



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Jonathan de Oliveira Almeida

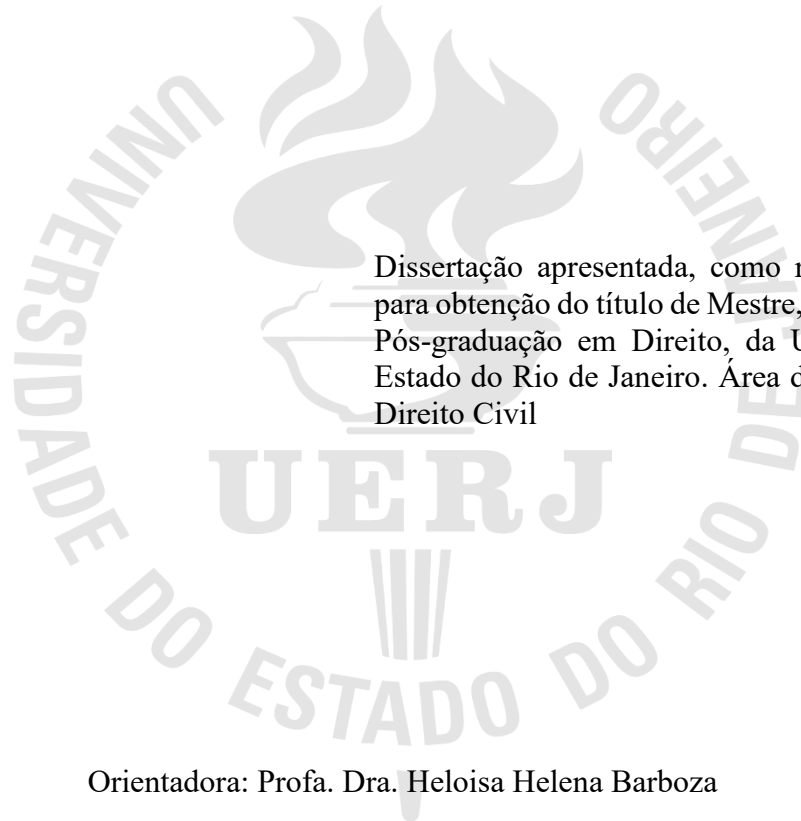
**Cláusulas morais nos espaços de autonomia: a disposição contratual sobre
comportamentos privados**

Rio de Janeiro

2021

Jonathan de Oliveira Almeida

Cláusulas morais nos espaços de autonomia: a disposição contratual sobre comportamentos privados



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Profa. Dra. Heloisa Helena Barboza

Rio de Janeiro

2021

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A447

Almeida, Jonathan de Oliveira

Cláusulas morais nos espaços de autonomia: a disposição contratual sobre comportamentos privados / Jonathan de Oliveira Almeida. - 2021. 130 f.

Orientadora: Profª. Dra. Heloisa Helena Barboza.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Cláusula moral - Teses. 2. Autonomia - Teses. 3. Contrato publicitário - Teses. I. Barboza, Heloisa Helena. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Jonathan de Oliveira Almeida

Cláusulas morais nos espaços de autonomia: a disposição contratual sobre comportamentos privados

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 18 de maio de 2021.

Banca Examinadora:

Profª. Dra. Heloisa Helena Gomes Barboza (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Vítor de Azevedo Almeida Júnior
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
2021

DEDICATÓRIA

À minha mãe, Sônia, que me ensinou o maior de todos os valores: o amor.

AGRADECIMENTOS

É curioso pensar que o trabalho que ora se apresenta refletirá, ao mesmo tempo, o fim de um ciclo tão exaustivo quanto enriquecedor e o início de uma etapa de novos aprendizados e vivências. A educação é o elemento que tem transformado a minha vida e me permitido chegar a lugares que, talvez, por minhas próprias raízes, não chegaria. Minha entrada e jornada nos espaços acadêmicos é simbólica e consubstancia a participação, o apoio e o incentivo de pessoas muito preciosas, que tornaram mais leve o fardo e agradável o caminho, e a quem gostaria de externar a minha gratidão.

Meus primeiros passos rumo a essa aventura que é a vida acadêmica tiveram início ainda na graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Lembro-me que meus olhos brilharam com as magníficas aulas de Parte Geral de Direito Civil, ministradas pela professora Fernanda Nunes Barbosa, ainda nos períodos iniciais da faculdade. Ali a semente foi plantada e a agradeço por isso! Posteriormente, ao participar do programa de monitoria em Direito Civil, sob a orientação da Professora Juliana Lage, tive a certeza de que eu deveria seguir por esse caminho. A ela, agradeço pelo apoio, pelas edificantes conversas, pela confiança que sempre depositou em mim e por me motivar nos momentos de fraqueza. Ao professor Guilherme Magalhães Martins, agradeço pelas valiosas lições e pela ampliação de horizontes que sua orientação me proporcionou. A todo o corpo social da minha eterna FND, o meu muito obrigado.

Sou grato a todo o corpo docente da linha de Direito Civil do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, pelo tanto que aprendi, dentro e fora de sala de aula, e pela experiência inenarrável adquirida a partir dos profundos debates provenientes das disciplinas e dos grupos de pesquisa dos quais participei. Sempre achei incrível cruzar nos corredores da UERJ com autores de obras que eu sempre li e admirei. Em especial, aos professores Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Eduardo Nunes de Souza, Anderson Schreiber, Gisela Sampaio, Aline Terra e Milena Donato Oliva.

À professora Heloisa Helena Barboza direciono um agradecimento especial. Nessas estreitas linhas, gostaria de externar o quanto sou grato pela dedicada orientação acadêmica, sem a qual, diante de tantos percalços, eu não teria chegado até aqui. Manifesto o meu carinho e admiração pela sua generosidade, empatia e inteligência, refletidas nas interessantes provocações e reflexões sobre o direito e sobre a vida. O seu constante incentivo foi fundamental e me deu energia para prosseguir e me superar.

Aos meus ilustres colegas de turma do Mestrado em Direito Civil de 2018, com quem muito aprendi: Ana Carolina Velmovisky, Bernardo Salgado, Caio Pires, Dan Guerchon, Filipe Mendon, Isabella Olivieri, João Pedro Zagni, Juliane Pannebecker, Leonardo Fajngold, Livia Guimarães, Luiza Franco, Luccas Goldfarb, Maria Carolina Bichara, Rafael Mansur e Vynicius Guimarães. A todos os demais colegas da linha de Direito Civil do PPGD-UERJ, com quem sempre pude compartilhar angústias e saberes e que, certamente, acrescentaram muito à minha trajetória, em especial à Chiara de Teffé, Rodrigo da Guia, Micaela Fernandes, Eduardo Horácio, Elisa Cruz, Livia Leal, Beatriz Capanema, Maici Colombo, Matheus Baia e Fernanda Domingues.

Faço um registro especial, envolto em afeto e reconhecimento, aos queridos amigos Thiago Soares e Caio Pires com quem pude partilhar bons momentos durante o curso de mestrado, inclusive reflexões existenciais das mais transcendentais e desafiadoras, que tornaram o percurso bem mais divertido. Ao querido Vitor Almeida pelos distintos conselhos, importantíssimos para a concretização deste trabalho.

Aos meus amigos mais maravilhosos da vida, agradeço o suporte, a paciência e a motivação que sempre me dispensaram, a despeito da minha ausência em alguns momentos. Carrego um amor imenso por todos vocês e, nesse pequeno espaço, manifesto quão incríveis e fundamentais vocês são para a minha vida. Em especial, a Isabela Silva, Katherine Rodrigues, Juliana Lima, Vanessa Araújo, Carolina Canet, Luana Rabello, Juliana Pereira, Bruno Dourado, João Victor Rocha, Renan Melo e Thiago Storari.

A João Paulo Ramos, o meu amor e agradecimento. A vida sempre me traz gratas surpresas e, certamente, você é uma delas. Nessa etapa final, o seu carinho, compreensão e incentivo me deram o fôlego que eu precisava para ir adiante e concluir mais esse capítulo da minha vida. Importantes páginas desse trabalho são resultado de nossas conversas e de contribuições vindas do seu atento olhar de publicitário.

Finalmente, aos meus pais, Sonia Oliveira e Luis Carlos de Almeida, e à minha família. À minha mãe, meu amor, sublinho a minha eterna gratidão por sempre estar do meu lado e me apoiar em todos os momentos da minha vida. No contexto de sua simplicidade, talvez você nem saiba a importância ou a dimensão deste trabalho, mas, como sempre, se me faz bem e feliz, basta. Você é um meu exemplo de mãe, mulher, poder e resistência. Tudo sempre foi e será por você!

*A poesia está guardada nas palavras — é tudo que eu sei.
Meu fado é o de não saber quase tudo.
Sobre o nada eu tenho profundidades.
Não tenho conexões com a realidade.
Poderoso para mim não é aquele que descobre ouro.
Para mim poderoso é aquele que descobre as insignificâncias
(do mundo e as nossas).
Por essa pequena sentença me elogiaram de imbecil.
Fiquei emocionado.
Sou fraco para elogios.*

Manoel de Barros

RESUMO

ALMEIDA, Jonathan de Oliveira. *Cláusulas morais nos espaços de autonomia: a disposição contratual sobre comportamentos privados*. 2021. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

As cláusulas morais são aquelas que estabelecem comportamentos que uma determinada celebridade (geralmente, um artista, jogador de futebol ou influenciador digital) deve se abster de praticar por força da celebração de um contrato publicitário. Usualmente, as cláusulas morais referem-se a contratos que tem por objeto a licença de uso da imagem, compreendida em seu conteúdo existencial e patrimonial. Originadas no âmbito da indústria cinematográfica norte-americana no século XX, as cláusulas morais geralmente referem-se à prática de crimes, uso abusivo de álcool ou drogas, desonestidade ou quaisquer outros atos que possam desmoralizar, ridicularizar ou levar a própria celebridade ao desprezo perante a sociedade. Nesse caso, o recurso à cláusula poderá autorizar que o contratante encerre ou suspenda o contrato com a manutenção dos serviços para data posterior ou, ainda, imponha uma penalidade para o comportamento imoral, mas com a continuidade do contrato. O presente estudo, que se orientado pela metodologia do direito civil-constitucional, dedica-se à investigação da juridicidade e possibilidade de aplicação da cláusula moral no direito brasileiro, tendo em vista que o seu conteúdo pretende a limitação da autonomia no que tange a comportamentos eminentemente privados, ou seja, que não necessariamente estejam relacionados ao contrato. Assim, considerando que os contratos publicitários se utilizarão do uso da imagem de determinada celebridade para realizar anúncios, revelando-se, nesse caso, uma situação jurídica dúplice, as cláusulas morais desafiam não só as fronteiras dos espaços de autonomia, como também as instâncias de controle valorativo encontradas no Código Civil, que permitirão identificar a sua admissibilidade. Isso porque, muitas vezes, um comportamento privado reflete um ato de autonomia existencial lícito e não abusivo, mas disfuncional à axiologia civil-constitucional, razão pela parece passível de ser limitado ao sabor do juízo de merecimento de tutela. Além disso, a perspectiva colaboracionista extraída das cláusulas gerais de boa-fé objetiva e de bons costumes parecem ser complementares para abrigar as cláusulas morais e permitir que produzam efeitos regularmente sobre os contratos. Em tempos de constante desenvolvimento tecnológico e da crescente utilização das redes sociais virtuais para a divulgação de marcas, produtos ou serviços – realizada, principalmente, pelos chamados influenciadores digitais em seus perfis –, ao passo que cresce a (auto)exposição, aumenta também a constante observação sobre suas condutas, *on-line* e *off-line*. Essa permanente observação e julgamento do comportamento alheio fez surgir a “cultura do cancelamento”, que, por algum mau comportamento, pode manchar a reputação dos porta-vozes das marcas e, conseqüentemente, na imagem pública de seu contratante. Assim, a estipulação de cláusulas morais nesses contratos pode representar um remédio contratual para evitar maus comportamentos, por parte das celebridades contratadas, para justificar o desfazimento do negócio (ou a adoção de outras medidas previstas na cláusula), ou, ainda, para mitigar os danos causados em decorrência das condutas malsinadas.

Palavras-chave: Cláusula moral. Autonomia. Contrato publicitários. Imagem. Internet.

ABSTRACT

ALMEIDA, Jonathan de Oliveira. *Morals clauses in spaces of autonomy: the contractual disposition on private behaviors*. 2021. 130f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

Morals clauses are those that establish behaviors that a certain celebrity (usually an artist, soccer player or digital influencer) must refrain from practicing due to the conclusion of an advertising contract. Usually, the moral clauses refer to contracts whose object is the license to use the image, understood in its existential and patrimonial content. Originating within the scope of the North American film industry in the 20th century, moral clauses generally refer to the practice of crimes, abusive use of alcohol or drugs, dishonesty or any other acts that may demoralize, ridicule or lead the celebrity itself to contempt before the society. In this case, the use of the clause may authorize the contractor to terminate or suspend the contract with the maintenance of services for a later date or, still, impose a penalty for immoral behavior, but with the continuity of the contract. The present study, which is guided by the methodology of civil-constitutional law, is dedicated to the investigation of legality and the possibility of applying the moral clause in Brazilian law, considering that its content intends to limit autonomy with respect to behaviors eminently private, that is, that are not necessarily related to the contract. Therefore, considering that advertising contracts will use the image of a certain celebrity to carry out advertisements, revealing, in this case, a double legal situation, the moral clauses unravel not only the boundaries of the spaces of autonomy, but also the instances of value control found in the Civil Code, which will allow to identify its admissibility. This is because, often, private behavior reflects an act of existential autonomy lawful and not abusive, but dysfunctional to civil-constitutional axiology, reason why it seems likely to be limited to the discretion of the judge of merit of tutelage. In addition, the collaborationist perspective extracted from the general clauses of objective good faith and good customs seems to be complementary to shelter the moral clauses and allow them to have regular effects on contracts. In times of constant technological development and the growing use of virtual social networks for the dissemination of brands, products or services - carried out, mainly, by the so-called digital influencers in their profiles -, while (self) exposure grows, also increases the constant observation about their conduct, online and offline. This permanent observation and judgment of the behavior of others gave rise to the “cancel culture”, which, due to some bad behavior, can tarnish the reputation of the spokespersons of the brands and, consequently, in the public image of their contractor. Therefore, the stipulation of moral clauses in these contracts may represent a contractual remedy to avoid bad behavior on the part of the contracted celebrities, to justify the undoing of the deal (or the adoption of other measures provided for in the clause), or, still, to mitigate the damage caused as a result of misconduct.

Keywords: Morals clause. Autonomy. Advertising contracts. Image. Internet.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABC	American Broadcasting Company
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC/2002	Código Civil de 2002
CC/1916	Código Civil de 1916
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CJF	Centro de Estudos da Justiça Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
JDC	Jornada de Direito Civil
MLB	Major League Baseball
NBA	National Basketball Association
NBC	National Broadcasting Company
NFL	National Football League
NHL	National Hockey League
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	A CLÁUSULA MORAL E SUA CONSTRUÇÃO	16
1.1	Delineando os contornos da cláusula moral nos contratos	16
1.1.1	<u>A origem e o desenvolvimento das cláusulas morais no século XX</u>	20
1.2	Os modos de incorporação de cláusulas morais nos contratos	26
1.3	A aplicação da cláusula moral na indústria do entretenimento norte-americana e sua possível ocorrência no caso brasileiro	30
1.3.1	<u>A publicidade veiculada na internet e os códigos de conduta na rede: notas sobre a cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual</u>	40
2	A SIMBIOSE ENTRE A AUTONOMIA E A DISPOSIÇÃO CONTRATUAL RESTRITIVA DE COMPORTAMENTOS PRIVADOS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL	52
2.1	Os espaços de autonomia em face das cláusulas morais	52
2.2	Situação jurídica, cláusula moral e suas interfaces	59
2.2.1	<u>Uma breve análise dos perfis da situação jurídica</u>	63
2.2.2	<u>A situação jurídica dúplice como escopo de incidência de cláusulas morais: o caso do direito à imagem</u>	69
2.3	As instâncias de controle valorativo da autonomia privada e sua correlação com as cláusulas morais	76
3	PERSPECTIVAS SOBRE A LEGITIMIDADE E A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA MORAL NO DIREITO CIVL BRASILEIRO	90
3.1	A associação da cláusula moral ao princípio da boa-fé objetiva	90
3.2	A cláusula geral de bons costumes como guardida normativa da cláusula moral	104
3.3	A profilática utilização da cláusula moral em tempos de vigência da “cultura do cancelamento” na internet	113
	CONCLUSÃO	118
	REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

A pós-modernidade¹ é marcada por transformações inegavelmente profundas nas bases sociais em decorrência dos avanços tecnológicos, aguçando constantes reflexões nos planos filosófico, sociológico e jurídico sobre o surgimento de novos padrões de comportamento e da posição ocupada pela pessoa no seio das relações entre o ser e o ter. É neste contexto que se verifica o fenômeno da "liquefação"² da sociedade, sendo certa a importância de balizar os novos paradigmas das relações humanas e suas repercussões no futuro. Dessa forma, compreendendo-se o direito como uma ciência em constante movimento, nada mais contumaz que a resignificação dos institutos tradicionais para conformar a tutela jurídica do ordenamento a essas novas situações.

