esta indústria de entretenimento não fica alheia ao crescente mediatismo dos intervenientes desportivos, e existem algumas problemáticas resultantes do facto de as personagens virtuais, fruto da crescente capacidade de criação tridimensional, se assemelharem cada vez mais aos atletas representados.

Primeiramente é enquadrado o regime geral do direito de imagem no ordenamento jurídico português, e discute-se de que forma é possível operar a transmissão do direito de imagem. De seguida, faz-se uma breve referência ao ordenamento jurídico espanhol e estado-unidense. Por fim é explorada a relação do direito de imagem com os videojogos, especialmente no que concerne a simuladores desportivos, com a finalidade de proceder a uma análise sobre algumas das questões emergentes deste ponto de contacto.

Palavras-chave: Direito. Imagem. Desporto. Videojogos.

Abstract: The goal of analysis of the present dissertation is the image right in the scope of the videogames industry. This entertainment industry is not unaware of the growing media coverage of sports players, and there are some conflicts with the artistic creation of virtual characters that, as a result of the growing capacity for three-dimensional creation, increasingly resemble the represented athletes.

Firstly, the general regime of image rights is framed in the Portuguese legal system, and how is it possible to operate the transmission of the image right. Then, a brief reference is made to the Spanish and United States legal system. Finally, the relationship between image rights and videogames is explored, especially with regard to sports simulators, with the purpose of analyzing some of the issues emerging from this point of contact.

Keywords: Image. Right. Sport. Video games.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| AGRADECIMENTOS | 5 |
| RESUMO/ABSTRACT | 7 |
| LISTA DE ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS E SINÓNIMOS | 9 |
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. DIREITO DE IMAGEM | 13 |
| 1.1 CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL | 15 |
| 1.2 TUTELA CIVIL | 16 |
| 1.3 TUTELA PENAL | 20 |
| 2. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE IMAGEM | 22 |
| 2.1 INTRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO | 23 |
| 2.2 ADMISSIBILIDADE DA CEDÊNCIA DE EXPLORAÇÃO COMERCIAL DA IMAGEM | 25 |
| 2.3 ADMISSIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO | 26 |
| 3. BREVE REFERÊNCIA A OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS | 28 |
| 3.1 DIREITO ESPANHOL | 28 |
| 3.2 DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA | 31 |
| 4. O DIREITO DE IMAGEM DO PRATICANTE DESPORTIVO E OS VIDEOJOGOS | 33 |
| 4.1 BREVE ENQUADRAMENTO DO FENÓMENO | 33 |
| 4.2 CONFLITO ENTRE DIREITO DE IMAGEM E LIBERDADE DE EXPRESSÃO | 34 |
| 4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE CASOS ALUSIVOS À QUESTÃO CONTROVERTIDA | 42 |
| 5. CONCLUSÃO | 47 |
| BIBLIOGRAFIA | 49 |

LISTA DE ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS E SINÓNIMOS

§ – Parágrafo

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Apud – Junto de; através de

Art(s). – Artigo(s)

CBS – Columbia Broadcasting System, Inc.

CC – Código Civil

CCB – Código Civil Brasileiro

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. – Confronte, confira ou conforme

CP – Código Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição ou Editora

EA – Electronic Arts

EUA ou USA – Estados Unidos da América

FIFA – Fédération Internationale de Football Association

Ibidem – No mesmo lugar

NBA – National Basketball Association

NCAA – National Collegiate Athletic Association

NFL – National Football Association

N. ° – Número

LO – Ley Orgánica 1/1982

LPI – Ley de Propriedad Intelectual (Ley 1/1996)

Ob. Cit. – Obra Citada

Ss. – Seguintes

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Vide – Ver

INTRODUÇÃO

A sociedade hodierna, principalmente se nos situarmos a partir da segunda metade do século XX, sofreu um avassalador desenvolvimento tecnológico, extensível à grande maioria das ramificações da atividade humana. Através da conceção de novos dispositivos, o Homem inaugurou uma nova era, nomeadamente no que concerne à captação e edição de imagem, técnicas essas que se tornaram mais eficazes, eficientes, pormenorizadas e estéticas, contribuindo para que a transmissão de imagem se tenha destacado enquanto veículo de informação altamente difusível criando um verdadeiro sentido de “aldeia global”, que permitiu ao ser humano acompanhar, em direto, ou em diferido, os diversos acontecimentos que compõem a dinâmica evolutiva do nosso planeta.

O Desporto, fenómeno simbioticamente ligado à dimensão social, económica, e cultural da vida humana, não ficou alheado desse mesmo progresso científico. Hoje, a tecnologia possibilita-nos assistir a uma pluralidade de modalidades desportivas, de diferentes contextos competitivos, países e continentes. Permite-nos admirar, ou até idolatrar atletas ou intervenientes desportivos, que, se em outros tempos eram figuras com um mediatismo mais regionalizado, hoje em dia estão ao alcance de um simples telemóvel, de um televisor ou computador, aparelhos esses que compõem o inventário de bens do comum agregado familiar, pelo menos em países desenvolvidos.

Um exemplo paradigmático da cosmopolização do Desporto surge na pessoa do ex-atleta norte-americano de basquetebol, Michael Jordan, descrito por muitos adeptos como um atleta de maior dimensão do que a própria modalidade que praticou. As suas características enquanto atleta, elevaram-no a um patamar astronómico, de visibilidade planetária. A sua exposição mediática tornou-o naturalmente apetecível a diversas empresas que despenderam avultadas quantias de forma a poderem contar com os serviços do atleta (e, indissociavelmente, com a sua imagem) nas suas campanhas publicitárias e restantes estratégias de promoção dos seus produtos.

Michael, o atleta, rapidamente se transformou em Jordan, a marca. Como prova objetiva desse sucesso, a Forbes¹ avalia a fortuna líquida do ex-atleta em 1.6 mil milhões de dólares americanos. Todavia, desconstruindo esta avultada quantia deparamo-nos com dados, no mínimo, reveladores: apesar de ser considerado, por larga maioria, o melhor jogador da história da NBA, a principal liga de basquetebol dos EUA, em 15 anos de carreira apenas em dois anos foi o jogador com maior salário da liga. Da sua fortuna ilíquida de 1.8 mil milhões de dólares americanos, apenas 90 milhões foram auferidos a título salarial. Mas os dados mais ilustrativos do alto potencial da imagem de Michael Jordan reportam-se às suas relações com parceiros publicitários: o primeiro contrato celebrado entre Michael Jordan e a Nike, em 1984, foi avaliado em 500 mil dólares americanos por cada ano de contrato, acrescido de *royalties*. No ano de 2020, volvidos cerca de 36 anos, a Nike pagou a Jordan mais de 100 milhões de dólares americanos.² Apesar da sua presença nos *courts* de basquetebol ter cessado há mais de 17 anos, mantém, ainda hoje, o patrocínio com a Nike, Hanes, Gatorade e Upper Deck. Não por continuar a ser uma mais-valia para a sua equipa, ou por continuar a bater recordes em campo, mas porque o seu legado, associado à sua imagem, torna-a exponencialmente mais lucrativa que a sua performance desportiva. Após a exposição deste exemplo, e uma curta reflexão sobre os valores que o referido ex-atleta auferiu, forma-se a ideia de que na era moderna do Desporto a valência e o potencial lucrativo de um atleta não se esgota nos minutos em que se encontra em prova.

Contudo, o fenómeno de desenvolvimento tecnológico não contribuiu para a expansão do alcance mediático apenas por influência de reforçadas e melhoradas técnicas de captação, edição e transmissão/divulgação de imagem. O início da década 1980 é um importante marco dos videojogos, sendo considerada a época dourada³ da indústria, em que proliferaram e foram distribuídos globalmente inúmeros videojogos. Todavia, grande parte dos videojogos produzidos nessa época eram essencialmente compostos por narrativas e personagens criadas pelos produtores dos jogos, em que qualquer semelhança com a realidade seria mera coincidência. Para o âmbito de análise da presente dissertação, interessa-nos recorrer a inovadoras produções de arte eletrónica, e a uma categoria relativamente recente: o simulador. Como a própria palavra indica, este tipo de jogo

¹ <https://www.forbes.com/profile/michael-jordan/?sh=65e1f8e82d83>

² *Ibidem*

³ KENT, capítulos 10 e 11, 2001

abandona o conceito de uma narrativa ficcionada, e passa a ter como enredo a representação mais fidedigna possível da realidade.

Este tipo de jogos, os simuladores, são aqueles que se afiguram de maior interesse para o nosso objeto de estudo, que se prende com a análise da relação entre o direito de imagem do praticante desportivo e a indústria dos videojogos, em especial com os simuladores desportivos, por estes últimos serem essencialmente compostos por representações verosímeis de atletas, treinadores, intervenientes desportivos ou estádios. Se por um lado nos deparamos com a obra dos produtores legitimada, *in abstracto*, pela liberdade de expressão, de criação, e de iniciativa económica, não podemos ignorar, que, nestes casos, existe na esfera jurídica das pessoas representadas uma proteção conferida por via do direito à imagem, e que para que a atividade dos criadores e produtores de um videojogo seja efetivamente legítima, devem ser respeitados os limites e exceções legais que orbitam em torno do direito à imagem.

1. DIREITO DE IMAGEM

Antes de partirmos para a análise do direito de imagem à luz do Ordenamento Jurídico Português vigente, afigura-se necessário proceder a uma breve referência às características e à natureza do direito em apreço.

A “imagem”, no sentido comum da língua portuguesa⁴, tem uma amplitude semântica bastante alargada, podendo significar “a representação (gráfica, plástica, fotográfica) de algo ou alguém”; “reprodução obtida por meios técnicos; cópia”; aplicada à psicologia a palavra é alusiva à “reprodução mental de uma percepção anteriormente experimentada, na ausência de estímulo que a provocou”; pode servir como referência a figuras de estilo como a personificação, a metáfora, a comparação e a metonímia; ou ainda o “conjunto de conceitos e valores que as pessoas ou o público associam a determinada pessoa, produto ou instituição; fama”.

Aproveitando o teor dessa definição linguística, aplicando-o à dimensão da pessoa singular, e recorrendo ao conceito avançado por OLIVEIRA FESTAS, que permite definir o Direito de Imagem, quanto ao objeto, temos que “o direito à imagem tem por objeto a aparência exterior de uma pessoa e tutela toda a representação visual da sua imagem que permite reconhecê-la”.⁵

Quanto à sua natureza jurídica, estamos perante um Direito Fundamental, como parte dos Direitos, Liberdades e Garantias previstos na CRP de 1976. Não obstante, é também um Direito de Personalidade e como tal, um direito inato, inalienável e irrenunciável, umbilicalmente ligado à pessoa enquanto tal.⁶

⁴ *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto, Ed: Porto Editora, 2020

⁵ OLIVEIRA FESTAS, p. 53, 2009

⁶ O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Setembro de 2005, relativo ao processo número 5011/2004-6 refere que “os direitos de personalidade são direitos inatos, inalienáveis, e irrenunciáveis, dada a sua essencialidade relativamente à pessoa, da qual constituem o núcleo mais profundo. O direito à imagem é um dos direitos fundamentais de personalidade, protegidos civilmente, mas também, e desde logo, reconhecidos como tal na Constituição.”.

Sucintamente, a imagem consiste no “estado do ser humano enquanto tal, dinamizado pelos demais seres humanos através do relacionamento”.⁷ No nosso ordenamento jurídico, a sua tutela encontra-se prevista no n.º 1 do art. 26.º da CRP, no art. 79.º do CC, e no art. 199.º do CP.

A noção de Direito de Imagem assenta em elementos essenciais para a sua caracterização⁸: a essencialidade como manifestação da personalidade; a exclusividade, derivada da necessidade do consentimento prévio do titular do direito para a utilização da sua imagem, e que atribui a possibilidade ao seu titular de dispor voluntariamente da sua imagem, assim como o direito de reagir contra uma utilização desautorizada da sua imagem por terceiros; a indisponibilidade, do direito propriamente dito, enquanto direito de personalidade, apesar de se reconhecer a possibilidade da disponibilidade do uso da imagem para exploração comercial, mediante consentimento prestado pelo titular, sem prejuízo da faculdade atribuída ao titular do direito de revogar o consentimento prestado para a utilização da sua imagem, a qualquer momento, por livre e espontânea vontade⁹; a irrenunciabilidade, já que é insuscetível a hipótese de renúncia ao direito por parte do titular; a imprescritibilidade, já que é um direito que não prescreve, e por isso o seu titular pode reagir contra uma ofensa de terceiro a qualquer momento; e a pessoalidade, já que é, *per si*, um direito inerente e inseparável da pessoa enquanto tal.¹⁰

Apesar da intransmissibilidade e irrenunciabilidade do direito de imagem, é inegável que tal direito apresenta uma dimensão económica, “que permite a livre disposição pelo seu respetivo titular, em contrapartida de bens patrimoniais, mas sem que tal prejudique

⁷ Conforme as palavras de COSTA, A., p. 1341. No entendimento do autor, por “relacionamento” entende-se o relacionamento cultural, social, político, religioso.