Nada obstante, a liquidez verificada no mundo pós-moderno opera certa transmutação axiológica que tem ingerência direta nas relações sociais, seja no campo dos afetos ou na esfera jurídica, ao sabor dos valores compartilhados e admitidos socialmente. Note-se, por exemplo, que a privacidade, consubstanciada nos aspectos intimidade e vida privada, tem sido mitigada por seus próprios titulares, dando lugar a uma cultura de autoexposição e culto à imagem, enquanto outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, têm sido enrijecidos e alargados.

Com efeito, numa sociedade que se pretende plural e democrática, cujo passado recente foi marcado pelos males oriundos de um regime autoritário e opressivo, a ditadura militar, é imprescindível que a ordem jurídica se adapte aos novos contornos da vida diante da evolução da tecnologia, em especial da internet, pois, apesar de se revelar um amplo espaço de liberdade, não é terra sem lei.³

De ponta a ponta, as condutas dos usuários das redes estão sendo observadas, em aspectos positivos e negativos, bem como suas repercussões práticas. Há quem se adeque à consolidação do uso das tecnologias no dia a dia e caminhe no sentido da autoexposição e comercialização da imagem e da privacidade, como há quem opte por uma vida *off-line*, distante da tendência de espetacularização⁴ da vida privada nas redes sociais. O constante fluxo de

¹ Por todos, cf. GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos essenciais da sociologia*. Trad. Cláudia Freire. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.

² A noção de modernidade ou sociedade líquida é atribuída à Zygmunt Bauman. O autor utiliza o termo para se referir ao conjunto de relações e dinâmicas verificadas na contemporaneidade, vez que dotadas de fluidez e volatilidade. Sobre o tema, cf. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.117.633/RO*. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento em 09/03/2010, publicação em 26/03/2010.

⁴ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

informações e interações alcançado através da internet provoca uma onda de que a visibilidade e a inclusão social deste tempo importariam apenas a adesão a um perfil em alguma rede social.

Além disso, no ambiente digital, confundem-se os limítrofes entre os espaços público e privado da vida social⁵, não do ponto de vista físico, mas à razão de que já não se sabe mais a diferença entre os francos diálogos no jardim interior de uma casa e os encontros em praça pública sob o olhar de espectadores desconhecidos. O jardim e a praça referem-se, em verdade, às “imagens que simbolizam o comportamento das pessoas, seu modo de viver e de enxergar o mundo”⁶, demonstrados na rede por atos de sua própria iniciativa. E é no bojo deste ato de expor e compartilhar opiniões, experiências e tendências que nasce a possibilidade de exercer influência.

Publicizar pensamentos, acontecimentos privados e a própria imagem é ato legitimamente assegurado pelas liberdades fundamentais, sobretudo a de expressão e de manifestação do pensamento, premissas inafastáveis do Estado Democrático de Direito, permitindo-se, inclusive, a sua veiculação através das mídias sociais virtuais. O desenvolvimento das inovações tecnológicas no âmbito da tecnologia da informação e comunicação propiciou um cenário de facilidades para a distribuição e o compartilhamento de conteúdo entre os usuários, trazendo, por conseguinte, diversas implicações jurídicas, que confrontam, diuturnamente, os operadores do direito.

Neste viés, diante dos novos mecanismos emergentes na (e para a) sociedade de consumo, as fronteiras entre o ser e o ter ebuliram um novo delineado, em que a pessoa humana passa a ter atributos de sua própria personalidade mercantilizados, sendo o direito à imagem e à privacidade os mais evidentes. De uma só vez, então, a pessoa humana passa a ser o único liame entre o ser e o ter, pois ela própria coaduna a disposição de um direito inerente a uma contrapartida (quase sempre) pecuniária.

No contexto de exploração econômica da imagem, a publicidade entra em cena para garantir a realização de negócios, utilizando-se das mais variadas técnicas e estratégias para fomentar o consumo e, dentre elas, destaca-se o “marketing digital”⁷. Esta abordagem do marketing é voltada para a compreensão da realidade de um consumidor conectado, que leva

⁵ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica*. Ciência e Trópico. Vol. 11(1), pp. 105-121, jan/jun/1983. Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/download/326/216>. Data de acesso: 28/04/2021.

⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Facebook é jardim ou praça? O que está por trás do foco na privacidade*. In: *Tilt UOL*, abril de 2019. Disponível em: <https://tecfront.blogosfera.uol.com.br/2019/04/01/o-facebook-e-um-jardim-ou-uma-praca/>. Data de acesso: 28/04/2021.

⁷ KOTLER, Philip. *Marketing 4.0: do tradicional ao digital*. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2017, passim.

em consideração, na sua decisão de compra, as informações disponíveis na internet sobre empresas e produtos. Nessa perspectiva, aparece o marketing de conteúdo, que, dentre outros fatores, busca convencer os consumidores que os produtos ou serviços de determinada empresa ou marca podem atender uma necessidade importante. Tal tarefa pode ser exercida através da influência ou liderança de determinadas pessoas sobre potenciais consumidores, a partir do licenciamento do uso de seu direito à imagem e/ou à privacidade para atender os anseios do negócio, transferindo-lhe a sua credibilidade perante a comunidade.

Assim, tornou-se comum que as marcas se utilizem do chamado “garoto-propaganda” – função que, atualmente, na perspectiva do digital, também é desempenhada pelos chamados influenciadores digitais. Trata-se, em verdade, de pessoas popularmente conhecidas, seja através de seu trabalho na TV ou nos esportes, seja na internet. O objetivo é proceder à divulgação de marcas e produtos por intermédio do uso de sua imagem e influência, principalmente a partir de seus perfis nas redes sociais.

Os anúncios veiculados por essas personalidades da mídia resultam na estipulação de contratos de enormes cifras, a depender do alcance e engajamento de suas postagens nas redes sociais ou de sua repercussão em outros canais, o que torna a estratégia altamente lucrativa. A influência, por assim dizer, pode ser compreendida como um efeito do direito à imagem a partir do aspecto imagem-atributo, notadamente o “conjunto de características decorrentes do indivíduo, de modo a compor a sua representação no meio social”⁸. Por essa razão, como o objeto do negócio ou da estratégia de marketing se utiliza, sobretudo, da imagem e da boa reputação que determinada personalidade ostenta na sociedade, os olhares se voltam para seus posicionamentos e comportamentos, *on-line* e *off-line*.

Evidentemente, ao contratar uma determinada personalidade (um artista, um atleta ou um influenciador) para divulgar produtos e serviços, um patrocinador, por exemplo, confia na imagem e na influência do garoto-propaganda para alavancar sua visibilidade e, por via de consequência, suas vendas. O contratante, nesse caso, espera que o contratado não cause nenhum prejuízo à marca patrocinadora por fatos alheios à sua vontade, na expectativa de que o negócio seja conduzido de forma proba e colaborativa.

Inserem-se, neste ponto, as chamadas *cláusulas morais*. Tais cláusulas referem-se à possibilidade de desfazimento do negócio nas hipóteses de a conduta do contratado afetar a sua

⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2016, p.136.

própria imagem e, por conseguinte, a imagem do contratante a ele vinculado.⁹ O ordenamento jurídico brasileiro veda a mercantilização da pessoa ou a sua instrumentalização para fins econômicos, especialmente pelo protagonismo da dignidade humana e dos direitos fundamentais individuais, uma vez que impedem que as situações jurídicas patrimoniais prevaleçam sobre as existenciais, impossibilitando avenças que obstem a qualquer pessoa humana o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Entretanto, conforme se demonstrará adiante, é plenamente possível a utilização da imagem baseada no bom empenho do garoto-propaganda (ou de um influenciador, por exemplo) no exercício de sua atividade, qual seja, a de divulgar ou representar determinadas marcas e produtos. De qualquer forma, é preciso questionar em que medida a limitação existencial do contratado em seus comportamentos privados, a partir de uma cláusula restritiva, se harmoniza com a ordem jurídica.

Nesse estudo, busca-se elucidar, sem a pretensão de esgotar o tema, em que medida uma cláusula pode limitar a autonomia privada – sobretudo, existencial – do contratado a ponto de dirigir-lhe as condutas que, em princípio, deve se abster no âmbito de sua vida privada.

O presente trabalho será dividido da forma que se passa a descrever. Inicialmente, busca-se apresentar um breve panorama sobre o surgimento e desenvolvimento histórico das cláusulas morais e os modos que vêm sendo inseridas nos contratos, bem como uma análise sobre sua utilização na indústria do entretenimento, na qual se encontram os contratos com fins publicitários, especialmente no que tange aos anúncios veiculados na internet. Nesse contexto, será de todo importante delinear algumas noções sobre chamada “cultura do cancelamento” e a concepção de (a)moralidade virtual, o que possibilitará a identificação de alguns tipos de comportamentos que podem interferir diretamente nos contratos celebrados.

Para tanto, é inafastável uma revisitação na compreensão das noções de autonomia, especialmente nos contratos publicitários, os quais se utilizam, como visto, da imagem e da influência de determinado talento para anunciar e divulgar marcas, produtos ou serviços, a despeito de já consolidada na doutrina e na jurisprudência a compreensão do direito à imagem em seu duplo conteúdo. Dessa forma, será importante abordar as interfaces atinentes às cláusulas morais e as diferentes situações jurídicas subjetivas e seus perfis, com vistas à persecução da função promocional do direito, isto é, dos fins que o exercício de determinada

⁹ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 12, p. 37-57, abr./jun. 2017, p. 40. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/32/26>. Data de acesso: 28/04/2021.

situação subjetiva pretende atingir no que tange aos valores inscritos no ordenamento. Isso porque, como visto, o direito à imagem carrega conteúdo patrimonial e existencial, revelando-se uma situação jurídica dúplice, sendo esta, justamente, o escopo de incidência das cláusulas morais.

Como as cláusulas morais objetivam restringir comportamentos privados, faz-se necessário investigar quais instâncias de controle valorativo da autonomia devem circunscrever a sua incidência, evitando-se, de outro lado, controles exagerados nesses atos particulares ou o encerramento unilateral abusivo de contratos. Assim, visa-se tutelar o ato de autonomia que melhor promove os valores do ordenamento, para além dos juízos de licitude e abusividade, de modo que o ato merecedor de tutela será aquele que não se mostrar disfuncional à axiologia constitucional. Dessa forma, no contexto das cláusulas morais, nem todo ato praticado por um garoto-propaganda se encerra nos juízos de licitude e abusividade, mas poderá não ser merecedor de tutela em razão de afrontar os valores protegidos pela ordem jurídica – ou a moralidade constitucional –, o que pode justificar a sua limitação.

Finalmente, em termos práticos, a legislação civil nacional não possui previsão legal para cláusulas morais propriamente, fazendo-se necessário analisar as perspectivas de sua juridicidade e a possibilidade de sua aplicação a partir dos princípios e institutos constantes do ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais se destaca as cláusulas gerais de boa-fé objetiva e de bons costumes, sendo cada uma um importante instrumento de delimitação dos atos de autonomia, patrimonial ou existencial, para fins de merecimento de tutela, a partir de uma averiguação da conduta praticada e a finalidade do contrato celebrado. Por fim, a partir de situações concretas, será examinada a possibilidade de se utilizar de cláusulas morais em contratos publicitários na égide da cultura do cancelamento na internet, pois podem se apresentar como um remédio contratual para evitar maus comportamentos por parte das celebridades contratadas, para justificar o desfazimento do negócio ou para mitigar os danos causados em decorrência das condutas malsinadas.

1 A CLÁUSULA MORAL E SUA CONSTRUÇÃO

1.1 Delineando os contornos da cláusula moral nos contratos

Antes de investigar as especificidades das cláusulas morais e seus reflexos nos contratos, faz-se imperativo desenvolver uma definição-guia para o termo “cláusula moral”^{10 11}. As cláusulas morais são comumente utilizadas na chamada indústria do entretenimento, bem como no mundo dos esportes, referindo-se a disposições contratuais que determinam quais comportamentos a pessoa contratada deve deixar de adotar a fim de evitar, em última análise, o desfazimento do contrato

Para Noah. B. Kressler, a cláusula moral, no ramo publicitário, permite que os anunciantes ou patrocinadores possam encerrar o contrato quando a conduta pessoal do contratado for prejudicial aos interesses daqueles ou, de outro lado, comprometa o desempenho esperado.¹² O autor também considera que eventos anteriores à celebração do contrato possam ensejar a violação da cláusula moral.¹³

Com relação aos contratos celebrados no âmbito dos esportes profissionais, Brian R. Socolow define a cláusula moral como aquela que concede à equipe do atleta, à liga ou à empresa que o remunera para divulgar seus produtos, o direito de rescindir o contrato ou impor outra punição caso o atleta pratique qualquer conduta criminosa ou se envolva em comportamento indecoroso.¹⁴

Daniel Auerbach, por sua vez, afirma que as cláusulas morais são previsões incluídas no contrato de patrocínio ou de divulgação de produtos e/ou serviços que garantem ao contratante o direito de cancelar o contrato caso o atleta pratique algum ato que possa manchar

¹⁰ Inicialmente, importante consignar que o termo “cláusula moral” é a exata tradução de expressão na língua inglesa “morals clause”, que tem origem nos Estados Unidos, como se verá no decorrer deste capítulo.

¹¹ O termo “cláusula moral” será utilizado em toda a extensão deste trabalho, em que pesem as diversas outras formulações existentes, como “cláusula de imagem pública”, “cláusula de boa conduta” ou, ainda, “cláusula de moralidade”. Dentre outros termos análogos à cláusula moral, incluem-se “cláusula de torpeza moral”, “cláusulas de conduta pessoal” e “cláusulas comportamentais”.

¹² KRESSLER, Noah B., *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*. Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 29. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=869302. Data de acesso: 22/02/2020.

¹³ KRESSLER, Noah B., *Using the Morals Clause in Talent Agreement*, cit.

¹⁴ SOCOLOW, Brian R. *What Every Player Should Know about Morals Clauses*. Moves, vol. 4, n. 186, agosto/2008. Disponível em: <https://www.loeb.com/en/insights/publications/2008/09/what-every-player-should-know-about-morals-clauses>. Data de acesso: 22/02/2020.

a sua própria imagem e, por conseguinte, a imagem do próprio contratante ou de seus produtos e/ou serviços.¹⁵

A partir de tais definições, constata-se que a cláusula moral não consagra uma única definição, variando de acordo com o enfoque dado ao instrumento contratual que a acolhe. De toda forma, vale consignar que a referida cláusula diz respeito às estipulações contratuais que restringem determinados comportamentos do contratado, sob pena de desfazimento do contrato ou de outra punição que possa, de alguma forma, compensar os eventuais prejuízos que conduta praticada tenha causado ao contratante.

Assim, uma concepção mais ampla de cláusula moral no contexto dos “contratos de talento” (*talent agreements*) é proposta por Fernando C. Pinguelo e Timothy D. Cedrone, sendo:

uma disposição contratual que confere a uma parte contratante (geralmente uma empresa) o direito unilateral de rescindir o contrato ou tomar alguma medida punitiva contra a outra parte (geralmente uma pessoa cuja influência ou imagem é buscada) para o caso de se envolver em qualquer comportamento repreensível que possa impactar negativamente sua imagem pública e, por associação, a imagem pública da empresa contratante.¹⁶

Para estes últimos autores, uma definição mais expansiva das cláusulas morais facilita a compreensão de todo o seu escopo de incidência, ou seja, uma única concepção mais ampla acerca das cláusulas morais permite abranger todos os seus vários usos¹⁷.