⁸ HERCE DE LA PRADA, p. 36 e ss., 1994, VIEIRA, p. 9 e ss., 2004, HERRERO-TEJEDOR, p. 56 e ss., 1994. *apud* BARROS E CARVALHOSA, pp. 54-55, 2008

⁹ Sem prejuízo de incorrer no dever de indemnizar pelos danos perpetrados na sequência da revogação livre e voluntária por parte do titular do direito. Nesta linha de pensamento encontram-se os autores ALEGRE MARTINEZ, p. 117 e ss., 1997 e PALOMAR OLMEDA, DESCALZO GONZÁLEZ, p.23, 2001

¹⁰ Embora, recentemente este traço característico tenha vindo a esbater-se, e a acentuar-se a natureza patrimonial do direito de imagem, aproximando-se cada vez mais a doutrina europeia da doutrina americana, conforme refere PINA, p. 541, 2005, no seu estudo de direito comparado entre a doutrina europeia e a doutrina norte-americana. Tradicionalmente, a doutrina europeia defende uma conceção personalista do direito de imagem, ao contrário da conceção patrimonial patente na doutrina norte-americana.

o facto de ser protegido como um direito de personalidade”, conforme refere BARROS E CARVALHOSA.¹¹

Para além das já elencadas, e sem olvidar uma característica que se afigura de igual relevância, o direito de imagem é um direito absoluto, oponível *erga omnes*, com ressalva das limitações e exceções decorrentes de ordem legal.

No direito português, o direito à imagem encontra tutela em três sedes distintas: no plano constitucional, no plano civil, e no plano penal, conforme analisaremos de seguida.

1.1 Consagração Constitucional

Nas palavras de CAPELO DE SOUSA¹², “a Constituição da República Portuguesa de 1976, mormente com as Revisões Constitucionais de 1982 e 1989, tutela os direitos de personalidade, preordenando todo o sistema jurídico ao respeito e ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, explicitando e constitucionalizando diversos direitos de personalidade e reforçando a tutela jurídica dos mesmos direitos”.

Da análise das três disposições suprarreferidas, conjuntamente com os arts. 12.º e 13.º da CRP, rapidamente se percebe a ideia descrita anteriormente, de que a dignidade da pessoa humana preordena todo o sistema jurídico. Como refere CAPELO DE SOUSA, “a pessoa humana – toda e qualquer pessoa humana – é o bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim”.¹³

O Direito de Imagem é um verdadeiro Direito Fundamental, direito subjetivo, cujo reconhecimento legislativo se deu no ano de 1907 na Alemanha¹⁴, por via da Lei sobre os Direitos de Autor em Obras de Artes Plásticas e Fotografia, promulgada na sequência da publicação de fotografias do ex-Chanceler alemão Otto Von Bismarck no seu leito de morte.

¹¹ BARROS E CARVALHOSA, p. 58, 2008

¹² CAPELO DE SOUSA, p. 96 e ss., 1995

¹³ CAPELO DE SOUSA, ob. cit., p. 97

¹⁴ BARROS E CARVALHOSA, ob. cit., p. 57

No nosso ordenamento jurídico, o direito de imagem encontra tutela no plano constitucional por virtude do n.º 1 do art. 26.º da Lei Fundamental. A referida disposição estatui que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à **imagem** (negrito nosso), à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”¹⁵. Tal disposição tem como escopo a proteção da imagem enquanto projeção da dignidade humana, uma projeção externa da personalidade.

O direito à imagem abrange o direito de cada um não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público sem o consentimento do titular, e além disso, envolve o direito do titular de não ver a sua imagem apresentada “em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel”.¹⁶

O direito à imagem distingue-se do direito ao bom nome e reputação, uma vez que este último “consiste essencialmente no direito a não ser ofendido ou lesado na sua honra, dignidade ou consideração social mediante imputação feita por outrem, bem como no direito a defender-se dessa ofensa e a obter a competente reparação”.¹⁷

O conceito de honra reporta-se a um “bem da personalidade e imaterial, que se traduz numa pretensão ou direito do indivíduo a não ser vilipendiado no seu valor aos olhos da sociedade e que constitui modalidade do livre desenvolvimento da dignidade humana”.¹⁸

1.2 Tutela Civil

Conforme foi referido *supra*, o reconhecimento legislativo do direito à imagem adveio com a promulgação, em 1907 na Alemanha, da Lei sobre os Direitos de Autor em Obras

¹⁵ Nas palavras de GOMES CANOTILHO, MOREIRA, p. 179, 1993, “ao reunir num único artigo nada menos do que sete direitos distintos, a Constituição sublinha aquilo que, para além da sua diversidade, lhes confere caráter comum, e que consiste em todos eles estarem diretamente ao serviço da proteção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, abarcando fundamentalmente aquilo que a literatura juscivilista designa por direitos de personalidade”.

¹⁶ GOMES CANOTILHO, MOREIRA, ob. cit., p. 181.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 180 a 181.

¹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Junho de 2003, relativo ao processo n.º 4554/03.

de Artes Plásticas e Fotografia. Este diploma positivou no seu §22º o *ius imaginis*, instituindo a proibição da divulgação do retrato sem consentimento, assim como o direito à imagem póstumo. Todavia, a aludida lei não exigia consentimento do retratado para a simples captação de imagem, no caso de não haver divulgação ou exibição pública da mesma.¹⁹

No nosso ordenamento jurídico, e nomeadamente no plano civil, o direito à imagem encontra proteção no art. 79.º do CC. A primeira parte do n.º 1 do mencionado artigo afirma que “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela”. Como refere VASCONCELOS, “trata-se da defesa da pessoa contra a exposição, reprodução ou comercialização do seu retrato, sem o seu consentimento”.²⁰

Como refere TRABUCO, este artigo, que encontra inspiração no art. 96.º da lei de direito de autor italiana, de 1941, não estatui a proibição da captação do retrato de um indivíduo quando não exista autorização para a prática desse ato.²¹ A autora aponta, todavia, que existem entendimentos contrários, como o caso de Orlando de Carvalho, que defende que a captação do retrato, *per si*, acarreta o risco de divulgação, e que se deveria considerar proibida. A autora indica que COSTA ANDRADE²² segue esta linha de entendimento, avançando como argumento o facto de, na esfera penal, a captação da imagem poder constituir um ilícito penal, de acordo com o art. 199.º do CP, n.º 2, al. a).

Nota para a parte final do n.º 1 do referido artigo, que afirma depois da morte da pessoa retratada, o consentimento é da competência das pessoas elencadas no n.º 2 do art. 71.º do CC, sendo elas o cônjuge sobrevivente, ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

Quanto ao consentimento exigido no n.º 1 do art. 79.º, este é dispensado, por força do n.º 2 do mesmo artigo, “quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que

¹⁹ ZANINI, pp. 216-217, 2018

²⁰ VASCONCELOS, p. 83, 2017.

²¹ TRABUCO, p. 135, 2013.

²² COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre os crimes de “Devassa da vida privada” (artigo 192.º CP) e Fotografias ilícitas” (artigo 199.º) – STJ, Acórdão de 6 de Novembro de 1996, RLJ, ano 130.º, Abril 1998, p.231 apud TRABUCO, p. 135, 2013.*

desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam ocorrido publicamente”. Todavia, no nosso ordenamento jurídico, esta inexigibilidade de prestação de consentimento deixa de existir quando “do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”, por força do n.º 3 do mesmo artigo. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, afirmam que “a exata determinação das circunstâncias referidas nos números 2 e 3 pode variar de caso para caso, pelo que a determinação precisa do conteúdo do preceito fica muito a critério do julgador”.²³

No âmbito da jurisprudência do TEDH referimos o caso *Von Hannover v. Alemanha* (comumente conhecido pelo caso “Carolina do Mónaco”). Desde o início da década de 1990, a Princesa Carolina lutou, nos tribunais, para evitar a publicação de fotografias da sua vida privada, pela imprensa. Duas séries fotográficas, publicadas na imprensa alemã, em 1993 e 1997, foram matéria de litígio nos tribunais alemães que levaram ao julgamento do Tribunal Federal de Justiça alemão em 1995 e do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1999, que negaram provimento às suas pretensões. As referidas decisões foram matéria de apreciação do TEDH em 2004²⁴, que deu razão aos príncipes, reconhecendo uma violação do direito ao respeito pela vida privada e familiar, constante do art. 8.º da CEDH.²⁵ Após esta primeira decisão do TEDH, deram entrada nos tribunais domésticos outras ações que tinham como pretensão a obtenção de uma providência cautelar que evitasse a publicação de três fotografias, de fotógrafos distintos que, sem consentimento, registaram fotograficamente as férias de esqui da Princesa Carolina entre 2002 e 2004, em St. Moritz. O Tribunal Federal de Justiça impôs a restrição de publicação a dois dos três fotógrafos por considerar que o trabalho desses dois fotógrafos não contribuiu para o interesse público, uma vez que as fotografias em questão mostravam a Princesa acompanhada do seu pai, o Príncipe, em St. Moritz, uma delas a passearem juntos, e a outra mostrava ambos sentados no elevador que dá acesso à pista de esqui. Em relação ao terceiro fotógrafo, o tribunal não decretou providência cautelar uma vez que

²³ PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, p. 109, 1987

²⁴ Von Hannover v. Germany, no. 59320/00, 2004

²⁵ Cfr. o disposto no n.º 1 do art. 8.º da CEDH, “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

as fotografias tiradas sem consentimento vinham incluídas num artigo que, entre outros assuntos, era alusivo ao débil estado de saúde do Príncipe Rainier, pai da Princesa Carolina. As fotografias em questão mostravam a Princesa acompanhada do seu marido em St. Moritz, enquanto o Príncipe, seu pai, padecia de doença no Mónaco. A decisão deste tribunal foi acompanhada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que concordou com o Tribunal Federal de Justiça ao considerar que o estado de saúde do Príncipe revestia carácter de interesse público, e por existir uma ligação suficientemente próxima entre a publicação das fotografias inseridas no artigo, com o evento descrito. A Princesa Carolina, por considerar que os tribunais domésticos não tomaram em suficiente consideração a primeira decisão do TEDH, voltou a recorrer a este último para fazer valer as suas pretensões. O TEDH, em 7 de Fevereiro de 2012²⁶, considerou que os tribunais alemães haviam decidido de acordo com o art. 8.º da CEDH e que a publicação da referida fotografia (que entenderam revestir carácter de interesse público) não violava a privacidade dos queixosos. Este entendimento do TEDH é compatível com o nosso ordenamento jurídico, uma vez que, se num primeiro momento foi reconhecido o direito dos príncipes à privacidade, num segundo momento foi estabelecido que o mesmo também enfrenta limites, nomeadamente, no que concerne à notoriedade da pessoa fotografada, e ao interesse público de tal retrato, em contexto que o justifique.

Em face da crescente exposição da imagem, de variadíssimos intervenientes, como modelos, atletas, *socialites* e, recentemente, os *influencers*, emergiu uma maior tendência de comercialização da imagem, que é permitida por via e dentro dos limites do art. 81.º do CC.²⁷ O artigo em questão versa sobre a limitação voluntária dos direitos de personalidade, e afirma, no seu n.º 1, que é nula a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade se contrária aos princípios de ordem pública. O n.º 2 dispõe que a limitação voluntária, desde que legal, é revogável a qualquer momento, ainda que acarrete a obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da contraparte.

Em sede de legislação laboral, nomeadamente no diploma que estabelece o regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo, a Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, dispõe o n.º 1 do art. 10.º que “todo o praticante desportivo profissional tem direito de

²⁶ Von Hannover v. Germany (no. 2) – 40660/08 & 60641/08

²⁷ VASCONCELOS, p. 85, 2017

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”. Importa referir a ressalva do n.º 2 do art. 10.º da Lei n.º 28/98 que estabelece que “fica ressalvado o direito de uso de imagem do coletivo dos praticantes, o qual poderá ser objeto de regulamentação em sede de contratação coletiva”.

De todos os direitos de personalidade, o direito de imagem é aquele com uma tutela mais flexível, o que se justifica pela intenção do legislador em atribuir a exclusividade ao titular relativamente à possibilidade de utilização da respetiva imagem com intuito de exploração comercial.²⁸

1.3 Tutela Penal

O direito à imagem encontra proteção no nosso ordenamento jurídico não só no plano constitucional e civil, mas também no plano penal.

Recordando novamente à Lei sobre os Direitos de Autor em Obras de Artes Plásticas e Fotografia, promulgada em 1907, na Alemanha, foi também este o diploma que reconheceu pela primeira vez, no seu §33, a proteção da imagem na esfera penal, concedendo desta forma uma tutela autónoma a este direito, dando relevo à imagem como um bem jurídico independente.²⁹

No nosso ordenamento jurídico, nomeadamente no n.º 2 do art. 199.º do CP, está previsto que é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias, quem contra a vontade “fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos que tenha legitimamente participado³⁰; ou utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que licitamente obtidos”.³¹ A ilicitude decorre da obtenção ou da utilização contra a vontade³², e tem de se tratar sempre de “fotografia ou

²⁸ AZURMENDI ADARRAGA, p. 204, 1997

²⁹ *Kunsturhebergesetz* – KUG, §33, 1907

³⁰ Cfr. disposto na alínea a) do n.º 2 do art. 199.º do CP.

³¹ Cfr. disposto na alínea b) do n.º 2 do art. 199.º do CP.

³² SÁ PEREIRA & LAFAYETTE, p. 562, 2014

filme doutra pessoa”. Quem se fotografa ou filme a si mesmo não realiza uma conduta típica, “do mesmo modo que a utilização atinente não cumpre a tipicidade em causa”.³³

Todavia, existem causas de exclusão da tipicidade em dois casos, que decorrem do n.º 2 do art. 79.º do CC: o primeiro é relativo à circunstância de uma imagem de um indivíduo, contida numa fotografia, ser apresentada no âmbito de factos de interesse público ou integrada em locais públicos, salvo quando a este for dada destaque que o individualize e conseqüentemente o prive do anonimato; o segundo caso reporta-se à notoriedade ou cargo público da pessoa visada, que, como já vimos em sede civil, consubstancia uma exceção.³⁴

Os crimes de gravações e fotografias ilícitas, positivados no suprarreferido art. 199.º do CP, são crimes de dolo (em todas as suas modalidades), materiais ou de resultado, de conduta livre ou não vinculada, ou seja, crimes em que não se exige “qualquer processo executivo típico”.³⁵

O n.º 3 do art. 199.º do CP, remete para os art. 197.º e 198.º O art. 197.º dispõe quanto à agravação do crime, que tem dois requisitos: o primeiro é que o crime tenha sido perpetrado de forma a “obter recompensa ou enriquecimento, para o agente ou para outra pessoa, ou para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado; e que tenha sido realizado através de meio de comunicação social”. O art. 198.º estatui que o procedimento criminal depende de queixa ou de participação.

Contudo, e recorrendo às palavras de COSTA ANDRADE, a tutela penal reservada à imagem é “particularmente reduzida, (...) 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 ações lesivas sejam, em princípio e em abstrato, tipicamente incriminadas”.³⁶

³³ *Ibidem*, p. 563

³⁴ *Ibidem*, p. 563

³⁵ *Ibidem*, p. 563

³⁶ COSTA ANDRADE, p. 824-825, 1999

No Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de Junho de 2015³⁷, é defendido que “o direito à imagem constitui um bem jurídico-penal autónomo tutelado em si e independentemente do ponto de vista da privacidade ou intimidade retratada”. Mais é dito, ao ser lavrado no Ac. que “o direito à imagem abrange dois direitos autónomos: o direito a não ser fotografado e o direito a não ver divulgada a fotografia”, e que “o visado pode autorizar ou consentir que lhe seja tirada uma fotografia e pode não autorizar que essa fotografia seja usada ou divulgada”.

Deste modo, fica patente a ideia de que, ainda que a fotografia seja obtida de forma lícita, a sua divulgação sem consentimento da pessoa retratada não o é.³⁸ A título de exemplo, e relativamente a fenómenos cada vez mais comuns neste âmbito, destacamos a partilha de vídeos íntimos por via de plataformas digitais ou redes sociais. Neste tipo de casos, por norma, não existe o consentimento da pessoa filmada/fotografada para a divulgação desse conteúdo. Portanto, pelo exposto *supra*, incorre na prática de um crime a pessoa que partilhar/divulgar conteúdo audiovisual íntimo, ainda que não o tenha filmado/fotografado e o tenha apenas recebido, ou ainda, quem tenha obtido o consentimento da pessoa visada para a obtenção do conteúdo íntimo, mas não para a sua divulgação.

2. TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO DE IMAGEM

Conforme analisado no capítulo anterior, apesar do direito de imagem enquanto direito de personalidade ser intransmissível por ser intrinsecamente ligado à pessoa enquanto tal, sabemos que é possível ao titular do direito, mediante consentimento prestado livremente, e revogável a qualquer momento (conforme o disposto no n.º 2 do art. 81.º do CC), autorizar a utilização da sua imagem para diversos fins, tais como a exploração comercial. No fundo, permite-se que autorize a exploração do conteúdo patrimonial do seu direito de imagem, sendo esta a tendência cada vez mais reconhecida

³⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 5 de Junho de 2015, relativo ao processo 101/13.5TAMCN.P1.

³⁸ A alínea b) n.º 2 do artigo 199.º do Código Penal é clara, uma vez que incorre em pena de prisão até 1 ano ou multa até 240 dias quem, contra a vontade, “utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes (...), mesmo que licitamente obtidos”.

na doutrina e jurisprudência europeia.³⁹ Todavia, tal não poderá ser efetuado sem observância de quaisquer limites, conforme iremos analisar de seguida.

2.1 Intransmissibilidade do direito

A primeira questão que se levanta prende-se com a (im)possibilidade da transmissão genérica do direito de imagem.

Conforme já referido no capítulo anterior, é por via do art. 81.º do CC que é permitida a exploração do conteúdo patrimonial do direito de imagem. Todavia, esta limitação voluntária dos direitos de personalidade obedece a determinados limites, nomeadamente os limites da ordem pública. Ultrapassados esses limites, a limitação ao exercício do direito de imagem, assim como a limitação ao exercício de qualquer direito de personalidade, é nula, acarretando a consequência axiológica de não gerar quaisquer efeitos.

No entanto, a própria letra da lei confere espaço para que tais limites sejam apreciados e ponderados em cada caso concreto. Como refere TRABUCO⁴⁰, o critério para se proceder a esta ponderação assenta na dignidade da pessoa humana. Segundo a autora este é o critério que pode constituir o fundamento para o consentimento prestado pelo titular do direito, critério esse que é favorável à proteção dos direitos de personalidade de um determinado indivíduo. O que se compreende, uma vez que nas palavras de Reis Novais, citado no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Dezembro de 2007⁴¹, “a dignidade humana é atualmente um conceito essencialmente conformado pelas conceções e mundividência do interessado, a quem competirá, em última instância, a determinação do sentido da dignidade”, ou seja, a dignidade da pessoa humana não é um conceito assente e fixo, mas algo pessoal, inerente à valoração feita pelo próprio do indivíduo.

Ilustrando a questão com uma decisão dos tribunais portugueses, recorreremos ao Ac. do Tribunal da Relação de Évora, de 24 de Fevereiro de 2005. O caso em apreço reporta-

³⁹ LOPES DA SILVA, pg. 201, 2013

⁴⁰ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Dezembro de 2017 *apud* TRABUCO, p. 452, 2011

⁴¹ REIS NOVAIS, *apud* Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Dezembro de 2007.

se a uma agência de assessoria de um jogador de futebol que intentou contra a SAD de um determinado clube uma ação declarativa de condenação com processo comum, pedindo o pagamento de uma quantia certa. A Autora alegava que tinha celebrado com a Ré um contrato de cedência de exploração de imagem do Jogador, pelo período de 3 anos, mediante o pagamento de uma quantia certa, da qual só havia sido paga uma parte. As questões suscitadas pela Recorrente foram as seguintes: a nulidade do aludido contrato por violação dos direitos de personalidade; a inexistência do contrato por falta de prova da inscrição da Autora como empresária desportiva; nulidade do contrato de cedência de utilização de imagem celebrado entre a Autora e o Jogador; e a impossibilidade de cumprimento do contrato a partir do momento em que o jogador rompeu o vínculo contratual com a Ré. Contudo, detenhamo-nos na resposta à primeira questão, relativa à nulidade do contrato por violação dos direitos de personalidade.

Ao longo do corpo do Ac. é possível encontrar referências ao clausulado no contrato entre o Jogador e a Autora, que claramente indica que quem se arroga na titularidade do direito de imagem do Jogador é a Autora, assim como é esta quem cede os direitos de imagem à Ré, e recebe desta última a contrapartida económica.

O entendimento contido neste Ac. foi o de decidir pela nulidade do contrato em apreço e a conseqüente não produção de efeitos, uma vez que tal contrato era ofensivo dos princípios da ordem pública, considerando o Coletivo de Juízes que tal contrato “(...) representaria a transmissão do próprio direito à imagem que como se viu, pela sua natureza de direito especial de personalidade é pessoal, intransmissível e relativamente indisponível e não apenas a autorização para a utilização de certa ou certas imagens concretamente definidas ou determinadas”.

O entendimento do Coletivo de Juízes espelha a impossibilidade da transmissão genérica do direito de imagem quando a mesma seja uma cedência abstrata e genérica do direito em si, ou seja, uma transmissão do direito umbilicalmente ligado à pessoa humana enquanto tal, pois tal cedência é contrária à ordem pública, e por isso nula, não produzindo qualquer efeito, conforme o disposto no n.º 1 do art. 81.º do CC.

2.2 Admissibilidade da cedência de exploração comercial da imagem

Foi visto no número anterior que não é permitida, perante a nossa ordem pública, a transmissão genérica do direito de imagem, por tal facto configurar uma transmissão do direito de personalidade enquanto tal. Contudo, vimos até então que apesar de o direito de imagem não ser genérica e abstratamente disponível, é possível ao titular do direito dispor da sua imagem, através do consentimento prestado, de forma gratuita ou onerosa. No entanto, convém referir que o titular do direito apenas pode dispor do conteúdo económico gerado pela sua imagem, e não do direito à mesma, por este ser um direito “pessoalíssimo”.

Para reforçar este argumento, socorramo-nos da decisão do Supremo Tribunal de Justiça, por Ac. de 25 de Outubro de 2005.⁴² A questão suscitada neste caso consistia em apurar se o contrato de cedência de exploração comercial da imagem de um futebolista, celebrado entre representante e clube, enfermava de nulidade por violação dos princípios da ordem pública. No sumário do Ac. é dito que “o contrato de cedência de exploração comercial da imagem de um desportista profissional, celebrado para vigorar por período determinado, tendo em vista apenas a imagem do respetivo titular enquanto desportista, e tendo o desportista titular do direito à imagem sido previamente remunerado pela cedência, é válido, por não ser contrário a princípios de ordem pública”.

Na fundamentação da decisão, o Coletivo de Juizes defende que “(...) a exploração em causa produzirá benefícios económicos para a empresa que, autorizada pelo desportista, a ela proceda, mas, perante o risco que esta corre, e como dessa atividade 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 subtração 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”.

⁴² O caso em apreço reporta-se ao pedido de condenação no pagamento de quantia certa. “A” instaurou ação com processo ordinário contra “B”, reclamando uma parte da quantia não paga da contraprestação devida pela cedência da exploração da imagem do jogador de futebol “C”, que consentiu expressamente. No entanto, este jogador havia assinado um contrato de prática desportiva com a Ré em 1998, mas em 1997 havia cedido, a troca de contraprestação, o direito de exploração de imagem à Autora, sua representante, pelo período de 4 anos.

Pelo exposto, e seguindo a linha de entendimento propugnada pela jurisprudência, é perfeitamente lícito e conforme à ordem pública, que o titular do direito ceda a terceiros a exploração comercial da sua imagem.