Com efeito, um dos objetivos subjacentes da cláusula moral é proteger empresa contratante de comportamentos da pessoa com quem contrata – geralmente um artista ou esportista, frise-se – considerados socialmente imorais. A afirmativa conduz a uma indagação óbvia e que permeia toda a posterior discussão relativa à cláusula moral: o que determina se um comportamento é imoral? O conceito de comportamento moral, na medida em que se relaciona com a lei, também obedece a um constante fluxo de mudanças nos padrões comportamentais da sociedade.

¹⁵ AUERBACH, Daniel. *Morals Clauses as Corporate Protection in Athlete Endorsement Contracts*. 3 DePaul J. Sports L. & Contemp. Probs. Vol. 3, n. 1, 2005. Disponível em: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1071&context=jslcp>. Data de acesso: 22/02/2020.

¹⁶ Tradução livre realizada pelo autor. No original: “A contractual provision that gives one contracting party (usually a company) the unilateral right to terminate the agreement, or take punitive action against the other party (usually an individual whose endorsement or image is sought) in the event that such other party engages in reprehensible behavior or conduct that may negatively impact his or her public image and, by association, the public image of the contracting company.” PINGUELO, Fernando M; CEDRONE, Timothy D. *Morals? Who cares about morals? Na examination of morals clauses in talent contracts and what talent needs to know*. In: *Seton Hall Journal of Sports & Entertainment Law*, Forthcoming, maio/2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1471031. Data de acesso: 23/02/2020.

¹⁷ Alguns dos vários usos das cláusulas morais serão mais bem delineados no item 1.3, infra.

De fato, o termo “cláusula moral” remete automaticamente a uma concepção de moral social, composta pela ideia de costumes como práticas reiteradas no tempo. Por essa razão, inevitável a alusão ao passado e sua relação com o presente ao sabor dos *standards* de comportamento verificados em grupos e setores do tecido social. Salienta-se que, mesmo que o vocábulo “cláusula” prenuncie alguma noção de instrumento obrigacional intrínseco a um negócio envolto em conteúdo patrimonial, a junção dos verbetes permite pensar numa espécie de consenso que leve em consideração um regramento de conduta pautado em determinados valores, cujo descumprimento poderá ensejar a extinção do pacto. Neste ponto, outro questionamento se faz oportuno: a quais valores se está referindo?

Esses padrões de conduta integrados ao juízo valorativo realizado sobre si e sobre o outro circunscrevem a redoma da ética e da moral, sendo os padrões morais aqueles que “prescrevem como nós devemos considerar os outros”, enquanto que os padrões éticos dizem respeito ao modo como “nós mesmos devemos viver”.¹⁸ Comumente, a moral, por sua própria natureza, diz respeito a concepções subjetivas sobre o mundo adquiridas através da cultura, dos costumes, da educação, da religião, dentre outros muitos aspectos que têm forte ingerência sobre o comportamento dos indivíduos na sociedade em determinado período histórico. Dessa forma, não há uma única definição de conduta “moral” ou “imoral” e, no caso das cláusulas morais, quando eventuais disputas surgirem entre os contratantes, o intérprete deverá ponderar no caso concreto qual o significado e o alcance que as partes pretenderam atribuir aos termos da cláusula, tendo em vista a eminente possibilidade de limitação da autonomia privada.

Nesse contexto, afirma-se que o constante fluxo de circunstâncias que interferem no conceito de comportamento “moral” torna dificultoso e arriscado estabelecer uma aceção fechada sobre “moralidade” ou “comportamento moral” que se aplique a todas as situações em concreto, especialmente diante da sensibilidade (técnica) requerida para realizar tal avaliação. De toda sorte, vale dizer que um “comportamento moral” resulta de um código de conduta existente na sociedade e que se constitui produto de uma evolução natural das coisas. De acordo com Kwame Anthony Appiah, a moral é, em última análise, prática: moralmente, importa o que pensamos e sentimos, mas a moral, em sua essência, reside no que fazemos.¹⁹ No contexto dos contratos publicitários, muitas vezes emerge uma nebulosa problemática no sentido de determinar se um comportamento pode ser compreendido como imoral – e, por isso, motivar

¹⁸ DWORKIN, Ronald. O que é uma vida boa? In: *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 607-616, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24010>. Data de acesso: 23/02/2020.

¹⁹ APPIAH, Anthony Appiah. *O código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. Tradução: Denise Bottmann, 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 11.

uma série de efeitos sobre o contrato –, ou se apenas traduz uma mera excentricidade comportamental por parte da pessoa contratada.

Um último aspecto a ser sobressaltado nestas discussões iniciais que perpassam as cláusulas morais é concernente às fronteiras entre as alegações de má conduta e a (má) conduta efetivamente praticada, a conduta real. De fato, podem ocorrer casos em que um indivíduo vinculado a uma cláusula moral, especialmente nos contratos de licença de uso da imagem, pode ser falsamente acusado de haver adotado uma conduta que viole o conteúdo da cláusula. Para fins elucidativos, rememora-se o caso que envolveu o jogador Neymar Jr. e a modelo Nájila Trindade, em maio de 2019. Na ocasião, a modelo acusou o jogador de tê-la estuprado e agredido em um hotel em Paris.²⁰ Ocorre, no entanto, que o inquérito foi arquivado em razão da insuficiência de provas e da inconsistência das alegações feitas por Najila, que, inclusive, está sendo investigada (juntamente com seu ex-marido) por fraude processual²¹.

Sem qualquer juízo de valor sobre a veracidade das alegações e embora o caso se relacione com o cometimento de um crime, tem-se que a conduta pela qual o jogador foi acusado é potencialmente violadora de uma cláusula moral²², especialmente pela repercussão que o caso alcançou nas mídias sociais e na imprensa mundial, razão pela qual a operadora de cartões Mastercard decidiu suspender as ações de marketing da companhia com o jogador até que o assunto fosse resolvido.²³

Certamente, a possibilidade de falsas alegações é um dos fatores que integram todo o debate acerca das cláusulas morais, sendo certo que a tensão entre as falsas acusações e a conduta real tem impacto direto na aplicação e nos possíveis efeitos das cláusulas morais.

²⁰ Para mais detalhes sobre o ocorrido, cf. LOURENÇO, Leonardo. Neymar é acusado de estupro; jogador nega e fala em tentativa de extorsão. In: *Globo Esporte*, junho/2019. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/blogs/bastidores-fc/post/2019/06/01/neymar-e-acusado-de-estupro-em-paris-boletim-de-ocorrencia-e-registrado-em-sao-paulo.ghtml>. Data de acesso: 23/02/2020.

²¹ Sobre este novo desdobramento do caso, cf. TOMAZ, Kleber; MAGALHÃES, Beatriz. Caso Neymar: Justiça aceita denúncia e Nájila e ex-marido viram réus por fraude processual. In: *GI São Paulo*, setembro/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/29/caso-neymar-justica-aceita-denuncia-e-najila-e-ex-marido-viram-reus-por-fraude-processual.ghtml>. Data de acesso: 23/02/2020.

²² As relações entre o caso Neymar Jr. e as cláusulas morais foram melhor abordadas em ALMEIDA, Jonathan O.; PIRES, Caio Ribeiro; FERNANDES, Micaela B. B. O caso Neymar Jr. e as cláusulas morais: questionamentos sobre a possibilidade de regramento de condutas pessoais nos contratos de licença de uso da imagem. In: *Jota*, julho/2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-caso-neymar-jr-e-as-clausulas-morais-12072019. Data de acesso: 23/02/2020.

²³ Sobre a ação da Mastercard diante do caso, cf. *GI Mídia e Marketing*, junho/2019. Mastercard suspende ações de marketing com Neymar. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2019/06/06/mastercard-suspende-acoes-de-marketing-com-neymar.ghtml>. Data de acesso: 23/02/2020.

1.1.1 A origem e o desenvolvimento das cláusulas morais no século XX

Embora o tema sugira que as celebridades em geral apenas começaram a ter comportamentos considerados “imorais” nos últimos anos, especialmente com o avanço da tecnologia e da internet, a realidade demonstra que há bastante tempo as pessoas consideradas notórias ou públicas²⁴ têm sido objeto de observação. Da mesma maneira, o conceito de cláusulas morais também não é uma criação jurídica recente, em que pese a grande notoriedade que receberam no decorrer no século XX, principalmente no âmbito do mercado cinematográfico norte-americano. Assim, a melhor maneira de examinar as questões jurídicas que circunscrevem o tema é através da história das cláusulas morais nos Estados Unidos, o que servirá como contexto para a aplicação que se confere às cláusulas morais atualmente.

Na década de 1920, verificou-se um grande aumento da atenção atribuída pela imprensa à indústria cinematográfica de Hollywood. O foco da imprensa estava nas estrelas de cinema, cujos comportamentos escandalosos e extravagantes eram considerados até o motivo do esvaziamento das salas de cinema.²⁵ Eram constantes as matérias que se ocupavam em relatar as festas, bebedeiras, notícias de que os artistas ganhavam em uma semana o que muitos americanos ganhavam em um ano, criando, assim, um sentimento de ofensa generalizada e ressentimento.²⁶ Foram esses tipos de comportamento que ensejaram o surgimento das cláusulas morais nos chamados contratos de talento²⁷, como evidenciado no caso de “Fatty” Arbuckle²⁸, relatado a seguir.

²⁴ Para os fins da presente dissertação, as expressões “pessoa notória” e “pessoa pública” são utilizadas indistintamente como sinônimos. Dessa forma, esclarece-se, desde logo, que pessoa pública é aquela que ganhou notoriedade, é dedicada ou ligada à vida pública, por ofício ou opção. Trata-se, em verdade, de todas as pessoas que possuem cargos públicos, políticos ou que se fazem conhecidas da população por motivos de entretenimento ou situação da vida, despertando, de alguma forma, interesse social. Complementarmente, cf. SILVA JUNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem: políticos, artistas, modelos, personagens históricos...* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 89, que define a pessoa pública como “aquela que se dedica à vida pública ou que a ela está ligada, ou exerce cargos políticos, ou cuja atuação dependa do sufrágio popular ou do reconhecimento das pessoas ou a elas é voltado, ainda que para entretenimento ou lazer, mesmo que sem objetivo de lucro ou com caráter eminentemente social, como são por exemplo, os políticos, artistas, modelos e outras pessoas notórias.” Ainda sobre o tema, leciona Enéas Garcia: “pessoa pública é toda aquela que, devido à sua atividade ou fatos marcantes de sua vida, passa a desfrutar de notoriedade, despertando a atenção generalizada do público, sofrendo uma limitação ao seu direito à vida privada.” GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade civil dos meios de comunicação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

²⁵ AUERBACH, Daniel. *Morals Clauses as Corporate Protection in Athlete Endorsement Contracts*, cit.

²⁶ KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*, cit.

²⁷ Tradução da expressão em inglês “talent contracts” ou “talent agreements”.

²⁸ Para maiores esclarecimentos sobre o caso, que envolve o assassinato da jovem atriz Virginia Rappe, de 25 anos, cf. <https://www.bbc.com/news/magazine-14640719> e <https://www.smithsonianmag.com/history/the-skinny-on-the-fatty-arbuckle-trial-131228859/>. Data de acesso: 24/02/2020.

No ano de 1921, o comediante chamado Roscoe “Fatty” Arbuckle havia acabado de assinar um contrato milionário, com duração de três anos, com a *Paramount Pictures*. Na festa de comemoração pela contratação, realizada em um hotel na cidade estadunidense de São Francisco, uma convidada foi encontrada gravemente ferida na suíte do artista, vindo a falecer em seguida. O comediante foi preso sob a acusação dos crimes de estupro e homicídio, sendo absolvido no julgamento. Entretanto, diante do lastimável caso, a opinião pública já havia realizado seu próprio julgamento e se voltado contra o artista e contra a indústria cinematográfica em geral.²⁹

Nesse contexto, após constatar os sérios impactos que o caso envolvendo Arbuckle exerceu sobre a *Paramount Pictures*, a *Universal Studios*, preventivamente, instituiu uma nova política em suas contratações: todos os atores e atrizes empregados pela produtora passariam a estar submetidos a uma cláusula moral em seus respectivos contratos. O objetivo era tranquilizar o público e proteger os investimentos realizados pela empresa. Relata-se, inclusive, que os estúdios da Universal emitiram a seguinte declaração:

Como um resultado direto do caso Arbuckle em São Francisco, Stanchfield & Levy, advogados da Universal Film Manufacturing, redigiram uma cláusula de proteção . . . a ser inserida em todos os contratos, existentes e futuros, de atores, atrizes e diretores com a empresa.³⁰

Assim, nota-se que o escrutínio público da moralidade na indústria cinematográfica, gerado a partir do escandaloso caso de Fatty Arbuckle, desencadeou a inserção das cláusulas morais em contratos artísticos no decorrer da década de 1920.

Durante as décadas de 1940 e 1950, as cláusulas morais eram frequentemente utilizadas mais para desafiar e até censurar a expressão política do que a conduta moral. Em 1947, por exemplo, as cláusulas morais foram utilizadas como fundamento para a demissão de artistas (entre chefes de estúdio, diretores, escritores e atores) considerados politicamente hostis, evento conhecido como *Hollywood Ten*³¹. Na ocasião, dez atores e roteiristas influentes foram presos

²⁹ EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future. New York University. In: *Journal of Intellectual Property & Entertainment Law*. New York, US, v. 5, no. 1, p. 72-106, Fall 2015. Disponível em: https://jipel.law.nyu.edu/wp-content/uploads/2016/02/NYU_JIPEL_Vol-5-No-1_3_Epstein_MoralsClauses.pdf. Data de acesso: 24/02/2020.

³⁰ Tradução livre realizada pelo autor. No original: “As a direct result of the Arbuckle case in San Francisco, Stanchfield & Levy, attorneys for the Universal Film Manufacturing Company, have drawn up a protective clause . . . to [be] inserted in all existing and future actors', actresses', and directors' contracts with the company.” PINGUELO, Fernando M; CEDRONE, Timothy D. *Morals? Who cares about morals? Na examination of morals clauses in talent contracts and what talent needs to know*, cit., p. 354.

³¹ Para maiores detalhes sobre a denúncia de interferência comunista na indústria cinematográfica norte-americana, especialmente sobre o Hollywood Ten, cf. <http://www.history.com/topics/cold-war/hollywood-ten>. Data de acesso: 24/02/2020.

e inseridos na “lista negra” de grandes estúdios por denunciarem publicamente as ações do Comitê da Câmara sobre Atividades Não-Americanas³² durante a investigação de influência comunista em Hollywood, no auge da *Era McCarthy*³³ ³⁴. Logo após, temendo boicotes generalizados em meio a uma parcela cada vez maior de consumidores de suas produções, alguns estúdios utilizaram a cláusula moral – já habitualmente inserida em contratos artísticos por vinte e cinco anos – para encerrar os contratos e se desassociarem dos membros do *Hollywood Ten* em razão de suas possíveis inclinações comunistas.

É de se ressaltar os três casos de maior notoriedade no contexto do *Hollywood Ten*, processados pelo Tribunal de Apelações do Nono Circuito³⁵, entre os anos de 1947 e 1957, conhecidos como *Hollywood Ten Trilogy*. O primeiro caso é entre o estúdio *Loew's, Inc.* (cujo nome comercial é MGM) *v. Cole*³⁶, no qual a MGM demitiu Lester Cole, membro do *Hollywood Ten*, um mês após o seu testemunho diante do Comitê. Cole processou o estúdio MGM sob a alegação de uma demora suspeita entre o seu testemunho e a sua demissão, mas o Nono Circuito determinou que os danos causados à imagem do estúdio eram motivo suficiente para sua demissão, encerrando-se o caso.

Nos outros dois casos da trilogia, um entre o estúdio *Twentieth Century-Fox Film v. Lardner*³⁷ e o outro entre *Scott v. estúdio RKO Radio Pictures, Inc.*³⁸, o raciocínio aplicado foi o mesmo, sendo a decisão da Corte favorável aos estúdios. Em ambos os casos, os tribunais aplicaram a lógica de Cole, isto é, o resultado natural da recusa do artista em responder as perguntas do Comitê era de que o público acreditaria que ele era comunista. Assim, tendo em vista que a população em geral se opunha ao Comunismo, tal fato poderia ser considerado violação expressa à cláusula moral, constituindo, então, fundamento para a rescisão do contrato.³⁹

³² Em inglês, House Committee on Un-American Activities (HUAC).