2.3 Admissibilidade da representação

Uma prática comum no mundo do desporto de alta competição, é a representação dos atletas, que, normalmente não sendo dotados de apurada literacia jurídica, recorrem a pessoas (singulares e coletivas) que prestam serviços de representação de forma a verem os seus contratos negociados com a devida cautela e precisão técnica, e, de modo geral, terem o apoio necessário e qualificado para fazerem valer os seus direitos e conhecerem os seus deveres, sendo que, atualmente, uma parte significativa dos atletas recorrem a um intermediário desportivo, responsável por cuidar da vida pessoal e profissional do atleta.⁴³

Quanto à qualificação do contrato de representação celebrado entre atleta e intermediário, parece-nos possível qualificá-lo como um contrato misto, que segundo ANTUNES VARELA consiste no contrato no qual as partes “(...) celebram (...) contratos com prestações de natureza diversa ou com uma articulação de prestações diferente da prevista na lei, mas encontrando-se ambas as prestações ou todas elas compreendidas em espécies típicas diretamente reguladas por lei.”⁴⁴ O conceito avançado pelo citado autor parece-nos acolher a prática da profissão, uma vez que a atividade de um intermediário desportivo se afigura como diversificada, pois envolve, em muitos dos casos, a celebração de contratos de trabalho, contratos publicitários, aconselhamento e gestão de carreira, toda a logística inerente à vida do atleta, promoção do mesmo junto de clubes, entre outros.⁴⁵

A nossa lei, por virtude do disposto no CC, permite este tipo de serviço, e dispõe, quanto aos efeitos da representação que “o negócio jurídico realizado pelo representante

⁴³ Comumente denominado também de “empresário” ou “agente”, que nas palavras de DINIS DE CARVALHO, p. 253, 2004, é o “indivíduo (ou conjunto de indivíduos que acompanha(m) o atleta a fim de otimizar a sua carreira”.

⁴⁴ ANTUNES VARELA, p. 279 e ss., 2000

⁴⁵ DINIS DE CARVALHO, ob. cit., p. 255 e ss.

em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe competem, produz os seus efeitos na esfera jurídica deste último” – cfr. art. 258.º do CC.

O Ac. do Tribunal da Relação, de 18 de Dezembro de 2007⁴⁶, sustenta este entendimento. Apesar da relação material controvertida envolver outras questões, a análise do presente Ac. é útil para apurar a validade dos contratos de representação dos atletas em matéria de gestão de direitos de imagem.

Ora, foi dado como facto assente por provado que “por escrito datado de 17 de Novembro de 1994, intitulado de Contrato de Cessão de Direito, assinado por um representante da A. e por um representante do Sindicato **em representação dos jogadores envolvidos nesta ação** (negrito nosso), este, mediante contrapartida económica, concedeu à A. o direito exclusivo à utilização e reprodução da imagem dos jogadores profissionais de futebol nas coleções de cromos (...)”.

O Coletivo de Juízes⁴⁷ considerou que o referido contrato é perfeitamente válido, por não ser contrário aos limites de ordem pública, e que, portanto, gera os efeitos previstos no art. 258.º do CC. Conforme relatado no referido Ac. “através do contrato *sub judice* 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 a fruir, para além da limitação, socialmente adequada, supramencionada, constante no negócio”.

Com base neste entendimento jurisprudencial, é seguro afirmar que a representação de atletas, em matéria de gestão de direitos de imagem é lícita, logo que os

⁴⁶ O caso remonta a 1998, quando “P. Lda”, “B” e outros autores intentaram ação declarativa de condenação, com processo ordinário, contra “I. S.A.”. “P. Lda” era uma sociedade cujo escopo social seria a criação, produção e comercialização de cromos alusivos a jogadores e a clubes de futebol. “P. Lda” havia celebrado com o Sindicato dos jogadores, que representava os jogadores, um contrato de exploração da imagem dos jogadores com a finalidade de serem utilizadas nas coleções de cromos, e outros artigos vendidos pela “P. Lda”. Contudo, a Ré comercializou cadernetas de cromos onde figuravam as imagens dos referidos jogadores, obtendo avultadas quantias monetárias com a venda das mesmas, sem que para isso, tenha pagado qualquer quantia ou obtido autorização junto do Sindicato dos Jogadores, conforme fora feito pela Autora “P. Lda”.

⁴⁷ Ainda que com um voto vencido.

representantes estejam devidamente mandatados para o efeito, que a titularidade do direito se mantenha na esfera do seu titular, e que apenas disponha do conteúdo patrimonial da sua imagem, obtendo desta forma, proventos económicos para si mesmo.

No entanto, a prática do mercado português em matéria de negociação de direitos de imagem individuais de atletas com produtoras de videojogos consiste em delegar as negociações no Sindicato de Jogadores, conjuntamente com os clubes, sem estes estejam, em grande parte dos casos, devidamente mandatados para o efeito pelos atletas titulares do direito à imagem, prática essa que, conforme exposto *supra*, não é lícita.⁴⁸ Ainda que os clubes tenham legitimidade para negociar direitos de imagem coletivos, por via do suprarreferido n.º 2 do art. 10.º da Lei n.º 28/98, os atletas serão retratados e identificáveis individualmente, e portanto, são estes (ou os seus representantes) quem terá legitimidade para negociar a utilização da sua imagem.

3. BREVE REFERÊNCIA A OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

3.1 Direito Espanhol

No atual panorama do Direito Europeu, não existe, no que concerne ao Direito de Imagem, um Direito unitário, isto é, não existe uniformização em relação a esta matéria.⁴⁹

Contudo, o acentuado crescimento das práticas mercantis tem influenciado a Doutrina e Jurisprudência Europeia no sentido de aproximar a conceção puramente personalista do Direito à Imagem, a uma visão patrimonial do mesmo.⁵⁰

Autores como AMAT LLARI⁵¹, seguem esta linha de entendimento, e têm uma visão dualista em relação à natureza jurídica do direito de imagem, considerando que o mesmo apresenta características de um verdadeiro direito de personalidade, mas sem ignorar, todavia, os elementos característicos de um direito de propriedade.

⁴⁸ Conforme dispõe o n.º 1 do artigo 268.º do CC, “o negócio a que uma pessoa, sem poderes de representação, celebre em nome de outrem é ineficaz em relação a este, se não for por ele ratificado”.

⁴⁹ SANJUAN, p. 278, 2004

⁵⁰ PINA, ob. cit., p. 541.

⁵¹ AMAT LLARI, p. 29 e ss., 1992

Do ponto de vista do enquadramento teórico, e de direito comparado, reveste bastante interesse olhar analiticamente para o nosso país vizinho, e para a proteção do Direito à Imagem no ordenamento jurídico espanhol.

O art. 18.º, n.º 1, da Constituição Espanhola de 27 de Dezembro de 1978, dispõe que “se garante o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem”.⁵² Este direito atua como limite a outro Direito Fundamental previsto no art. 20.º da Lei Fundamental Espanhola: a liberdade de expressão.⁵³

A Doutrina e a Jurisprudência Espanhola propugnam uma noção de Direito à Imagem baseada em duas componentes: uma componente positiva, e outra negativa. A componente negativa reporta-se à faculdade atribuída ao titular do direito de preservar a sua intimidade quando exposto a uma situação de intromissão de terceiros, proteção esta que inclui a utilização da sua imagem em relação a serviços ou produtos. A componente positiva, prende-se inteiramente com o conteúdo patrimonial do direito de imagem, permitindo a exploração económica da mesma.⁵⁴ Como exemplo ilustrativo desta dualidade de componentes, o Tribunal Constitucional Espanhol, por sentença de 25 de Abril de 1994, confirma a composição do direito à imagem em duas componentes, uma pessoal e outra patrimonial, ao dizer expressamente “mediante a autorização do titular, a imagem pode converter-se em um valor autónomo de conteúdo patrimonial submetido ao tráfego negocial”.⁵⁵ Certo, é que a Constituição Espanhola, pela já analisada letra da Lei Fundamental, apenas protege a dimensão negativa do direito à imagem, o que nos leva a concluir que a componente positiva é uma construção mais recente, indicativa da aproximação da conceção personalista ao âmbito patrimonial do direito de imagem.

⁵² “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”, conforme se pode ler na redação original do art. 18.º, n.º 1, da Constituição Espanhola de 1978.

⁵³ “*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”, conforme estatuído no n.º 4 do artigo 20.º da Constituição Espanhola de 1978.

⁵⁴ SANJUAN, ob. cit., p. 281.

⁵⁵ “*Cierto que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial (...)*”, conforme descrito na Sentencia 117/1994 del Tribunal Constitucional Español, de 25 de abril de 1994.

Apesar de a Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo fazer referência ao Direito à Honra, à Intimidade e à Própria Imagem como uno⁵⁶, a verdade é que são entendidos como três direitos autónomos, com uma finalidade transversal a cada um deles: a proteção dos interesses pessoais de cada indivíduo.⁵⁷ Contudo, uma parte da doutrina espanhola⁵⁸ defende que a LO 1/1982 não apresenta uma tutela eficaz por ser demasiado ambígua, e propugnam por aplicar analogicamente normas contidas na Ley de Propriedad Intelectual⁵⁹, invocando os seguintes argumentos: o primeiro, pela semelhança entre os direitos de autor e o direito de imagem quanto ao facto de que, ainda que possam ser transferidos, não o podem ser na totalidade, mantendo o titular na sua esfera jurídica alguns direitos irrenunciáveis e inalienáveis.⁶⁰ O segundo prende-se com a cessão da utilização a terceiros, que em tanto no caso dos direitos de propriedade intelectual, como no âmbito do direito à imagem, se deve cingir a uma das modalidades de exploração expressamente previstas.⁶¹ O último argumento, que ilustra as semelhanças entre os direitos que fundamentam a aplicação analógica da LPI, é relativo à necessidade, em ambos os direitos, de existir um consentimento expresso e escrito.⁶²

Ora, a LO 1/1982 refere que, relativamente à componente positiva do direito à própria imagem, o titular pode consentir a utilização da sua imagem, desde que o consentimento seja expresso, e revogável a todo e qualquer momento, avançando a própria lei que não será apreciada a (hipotética) existência de intromissão ilegítima quando estiver expressamente autorizada por lei, ou quando o titular do direito tiver

⁵⁶ “El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”, assim preceitua o n.º 1, do art. 1.º da LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen conforme se pode observar pela letra da lei, os diferentes direitos ali elencados são referidos como um só.

⁵⁷ SANJUAN, ob. cit., p. 279

⁵⁸ Autores como SANJUAN, AMAT LLARI.

⁵⁹ A Ley 1/1996, de 12 de abril.

⁶⁰ Direitos esses regulados no art. 14.º da LPI, que começa por dizer “Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables”, elencando de seguida uma série de direitos que assistem apenas ao autor.

⁶¹ Cfr. o artigo 43.º, n.º 1, da LPI, que se reporta à transmissão *inter vivos* cuja letra da lei é clara: “Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos «inter vivos», quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen”.

⁶² Cfr. art. 45.º da LPI, que, sob o título de “Formalización escrita” refere expressamente “Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato”, atribuindo, portanto, a faculdade ao titular do direito de resolver o contrato em caso de incumprimento desta formalidade exigida.

consentido expressamente o mesmo.⁶³ Isto, sem o prejuízo do titular poder revogar o consentimento a qualquer momento, ainda que tenham que ser indemnizados os danos e prejuízos causados, inclusive às legítimas expectativas.⁶⁴

Todavia existem exceções à regra do art. 2º da LO 1/1982, contidas no art. 8º da mesma lei, muito semelhantes às exceções contidas no n.º 2 do art. 79º do nosso CC, já analisado anteriormente.

3.2 Direito dos Estados Unidos da América

No polo oposto da conceção personalista do direito à imagem, propugnada pela Doutrina Europeia, encontramos a Doutrina Norte-Americana, cujo entendimento é o de que, estamos perante um direito com natureza patrimonial.

O controlo e o proveito económico do uso comercial da *persona* é referido neste ordenamento jurídico como *right of publicity*, que é distinto do *right to privacy*. O *right of publicity* pode ser definido como “o direito de propriedade intelectual que protege contra apropriação indevida do nome de uma pessoa, *likeness*, ou outros indícios da identidade pessoal – tais como alcunha, pseudónimo, voz, assinatura, semelhança ou fotografia – para proveito comercial”.⁶⁵

Esta corrente doutrinária foi pela primeira vez reconhecida, em 1890, por BRANDEIS & WARREN, quando defenderam que um tribunal deveria reconhecer o *right of privacy* como forma de defender indivíduos contra a inflicção injustificada do *stress* mental causado pela imprensa e pelas agências publicitárias.⁶⁶

⁶³ Cfr. a primeira parte do n.º 2, do art. 2º da LO 1/1982, “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

⁶⁴ Norma contida no n.º 3, do art. 2º da LO 1/1982 “El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”.

⁶⁵ Conceito avançado pela International Trademark Association, na sua letra original: “ (...) an intellectual property right that protects against the misappropriation of a person’s name, likeness, or other indicia of personal identity—such as nickname, pseudonym, voice, signature, likeness, or photograph—for commercial benefit.”.

⁶⁶ BRANDEIS & WARREN, *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review*, vol. 4, no. 5, 1890 apud BALCARCZYK, p. 328, 2010

Todavia só logrou reconhecimento legislativo pela primeira vez em 1903, num aditamento à Civil Rights Law of New York State. O primeiro Supreme Court a reconhecer este direito foi o da Georgia, em 1905, no caso *Pavesich v. New England Life Insurance*⁶⁷, quando a seguradora utilizou a fotografia do demandante sem o seu consentimento, com a finalidade de a utilizar numa publicidade de seguros de vida.⁶⁸

A extensão deste entendimento não alcançou imediatamente a indústria do desporto e entretenimento. O *right of privacy*, oferecia a estes intervenientes, uma proteção pouco eficaz contra a apropriação indevida para fins comerciais, dado que muitos tribunais sustentavam as suas decisões com base no facto de estes intervenientes serem celebridades que dedicavam a sua vida ao público.⁶⁹

Como exemplo desta abordagem, referimos o caso de Davey O'Brien, que era um famoso atleta universitário que intentou contra a Pabst (marca de cerveja) por ter utilizado a sua fotografia num calendário promocional. O atleta sentiu-se indignado porque jamais iria autorizar a associação do seu nome a bebidas alcoólicas, mas o tribunal negou provimento declarando que ele havia perdido o seu *right to privacy* por virtude da sua fama preceder o facto controvertido.⁷⁰

De notar, que atualmente, o entendimento de que a notoriedade da pessoa a torna mais desprotegida caiu. Atualmente, no domínio do *right of publicity* o direito à proteção torna-se mais importante quanto mais fama e notoriedade tem o indivíduo.⁷¹ Esta linha de pensamento é ilustrativa da relevância e do foco que a Doutrina Americana dá ao conteúdo patrimonial do direito à imagem por contraposição ao nosso ordenamento jurídico, que prevê no n.º 2 do art. 79.º do CC que “não é necessário o consentimento da

⁶⁷ *Pavesich v. New England Life Insurance Co. et. al.* 122 Ga. 190; 50 S.E. 68, 1905.

⁶⁸ *Ibidem*. Na conclusão, o tribunal declarou que “ (...) *thoroughly satisfied are we that the law recognizes within proper limits, as a legal right, the right of privacy, and the publication of one's picture without consent by another as an advertisement, for the mere purpose of increasingly the profits and gains of the advertiser, is an invasion of this right, that we venture to predict that the day will come when the American bar will marvel that a contrary view was ever entertained by judges of eminence and ability*”.

⁶⁹ WOLOHAN, J. in BLACKSHAW, I., *Sports Image Rights in Europe*, p. 351, 2005 *apud* BALCARCZYK, ob. cit., p. 329

⁷⁰ *O'Brien v. Pabst Sales Co.*, 124 F.2d 167 (5th Cir.), 1941. Aparentemente o atleta havia autorizado a sua universidade, Texas Christian University, incluído fotografias para um acervo de imprensa, ao qual a Pabst teve acesso, e sem permissão utilizou a fotografia do atleta num calendário alusivo ao consumo de cerveja.

⁷¹ ROWLAND, B., 2002 *apud* BALCARCZYK, ob. cit., p. 330

pessoa retratada quando assim justifique a sua notoriedade (...)”, tal como no ordenamento jurídico espanhol e à semelhança de grande parte da Doutrina Europeia.

Nos EUA, o *right of publicity* não é regulado por lei federal. O reconhecimento deste direito varia de estado para estado, e cada estado determina os parâmetros da proteção. Atualmente, cerca de metade dos estados reconheceram autonomamente o *right of publicity*. Os autores BEVERLEY-SMITH, OHLY & LUCAS-SCHLOETTER, definem este direito como a faculdade que o indivíduo tem de impedir o uso não autorizado da sua identidade comercial e, além disso, oferece o correspondente direito de conceder uso exclusivo para exploração, que pode ser executado diretamente por uma licença.⁷²

Também pelo contributo dado pelo reconhecimento do *right of publicity*, os EUA são considerados os pais da indústria do desporto e do entretenimento, contribuindo significativamente para o desenvolvimento de outros mercados desportivos por todo o globo.⁷³

4. O DIREITO DE IMAGEM DO PRATICANTE DESPORTIVO E OS VIDEOJOGOS

4.1 Breve enquadramento do fenómeno

Há algumas décadas que as personagens de videojogos⁷⁴ são inspiradas em pessoas, figuras conhecidas do mundo real. Todavia, nas últimas décadas, a indústria do entretenimento foi palco de uma evolução vertiginosa, nomeadamente ao nível da capacidade de criação artística tridimensional, que resulta numa nova era: o hiper-realismo. Essa maior capacidade de criação artística e de representação fidedigna da realidade acrescentou valor económico aos direitos de imagem.⁷⁵

⁷² BEVERLEY-SMITH, OHLY & LUCAS-SCHLOETTER, p. 65, 2005

⁷³ WOLOHAN, J. in BLACKSHAW, I., *Sports Image Rights in Europe*, p. 354, 2005 *apud* BALCARCZYK, ob. cit., p. 330

⁷⁴ Cujá designação própria da indústria é a de *avatar*.

⁷⁵ DIMITA, RIZZI & SERAO, pg. 185, 2020

Todavia, o reconhecimento do valor artístico dos videojogos apenas se obteve em 2011, no caso *Brown v. Entertainment Merchants Association*⁷⁶ onde o juiz sustentou que tal como os livros protegidos, as peças e filmes que precedem os videojogos, estes últimos comunicam ideias – e até mensagens sociais – através de meios literários tradicionais (como a personagem, o diálogo, o enredo e a música) mas também através de ferramentas distintas do meio utilizado (como a interação do jogador com o mundo virtual). Tais características são suficientes para conferir a proteção da Primeira Emenda. O juiz também afirmou que sob a Constituição dos EUA a estética e julgamentos morais sobre arte e literatura é para os indivíduos fazerem e não para o Governo regulamentar, ainda que com mandato ou aprovação da maioria”.

Todavia, a indústria em apreço enfrenta algumas dificuldades derivadas do seu alcance global: o facto de não existir uma harmonização jurídica internacional quanto ao regime do direito de imagem, leva a diferenças profundas entre jurisdições, nomeadamente ao nível do âmbito de proteção, limites, exceções e colisão de direitos. Uma vez que a distribuição de um determinado videojogo é feita globalmente, pelo menos na generalidade dos casos, a mesma dificilmente será realizada com observância total das nuances legais dos diferentes ordenamentos jurídicos.

Por norma, é a própria pessoa cuja imagem se pretende utilizar que tem o controlo sobre a reprodução da sua imagem, e este direito colide, muitas vezes, com direitos de terceiros, especialmente com os direitos dos produtores artísticos do videojogo. E é precisamente nesta situação, quando a imagem é um meio para o produtor artístico de exercer a sua liberdade de expressão, que se afigura necessário fazer um balanço entre esta liberdade fundamental, e o direito de imagem.

4.2 Conflito entre Direito de Imagem e Liberdade de Expressão

Uma vez que os EUA são considerados os pais da indústria dos videojogos e do entretenimento, e, simultaneamente, o ordenamento jurídico mais desenvolvido no que

⁷⁶ *Brown v Entertainment Merchants Association* (2011) 564 US 786.

diz respeito a leis de direito de imagem, criatividade e videojogos⁷⁷, importa atentar nas técnicas desenvolvidas pela jurisprudência deste país para lidar com os problemas emergentes, nomeadamente no que concerne à ponderação entre o direito de imagem (*right of publicity*) e a liberdade de expressão artística perante um conflito entre ambos.

A Primeira Emenda da Constituição dos EUA destina-se, entre outros bens jurídicos, a proteger a liberdade de expressão⁷⁸, ao se afirmar que o Congresso não fará nenhuma lei estabelecendo uma religião ou proibindo o seu livre exercício, a restringir a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo se reunir pacificamente.

Como já foi referido em capítulo anterior, não existe uma lei federal que regule o direito de imagem, ou, conforme denominado no ordenamento jurídico dos EUA, o *right of publicity*. A regulação de tais matérias é feita ao nível estadual, não existindo, também no plano norte-americano, uniformização sobre a matéria.

A jurisprudência dos EUA tem envidado esforços no sentido de desenvolver critérios que permitam fazer o balanço entre o *right of publicity* e a liberdade de expressão, nomeadamente aplicando três testes.

- a) “*Transformative Test*”, o teste transformativo⁷⁹, que se prende com o grau de transformação criativa da imagem; Este teste deve ser entendido como um balanço entre a Primeira Emenda e o *right of publicity* baseado na questão de aferir se no trabalho do produtor existem suficientes elementos criativos que transformem a personagem criada em mais do que uma mera representação da celebridade. Este teste tem como vantagem o facto de fornecer aos tribunais uma moldura analítica que permite ponderar entre a Primeira Emenda e o *right of publicity*, sem frustrar necessariamente a liberdade de expressão artística. Todavia esta flexibilidade

⁷⁷ DIMITA, RIZZI & SERAO, pg. 187, 2020

⁷⁸ Conforme estatui a Primeira Emenda à Constituição dos EUA “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*”.

⁷⁹ Este teste foi formulado pela primeira vez no caso *Comedy III Productions, Inc v Gary Saderup, Inc* e derivou da exceção de uso legítimo de copyright na extensão em que era compatível com o *right of publicity*. Na mesma decisão foi definido que “quando um trabalho contém elementos transformativos significativos, não é apenas merecedor da proteção da Primeira Emenda, mas também é menos provável de interferir com o interesse económico protegido pelo *right of publicity*”.

proporcionada pelo teste transformativo, acarreta alguns riscos, uma vez que este teste abrange uma categoria ampla de fatores a ter em conta, aumentando o risco de obter decisões conflitantes em casos semelhantes.⁸⁰

- b) “*Predominant Use Test*”, o teste do uso predominante, que tem como objetivo determinar se o propósito do trabalho é predominantemente comercial ou expressivo. É aplicado nos casos em que a natureza do trabalho é simultaneamente comercial e expressiva.⁸¹
- c) “*Relatedness Test*” ou “*Rogers Test*”, o teste relacional, tem como escopo a questão de a imagem ser ou não totalmente alheia ao trabalho onde é reproduzida, e se, conseqüentemente, os consumidores são explicitamente enganados a acreditar que as celebridades retratadas no trabalho aprovam a reprodução das suas imagens e promovem um certo produto.

Cada um destes testes incide sobre diferentes aspetos da relação entre a imagem e o trabalho final onde essa imagem se insere. Se considerados individualmente estes testes apresentam limites e levam a resultados díspares, devido ao grau de subjetividade intrínseco presente em todos eles, o que leva a uma incerteza relativamente ao que é passível de constituir uma violação do direito de imagem ou não, conforme apontam os autores DIMITA, RIZZI & SERAO. Os mesmos são críticos dos testes utilizados pelos tribunais norte-americanos ao afirmarem que estes três testes falham em fornecer diretrizes eficazes aos juristas no aconselhamento jurídico dado aos produtores dos videojogos. Como tal, os autores, sintetizam as diferentes abordagens feitas pela jurisprudência americana, e combinam as mesmas com uma visão que permita medir o nível de risco associado ao uso, sem autorização, da imagem de uma pessoa real num videojogo. O modelo de teste proposto pelos autores é denominado P.E.M. (*Prevalent, Exploitative, Misleading*) Test, e assenta em três perguntas basilares: “São os elementos

⁸⁰ GEORGESCU, D., *Two Tests Unite to Resolve the Tension Between the First Amendment and the Right of Publicity*’ 83 Fordham L Rev 907, 2014; BUNKER, MD, CALVERT, C., *Video Games and the Right of Publicity: The Courts Drop the Ball*, (2016) *apud* DIMITA, RIZZI & SERAO, pg. 186, 2020

⁸¹ Em particular o caso John Doe v TCI Cablevision (2003), relativo a um jogador de hóquei Anthony “Tony” Twist e a uma personagem de um livro de banda desenhada chamada Antonio Twistelli, cuja alcunha seria Tony Twist. Foi estabelecido que “se um produto é vendido explorando predominantemente os aspetos comerciais da identidade de um indivíduo, esse produto deve ser tido como violador do *right of publicity* e não como protegido pela Primeira Emenda.”. Através desta decisão o tribunal sancionou um uso da identidade de outro indivíduo, que apenas em parte era tido como criativo.

imitativos da imagem da pessoa real prevalentes em relação aos elementos criativos da personagem?"; "O uso é exploratório?"; "O uso é enganador?".