³³ Registra-se que Joseph Raymond McCarthy foi um senador norte-americano, eleito em 1946 pelo estado de Wisconsin, que ganhou grande notoriedade após uma declaração de que possuía uma lista dos membros do Partido Comunista e dos membros de uma rede de espionagem, empregados no Departamento de Estado Norte-Americano, o que lhe trouxe destaque no cenário político num período de tensões em razão da Guerra Fria.

³⁴ PINGUELO, Fernando M; CEDRONE, Timothy D. *Morals? Who cares about morals? An examination of morals clauses in talent contracts and what talent needs to know*, cit., p. 355.

³⁵ O Tribunal de Apelações dos Estados Unidos representa a segunda instância da Justiça Federal norte-americana, sendo dividido em circuitos. Os membros dos circuitos julgam apelações oriundas de decisões de Tribunais Distritais. Sobre a organização do Poder Judiciário dos Estados Unidos, cf. REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Anotações sobre o Poder Judiciário americano. *Revista de informação legislativa*, a. 33, n. 129, jan/mar 1996, Brasília. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176396/000506413.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Data de acesso: 24/02/2020.

³⁶ *Loew's, Inc. v. Cole*, 185 F.2d 641, 645 (9th Cir. 1950).

³⁷ *Twentieth Century-Fox Film Corp. v. Lardner*, 216 F.2d 844 (9th Cir. 1954).

³⁸ *Scott v. RKO Radio Pictures, Inc.*, 240 F.2d 87 (9th Cir. 1957).

³⁹ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future...*, cit., p. 77.

O que se percebe de semelhante em todos os casos é a utilização da cláusula moral tanto para desfazer qualquer associação entre os estúdios e a má-conduta individual, quanto para atacar ideologias políticas supostamente defendidas pelos artistas e produtores. Após o período conhecido como *Era McCarthy*, as cláusulas morais continuaram a ser utilizadas como subsídio para contrapor e desconstituir ideologias políticas, objetivando restringir os comportamentos imorais e proteger a imagem e o nome de empresas.

A partir da década de 1980, tornou-se cada vez mais comum embutir cláusulas morais nos contratos artísticos e publicitários. Uma pesquisa realizada no ano de 1997 pela *Sports Media Challenge* constatou que menos da metade desses tipos de contratos incluía cláusulas morais, porém, em 2003, o número havia aumentado para, pelo menos, 75% dos contratos.⁴⁰ Nessa mesma passada, a partir do ano de 2008, os acordos coletivos de trabalho da *National Football League* (NFL)⁴¹, *National Basketball Association* (NBA)⁴², *National Hockey League*

⁴⁰ AUERBACH, Daniel. *Morals Clauses as Corporate Protection in Athlete Endorsement Contracts...*, cit.

⁴¹ O Acordo Coletivo de Trabalho da National Football League (NFL) está disponível em: <https://nflabor.files.wordpress.com/2010/01/collective-bargaining-agreement-2011-2020.pdf>. Data de acesso: 25/02/2020. O Apêndice J, que contém o Contrato de Jogador, em seu § 9, dispõe que o Clube poderá rescindir o contrato “se, a qualquer momento, [...] o jogador [...] tiver se envolvido em conduta pessoal julgada pelo clube como capaz de afetar ou refletir prejudicialmente ao clube.” Tradução livre realizada pelo autor. No original: “If at any time, [...] Player has engaged in personal conduct reasonably judged by Club to adversely affect or reflect on Club, Club may terminate this contract.” Destaca-se, por oportuno, que a NFL também possui uma Política de Condutas Pessoais (Personal Conduct Policy) destinada aos jogadores, técnicos, donos de times e demais funcionários da Liga. A Política prescreve uma série de padrões de comportamento e precauções a serem observadas – e evitadas – por todos os integrantes da Liga com relação a condutas que envolvam violência doméstica e sexual, assédio e qualquer outro ato ilegal que coloque a vida de pessoas inocentes em risco. O descumprimento da Política poderá resultar em uma série de procedimentos e sanções disciplinares. A Política de Condutas Pessoais da NFL, em sua versão mais recente, está disponível em <https://nflcommunications.com/Documents/2018%20Policies/2018%20Personal%20Conduct%20Policy.pdf>. Data de acesso: 25/02/2020.

⁴² O Acordo Coletivo de Trabalho da National Basketball Association (NBA) está disponível em: <https://cosmic-s3.imgix.net/3c7a0a50-8e11-11e9-875d-3d44e94ae33f-2017-NBA-NBPA-Collective-Bargaining-Agreement.pdf>. Data de acesso: 25/02/2020. O Anexo I, que contém o Contrato Uniforme de Jogadores, em seu § 16, dispõe que “(a) O Time poderá rescindir o contrato, mediante notificação por escrito, se o jogador [...] (i) a qualquer momento, falhar, recusar ou deixar de conformar as suas condutas pessoais aos padrões de boa cidadania, boa moral (que significa não se envolver em atos de torpeza moral, independentemente se tais atos constituem ou não crime) e bom espírito esportivo para se manter no auge de sua condição física ou obedecer às regras de treinamento do Time; [...]” Tradução livre realizada pelo autor. No original: “(a) The Team may terminate this Contract upon written notice to the Player if the Player shall: (i) at any time, fail, refuse, or neglect to conform his personal conduct to standards of good citizenship, good moral character (defined here to mean not engaging in acts of moral turpitude, whether or not such acts would constitute a crime), and good sportsmanship, to keep himself in first class physical condition, or to obey the Team’s training rules; [...]”

(NHL)⁴³ e *Major League Baseball* (MLB)⁴⁴ passaram a conter um contrato padrão de jogadores que inclui uma cláusula moral. Nos anos posteriores, inúmeros casos de execução da cláusula moral foram noticiados na imprensa norte-americana, envolvendo, principalmente, atletas e celebridades de modo geral.

Em 2002, inclusive, Rebekah Chantay Revels desistiu da corrida para Miss América depois que seu ex-namorado escreveu para os organizadores do concurso sugerindo a divulgação de fotos íntimas da modelo.⁴⁵ Revels havia ganhado o concurso de Miss Carolina do Norte, mas perdeu a coroa em razão das ameaças de divulgação das fotos em que aparecia nua. A organização do concurso recorreu à cláusula moral do contrato para desclassificar a modelo, tendo em vista que proibia que as candidatas se envolvessem em qualquer atividade caracterizada como desonesta, imoral, indecente ou em quaisquer condutas que fossem inconsistentes com os padrões de dignidade do concurso Miss América.⁴⁶ Mais tarde, a própria modelo decidiu deixar o mundo de concursos de beleza para poupar a si própria e a sua família de situações vexatórias e polêmicas.

Em 2003, o jogador dos Lakers⁴⁷, Kobe Bryant, também foi acusado de abusar sexualmente de uma jovem de 19 anos em um quarto de hotel no Colorado⁴⁸, vindo a perder diversos contratos publicitários – alguns deles recuperados posteriormente.⁴⁹

⁴³ O Acordo Coletivo de Trabalho da National Hockey League está disponível em https://cdn.nhlpa.com/img/assets/file/NHL_NHLPA_2013_CBA.pdf. Data de acesso: 25/02/2020. O Anexo I, que contém o Contrato de Jogadores, em seu § 2, dispõe: “O Jogador também concorda: [...] (e) em se comportar, dentro e fora da pista, com os mais elevados padrões de honestidade, moralidade, *fair play* e espírito esportivo, abstendo-se de qualquer conduta prejudicial ao melhor interesse do Clube, da Liga ou do hóquei profissional em geral.” Tradução livre realizada pelo autor. No original: “The Player further agrees, [...] (e) to conduct himself on and off the rink according to the highest standards of honesty, morality, fair play and sportsmanship, and to refrain from conduct detrimental to the best interest of the Club, the League or professional hockey generally.”

⁴⁴ O Acordo Coletivo de Trabalho da Major League Baseball está disponível em https://d39ba378-ac47-4003-86d3-147e4fa6e51b.filesusr.com/ugd/b0a4c2_95883690627349e0a5203f61b93715b5.pdf. Data de acesso: 25/02/2020. O Anexo I, que contém o Contrato de Jogadores, em seu § 7.(b), dispõe: “O Clube poderá rescindir este contrato, mediante notificação por escrito ao jogador (mas somente após requerer e obter isenções deste contrato de todos os outros clubes da Liga) se o jogador, a qualquer momento: (1) falhar, recusar ou negligenciara conformidade de sua conduta pessoal com os padrões de boa cidadania e bom espírito esportivo para se manter no auge de sua condição física ou obedecer às regras de treinamento do Clube.” Tradução livre realizada pelo autor. No original: “The Club may terminate this contract upon written notice to the Player (but only after requesting and obtaining waivers of this contract from all other Major League Clubs) if the Player shall at any time: (1) fail, refuse or neglect to conform his personal conduct to the standards of good citizenship and good sportsmanship or to keep himself in first-class physical condition or to obey the Club’s training rules; [...]”

⁴⁵ Sobre o caso envolvendo a Miss Carolina do Norte, Rebekah Chantay Revels, cf. <https://www.nytimes.com/2002/09/11/us/one-miss-north-carolina-pleads-her-case.html>. Data de acesso: 25/02/2020.

⁴⁶ Sobre os desdobramentos do caso Revels e a desistência da modelo dos concursos de beleza, cf. <https://abcnews.go.com/GMA/story?id=125794&page=1>. Data de acesso: 25/02/2020.

⁴⁷ Los Angeles Lakers é um time de basquetebol da NBA com sede em Los Angeles, no estado norte-americano da Califórnia.

⁴⁸ Sobre o controverso caso envolvendo Kobe Bryant, cf. <https://www.nytimes.com/2020/01/27/sports/basketball/kobe-bryant-rape-case.html>. Data de acesso: 25/02/2020.

⁴⁹ SOCOLOW, Brian R. *What Every Player Should Know about Morals Clauses...*, cit.

Outro caso emblemático ocorreu com o jogador de futebol americano Michael Vick, acusado de manter uma arena ilegal de luta de cães, em julho de 2007.⁵⁰ Na ocasião, a Nike anunciou que suspendeu os contratos publicitários com o jogador, mas sem rescindi-los. Entretanto, após a sentença que declarou Vick culpado, em agosto de 2007, a empresa anunciou o encerramento dos contratos que mantinha com o jogador.⁵¹

Tiger Woods, consagrado jogador de golfe norte-americano, declarado o primeiro desportista bilionário da história, segundo a revista Forbes⁵², entre os anos de 2009 e 2010, também viu de perto o declínio de sua carreira e patrimônio em razão das relações extraconjugais que mantinha e que vieram à tona a partir de um acidente em que se envolveu. Fato é que as polêmicas geradas a partir do ocorrido repercutiram negativamente na imagem de Woods perante a opinião pública, refletindo, assim, nos contratos de patrocínio que diversas marcas mantinham com o atleta. Os patrocinadores de Woods executaram a cláusula moral e romperam os vínculos contratuais, uma vez que o comportamento de Woods passou a ser considerado imoral e as marcas não estavam dispostas a vincular sua imagem a um homem que "não representa mais o homem atlético e familiar" com quem desejavam se associar.⁵³

Atualmente, considerando a rápida disseminação de conteúdo em vista das potencialidades da internet, revela-se absolutamente improvável que algumas empresas contratem celebridades sem estipular, de alguma forma, uma cláusula moral. Apesar da ampla difusão das cláusulas morais nos contratos que envolvam a imagem pública de celebridades e empresas, as constantes modificações no cenário moral desafiam a sua eficácia e legalidade. O crescimento das mídias digitais e o contexto de maior exposição, com a consequente mitigação da imagem e da privacidade, bem como a velocidade com que informações privadas são compartilhadas na rede, aumentaram significativamente a necessidade de incluir cláusulas morais nos contratos.

⁵⁰ Sobre o caso Michael Vick e a arena ilegal de luta de cães, cf. <https://www.history.com/this-day-in-history/nfl-star-michael-vick-pleads-guilty-in-dogfighting-case>. Data de acesso: 25/02/2020.

⁵¹ SOCOLOW, Brian R. *What Every Player Should Know about Morals Clauses...*, cit.

⁵² Sobre a fortuna de Tiger Woods, cf. "Sports' First Billion-Dollar Man". Disponível em: <https://www.forbes.com/2009/09/29/tiger-woods-billion-business-sports-tiger.html#1cd867616757>. Data de acesso: 25/02/2020.

⁵³ GUNAY, Defne. *Moral Clauses: Tiger Woods and the death of his sponsorships*. Coluna publicada em Fordham: Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal. Disponível em: <http://www.fordhamiplj.org/2010/03/04/morals-clauses-tiger-woods-and-the-death-of-his-sponsorships/>. Data de acesso: 25/02/2020.

1.2 Os modos de incorporação de cláusulas morais nos contratos

Há basicamente dois tipos de cláusulas morais: as expressas e as implícitas. Para cada tipo são necessárias diferentes considerações do ponto de vista da empresa contratante e da celebridade contratada, o que revela as múltiplas interpretações que a cláusula desafia.

De acordo com Carolina Epstein⁵⁴, a cláusula moral será *expressa* quando compuser o instrumento contratual, sendo o seu conteúdo exemplificado a partir da seguinte disposição:

O porta-voz (patrocinado ou representante) concorda em conduzir-se com o devido respeito às convenções públicas e morais, e concorda que não praticará ou cometerá qualquer ato que venha a degradá-la perante a sociedade, levá-la ao ódio público, desprezo, escárnio ou ridicularização, ou que tenda a chocar, insultar ou ofender a comunidade ou a ridicularizar a moral pública ou a decência, ou, em geral, prejudicar a empresa contratante. A empresa contratante terá o direito de rescindir o presente contrato se o porta-voz (patrocinado ou representante) violar os termos expostos nessa cláusula.^{55 56}

Ainda segundo a autora, as cláusulas morais podem variar de acordo com o artista ou a celebridade contratada e a empresa contratante, especialmente com relação ao ramo de atuação e público-alvo da companhia.⁵⁷ Importante lembrar que tais cláusulas são comuns em contratos entabulados entre empresas e celebridades – geralmente artistas e atletas – para atrelar a imagem e a influência da celebridade aos produtos e serviços comercializados pela empresa. Evidente e logicamente, vincular a imagem de uma celebridade a uma marca ou produto geralmente envolve contratos de cifras milionárias, podendo elevar as vendas da empresa ou o

⁵⁴ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 78.

⁵⁵ Tradução livre realizada pelo autor. No original: "The spokesperson agrees to conduct herself with due regard to public conventions and morals, and agrees that she will not do or commit any act or thing that will tend to degrade her in society or bring her into public hatred, contempt, scorn or ridicule, or that will tend to shock, insult or offend the community or ridicule public morals or decency, or prejudice the [contracting company] in general. [Contracting company] shall have the right to terminate this Agreement if spokesperson breaches the foregoing."

⁵⁶ Outro exemplo de cláusula moral, porém específica para contratos com atletas: "Se a qualquer tempo, na concepção do patrocinador, o atleta tornar-se objeto de descrédito, desprezo ou escândalo públicos que afetem a sua imagem ou boa vontade, a empresa poderá, mediante notificação por escrito ao atleta, suspender ou rescindir o contrato imediatamente, bem como os serviços prestados pelo atleta, além de quaisquer outros direitos e recursos que o patrocinador possa ter por força deste contrato, da lei ou de seu patrimônio líquido." Tradução livre realizada pelo autor. No original: "If at any time, in the opinion of Sponsor, Athlete becomes the subject of public disrepute, contempt, or scandal that affects Athlete's image or goodwill, then Company may, upon written notice to Athlete, immediately suspend or terminate this Endorsement Agreement and Athlete's services hereunder, in addition to any other rights and remedies that Sponsor may have hereunder or at law or in equity." CHASE, Christopher. *A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts*. Sports Litigation Alert, vol. 6, n. 6, abril/2009. Disponível em: <https://fkks.com/news/a-moral-dilemma-morals-clauses-in-endorsement-contracts>. Data de acesso: 27/02/2020.

⁵⁷ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future...*, cit., p. 78.

valor de suas ações no mercado.^{58 59} A estratégia posta é chamar a atenção dos consumidores e, assim, engajá-los numa conexão com a celebridade vinculada à marca com o objetivo de que venha a adquirir o produto ou o serviço oferecido.⁶⁰

A consequência padrão face ao descumprimento da cláusula moral é a rescisão⁶¹ do contrato⁶², podendo também ocorrer a suspensão do contrato com a manutenção dos serviços por parte do contratado para uma data posterior ou, ainda, uma penalidade para o comportamento imoral, mas com a continuidade do contrato.⁶³ Kressler afirma que a jurisprudência de Nova Iorque e da Califórnia estabeleceu um escopo de comportamentos proibidos pelas cláusulas morais que, além de obedecer à lei, incluem “o dever de abster-se de comportamentos que tendem a chocar, insultar ou ofender a comunidade, a moral pública e a decência”, levando o artista ao “descrédito, ao desprezo e à ridicularização públicos”, a ferir ou a prejudicar os interesses do público, diminuir o prestígio público ou refletir desfavoravelmente sobre a empresa contratante ou sobre a indústria em geral.”⁶⁴

A propósito, deve-se consignar que os já referidos casos envolvendo *Loew's, Inc. v. Cole, Twentieth Century-Fox Film Corp. v. Lardner e Scott v. RKO Radio Pictures, Inc.* são alguns dos casos emblemáticos que melhor exploram a aplicação e interpretação das cláusulas morais nos chamados contratos de talento, bem como ilustram como operam as cláusulas morais expressas.

⁵⁸ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 41.

⁵⁹ Noah B. Kressler afirma, ainda, que alguns estudos mostram que as campanhas publicitárias realizadas por celebridades afetam os consumidores mais favoravelmente do que as campanhas feitas por não celebridades, especialmente entre os consumidores adolescentes. KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*, cit.

⁶⁰ CHASE, Christopher. *A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts*, cit.

⁶¹ A presente dissertação não se ocupará do estudo da cláusula moral sob a ótica das causas de extinção do contrato, dispensando-se, portanto, a análise das perspectivas de regular cumprimento, inexistência, invalidade e ineficácia. Não obstante as controvérsias doutrinárias existentes sobre as referidas acepções, o vocábulo “rescisão”, embora suprimido do Código Civil de 2002, é comumente utilizado na prática contratual. Assim, “rescisão” será utilizado como sinônimo de resolução (que se refere à extinção do contrato em razão do inadimplemento de uma obrigação) e resilição (extinção do contrato decorrente da declaração de vontade de uma ou das duas partes). Por todos, cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Contratos e atos unilaterais. Direito civil brasileiro*, vol. 3, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, cap. XI; e FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos. Teoria geral e contratos em espécie*. Vol. 4, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, cap. IX.

⁶² EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 78.

⁶³ CHASE, Christopher. *A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts...*, cit.

⁶⁴ KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide...*, cit.

Com efeito, os requisitos exigidos no bojo de uma cláusula moral expressa podem ser imprevisíveis, tornando o seu cumprimento bastante difícil, especialmente sob o espectro das consequências decorridas da violação da cláusula. Dito de outra forma, ao tomar conhecimento de que há uma cláusula moral inserida em seu contrato, há uma tendência da celebridade à moderação de seus comportamentos para minimizar a possibilidade de violação de tal disposição contratual.

No já mencionado caso *Hollywood Ten*, mesmo que seus membros não se opusessem a depor perante o Comitê e se declarassem comunistas, poderiam ser condenados por perjúrio. Consequentemente, os estúdios não admitiram sua associação com o Comunismo e invocariam a cláusula moral para fundamentar a rescisão dos respectivos contratos. A falta de previsibilidade, portanto, pode representar desafios distintos para a conformidade das condutas das celebridades com a cláusula moral expressa.

A imprevisibilidade e o custo das cláusulas morais podem representar um ponto de discordância entre as celebridades e as empresas contratantes nas negociações. Por essa razão, como atualmente é possível que haja uma tendência de concepção de moralidade mais socialmente liberal, alguns contratantes não exigem cláusulas desse tipo e as descartam nas negociações. Entretanto, caso seja necessária a inserção de uma cláusula moral, há várias maneiras para as empresas reduzirem o seu impacto: a disposição pode exigir, por exemplo, a demonstração em juízo do impacto negativo ocasionado pela conduta reputada como violadora da cláusula, cabendo ao tribunal reconhecer a violação.⁶⁵

Com efeito, é de se indagar sobre a possibilidade da inserção de cláusulas morais (expressas ou não) nos contratos publicitários ou de licença de uso da imagem no âmbito do direito brasileiro, especialmente porque não há previsão legal específica quanto ao tema, bem como pelo fato desses instrumentos se utilizarem de atributo da personalidade como objeto, restringindo comportamentos privados de seu titular. Dessa forma, o debate perpassa as nuances relativas às situações jurídicas subjetivas constatadas a partir da constituição desses negócios, haja vista o duplo conteúdo do direito à imagem, ou seja, o seu aspecto existencial e o patrimonial.⁶⁶

A estipulação de uma cláusula moral desafia, de uma só vez, os limites da autonomia privada existencial, que garante à pessoa o livre exercício de seu projeto de vida concernente às suas escolhas existenciais (como o que beber, comer e vestir; ideologia política; religião;

⁶⁵ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 80.

⁶⁶ A análise das fronteiras e intersecções das situações jurídicas subjetivas existenciais e patrimoniais, bem como de seus perfis, será realizada no Capítulo 2 da presente dissertação.

orientação sexual), bem como da autonomia privada patrimonial, uma vez que, diante do avanço da lógica de mercado sobre atributos existenciais, a disponibilidade de direitos da personalidade tornou-se relativa, de modo a autorizar contratos sobre tais direitos a partir de seu viés econômico.

Dessa forma, como produto da autonomia das partes contratantes, a previsão de uma cláusula moral pode esbarrar em limites que a própria lei estabelece, especialmente por refletir um sistema jurídico que privilegia as situações existenciais e o livre desenvolvimento da personalidade. A Constituição de 1988 estabeleceu no artigo 5º, X, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, conferindo o direito à reparação pelos danos decorrentes de sua eventual violação. É justamente sobre comportamentos afetos à vida privada que uma cláusula moral versará, determinando os limites de sua realização.

Nesse contexto, como resultado lógico, conferir a um contratante a possibilidade de rescindir o contrato, através de uma cláusula que determine quais condutas a outra parte no âmbito de sua vida privada deve ou não deve realizar parece, à primeira vista, dissonante da axiologia constitucional, que protege amplamente as liberdades fundamentais. Em alguns estados dos Estados Unidos, por exemplo, há leis que oferecem ampla proteção aos empregados e não permitem que os empregadores tomem decisões baseadas no estilo de vida do empregado. De outro lado, também há Estados que não tem nenhuma lei desta natureza, o que significa que, a menos que a base da rescisão seja uma característica protegida como raça, religião, sexo ou idade, o empregador pode ser o “juiz” da conduta que justifica a rescisão.⁶⁷

Ocorre, no entanto, que tais situações muitas vezes se confundem e acabam levando ao desfazimento do contrato e cá está a importância de compatibilizar o alcance das cláusulas morais e estabelecer se coadunam com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo aptas a produzir efeitos nos contratos em que, porventura, sejam inseridas.

De acordo com Caroline Epstein, a despeito de as cláusulas morais extirparem algumas ambiguidades com relação aos comportamentos permitidos aos contratados, a falta de previsibilidade sobre quando podem ser acionadas ainda persiste. Para a autora, como as normas sociais estão constantemente se modificando e evoluindo, a questão levantada se torna ainda mais aguda.

As cláusulas morais também podem ser *implicitas* e depreendidas a partir de princípios jurídicos comuns, que impõem ao contratado – a celebridade ou o atleta – o dever de se abster de atividades ou de adotar condutas que sejam prejudiciais à empresa contratante ou que possam

⁶⁷ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 80.

desvalorizar o seu desempenho.⁶⁸ A cláusula moral implícita reflete uma questão de fato e requer uma avaliação das circunstâncias referentes aos interesses inscritos no contrato e da conduta praticada. É importante ressaltar que uma exigência implícita de determinada conduta não surge apenas na ausência de previsão expressa, mas coexiste com quaisquer outros deveres de conduta constantes do instrumento contratual.

No âmbito do direito norte-americano, a cláusula moral costuma integrar os contratos de trabalho – regidos pelo direito comum –, o que pode acarretar alguns obstáculos para a sua disposição. De acordo com Caroline Epstein, a mudança ocorrida no mercado cinematográfico alterou as formas de se estipular uma cláusula moral implícita: o chamado “sistema de estrelato”, que gerava contratos exclusivos entre os artistas e os estúdios, deu lugar ao “sistema de agência gratuita”, no qual os artistas podem trabalhar com diversos estúdios na qualidade de contratados independentes em vez de serem empregados regidos pelas normas de direito comum.⁶⁹ A autora esclarece, ainda, que também se estabelecem os chamados “contratos de empréstimo”, nos quais as empresas que emprestam contratam diretamente com os estúdios para fornecer os serviços pessoais do ator. Esse arranjo compromete a privacidade entre o artista e o estúdio, uma vez que o artista passa a ser funcionário de direito comum pelo cedente e não do estúdio.⁷⁰

1.3 A aplicação da cláusula moral na indústria do entretenimento norte-americana e sua possível ocorrência no caso brasileiro

As cláusulas morais originaram-se do mercado cinematográfico e continuam em uso em muitos setores da chamada “indústria do entretenimento”. Sendo assim, tornou-se comum que sua aplicação se desse justamente nos ramos de televisão, cinema, esportes e publicidade. Portanto, cabe discorrer brevemente sobre os principais aspectos de cada setor de incidência.

Historicamente, marcas sempre estiveram presentes na indústria da televisão. Até hoje, a programação dos principais canais de TV é dominada por anunciantes, que compram uma parcela de tempo de transmissão em uma rede de televisão, para expor seus produtos ou, eventualmente, criam programas com o mesmo objetivo.⁷¹ Nesse tempo adquirido pelo

⁶⁸ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 81.

⁶⁹ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 81.

⁷⁰ No direito brasileiro, o sistema de contratos de “empréstimo” ao qual a autora se refere guarda algumas similaridades com o regime da terceirização, regido pela Lei nº 6.019/1974, alterada pela Lei nº 13.429/2017 (Reforma Trabalhista).

⁷¹ KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide...*, cit., p. 6-8.

patrocinador, o consentimento da rede para a exibição dos anúncios era considerado *pro forma* e alguns desses programas foram criações de agências publicitárias para cumprir os objetivos específicos do anunciante⁷², ou seja, apesar de anunciar em determinado canal de TV, este não tinha qualquer ingerência sobre o conteúdo anunciado.

Em meados dos anos de 1950, alguns fatores convergiram para que se desse fim à programação franqueada pelos patrocinadores, de modo que o controle sobre o que anunciar passou a ser das próprias redes de televisão. Entretanto, os anunciantes continuam sustentando, por assim dizer, a exibição de inúmeros programas de televisão a partir da publicidade de sua marca, de modo que, quando este suporte falha, muitas vezes a programação se altera para ainda acomodá-los e manter o seu apoio.⁷³

Com efeito, devido à importância histórica da publicidade na indústria televisiva, as cláusulas morais se mostram essenciais para proteger as relações publicitárias, a marca das produções e a imagem da empresa anunciante.⁷⁴ Em geral, as redes de televisão adotam um perfil mais conservador na sua programação e para os anúncios nela veiculados, mitigando os riscos e controvérsias capazes de excluir, alienar ou conduzir à perda de audiência.⁷⁵ Ainda é muito forte a relação entre os artistas, o programa e os patrocinadores e as cláusulas morais geralmente podem ser utilizadas para cortar rapidamente a conexão existente com a celebridade que representa a imagem pública de determinado anunciante.⁷⁶

Nos Estados Unidos, constata-se com certa facilidade a utilização de cláusulas morais no âmbito da televisão, sendo elas aptas a produzir efeitos naquele ordenamento jurídico, o que já conduziu a diversas rescisões contratuais com celebridades, como atores, jornalistas e participantes de *reality shows*.

O ator Charlie Sheen, um dos protagonistas da série *Two And a Half Men*, foi demitido⁷⁷ pela WBTV, em 2011, depois de ter ridicularizado publicamente o produtor executivo do programa, Chuck Lorre. Após a rescisão de seu contrato, o astro contestou a decisão do estúdio em um processo judicial com custo de US\$ 100 milhões. Apesar de se tratar de uma cláusula moral tradicional, o contrato de Sheen apresentava algumas especificidades: a redação exigia

⁷² EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 82.

⁷³ KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*, cit., p. 6-8.

⁷⁴ PINGUELO, Fernando M; CEDRONE, Timothy D. *Morals? Who cares about morals? An examination of morals clauses in talent contracts and what talent needs to know*, cit., p. 368-369.

⁷⁵ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 82.

⁷⁶ KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*, cit., p. 6-8.

⁷⁷ Sobre a demissão de Charlie Sheen, cf. <https://www.reuters.com/article/us-charliesheen-idUSTRE7266B120110308> ou <https://veja.abril.com.br/cultura/charlie-sheen-e-demitido-da-serie-two-and-a-half-men/>. Data de acesso: 05/04/2021.

essencialmente uma condenação criminal antes da rescisão, o que tornou o processo ainda mais complexo, o que levou a WBTV a utilizar uma cláusula chamada de “força maior”, alegando a incapacidade laborativa do ator para fundamentar a sua demissão.

O também conhecido ator norte-americano Mel Gibson foi preso em 2006, na Califórnia, por dirigir embriagado. Na ocasião, ao ser abordado por policiais, o astro disparou frases antissemitas aos policiais afirmando que “os judeus são responsáveis por todas as guerras do mundo”⁷⁸, razão pela qual a ABC cancelou o seu contrato para atuação em série sobre ao Holocausto.⁷⁹

No caso de Sheen, apesar de suas falas alarmantes, o público parecia aprovar o seu trabalho e se divertir com o entretenimento proporcionado por sua personalidade um tanto extravagante. No entanto, a preocupação dos estúdios residia nos questionáveis hábitos de vida do artista, o que poderia afetar o seu desempenho profissional, levando o produtor a querer cortá-lo do elenco. Já com relação a Mel Gibson, as alegações têm conteúdo moral e socialmente ofensivo, o que coloca a opinião pública contra ele. Cerca de 10 anos depois do ocorrido, o ator realizou doações anônimas para as vítimas sobreviventes do holocausto, o que ainda provocou debates se o ato seria apenas para limpar a sua imagem pública ou se ele, efetivamente, havia se arrependido das declarações e passado a ser um colaborador consciente da dimensão do genocídio histórico.⁸⁰ Fato é que, desde então, houve forte declínio na carreira de Mel Gibson, que ainda hoje parece não ter se recuperado totalmente.

O humorista brasileiro Marcius Melhem também foi afastado de suas atividades na TV Globo após ter sido divulgada uma reportagem da Revista Piauí, vinculada ao jornal Folha de São Paulo, relatando casos de assédio sexual nos bastidores dos programas de TV em que o ator trabalhava.⁸¹ Após o seu afastamento fundamentado em “motivos pessoais”, a emissora decidiu “em comum acordo encerrar a parceria de 17 anos de sucessos.”⁸² O profissional, que na ocasião

⁷⁸ PINGUELO, Fernando M; CEDRONE, Timothy D. *Morals? Who cares about morals? An examination of morals clauses in talent contracts and what talent needs to know*, cit., p. 349.

⁷⁹ Sobre a rescisão do contrato de Mel Gibson com a ABC, cf. <https://deadline.com/2006/07/exclusive-abc-has-canceled-mel-gibsons-holocaust-tv-mini-series-504/> ou <https://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u62995.shtml>. Data de acesso: 05/04/2021.

⁸⁰ Diversos veículos de comunicação, nacionais e internacionais, noticiaram as doações realizadas por Mel Gibson. Sobre o assunto, cf. <https://people.com/celebrity/mel-gibson-has-been-quietly-working-to-help-holocaust-survivors/> ou <https://revistamonet.globo.com/Celebridades/noticia/2017/03/mel-gibson-fez-doacoes-em-segredo-vitimas-do-holocausto-apos-escandalo-com-declaracoes-antissemitas.html>. Data de acesso: 05/04/2021.

⁸¹ A íntegra da reportagem pode ser acessada em BATISTA JR., João. O que você quer, filha, para calar a boca? In: *Revista Piauí*, Edição 171, dezembro/2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-que-mais-voce-quer-filha-para-calar-boca/>. Data de acesso: 05/04/2021.