A primeira questão trata do uso imitativo prevalente⁸². Os autores dão como exemplo a personagem Lara Croft, uma arqueóloga protagonista da saga *Tomb Raider*, que foi inspirada em diversas celebridades da vida real, tais como a cantora sueca Neneh Cherry, e que ao longo dos anos foram moldando a personagem sem que os jogadores conseguissem identificar em que celebridades havia a personagem sido inspirada, pois os elementos transformativos/criativos da personagem superavam largamente os elementos imitativos, e seriam os elementos criativos que deram forma à personagem aqueles que ficariam na retina dos jogadores. Além disso, apesar do propósito do trabalho na qual a personagem está inserida ser predominantemente comercial, o uso da imagem das celebridades em que a personagem se inspirou não é comercial, mesmo considerando o destaque que a personagem tem na narrativa. Os autores apontam que em casos como este, e como princípio geral, quando uma personagem de um videogame carrega um grau considerável de originalidade e criatividade, a restrição da liberdade de expressão em face do direito de imagem da pessoa em quem a personagem foi inspirada, deve ser considerada injusta. Em casos semelhantes a este⁸³, os demandantes foram incapazes de comprovar uma semelhança física real entre eles e as personagens, assim como os nomes das personagens eram substancialmente diferentes.

Relativamente à segunda questão, a mesma reporta-se ao uso exploratório⁸⁴. Os autores apontam que se o grau de semelhança entre a pessoa real e a imagem tal e qual como reproduzida no jogo tem um papel bastante importante na análise da questão, isto não quer dizer que não possam existir usos imitativos legítimos mesmo sem o consentimento da celebridade, desde que a exploração da imagem da pessoa real não constitua o único motivo de uso. Em termos mais práticos, isto significa que a reprodução da imagem deve ser primariamente artística e não exploratória e que o uso dessa imagem deve ser apropriado ao seu papel artístico no jogo, para estarmos perante um balanço favorável à proteção conferida ao criador do jogo em nome da liberdade de expressão. Na

⁸² "Prevalent imitative use".

⁸³ Lohan v. Take-Two Interactive Software, Inc (2018); Kirby v Sega America, Inc (2006).

⁸⁴ "Exploitative use".

linha deste entendimento, surge o caso *Manuel Noriega v. Activision Blizzard, Inc.*⁸⁵ No caso em apreço o ditador panamenho Manuel Noriega inspirou uma personagem do jogo *Call Of Duty: Black Ops II*, personagem essa que apresentava algumas semelhanças físicas com a pessoa que a inspirou. Noriega alegou que o seu direito de imagem estaria a ser violado com a criação da personagem, e afirmava que a mesma é uma reprodução exata da sua figura. Todavia, o tribunal onde o processo correu termos decidiu que o uso da imagem de Manuel Noriega era legítimo, após aplicarem o teste transformativo, já referido no presente capítulo. Uma parte da doutrina, foi mais longe, ao defender que Noriega nem sequer teria o *right of publicity* pois não teria o direito de lucrar com a exploração da sua imagem, uma vez que a sua notoriedade dependeu de atos infames por ele perpetrados, e que por tal, o tribunal nem deveria sequer ter recorrido ao teste transformativo.

Contudo, importa ressaltar uma questão: os autores afirmam que sempre que o balanço entre o direito de imagem da pessoa retratada e a liberdade de expressão dos criadores do conteúdo digital pender para o lado do artista, a reprodução da imagem em material de propaganda deve ser considerada um indício de que o uso poderá ser exploratório.

Quanto à terceira questão, estamos agora situados no uso enganador.⁸⁶ Até então subsistia a questão de saber se a reprodução de uma imagem sem qualquer narrativa original ou valorização paródica, ou sem qualquer uso exploratório da mesma, é legítima. Os autores afirmam que, para responder a esta questão é necessário considerar até que ponto o público considerará que a imagem em questão foi reproduzida com a permissão da pessoa retratada. É em sede desta questão que as personagens de simuladores desportivos ganham mais relevância, uma vez que as personagens deste tipo de jogos reproduzem fielmente a imagem do atleta num contexto similar ao da sua atividade profissional, sem qualquer contexto de narrativa original, e que por isso constituem, logicamente, um elemento essencial da composição deste tipo de videojogos. A tendência da jurisprudência norte-americana tem sido a de considerar que o uso não autorizado da imagem de atletas não está protegido pela liberdade de expressão. Quando chamados a decidir, os juízes têm frequentemente aplicado o teste do uso transformativo, comparando a imagem do atleta com a personagem em si mesma, em detrimento de considerar a

⁸⁵ *Manuel Noriega v. Activision Blizzard, Inc (2014) No BC 551747 (Cal Super Ct).*

⁸⁶ “*Misleading use*”.

personagem em todo o contexto do videojogo. O resultado tem sido o de que as personagens que representam o atleta não têm sido consideradas suficientemente transformativas e compostas por elementos criativos e originais suficientes para justificar a compressão do direito de imagem dos atletas.⁸⁷ Apontam também que ainda que o uso da imagem dos atletas seja relevante para o videojogo, os tribunais devem evitar recorrer ao âmbito de proteção da Primeira Emenda para permitir que a imagem dos atletas seja incluída num videojogo sem que os atletas recebam a devida compensação. Como princípio geral a esta questão, os autores afirmam que qualquer reprodução que represente um falso patrocínio deve ser considerada como enganadora e, portanto, violadora do direito de imagem.

O autor norte-americano EDELMAN⁸⁸, também é defensor da ideia de que no caso dos simuladores desportivos não existem elementos transformativos suficientes na personagem que mereça a proteção da Primeira Emenda, ou seja, que esteja ao abrigo da liberdade de expressão.

A obra deste autor surge na sequência de um videojogo produzido pela EA Sports, a mesma produtora dos simuladores de futebol FIFA, mas alusivo ao futebol americano de competição universitária (*NCAA Football*), e tem como escopo preencher a lacuna da liberdade de expressão.⁸⁹ Os atletas universitários, apesar de serem autênticas celebridades no panorama mediático desportivo dos EUA, não tinham o direito a lucrar com os seus proventos desportivos, uma vez que a prática desportiva destes atletas é fundada no amadorismo da competição, que se defendia que deveria ser motivada primariamente pela educação física e mental, e pelos benefícios sociais derivados da competição. Algo que é claramente incongruente com a dimensão mediática e económica que as competições desportivas universitárias têm naquele país. Tais princípios de amadorismo ditavam que os atletas teriam que renunciar a salários e a qualquer remuneração relacionada com os seus estatutos de atletas. Ao mesmo que tempo que tal sucedia, a NCAA operava como entidade comercial com fins lucrativos. O facto de ser a NCAA competente para negociar as licenças dos direitos de propriedade intelectual com as editoras dos videojogos obstava a que os atletas negociassem diretamente com as

⁸⁷ DIMITA, RIZZI & SERAO, pg. 191, 2020

⁸⁸ EDELMAN, pg. 576, 2013

⁸⁹ Como o próprio título da obra indica “*Closing the Free Speech Loophole*”.

produtoras dos jogos onde iriam configurar como personagens, e por isso, impossibilitados de obterem vantagens patrimoniais através da utilização da sua própria imagem. A EA Sports, apesar da licença obtida junto da NCAA, adotou a estratégia de produzir os videojogos com personagens com características e informações desportivas e biográficas muito aproximadas dos atletas, contudo, apresentadas com nomes diferentes do atleta que as inspirou. Estratégia esta duvidosa, uma vez que os consumidores do videojogo conseguiam identificar o atleta retratado com base em fatores de conhecimento comum, tais como a posição ocupada no campo ou número da camisola habitualmente utilizado.

O autor apontava, para este caso, e casos semelhantes, as causas que permitiam definir uma situação de evidente violação do direito de imagem⁹⁰, sendo elas: o uso da identidade de um indivíduo; aproveitamento comercial; falta de consentimento; e o prejuízo patrimonial.

A primeira causa prende-se com os elementos que preenchem o uso da identidade de uma determinada pessoa, sendo que a jurisprudência americana considera como tal qualquer escultura, pintura ou *design* que tenha como intenção a representação particular de um indivíduo; a personificação das características de uma pessoa, seja de forma eletrónica ou por qualquer outro meio das novas tecnologias de informação; assim como, recentemente, reconheceu que este uso pode incluir imagens eletrónicas e personagens de videojogos.

O segundo elemento que permite caracterizar situações de evidente violação do direito de imagem, o aproveitamento comercial, inclui condutas que resultem no aproveitamento da notoriedade do nome ou identidade de alguém com propósitos lucrativos.

O terceiro elemento de análise, relativo à falta de consentimento, é atingido quando alguém utiliza a identidade de outrem sem a sua autorização. O autor alerta neste caso para a dificuldade que um(a) demandante terá para provar a falta de consentimento no caso de ele/a ter concedido previamente licença para ser utilizada a sua imagem a uma terceira parte que depois conceda uma sublicença ao demandado/a.

⁹⁰ *Ibidem*, pg. 561-564

Relativamente ao quarto e último elemento, o prejuízo patrimonial, exige-se que o demandante comprove e demonstre os danos patrimoniais que sofreu. E aqui surge uma diferença patente entre o *right of privacy* e o *right of publicity*. Se perante a violação do primeiro é necessário que o demandante faça prova dos danos não patrimoniais, no segundo é necessário que a prova feita seja relativa aos danos patrimoniais sofridos. A medida tradicional dos danos por violação do *right of publicity* foca-se tanto nos danos emergentes, como no enriquecimento ilícito do demandado/a.

EDELMAN, percorrendo estes passos, rapidamente chegou à conclusão de que a EA violava o direito de imagem dos atletas na elaboração dos seus videojogos: em primeiro lugar, porque os jogos utilizavam a identidade dos atletas, para propósitos claramente comerciais, alcançados através da sua distribuição global e massificada. Em segundo lugar, porque o uso da imagem dos atletas não era por eles consentido, uma vez que em grande parte dos casos esse consentimento era genericamente prestado pelos atletas à NCAA, aquando da assinatura do Estatuto de Atleta-Estudante. Também os danos patrimoniais⁹¹ seriam consideravelmente fáceis de calcular ou, pelo menos, de estimar, dando o autor o exemplo de que a EA despendia cerca de 35 milhões de dólares americanos anuais para utilizar os nomes e as imagens dos jogadores de futebol americano da principal liga, a NFL.

Contudo, esta situação relativa aos NIL *rights*⁹², conheceu novos desenvolvimentos no ano de 2020, e no presente ano de 2021. A *ratio legis* das últimas propostas apresentadas por Senadores, é a de conferir aos atletas universitários o poder de negociarem a concessão dos seus direitos de imagem, poder esse negado até então pela NCAA, que apenas permitia que os atletas-estudantes fossem compensados com bolsa universitária, alojamento, livros e cobertura de custos associados aos estudos. Apesar das propostas de lei por parte da NCAA, claramente impositoras de limites, a proposta de lei do Senador Chris Murphy (D-CT)⁹³ é inovadora em dois sentidos: primeiro porque permitirá aos atletas negociarem os seus NIL *rights*, individual e coletivamente⁹⁴; e em

⁹¹ Ou como referido pelo autor, “*money harm*”.

⁹² *Name, image and likeness rights*.

⁹³ Intitulada “*The College Athlete Economic Freedom Act*”.