⁸² Sobre a demissão de Marcius Melhem, cf. CASTRO, Daniel. Após denúncias de assédio, Marcius Melhem é dispensado pela Globo. In: *Notícias da TV*, agosto/2020. Disponível em: <https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/televisao/apos-denuncias-de-assedio-marcius-melhem-e-dispensado-pela-globo-40879>. Data de acesso: 05/04/2021.

ocupava também a função de diretor de humor, foi rapidamente substituído, o que permite dizer que a manobra ocorreu para abafar o escândalo e, claro, limpar a imagem da emissora e do próprio artista diante do público.⁸³

Logicamente, em decorrência da alta repercussão dos relatos de assédio sexual, a TV Globo optou por não mais vincular o seu nome e o seu prestígio ao artista e, não obstante a decisão ter sido tomada de forma consensual, é importante notar que se trata de uma conduta socialmente reprovável e que, na hipótese de existência de uma cláusula moral no contrato com Melhem, caberia a indagação se a disposição contratual, por si só, estaria apta a motivar a rescisão do contrato.

As cláusulas morais também são bastante utilizadas nos *noticiários* exibidos na televisão. Nesse caso, muitas vezes representam um problema ainda mais complexo: os *noticiários* são sustentados pela credibilidade que transmitem aos telespectadores. Segundo Caroline Epstein, parece comum que o público tenha menos tolerância para comportamentos controversos dos profissionais em quem confiam para transmitir as notícias.⁸⁴ Certamente, a má publicidade pode minar a credibilidade de jornalistas e apresentadores e causar estragos em sua popularidade e na audiência de determinado canal de TV.

Em 2015, o jornalista Brian Williams, âncora do telejornal norte-americano *Nightly News* – líder de audiência com mais de 9 milhões de telespectadores –, exibido pela NBC⁸⁵, admitiu⁸⁶ ter mentido sobre um incidente ocorrido na invasão do Iraque, no ano de 2003. Ao longo de 12 anos, Williams relatou que estava a bordo de uma aeronave que teria sido obrigada a realizar um pouso de emergência após ser atingida por fogo inimigo, de modo que seus ocupantes foram resgatados por um pelotão de infantaria. Após o relato do apresentador, a NBC optou por suspendê-lo por seis meses.⁸⁷

O contrato de Williams continha uma cláusula moral padrão da *NBC News*:

Se o artista comete qualquer ato ou se envolve em qualquer situação, ou ocorrência, que traga o artista a descrédito, desprezo, escândalo ou ridículo público, ou que,

⁸³ Marcius Melhem deixou a direção de humor na Globo e foi substituído por Silvio de Abreu, até então conhecido autor de novelas. Sobre esse aspecto, cf. CASTRO, Daniel. Marcius Melhem deixa direção do Humor na Globo; Silvio de Abreu assume o posto. In: *Notícias da TV*, março/2020. Disponível em: <https://noticiasdatv.uol.com.br/noticia/televisao/marcus-melhem-deixa-direcao-do-humor-na-globo-silvio-de-abreu-assume-posto-34230>. Data de acesso: 13/04/2021.

⁸⁴ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 85.

⁸⁵ Sigla que designa *National Broadcasting Company* (em tradução livre, “Companhia Nacional de Radiofusão”). Disponível em <https://www.nbcnews.com/>. Data de acesso: 05/04/2021.

⁸⁶ Mais sobre as declarações de Brian Williams pode ser conferido em https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/05/internacional/1423103190_990861.html. Data de acesso: 05/04/2021.

⁸⁷ Sobre a suspensão de Brian Williams, cf. https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/11/internacional/1423619315_253928.html. Data de acesso: 05/04/2021.

justificadamente, choca, insulta ou ofende uma porção significativa da comunidade, ou se for dada publicidade a qualquer conduta desse tipo . . . a empresa terá o direito de rescindir.⁸⁸

Após toda a repercussão das declarações do jornalista, o executivo da *NBC*, Stephen Burke, e o CEO da Comcast, Brian Roberts, foram os responsáveis finais por determinar se a conduta de Brian Williams havia violado as suas obrigações nos termos da cláusula transcrita. As consequências da mentira de Williams levaram a uma perda de credibilidade enorme, tanto para ele pessoalmente, quanto para a *NBC*, que, após ter perdido mais de 700 mil telespectadores, se posicionou desfavoravelmente ao jornalista.

Ainda não são totalmente claros os impactos que o escândalo trouxe à emissora, mas o que se toma por curiosidade é que Williams tornou-se um âncora bastante respeitado e, por isso, tinha um programa próprio. Em decorrência disso, se o seu contrato contivesse uma cláusula moral comum a todos os demais funcionários da *NBC News*, pois, ainda que os produtores aprovassem previamente os comentários e mentiras do jornalista, qualquer descrédito público culminaria na ativação da cláusula.⁸⁹ Diante do caso de um jornalista jovem e bem sucedido, fica um importante questionamento acerca da possibilidade de reabilitação de sua reputação, o que poderá repercutir na imprensa e no tratamento que outros profissionais do jornalismo na televisão poderão receber.

No Brasil, caso semelhante ocorreu com o jornalista William Waack, que exerceu por muitos anos a função de âncora do telejornal *Jornal da Globo*, exibido pela TV Globo. Em 2017, foi divulgado um vídeo na internet em que Waack foi flagrado fazendo comentários de cunho racista, o que levou à sua demissão⁹⁰. Na ocasião, o jornalista estava em Washington para realizar a cobertura da vitória de Donald Trump nas eleições nos Estados Unidos e, antes de ir ao ar, ouve-se no estúdio um barulho de buzina de um veículo, ao que Waack responde “Está buzinando porquê, seu merda do cacete?” O jornalista prossegue “Deve ser um, com certeza, não vou nem falar de quem, eu sei quem é, sabe o que é?”, indagando ao entrevistado, o também jornalista e presidente do Wilson Center, Paulo Sotero, que demonstra dúvida. Em seguida, Waack cochicha, mas não é possível identificar com clareza suas palavras. Entretanto,

⁸⁸ Tradução livre realizada pelo autor. No original: “If artist commits any act or becomes involved in any situation, or occurrence, which brings artist into public disrepute, contempt, scandal or ridicule, or which justifiably shocks, insults or offends a significant portion of the community, or if publicity is given to any such conduct . . . company shall have the right to terminate.” (EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 86-87.

⁸⁹ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 87.

⁹⁰ Para maiores detalhes sobre o caso e os desdobramentos da demissão de William Waack em decorrência do comentário racista, cf. <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2017/12/22/apos-comentario-racista-william-waack-e-demitido-da-globo.htm> ou <https://f5.folha.uol.com.br/televisao/2017/12/globo-demite-william-waack-apos-caso-de-racismo.shtml>. Data de acesso: 05/04/2021.

internautas, que levaram o assunto aos *trending topics* da rede social *Twitter*, afirmam que o âncora disse “Preto, né?! É coisa de preto com certeza.”

No mesmo dia em que houve o vazamento do vídeo, o jornalista não apresentou o telejornal. Posteriormente, a TV Globo emitiu uma nota oficial informando que afastou Waack de suas funções pelos comentários “ao que tudo indica, de cunho racista”. Algumas semanas depois, a TV Globo, por intermédio de seu diretor-geral de jornalismo, Ali Kamel, divulgou novo comunicado com a notícia da demissão do Waack, esclarecendo que “o melhor caminho a seguir é o encerramento consensual do contrato de prestação de serviços que mantinham”.

A fala de Waack tomou grandes proporções e o jornalista veio a público, através de um artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*⁹¹, para se defender e explicar que o comentário não havia passado de uma “piada”, a opinião pública sobre ele já havia sido formada e o juízo sobre a sua conduta, realizado. Algum tempo depois, o jornalista foi contratado⁹² pelo canal de TV *CNN Brasil* para apresentar um programa próprio diretamente do estúdio da emissora em Londres, o que pode significar um passo para a sua reabilitação pessoal e profissional diante dos telespectadores.

Apesar de a nota da TV Globo não pautar a demissão de William Waack numa cláusula moral, o caso ilustra bem que, na hipótese de sua existência, o encerramento do contrato de prestação de serviços do profissional poderia ser realizado sem que, necessariamente, a emissora precisasse se responsabilizar por qualquer indenização ao profissional por ter exarado comentário que viola, a um só tempo, o possível conteúdo da cláusula – como se pode perceber do caso de Brian Williams –, e à lei por se tratar da prática de um ato eivado de ilicitude e rechaçado pela ordem jurídica, podendo acarretar consequências cíveis e até criminais, a depender da conduta.

Ainda no contexto da televisão, as cláusulas morais se tornaram um grande centro de debate no ramo dos *reality shows*. Notoriamente, os comportamentos dos participantes e as suas atitudes são razão de diversão e de muitas problematizações, dentro e fora do programa, de modo que, atender a essa demanda pública, entre ações extravagantes e surtos, tem desafiado as redes de televisão. Nesse contexto, ainda que não se tenha acesso prévio aos termos dos

⁹¹ Em seu artigo, o jornalista afirmou: “Aquilo foi uma piada —idiota, como disse meu amigo Gil Moura—, sem a menor intenção racista, dita em tom de brincadeira, num momento particular. Desculpem-me pela ofensa; não era minha intenção ofender qualquer pessoa, e aqui estendo sinceramente minha mão.” Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/01/1950180-nao-sou-racista-minha-obra-prova.shtml>. Data de acesso: 05/04/2021.

⁹² Disponível em <https://revistaforum.com.br/midia/demitido-da-globo-por-comentario-racista-william-waack-e-contratado-pela-cnn/>. Data de acesso: 05/04/2021.

contratos celebrados, é bem provável que neles haja cláusulas morais na tentativa de restringir comportamentos mais controversos.

De qualquer forma, por refletirem posicionamentos tomados em tempo real, ainda que dentro de um programa de TV, pode-se afirmar que as más condutas dos participantes de *reality shows* representam o sustento de sua audiência, mas, ao mesmo tempo, demonstram os riscos que os produtores e diretores enfrentam ao “entregar plataformas mundiais a pessoas duvidosas em circunstâncias duvidosas e esperar que essas pessoas não implodam até que a popularidade do reality já esteja em declínio.”⁹³

Caroline Epstein aduz que os americanos se alimentam dos maus comportamentos das estrelas dos *reality shows* e que é nesse aspecto que consiste a popularidade desses programas, o que demonstra que o público não está preocupado com a boa moral alheia. A autora afirma que, nesse contexto, as cláusulas morais são essenciais para proteger o interesse da emissora de TV no caso de as artimanhas de um ou outro participante polarizarem o sentimento do público e destruírem a audiência.⁹⁴

E não só isso: a conduta dos participantes dos *reality shows* pode repercutir, inclusive, em eventuais contratos que já tenham celebrado no âmbito de sua vida pessoal ou, eventualmente, nas próprias carreiras que vinham construindo. Nesse caso, as cláusulas morais podem ser concebidas em dupla acepção, seja pela rede de televisão para se precaver com relação à audiência, seja pelos eventuais contratantes que mantenham esse tipo relação jurídica com os participantes fora das telas.

Um outro campo de incidência histórica de cláusulas morais é a indústria do *cinema*. Como visto nas linhas iniciais, é nesse ramo que se originaram as cláusulas morais, porém, a despeito da utilização do mercado cinematográfico para a veiculação de anúncios de marcas, as preocupações enfrentadas nesse setor são mitigadas em razão de os filmes terem se desenvolvido mais independentemente da publicidade do que a televisão.⁹⁵ Assim, as propagandas não se mostram tão essenciais como são para as redes de televisão e, embora os filmes não dependam de anúncios, não se pode rechaçar a importância das cláusulas morais.

A indústria de cinema costuma empregar cláusulas morais para proteger o valor da marca⁹⁶ de um filme e o seu uso pretende assegurar que os artistas não comprometam esse valor. Isso equivale a dizer que, à medida que o valor da marca de um filme aumenta, os atores e

⁹³ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 88.

⁹⁴ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 88-89.

⁹⁵ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 89.

⁹⁶ Valor da marca refere-se ao valor – positivo ou negativo – que um produto ou serviço obteve durante o tempo em que esteve no mercado, de acordo com a percepção dos consumidores a partir de sua experiência.

atrizes que se tornam uma preocupação para manter esse valor acabam sendo eliminados. Dessa forma, o valor de proteção de uma cláusula moral concernente aos filmes depende das partes envolvidas e de projetos específicos.⁹⁷

Nos Estados Unidos, o Sindicato de Diretores da América e o Sindicato de Escritores da América proíbem expressamente a utilização de cláusulas morais em quaisquer acordos assinados por membros das respectivas convenções, o que representa uma resposta à remoção do “crédito de tela” para violadores.⁹⁸ Nada obstante, embora o Sindicato de Atores não estabeleça essa proibição geral, muitos contratos entre os artistas e os estúdios não estipulam uma cláusula moral porque as atrizes e os atores famosos são suficientemente influentes para eliminar essa linguagem contratual, a exemplo do ocorrido com o já narrado caso de Mel Gibson: quando o ator foi preso por dirigir alcoolizado, em 2006, a Disney não tinha o direito de rescindir o contrato de distribuição do filme *Apocalypto*, estrelado pelo ator.⁹⁹

Entretanto, os estúdios de cinema podem se utilizar de outros métodos aos artistas que se comportem adequadamente, como através de uma cláusula de responsabilidade por danos monetários¹⁰⁰ a uma produção ou o afastamento de uma produção do estúdio. De toda sorte, os estúdios de cinema têm essencialmente preocupações semelhantes às emissoras de televisão no que tange à moral de seus artistas, pois, devido aos grandes orçamentos por trás das produções e a importância da venda de ingressos, artistas com má fama e comportamentos amorais podem contribuir para afundar o sucesso de um filme. Sendo assim, neste nicho, as cláusulas morais podem servir para proteger os resultados dos estúdios.

As cláusulas morais também costumam ser utilizadas nos *esportes profissionais*, porém, diante da imagem de “sujeito durão” cultivada por muitos atletas, as implicações da disposição contratual são diferentes das já narradas. A despeito do que já se explicitou, Caroline Epstein indica como prenúncio de uma cláusula moral desportiva moderna aquela que constava no contrato do jogador de beisebol norte-americano Babe Ruth, que determinava que ele se abstinhasse de álcool e estivesse na cama a uma hora da manhã durante a temporada.¹⁰¹ De acordo com a autora, embora essa cláusula diferisse de sua concepção atual – porque não resultava na

⁹⁷ Ilustrativamente, tome-se os já narrados casos do Hollywood Ten.

⁹⁸ Segundo Caroline Epstein, esse “crédito de tela” é a força vital de escritores e diretores, que não desfrutam do mesmo nível de notoriedade que os atores e atrizes de cinema. O SAG-AFTRA (“Screen Actors Guild - American Federation of Television and Radio Artists”), sindicato que representa mais de 120 mil atores nos EUA, não incluem tal proibição. EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 89.

⁹⁹ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 90.

¹⁰⁰ No direito brasileiro, de forma similar, pode-se falar em dano patrimonial ou, para parte da doutrina e jurisprudência que entende cabível o dano de natureza extrapatrimonial à pessoa jurídica, por ofensa à sua honra objetiva, o dano moral.

¹⁰¹ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 90.

rescisão do contrato —, ela permitia uma ação legal em caso de violação, servindo de base para o uso moderno das cláusulas morais nos contratos referentes aos esportes profissionais.

Com efeito, já se demonstrou que as principais ligas norte-americanas de esportes (NFL, NBA, NHL e MLB) passaram a inserir uma cláusula moral em seus contratos com os atletas, de modo que os acordos coletivos também não deixam muitas margens para negociação entre jogadores individuais e as equipes sobre o tema das cláusulas morais, uma vez que são negociados para a liga como um todo. Nesse contexto, as cláusulas morais são utilizadas na tentativa de moderar o comportamento dos esportistas fora do exercício de suas funções.

Ocorre, no entanto, que as cláusulas morais nem sempre são efetivas no ramo dos esportes profissionais, tendo em vista que, ao menos nos Estados Unidos, as ligas têm sido mais abrangentes na interpretação do que se pode entender como conduta imoral.¹⁰² De qualquer forma, a estipulação de cláusulas morais nesses contratos pretende parametrizar as condutas dos atletas em sua vida privada para minimizar os possíveis impactos negativos sobre o seu desempenho nos esportes e para preservar a reputação das equipes que integram.

No caso brasileiro, parte das relações jurídicas entre os atletas e suas respectivas equipes rege-se pelo direito desportivo e pelo direito do trabalho. Não raras são as ocasiões em que se veicula na mídia — principalmente na internet — notícias de demissões¹⁰³ por justa causa baseadas em condutas pessoais dos atletas, ou seja, que não guardam relação direta com a função que desempenham. Deve-se observar, portanto, de forma conjunta, a legislação trabalhista e desportiva para buscar a melhor interpretação aos casos de demissão de atletas por seus comportamentos privados.

A título elucidativo, a Lei nº 9.615/1998 (“Lei Pelé”) exemplifica, sem seu artigo 35, quais são os deveres do atleta profissional, dentre os quais se destacam “participar dos jogos, treinos, estágios e outras sessões preparatórias de competições com a aplicação e dedicação correspondentes às suas condições psicofísicas e técnicas” e “exercitar a atividade desportiva

¹⁰² Caroline Epstein exemplifica através do caso ex-jogador de basquete profissional Jayson Williams, acusado de homicídio involuntário em 2002. O seu agente argumentou que a cláusula moral constante de seu contrato não se aplicava ao caso porque exigia uma impropriedade moral intencional, e que não havia alegação de que sua conduta fosse intencional. Semelhantemente, um juiz arbitral restabeleceu o contrato do jogador Latrell Spreewell com a equipe de basquete *Gold State Warriors*, de São Francisco, depois de concluir que asfixiar o treinador não atende ao padrão de “má conduta” da NBA. (EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 91-92.)

¹⁰³ Em dezembro de 2020, o time de futebol Internacional rescindiu os contratos de trabalho com os jogadores da equipe sub-20 Matheus Monteiro e Luiz Vinícius, após a circulação na internet de um vídeo em que os atletas afirmam ter dopado uma mulher em uma festa. Sobre o caso e seus desdobramentos, cf. <https://esportes.r7.com/futebol/atletas-do-inter-tem-contratos-rescindidos-apos-video-polemico01122020#/foto/3> e <https://leiemcampo.com.br/demissao-por-justa-causa-de-atleta-por-acao-dissociada-da-atividade-profissional/>. Data de acesso: 06/04/2021.

profissional de acordo com as regras da respectiva modalidade desportiva e as normas que regem a disciplina e a ética desportivas”. Por seu turno, o Decreto-Lei nº 5.452/1943 (“Consolidação das Leis do Trabalho” ou “CLT”) estabelece em seu artigo 482 as hipóteses de rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

Consoante a análise de Marcos Ulhoa Dani, juiz do trabalho no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, para a caracterização ou não da justa causa obreira no bojo de um contrato desportivo, deverá ser levada em consideração o “princípio da lealdade” entre o atleta e a agremiação empregadora, pois, a rigor, o atleta incorpora a imagem de seu clube empregador.¹⁰⁴ O magistrado afirma, ainda, que

ao se portar perante terceiros, sociedade e mídia, o jogador transmite não somente a sua imagem, mas do clube que representa e assim é visto por torcedores. Ter uma atitude que denigra a imagem do pavilhão que representa, pode incompatibilizar a relação do atleta com a torcida, com os dirigentes, patrocinadores e o clube, quebrando-se a relação especial de fidúcia que é necessária para a manutenção do liame empregatício. Assim, os exemplos dados acima podem, potencialmente, dentro da tipificação plástica de hipóteses de justas causas obreiras previstas na legislação, serem enquadradas na penalidade máxima existente dentro do Direito do Trabalho.¹⁰⁵

Por fim, o magistrado afirma que as hipóteses de justa causa eventualmente praticadas por um atleta profissional prescindem de um olhar analítico sobre fatos, peculiaridades, histórico e circunstâncias do caso concreto.¹⁰⁶

¹⁰⁴ DANI, Marcos Ulhoa. A justa causa praticada pelo jogador profissional de futebol e sua tipificação. In: *Megajurídico*, dezembro de 2016. Disponível em <https://www.megajuridico.com/justa-causa-praticada-pelo-jogador-profissional-de-futebol-e-sua-tipificacao/#>. Data de acesso: 06/04/2021.

¹⁰⁵ DANI, Marcos Ulhoa. *A justa causa praticada pelo jogador profissional de futebol e sua tipificação*, cit.

¹⁰⁶ Marcos Ulhoa Dani exemplifica alguns comportamentos de atletas que podem motivar uma demissão por justa causa: “o jogador entoar publicamente hino ou cântico de clube ou torcida rival (art. 482, “b” e “k” da CLT); se envolver em crime com trânsito em julgado (art. 482, “b”, “d” e “k”, da CLT), ou ser preso em flagrante delito (art. 482, “k” e “i”, da CLT, na medida em que entendemos que a ausência ao serviço por prisão em flagrante se caracteriza como falta injustificada, pois a ninguém é dado a ignorância da lei e, se capturado em flagrante delito, o agente assumiu o risco de ser preso e, por consequência, assumiu o risco de faltar injustificadamente ao serviço), maculando a imagem do clube empregador e/ou impossibilitando a prestação de serviços; expressar, em entrevista televisiva ou rede social, desprezo ou desacato ao clube empregador ou à sua história (art. 482, “b” e “k”, da CLT); fazer uso excessivo de bebidas alcoólicas ou substâncias alucinógenas que comprometam seu rendimento desportivo (art. 35, I e II, da Lei 9.615/98 e art. 482, “e”, “f”, “h”); ser flagrado em exame anti-doping por uso de drogas ilícitas, gerando punições que inviabilizem a sua prestação de trabalho ou que gerem punições desportivas ao clube empregador (art. 35, III, da Lei 9.615/98 e art.482, “b”, “f” e “k” da CLT); deixar, propositalmente, de converter uma penalidade máxima em jogos oficiais por torcer, publicamente, para o time adversário (art. 482, “b” e “d”, da CLT e art. 35, I, da Lei 9.615/98); se envolver em briga em arena desportiva ou fora dela, injustificadamente, contra torcedores, árbitros e adversários (art. 482, “b” e “j” da CLT); atrasos reiterados a treinos, viagens e jogos (art. 482, “b”, “e” e art. 35, I e II, da lei 9.615/90), deixar de atuar com dedicação nos jogos, em razão de recebimento indevido de valores pecuniários ou vantagens de terceiros (art. 482, “a” e art. 35, I e III da Lei 9.615/98).” (DANI, Marcos Ulhoa. *A justa causa praticada pelo jogador profissional de futebol e sua tipificação*, cit.)

Nada obstante, a inserção de uma cláusula moral no bojo dos contratos de desporto parece mitigar e até impedir, previamente, que os atletas pratiquem condutas que possam macular a sua imagem e a de seu empregador, a despeito da verdadeira zona cinzenta verificada na legislação aplicável a esses casos, o que, por certo, demandará apurado exercício de interpretação e ponderação das partes e, possivelmente, do magistrado. Ainda assim, é praticamente impossível pensar que uma cláusula contratual impedirá todo e qualquer comportamento dissonante com valores morais defendidos pelas equipas contratantes.

1.3.1 A publicidade veiculada na internet e os códigos de conduta na rede: notas sobre a cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual

O maior enfoque do debate acerca das cláusulas morais na atualidade parece estar no ramo da publicidade, que, desde logo, se estabelece como pano de fundo desta dissertação. Os contratos publicitários¹⁰⁷ entre marcas e seus “porta-vozes”¹⁰⁸ perfazem um rico terreno de exploração do conteúdo de uma cláusula moral, especialmente porque é essa relação que muitas vezes distingue a identidade de um produto ou serviço de outros similares. Ao escolher os “garotos-propaganda” ou “garotas-propaganda”, os anunciantes enfatizam “confiabilidade, valores, imagem, reputação e risco publicitário”¹⁰⁹.

É justamente por esse motivo que os “contratos de talento” (“*talent agreements*”) na publicidade também são chamados de “contratos de endosso” (“*endorsement agreements*”), pois a celebridade que representa uma determinada marca concorda e *endossa* os valores (morais) defendidos pela empresa. De acordo com Noah B. Kressler, estudos apontam que essas confirmações ou endossos das celebridades afetam favoravelmente os consumidores e vinculam a percepção pública de sua imagem ao produto.¹¹⁰

Entretanto, essa denominada “transferência de significado” pode ser uma espada de dois gumes: se a celebridade ofende o público, o juízo negativo produzido por sua conduta pode ser transferido da pessoa para o produto. Isso significa dizer que, além das preocupações comerciais

¹⁰⁷ No decorrer deste estudo, a expressão “contrato publicitário” será utilizada para se referir aos contratos realizados entre marcas e as pessoas eleitas para, através do uso de sua imagem e influência, divulgar ou anunciar produtos ou serviços na internet. Portanto, os chamados “contratos de talento” ou “contratos de endosso”, traduzidos da língua inglesa, serão aqui tratados como contratos publicitários.

¹⁰⁸ Registra-se que “porta-voz” é a tradução literal de *spokesperson*, sendo o termo utilizado para designar “garoto-propaganda” ou “garota-propaganda”, indistintamente.

¹⁰⁹ KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*, cit., p. 6.

¹¹⁰ KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*, cit., p. 6.

corriqueiras de uma marca, há também aquelas advindas da transferência não intencional de significado negativo para os produtos em razão da escolha de um “porta-voz” impróprio (por exemplo, uma celebridade identificada como “anti-atlética” para representar – ou *endossar* – uma bebida esportiva). Se a imagem da celebridade está ligada ao produto, ela pode se tornar um albatroz se for manchada por alegações de impropriedade.¹¹¹ Nesse contexto, surge um espaço bastante propício à inserção de cláusulas morais nos contratos publicitários, justamente para que as empresas possam se proteger desses riscos, cortando rapidamente os laços e dissociando da mente do consumidor a conexão entre a celebridade que praticou uma conduta imprópria e os produtos.

Uma cláusula moral típica em um contrato publicitário é semelhante a uma cláusula moral expressa padrão, porém nesse caso há uma margem maior para que a celebridade possa discutir os termos e a amplitude do conteúdo da cláusula.¹¹² Assim, a utilização de uma cláusula moral expressa confere à empresa um tempo razoável para averiguar a percepção pública sobre a marca após a prática da conduta inadequada violadora da cláusula e decidir sobre o eventual encerramento do contrato.

Apesar dessa modalidade de cláusula oferecer uma saída aos proprietários da marca, ela não descaracteriza o risco adstrito aos contratos publicitários, pois, como será demonstrado no decorrer deste trabalho, o objeto do contrato envolve aspectos pessoais das celebridades, sobre os quais não parece haver total ingerência dos contratantes. Ou seja, ainda que as consequências possam ser minimizadas, o mau comportamento ainda poderá provocar danos, seja em razão das semelhanças dos produtos e a celebridade, seja pela associação previamente estabelecida entre a celebridade e a marca.¹¹³

Mais uma vez, a transferência de significado negativo é uma das consequências que se tenta impedir com a estipulação de uma cláusula moral. Toma-se, por exemplo, o caso ocorrido em 1972 envolvendo a marca P&G e a já finada atriz Marilyn Briggs. Após o lançamento de um novo tipo de sabonete, chamado *Ivory Soap* (“sabonete marfim”), a P&G contratou a modelo Marilyn Briggs para aparecer na nova embalagem do produto, apresentado como 100% de pura neve marfim. Na mesma semana em que milhões de caixas do produto com o rosto sorridente de Marilyn chega às lojas, um filme pornográfico intitulado *Behind the Green Door* foi lançado, estreando Marilyn Briggs, agora conhecida como a estrela de filmes adultos

¹¹¹ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 92.

¹¹² PINGUELO, Fernando M; CEDRONE, Timothy D. *Morals? Who cares about morals? An examination of morals clauses in talent contracts and what talent needs to know*, cit., p. 364.

¹¹³ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 93.

Marilyn Chambers. Certamente, o efeito do evento foi catastrófico para a P&G, tendo em vista que muitas análises sobre o filme mencionavam o produto e a associação do sabonete marfim à ideia de pureza, delicadeza e valores familiares foi ferozmente ferida.¹¹⁴

Evidentemente, a experiência da P&G ilustra bem que qualquer negócio ou produto associado à imagem de uma celebridade pode, ao mesmo tempo, ser benéfico ou prejudicial em razão desse relacionamento. Por via de consequência, fica notória a importância de anunciantes e patrocinadores incluírem uma cláusula moral em seus contratos publicitários para divulgação da marca e seus produtos. No entanto, pode-se afirmar que a violação da cláusula moral afeta interesses únicos em cada classe de consumidores ou das pessoas que recebem determinada propaganda, pois o nível de valorização de pessoa a pessoa é variável. Com efeito, há notícias de muitos outros casos que geraram desconfortos entre as celebridades, das mais às menos famosas, e as marcas que representavam ocasionados pelos efeitos de cláusulas morais.¹¹⁵

Entretanto, como já previamente salientado, a problemática referente às cláusulas morais talvez seja mais proeminente nos esportes e na publicidade, principalmente pelo fato de que a internet tem sido utilizada como a maior ferramenta para a veiculação de propagandas a partir de celebridades. Na esfera digital, a ideia que se tem sobre fama e notoriedade pode variar: de um lado, há pessoas expressivamente conhecidas que surgiram nas redes sociais virtuais e, a partir de então, ganharam outras telas como a televisão e o cinema¹¹⁶; de outro, personalidades que se consagraram na televisão, no cinema ou nas passarelas e também tomaram conta das redes sociais e, a partir do prestígio que já ostentavam, passaram a utilizar a internet como outro campo de trabalho, realizando anúncios publicitários dos mais diversos tipos.¹¹⁷ Há, ainda, uma terceira possibilidade, que são os famosos que nasceram na internet e que permanecem apenas

¹¹⁴ KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*, cit., p. 4-5.

¹¹⁵ Em 2005, a modelo Kate Moss foi fotografada usando cocaína e as imagens estamparam a primeira página dos tabloides britânicos, o que a levou a perder contratos publicitários de cifras milionárias com a varejista *H&M* e com os designers *Chanel* e *Burberry*. Sobre o caso, cf. <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/moda/drogas-nudez-e-magreza-veja-por-que-o-mundo-ama-kate-moss.75fd7542e9eea410VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html>.

Data de acesso: 07/04/2021. Outra celebridade, mas não tão famosa, o ator Benjamin Curtis, conhecido por ser “O cara da Dell” (“*The Dell Dude*”), também foi demitido pela Dell Inc. depois de ser preso por posse de maconha em 2003 nos Estados Unidos. Sobre o caso, cf. <https://www.foxnews.com/entertainment/what-ever-happened-to-the-dell-dude-ben-curtis>. Data de acesso: 07/04/2021.

¹¹⁶ Exemplo dessa circunstância é a atriz Kéfera Buchmann, que ficou conhecida através dos vídeos que publicava em seu canal no *YouTube*., chamado “5inco Minutos”, que foi um dos primeiros canais no Brasil a atingir um milhão de inscritos. Posteriormente, a então influenciadora digital trabalhou em programas de televisão, novelas e filmes. Sobre a biografia da atriz, cf. https://pt.wikipedia.org/wiki/K%C3%A9fera_Buchmann. Data de acesso: 07/04/2021.

¹¹⁷ Dentre tantos casos, cita-se as atrizes Taís Araújo, porta-voz de produtos da marca *L’Oréal Paris*, e Giovanna Ewbank, atuante em campanhas das marcas *Neutrogena* e *Omo*, como celebridades que realizam trabalhos publicitários a partir de seus perfis em redes sociais virtuais, sobretudo no Instagram.

trabalhando no ambiente digital, os influenciadores digitais na essência¹¹⁸, muito embora sejam raras as vezes em que uma celebridade da internet permaneça apenas nesse meio.

De qualquer forma, consoante aponta Caroline Epstein, há um número crescente de disposições contratuais destinadas a promover a confidencialidade e proibir observações depreciativas em plataformas de mídias sociais, o que poderia ser abrangido por uma cláusula moral. A autora esclarece que a exposição *on-line* é instantânea e que, em alguns casos, o constrangimento que pode acompanhar os passos errados de uma celebridade em virtude das ferramentas das redes sociais é agora mais um motivo para abordar e administrar as atividades daquele indivíduo através de uma previsão contratual.¹¹⁹

Por se tratar de uma tendência, é bem provável que o uso das redes sociais também possa ser restringido em decorrência de uma cláusula moral: a já mencionada emissora de televisão norte-americana *ABC*, apesar de encorajar o seu quadro de funcionários a utilizar o *Twitter*, estabelece em suas diretrizes sete práticas específicas proibidas na rede social, a exemplo de “fazer comentários depreciativos sobre os programas da rede”.¹²⁰ Com a medida, o canal não busca coibir o uso da rede social, mas sim tornar os seus colaboradores – especialmente os artistas – mais atentos ao conteúdo de suas postagens na plataforma.