⁹⁴ A Sec. 3 da referida proposta, tem como título “*Athletes Rights To Market Name, Image, Likeness and Athletic Reputation*”, e refere no ponto 1 da alínea a) que uma instituição de ensino superior ou associação

segundo porque constitui uma evolução no ordenamento jurídico norte-americano, uma vez que a intenção é torná-la lei federal, e por isso, aplicável em todos os estados dos EUA.⁹⁵ Antes da proposta do Senador Murphy, já em Dezembro de 2020 os Senadores Cory Booker (D-NJ) e Richard Blumenthal (D-CT) haviam proposto uma lei, a “*College Athletes Bill Of Rights*”, todavia, a proposta do Senador Murphy é considerada a mais favorável aos atletas universitários.⁹⁶

4.3 Análise jurisprudencial de casos alusivos à questão controvertida

Ainda dentro da análise da obra de EDELMAN, o autor refere o caso *Hart v. Electronic Arts, Inc.*⁹⁷, para apontar uma falha na aplicação correta do teste transformativo. O caso reporta-se à apreciação e discussão da aparência realística de uma personagem virtual. Ryan Hart, um jogador universitário de futebol americano foi incluído em uma das séries da saga do *supra* aludido videogame produzido pela EA, sem que para tal, a produtora tenha obtido o seu consentimento. Como tal, processou a EA alegando que a produtora havia violado o seu *right of publicity*, com base nas leis estaduais de Nova Jérquia, por entender que a produtora havia utilizado a sua informação biográfica e o seu *likeness*⁹⁸ para finalidades comerciais. Em primeira instância, o District Court de Nova Jérquia, decidiu a favor da EA, por considerar, após a aplicação do teste transformativo, que a conduta da produtora se encontrava protegida pela Primeira Emenda, ou seja, ao abrigo da liberdade de expressão. EDELMAN, critica veemente este entendimento.⁹⁹ O autor aponta vários erros na fundamentação da decisão do referido tribunal de primeira instância. EDELMAN considera que o tribunal, no caso concreto errou, errou ao presumir que a inclusão de estádios virtuais, atletas, treinadores, fãs, efeitos sonoros, músicas e comentários que fariam do videogame suficientemente transformativo.

de desporto interuniversitário não pode emitir qualquer tipo de regulamentação que impeça os atletas universitários, ainda que individual ou coletivamente, de negociarem e lucrarem com os seus *NIL rights*.

⁹⁵ O Senador Murphy é crítico da tirania da NCAA, tendo prestado as seguintes declarações, citadas na peça jornalística da CBS, de 4 de Fevereiro de 2021: “*I love college sports. But it is time to admit that something is very rotten when the industry makes \$15 billion a year and many athletes can’t afford to put food on the table or pay for a plane ticket for their parents to see them perform. Big time college athletics look no different than professional leagues, and it’s time for us to stop denying the right of college athletes to make money off their talents*”.

⁹⁶ Conforme o descrito na peça jornalística da CBS.

⁹⁷ *Hart v. Electronic Arts, Inc.*, (2011) No. 09-cv-5990 (FLW) (D.N.J.).

⁹⁸ Segundo a definição avançada pela supramencionada proposta de lei do Senador Murphy, o termo *likeness* envolve a voz única e identificável, uma frase característica ou qualquer outro sinal distintivo que uma vez inseridos num determinado contexto permita identificar razoavelmente o atleta – cfr. ponto 9, da Sec. 2 da proposta de lei intitulada “*The College Athlete Economic Freedom Act*”.

⁹⁹ EDELMAN, pg. 578, 2013

Esta presunção, aponta o autor, falha em coincidir com o entendimento do U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, no caso *Hilton v. Hallmark*¹⁰⁰, caso em que o entendimento do tribunal foi o de que a proteção da Primeira Emenda apenas se aplica quando um produto contendo elementos característicos de uma certa celebridade é tão transformado que se qualifica como expressão criativa do demandado.¹⁰¹ Um outro erro apontado pelo autor foi que o tribunal se baseou no caso *Kirby v. Sega of America* para sustentar a posição de que um fundo decorativo incorporado num determinado videogame faz com que o uso dos elementos característicos da celebridade sejam transformativos. Todavia, uma leitura atenta a este último caso mostra que a análise da controvérsia vai mais além do que um simples fundo decorativo, e que existem poucas semelhanças entre as personagens. A personagem principal do videogame em questão no caso *Kirby* é uma personagem inserida num contexto futurístico e espacial. No caso do *NCAA Football*, os *avatares* dos jogadores representados são réplicas deles próprios, a atuarem em representações verosímeis de estádios reais. O District Court de Nova Jérсия, cometeu, na visão do autor, o erro crasso de avançar o argumento baseado na ferramenta disponibilizada pela EA no seu videogame, que permite aos utilizadores editarem as personagens, e que tal facto conferia valor expressivo ao videogame.¹⁰² EDELMAN considera que este entendimento é errado, uma vez que a ferramenta permite aos utilizadores alterarem os atributos do *avatar* de forma a tornar ainda mais verosímil a representação do atleta real, e que para além disso, a ferramenta de edição permite aos utilizadores adicionar o nome de atletas universitários reais nas camisolas de *avatares*, e que ambas as situações são violadoras do *right of privacy*.¹⁰³ Na parte final da sua crítica a este caso, o autor refere, por último, que o erro do tribunal foi ter utilizado também, como referência, o suprarreferido caso *Brown v. Entertainment Merchants*. Apesar do Supremo Tribunal dos EUA ter entendido, neste último caso, que o conteúdo do videogame representava uma forma de expressão artística, o caso em si não se reportava a fazer um balanço entre a liberdade de expressão e o *right of publicity*, mas sim à apreciação da possibilidade do estado da Califórnia impor uma lei que restringisse o conteúdo violento na narrativa de um videogame.

¹⁰⁰ *Hilton v. Hallmark Cards*, 599 F.3d 894, 906-08 (9th Circ. 2010).

¹⁰¹ “(...) a product containing a celebrity’s likeness is so transformed that it has become primarily the defendant’s own expression rather than the celebrity’s likeness”.

¹⁰² “(...) the technology that permits users to alter player’s image is itself a noteworthy, expressive attribute of the game”.

¹⁰³ EDELMAN, pg. 579, 2013

Hart recorreu da decisão do District Court de Nova Jérсия. Após aplicar o teste transformativo, o tribunal de apelação considerou que o videojogo da EA não apresentava um grau transformativo suficiente que legitimasse a proteção da Primeira Emenda, prevalecendo o *right of publicity* do atleta Hart, e por isso, reverteu a decisão do tribunal de primeira instância.¹⁰⁴ Após aplicar os três testes supramencionados no presente capítulo o tribunal entendeu que o teste do uso predominante conduziu a resultados demasiado subjetivos e arbitrários, uma vez que punham o juiz, um jurista que deve pautar-se pela imparcialidade, num papel em que teria que proceder a considerações artísticas para determinar o propósito dominante do produto. O *Rogers Test* também se mostrou inaplicável nestas situações, podendo relevar em casos cuja controvérsia orbite em torno de questões de *trademark*, até porque, o problema trazido por este teste seria o de que os elementos característicos de Hart não seriam totalmente alheios ao videojogo e que o videojogo não se poderia considerar uma publicidade sem qualquer relação com o produto. Ao ser aplicado o teste transformativo o tribunal chegou à conclusão de que o *avatar* de Hart no videojogo fazia as mesmas movimentações que o atleta real no campo, que teria vários atributos físicos semelhantes, tais como a cor do cabelo, o tom de pele e acessórios da equipa que o atleta representava, os Rutgers. A personagem assemelhava-se com os detalhes vitais e biológicos do atleta, e que por tal, a personagem não seria transformativa o suficiente, uma vez que os efeitos sonoros e cinematográficos do jogo não alteravam a identidade de Hart de forma significativa, e que a ferramenta de edição disponível no videojogo era insuficiente para justificar a proteção da Primeira Emenda.

Relativamente ao entendimento da jurisprudência nacional nesta matéria, a autora BARROS E CARVALHOSA¹⁰⁵ refere que, os tribunais portugueses¹⁰⁶, perante uma situação de conflito entre o direito à liberdade de expressão de informação¹⁰⁷ e o direito de imagem, “a liberdade de expressão não pode (e não deve) atentar, contra o direito ao bom nome e reputação, salvo quando estiver em causa um interesse público que se

¹⁰⁴ Hart v. Electronic Arts, Inc., (2013) 717 F.3d 141 (3d Circ).

¹⁰⁵ BARROS E CARVALHOSA, p. 64, 2008

¹⁰⁶ Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Março de 2005, cujo entendimento daquele Tribunal foi o de que “se nenhuma dúvida existisse quanto à dignidade constitucional do princípio fundamental da liberdade de expressão e do direito de informação (...), também se perfila como não menos relevante o princípio da salvaguarda do bom nome e reputação individuais, e o direito à imagem e reputação” *apud* BARROS E CARVALHOSA, p. 64, 2008

¹⁰⁷ Também eles direitos fundamentais, previstos no art. 38.º da CRP.

sobreponha àqueles e a divulgação dos factos seja feita de forma a não exceder o estritamente necessário a tal salvaguarda”.¹⁰⁸

Nas palavras da autora BARROS E CARVALHOSA, “a título exemplificativo, refira-se que o futebol não poderá ser considerado como um acontecimento de interesse geral que, por si só, justifique e seja capaz de limitar o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada de uma pessoa (neste caso de um jogador de futebol profissional), tendo em consideração apenas o número elevado de adeptos desta modalidade de desporto, nem tão pouco a relevância e interesses económicos que a mesma envolve e representa”.¹⁰⁹ A nossa CRP apenas admite a prevalência do direito à liberdade de informar e à liberdade expressão face a direitos de personalidade apenas quando tem por objeto “matéria revestida de carácter e de interesse público e não apenas do interesse do público”.¹¹⁰

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Novembro de 2001, “tanto a notoriedade da pessoa retratada como o enquadramento público não justificam, sem mais, a liberdade de divulgação do retrato, havendo sempre que ponderar, caso a caso, se se verificam as razões de valor informativo que estão na base da liberdade de divulgação da imagem da pessoa notória ou da pessoa enquadrada em lugar público, em acontecimentos de interesse público ou que haja decorrido publicamente”.¹¹¹ Também o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de Janeiro de 1999, citado por BARROS E CARVALHOSA¹¹², no julgamento de um caso relativo ao conflito entre o direito de imagem e a liberdade de expressão e informação considerou que “a reprodução do retrato justificada pela notoriedade das pessoas, pressupõe um interesse público de informação, sendo ilícita, quando desviada para fins alheios à atividade pública dos retratados ou aos interesses públicos de informação, como para a exploração comercial não autorizada dessa notoriedade”.

Pelo exposto se infere que, à luz do nosso ordenamento jurídico, é ilegítima a derrogação do direito de imagem em detrimento do direito à liberdade de expressão e de

¹⁰⁸ Vide Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Março de 2005.

¹⁰⁹ BARROS E CARVALHOSA, ob. cit., p. 65

¹¹⁰ SANCHÉZ-CALERO ARRIBAS & VALERO MARTÍN, p. 143, 2001 *apud* BARROS E CARVALHOSA, ob. cit., p. 65

¹¹¹ Vide Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de Novembro de 2001.

¹¹² Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de Janeiro de 1999 *apud* BARROS E CARVALHOSA, ob. cit., p. 65

informação, justificada pela notoriedade da pessoa retratada, quando essa utilização da imagem da pessoa com notoriedade pública é alheia ao interesse público, e serve para satisfazer finalidades claramente comerciais. No caso da representação de um determinado atleta num videogame de simulação desportiva, cujo propósito é comercial, não se pode justificar a prevalência da liberdade de expressão sobre o direito de imagem, uma vez que, pelos argumentos até aqui apresentados, num circunstancialismo específico como este, não opera a exceção do interesse público que permite relegar o direito de imagem para segundo plano.

5. CONCLUSÃO

Após a análise necessária para a elaboração da presente dissertação, é possível responder a duas questões nucleares levantadas ao longo do trabalho.

A primeira questão suscitada versa sobre a transmissibilidade do direito de imagem, nomeadamente à luz do nosso ordenamento jurídico. Tal como foi analisado no segundo capítulo do presente estudo, com base jurisprudencial, a transmissibilidade do direito de imagem não pode ser feita em termos genéricos, pois tal limitação do exercício do direito de imagem é nula por ser contrária à ordem pública. É legítimo o atleta ceder a exploração comercial do conteúdo económico do seu direito de imagem, é legítimo ser representado por outrem na celebração deste tipo de contratos, mas sem que a titularidade do direito saia da esfera da pessoa representada, e em termos claramente definidos, como a duração da cedência e/ou da representação, mediante contraprestação económica. A conceção europeia do direito à imagem, ainda que nos últimos anos se tenha aproximado da conceção patrimonial do *right of publicity* propugnada nos EUA, dá primazia à personalidade do direito, e, portanto, como direito relativamente indisponível, o titular apenas pode dispor da imagem enquanto tal, e não do direito em si mesmo.

A análise da segunda questão, sendo ela o ponto de contacto entre o direito de imagem do praticante desportivo e a indústria dos videojogos, revela que, no caso dos simuladores desportivos, por serem videojogos baseados em representações fidedignas e hiper-realistas, contêm elementos característicos e identificadores dos atletas, representados em maior grau do que os possíveis elementos transformativos contidos na personagem, e que por isso, perante estes casos, em que conflituam o direito à liberdade de expressão, criação e iniciativa económica e o direito à imagem, deve ser dada, em princípio, primazia à proteção do direito à imagem, em detrimento da liberdade de expressão artística. Conforme indicam os autores DIMITA, RIZZI & SERAO¹¹³, será necessário obter junto do titular do direito a devida licença para utilização da sua imagem num videojogo. Em paralelo, os autores afirmam que existe também a tendência, com os EUA a liderar o caminho, de conferir maior proteção à liberdade de expressão em conexão com os videojogos uma vez que estes são cada vez mais qualificados e reconhecidos como

¹¹³ DIMITA, RIZZI & SERAO, pg. 192, 2020

trabalhos criativos e com expressão artística. Perante esta realidade, e por imperativo lógico, a prévia obtenção de licença de utilização de imagem junto da celebridade ou atleta visado, evita, *a priori*, litígios cuja relação material controvertida se reporte a este conflito entre a liberdade de expressão e o direito de imagem. Também no entendimento da nossa jurisprudência é ilícito, perante uma situação de conflitualidade entre os direitos referidos *supra*, em contextos que sirvam propósitos comerciais, justificar a derrogação do direito de imagem perante o direito à liberdade de expressão, uma vez que, “o interesse informativo pode justificar, excecionalmente, a restrição de algumas prerrogativas do titular do direito de imagem, mas sem que tal possa, em nenhuma situação, implicar ou conduzir à anulação do direito à própria imagem”.¹¹⁴

Quanto aos proventos económicos gerados pela utilização da imagem de um atleta, conclui-se que são os atletas representados quem deve receber e lucrar com as respetivas compensações económicas provindas do uso da sua imagem e elementos característicos quando utilizados em videojogos comerciais de simulação desportiva, tais como o suprarreferido *NCAA Football*.¹¹⁵

¹¹⁴ BARROS E CARVALHOSA, ob. cit., p. 67

¹¹⁵ EDELMAN, pg. 581-582, 2013

BIBLIOGRAFIA

Livros:

ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel, *El Derecho a la propia imagen*, Madrid, Ed: Tecnos, 1997

AMAT LLARI, Maria Eulàlia, *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Madrid, Ed: La Ley, 1992

ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Coimbra, Ed: Almedina, 2000

AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, Ed: Civitas, 1997

BARROS E CARVALHOSA, Sofia, *O Direito de Imagem do Praticante Desportivo Profissional*, Lisboa, Ed: Universidade Lusíada Editora, 2008

BEVERLEY-SMITH, Huw, OHLY, Ansgar & LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, *Privacy Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Nova Iorque, Ed: Cambridge University Press, 2005

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Ed: Coimbra Editora, 1995

COSTA ANDRADE, Manuel, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo I, artigos 131º a 201º*, Ed: Coimbra Editora, Coimbra, 1999

GOMES CANOTILHO, J.J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, Ed: Coimbra Editora, 1993

HERCE DE LA PRADA, Vicente, *El Derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Barcelona: Ed. Bosch, 1994

HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *Honor, Intimidad, y Propia Imagen*, Madrid, Ed: Colex, 1994

KENT, Steven L., “The Golden Age (Part. 1: 1979-1980)”; “The Golden Age (Part. 2: 1981-1983)”, in *The Ultimate History of Video Games*, Nova Iorque, Ed: Crown, 2001

OLIVEIRA FESTAS, David, *Do Conteúdo Patrimonial do direito à imagem: contributo para um estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra, Ed: Coimbra Editora, 2009

PALOMAR OLMEDA, Alberto, DESCALZO GONZÁLEZ, Antonio, *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol*, Madrid, Ed: Dykinson, 2001

PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I (Artigos 1.º a 761.º)*, 4ª Edição, Ed: Coimbra Editora, Coimbra, 1987

SÁ PEREIRA, Victor, LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Ed: Quid Juris?, 2ª Edição, Lisboa, 2014

VASCONCELOS, Pedro Pais, *Direito de Personalidade*, Ed: Almedina, Coimbra, 2017

Artigos em revistas:

BALCARCZYK, Justina, *Sports image rights – a comparative overview*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 2/2010, str. 327-334, 2010

BLACKSHAW, Ian, *Protecting and Exploiting Sports Image Rights*, The International Sports Law Journal, 2005

COSTA, Adalberto, *O Direito à Imagem*, disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B8dbb0bd0-2c86-4bdb-bfa3-abbd1a8210c4%7D.pdf>

DIMITA, Gaetano, RIZZI, Andrea & SERAO, Nicoletta, *Image rights, creativity and video games*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 15, No. 3, 2020

DINIS DE CARVALHO, André, *A profissão de empresário desportivo – uma lei simplista para uma actividade complexa?*, Desporto & Direito Revista Jurídica do Desporto, Ano I, n.º 2, Coimbra Editora, Janeiro/Abril 2004

EDELMAN, Marc, *Closing the Free Speech Loophole: The Case for Protecting College Athletes' Publicity Rights in Commercial Video Games*, p. 553-586, Florida Law Review, Vol. 65, 2013

LOPES DA SILVA, Andreia Susana Linhas, *O Direito de Imagem do Desportista Profissional*, Data Venia Revista Jurídica Digital, Ano 1, N.º 2, p. 195-210, 2013

MCKENNA, Mark P., *The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition*, University of Pittsburgh Law Review, 2005

PINA, Carolina, *Visión comparativa de la protección de Los Derechos de Imagen en Europa y Estados Unidos*, in Revista Jurídica de deporte y Entretenimiento – 2 número 14, Ed: Aranzadi Thomson Reuters, 2005

SANCHÉZ CALERO ARRIBAS, Blanca & VALERO MARTÍN, Eva, *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el deporte*, p. 133-161, Civitas Revista Española de Derecho Deportivo, 14, Madrid, Ed: Civitas Ediciones, SL, Julho-Dezembro 2001

SANJUAN, Nerea, *Derechos de Imagen y Derechos Audiovisuales en el deporte profesional*, in Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento – 2 número 12, Ed: Aranzadi Thomson Reuters, 2004

TRABUCO, Cláudia, *Dos contratos relativos ao direito à imagem*, Sep. de: O Direito, ano 133, n.º 2, 2001

TRABUCO, Cláudia, *O Direito ao Espetáculo e o Direito à Imagem dos Desportistas – Cotejos dos Direitos Português e Brasileiro*, in Desporto & Direito Revista Jurídica do Desporto, Coimbra, Ed: Coimbra Editora, 2013

VOLOKH, Eugene, *Freedom of Speech and the Right of Publicity*, Houston Law Review, 2003-2004

ZANINI, Leonardo, *A Proteção da Imagem na Alemanha*, Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n.º 11, 2018

Jurisprudência Nacional

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Junho de 2003, relativo ao processo 4554/03, relator Araújo Barros, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ca7fc9ce4402f58b80256e7e004ec225?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Março de 2005, relativo ao processo 2799/03, relator Ferreira de Almeida, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4ef47e9024905f8680256fff0039c658?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Outubro de 2005, relativo ao processo 2788/04, Relator Silva Salazar, disponível em

[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/204e20ddf8259874802570ba006a8260?
OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/204e20ddf8259874802570ba006a8260?OpenDocument)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Junho de 2007, relativo ao processo 07A2022, Relator Urbano Dias, disponível em [http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28e0917d335a1a4a80257307002faef4?
OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28e0917d335a1a4a80257307002faef4?OpenDocument)

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24 de Fevereiro de 2005, relativo ao processo número 2788/04-3, Relator Bernardo Domingos, disponível em [http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/729b9ea6caa21b1f80257de1005747a6?
OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/729b9ea6caa21b1f80257de1005747a6?OpenDocument)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de Janeiro de 1999, relativo ao processo número 6314/98, publicado na Coletânea de Jurisprudência, ano XXIV, Palácio da Justiça, Coimbra, 1999, p. 93-95

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Setembro de 2005, relativo ao processo número 5011/2004-6, Relator Manuela Gomes, disponível em [http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/aa9205a64a196c4d802572340050c772?
OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/aa9205a64a196c4d802572340050c772?OpenDocument)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Dezembro de 2007, relativo ao processo número 7379/2007-2, relator Jorge Leal, disponível em [http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6cd2970b88356984802573e7005de9c8?
?OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6cd2970b88356984802573e7005de9c8?OpenDocument)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 31 de Maio de 2007, relativo ao processo número 345/2007-6, relator Olindo Geraldés, disponível em [http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e195766e7ebf372a8025732500562787?
OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e195766e7ebf372a8025732500562787?OpenDocument)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de Fevereiro de 2012, relativo ao processo 2405/08.0TJLSB.P1, Relator José Eusébio Almeida, disponível em [http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e00f016a4dcf6289802579b8005ae894?
OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/e00f016a4dcf6289802579b8005ae894?OpenDocument)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, 5 de Junho de 2015, relativo ao processo 101/13.5TAMCN.P1, Relator José Carreto, disponível em [http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/94f97edea596d8f80257e6f004fbde7?
OpenDocument](http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/94f97edea596d8f80257e6f004fbde7?OpenDocument)

Jurisprudência Estrangeira

Espanha:

Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol, Sala Segunda, número 117/1994, de 25 de abril de 1994 (disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2634>)

Estados Unidos da América:

Brown v. Entertainment Merchants Association (2011) 564 US 786

Comedy III Productions, Inc v. Gary Saderup, Inc (2001) 25 Cal 4th 387, 106 (Cal)

Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., (1953) 202 F.2d 866 (2d Cir.)

Hart v. Electronic Arts, Inc. (2011) No. 09-cv-5990 (FLW) (D.N.J.)

Hart v. Electronic Arts, Inc. (2013) 717 F.3d 141 (3d Cir.)

Kirby v. Sega of America, Inc (2006) 144 Cal App 4th 47

Lohan v. Take-Two Interactive Software, Inc (2018) 92 N.E. 3d 807 (NY)

O'Brien v. Pabst Sales Co., (1941) 124 F.2d 167 (5th Cir.),

Pavesich v. New England Life Insurance Co. (1905) et. al. 122 Ga. 190; 50 S.E. 68

Legislação

Portuguesa:

Constituição da República Portuguesa, 7^a Edição, Coimbra, Almedina, 2021

Código Civil, 14^a Edição, Coimbra, Almedina, 2020

Código Penal, 11^a Edição, Coimbra, Almedina, 2020

Lei n.º 28/98, de 26 de junho (Lei do Contrato de Trabalho Desportivo)

Espanhola:

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>)

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagem (disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>)

Ley 1/1996, de 12 de abril, de Propriedad Intelectual (disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>)

Estados Unidos da América:

Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América (disponível em <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>)

“*The College Athlete Economic Freedom Act*” (disponível em <https://www.murphy.senate.gov/imo/media/doc/MCC21100.pdf>)

Webgrafia

(NOTA: Todos os sites foram consultados pela última vez em 17/05/2021)

<https://www.forbes.com/profile/michael-jordan/?sh=65e1f8e82d83>

<https://www.transfermarkt.com/primeira-liga/startseite/wettbewerb/PO1>

<https://www.transfermarkt.pt/liga-nos/gastarbeiter/wettbewerb/PO1>

<https://www.inta.org/topics/right-of-publicity/>

<https://www.cbssports.com/college-football/news/new-congressional-bill-aims-to-make-name-image-and-likeness-a-federal-right-for-college-athletes/>

https://itlaw.wikia.org/wiki/Hart_v._Electronic_Arts

<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-hart-v-elec-arts-inc>