Nada obstante, a relação entre as cláusulas morais e as redes sociais é complexa. Em primeiro lugar, porque o fato de um contratante estabelecer restrições sobre discursos e condutas de seus funcionários fora do serviço é preocupante, pois pode representar um risco à liberdade de expressão e à autonomia, comprometendo, por assim dizer, o direito da pessoa contratada à vida privada, especialmente quando as restrições são impostas unilateralmente em razão do trabalho a ser realizado.¹²¹ Além disso, as cláusulas que limitam a expressão em redes sociais estão em tensão direta com outra prática comercial de estúdio, qual seja, a de aproveitar a popularidade de uma determinada celebridade no âmbito das redes sociais para promover um projeto.¹²² Atualmente, inclusive, os anúncios através de publicações nas redes sociais vêm

¹¹⁸ É o caso de influenciadores como Camilla de Luccas, Spartakus Santiago, Ad Júnior, Pequena Lo, Evelyn Regly e Felipe Neto.

¹¹⁹ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 102.

¹²⁰ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 102.

¹²¹ Não há evidências de um retrocesso óbvio relacionado a essas restrições, o que pode ser atribuído à novidade do tema sobre o qual se debruça o presente estudo. No entanto, não parece haver óbices para que o conteúdo de uma cláusula moral possa, de fato, violar a liberdade de expressão ou o direito à privacidade, compreendendo-se a vida privada e a intimidade.

¹²² Em 2012, a cantora Rihanna, compôs parcialmente o elenco do filme “*Battleship – A Batalha dos Mares*” em “troca” da exposição ou divulgação do filme que ela ofereceu em seu perfil no *Twitter*, que, na época, contava com 26 milhões de seguidores. No Brasil, a mesma prática tornou-se conhecida como “permuta”, que, inclusive, é um contrato típico regulado no artigo 533 do Código Civil brasileiro. Através das permutas, os influenciadores digitais divulgam uma marca ou um produto em troca de benefícios, brindes ou de exemplares do que estão anunciando.

paulatinamente substituindo a publicidade tradicional em algumas negociações entre marcas e celebridades ou influenciadores digitais.¹²³

Assegurar que as partes especifiquem quais meios de comunicação serão cobertos é essencial para promover o bom funcionamento das cláusulas morais sem trespassar injustamente as liberdades fundamentais de expressão e de manifestação do pensamento garantidas pela ordem jurídica. Por certo, à medida que as redes sociais se tornam mais proeminentes e variadas na sociedade atual, plataformas como *Facebook*, *Twitter* e *Instagram* expandiram significativamente o escopo de como devem ser regidos os contratos publicitários em seus respectivos domínios, porém, como as celebridades utilizam esses veículos para se expressarem, é improvável que elas respondam favoravelmente à “censura” contratual de mídias sociais. Isso significa que, apesar dessas plataformas possibilitarem um contato maior entre as celebridades e o público, operando até como um termômetro sobre a repercussão de seu trabalho, também são aptas a criar graves problemas.

Com efeito, uma publicação no *Instagram* leva apenas alguns minutos para ser concluída, mas pode levar anos para ser esquecida¹²⁴, o que não acontecia no passado, já que o contato das celebridades com o público era limitado a aparições pré-escritas na televisão e no rádio ou mesmo em encontros pessoais mais breves. De qualquer forma, parece que restrições são importantes em razão dos perigos que pairam sobre essas plataformas, pois, um passo errado pode significar a destruição instantânea de todo um projeto, relação de trabalho e, inclusive, da imagem pública, principalmente se a conduta praticada pela celebridade ou pelo influenciador causar grande sensibilização no público.¹²⁵

¹²³ A essa estratégia dá-se o nome de *marketing digital*, que representa um conjunto de ações de comunicação utilizado por empresas na internet para divulgar e comercializar seus produtos ou serviços, de modo a conquistar novos clientes e melhorar a sua rede de relacionamentos com os consumidores. Em março de 2021, inclusive, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) lançou o “Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais”, que reúne diversas orientações para a aplicação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária ao conteúdo comercial em redes sociais, em especial aquele gerado por usuários conhecidos como “influenciadores digitais” ou “influenciadores”. A íntegra do guia está disponível em http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Data de acesso: 07/04/2021.

¹²⁴ Dentre tantos casos, cita-se a ocasião em que o ator James Franco tentou marcar um encontro com uma adolescente em um hotel na cidade de Nova Iorque. O caso aconteceu em 2014 e foi a própria adolescente divulgou as conversas realizadas através sistema de mensagens diretas do *Instagram*. Após a ocorrência, o astro admitiu estar envergonhado e apontou como as redes sociais podem ser traiçoeiras. Sobre o caso, cf. *Extra Famosos*, abril/2014. James Franco admite ter passado cantada em adolescente: “estou envergonhado”. Disponível em: <https://extra.globo.com/famosos/james-franco-admite-ter-passado-cantada-em-adolescente-estou-envergonhado-12091249.html>. Data de acesso: 07/04/2021.

¹²⁵ O *Twitter*, por exemplo, também se revela uma fonte precisa sobre os riscos da má utilização de uma rede social e o valor de cláusulas restritivas, uma vez que se tornou uma forma bastante popular de comunicação entre as celebridades e seus fãs. Contudo, a instantaneidade desta rede social pode gerar riscos significativos de mau uso e danos à reputação. Através do *Twitter*, artistas, atletas e influenciadores em geral estão a um *tweet* (ou a 280

Diante desse cenário, parece que se tem um campo fértil para a negociação e inserção de cláusulas morais nesses contratos, uma vez que estão reunidos diversos fatores: as quantias significativas de dinheiro, as preocupações emergentes com a volatilidade potencial das celebridades – principalmente as mais jovens –, a combinação da autoexposição na internet e o alcance cada vez maior e mais ágil das publicações e o desenvolvimento de uma concepção de moralidade ensejadora do que se cunhou de “cultura do cancelamento”.

Fato é que as marcas buscam atrair a atenção do grande público e vender os seus produtos, o que coopera para uma tolerância cada vez menor a controvérsias, comportamentos duvidosos e qualquer má-fama em relação aos seus porta-vozes. Logicamente, como visto, a atenção positiva que a contratação de uma celebridade ofereça a uma marca pode ser prejudicada pelos riscos da transferência de significado, uma vez que a pessoa do porta-voz se torna irrevogavelmente entrelaçada com a imagem da empresa contratante.¹²⁶

Nos últimos anos, a internet vem alargando o acesso das pessoas a todo tipo de conteúdo e as redes sociais vêm sendo a principal ferramenta para o enriquecimento ou o empobrecimento do saber e das vivências, sendo, portanto, incontestável que os ciberespaços se tornaram essenciais ao desenvolvimento humano.¹²⁷ Logicamente, trata-se de um ambiente plural e democrático que dá voz e todos e possibilita aos indivíduos a exploração de suas potencialidades, capacidades e o exercício de sua autodeterminação. De outro lado, arrisca-se dizer que a efemeridade e a instantaneidade das relações humanas construídas no ambiente virtual conduzem a sociedade a novas formas de esgotamento e exaustão existenciais.¹²⁸

O filósofo sul-coreano Byung-Chul Han identifica como “sociedade do cansaço” o fenômeno decorrente da constante exposição das pessoas ao mundo digital, ocasionado pelo que denomina de *adoecimento neural*¹²⁹. Segundo o autor, normalizaram-se exageros nas comunicações, informações e desempenhos humanos em decorrência de um excesso de positividade próprio do século XXI, pois, para ele, “vivemos numa época pobre de negatidades”, o que seria fundamental para a manutenção do equilíbrio relacional a partir de valores como a alteridade. Arremata afirmando que “a violência não provém apenas da

caracteres) de um escândalo ou da violação de uma cláusula moral. (EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 104.)

¹²⁶ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future*, cit., p. 95.

¹²⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 169.

¹²⁸ GUEIROS, Pedro; DALESE, Pedro. A cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual. In: *Migalhas*, 10/09/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333153/a-cultura-do-cancelamento-e-a-a-moralidade-virtual>. Data de acesso: 07/04/2021.

¹²⁹ HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 14.

negatividade, mas também da positividade, não apenas do outro ou do estranho, mas também do igual.”¹³⁰

Com efeito, correm no meio digital informações de todos os tipos, a todo momento, oriundas desse excesso de positividade, que culminam no que o filósofo trata como crise de confiança, pois, ao passo que a conexão digital facilita a aquisição de conhecimento, a confiança, como práxis social, perde cada vez mais em significado e dá lugar ao controle e à transparência, aproximando-se estruturalmente da sociedade de vigilância.¹³¹ Assim, de acordo com Byung-Chul Han, todos os comportamentos na rede não passam despercebidos, pois todos os cliques são salvos e todos os passos, rastreáveis, de modo que os rastros digitais dos usuários das redes estão em todo lugar.

Diante de todo esse fluxo informacional e da construção de uma identidade virtual, muito mais verdadeira e precisa que a simples criação de um perfil numa rede social, surge um movimento de exposição instantânea de condutas *reprováveis* de pessoas, geralmente famosas ou notoriamente conhecidas, como forma de denúncia para anular suas reputações. A tal fenômeno dá-se o nome de *cultura do cancelamento*¹³², que, embora tenha se tornado mais conhecido recentemente, não é bem uma novidade e já apresenta diversas análises acerca de seus desdobramentos.¹³³

Assim, não obstante a existência de inúmeros casos que servem como pano de fundo ao que se sustenta, identifica-se três momentos basilares à deflagração do cancelamento: em primeiro lugar, tem-se uma pessoa famosa ou amplamente reconhecida perante a sociedade; em seguida, em razão de sua influência, a pessoa alimenta expectativas de que é ou será um exemplo a ser seguido; e, por fim, por algum deslize, a pessoa comete um erro ou pratica uma conduta socialmente condenável e, como resultado da ampla exposição, torna-se passível de ser cancelada.¹³⁴

¹³⁰ HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 15.

¹³¹ HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Vozes, 2018, p. 122.

¹³² Para algumas noções conceituais e sobre a possível origem da chamada cultura do cancelamento, cf. GOLDSBROUGH, Susannah. Cancel culture: what is it, and how did it begin? In: *The Telegraph*, julho/2020. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/music/what-to-listen-to/cancel-culture-did-begin/>. Data de acesso: 07/04/2021.

¹³³ Se, de um lado, alguns usuários de redes sociais acreditam que o “linchamento virtual”, revestido de “boas intenções”, pode ser uma ferramenta de mediação moral, de outro, alguns especialistas o avaliam como incapacidade de dialogar e alertam para os efeitos da conduta de boicote a figuras públicas a médio e longo prazo. Sobre o tema, cf. ANDRADE, Ranyelle. Cultura do cancelamento expõe intolerância desta geração. In: *Metrópoles*, 23/02/2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/vida-e-estilo/comportamento/cultura-do-cancelamento-expoe-intolerancia-desta-geracao>. Data de acesso: 07/04/2021.

¹³⁴ GUEIROS, Pedro; DALESE, Pedro. *A cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual*, cit.

Apesar de não ostentar um marco exato de origem, a cultura do cancelamento ganhou maior notoriedade através da mobilização de vítimas de assédio e abuso sexual, conhecida como Movimento *#MeToo*, que se fortaleceu em 2017 após algumas denúncias realizadas em Hollywood¹³⁵. Na ocasião, muitas outras vítimas silenciadas por anos, em sua maioria mulheres, se sentiram encorajadas a denunciar casos de assédio praticados por poderosos homens da indústria do cinema hollywoodiano.¹³⁶ A chamada cultura do cancelamento popularizou-se tanto que, em 2019, foi eleita o termo do ano pelo dicionário australiano Macquarie¹³⁷. Ocorre, no entanto, que, embora o Movimento *#MeToo* tenha chamado a atenção no sentido de expor problemas escondidos, a cultura do cancelamento parece caminha em sentido oposto no que tange à conscientização e debate sobre assuntos socialmente relevantes dentro e fora do ambiente digital, tais como assédio, racismo, homofobia e tantos outros.

Como já salientado, trata-se de uma onda que vem chamando a atenção, principalmente no âmbito das redes sociais, por incentivar as pessoas a deixarem de apoiar determinadas personalidades ou empresas, públicas ou privadas, do meio artístico ou não, em razão de um erro ou uma conduta compreendida como reprovável. De acordo com o dicionário Michaelis, “cancelar” significa riscar, declarar nulo ou sem efeito, invalidar, eliminar, seja o agente do erro, seja a conduta compreendidos como censuráveis.¹³⁸ Nesse sentido, parece que a cultura do cancelamento é um reflexo das polarizações que a sociedade enfrenta nos tempos atuais, remetendo à famigerada tática de boicote de consumidores que retiram o apoio a marcas e empresas consideradas antiéticas.¹³⁹ De outro lado, há autores para quem o boicote produzido com a cultura do cancelamento é uma contradição em termos, pois o indivíduo *cancelado*

¹³⁵ Para maiores detalhes sobre o Movimento *#MeToo*, cf. BBC News Brasil. *O que a campanha #MeToo conseguiu mudar de fato?* Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-44164417>. Data de acesso: 07/04/2021.

¹³⁶ Sobre os casos no âmbito da indústria cinematográfica norte-americana, cf. NWANEVU, Osita. The “Cancel Culture” com. In: *The New Republic*, setembro/2019. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/155141/cancel-culture-con-dave-chappelle-shane-gillis>. Data de acesso: 07/04/2021.

¹³⁷ Com relação à escolha do termo “cultura do cancelamento” como termo do ano, de acordo com o dicionário Macquarie, cf. MACQUARIE DICTIONARY, dezembro/2019. *Word of the year*. Disponível em: <https://www.macquariedictionary.com.au/resources/view/word/of/the/year/2019>. Data de acesso: 07/04/2021.

¹³⁸ SILVA, Thays Bertoncini da; HONDA, Erica Marie Viterito. O “Tribunal da Internet” e os efeitos da cultura do cancelamento. In: *Migalhas*, 30/07/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331363/o-tribunal-da-internet-e-os-efeitos-da-cultura-do-cancelamento>. Data de acesso: 07/04/2021.

¹³⁹ NORRIS, Pippa. *Closed minds? Is a 'cancel culture' stifling academic freedom and intellectual debate in political science?* In: Harvard Kennedy School. RWP20-025. Agosto/2020, p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3671026. Data de acesso: 09/04/2021.

permanece na mídia, lucrando e trabalhando, justamente em razão da alta repercussão do caso.¹⁴⁰

Para compreender o movimento, faz-se necessário realizar uma análise sob a ótica das modalidades de regulação da internet apresentada por Lawrence Lessig, composta por direito, normas sociais, mercado e arquitetura¹⁴¹. Nessa perspectiva, a cultura do cancelamento representa uma sanção imposta pelos próprios usuários das redes sociais na internet diante da violação de normas sociais existentes, que, assim como as demais modalidades de regulação, são suficientemente eficientes por inibirem o comportamento compreendido pela comunidade como reprovável.¹⁴² Trata-se, em verdade, de verdadeiros “códigos de conduta”, que, muitas vezes, ultrapassam a redoma do comportamento *on-line* se estendendo ao *off-line*.

Esses códigos de conduta são em alguma medida o resultado da democratização do acesso à internet, o que cooperou para que pessoas e grupos marcados por alguma situação de vulnerabilidade e falta de reconhecimento social encontrassem um meio com ampla visibilidade para denunciar condutas não aceitáveis na sociedade atual.¹⁴³ Entretanto, o cancelamento pode ultrapassar os limites do que se esperaria com a exposição de uma conduta indecorosa e se transformar numa espécie de “vingança” para uma situação de injustiça social.

Nesse cenário, revela-se importante atentar a dois panoramas afetos ao cancelamento. O primeiro é a criação de uma espécie de condenação moral da pessoa *cancelada*, o que reflete o uso de uma ferramenta moderna de alcance insondável – a internet – para uma prática social antiga consistente no julgamento precoce do comportamento alheio.¹⁴⁴ Como no direito, não há aqui um “devido processo virtual” para possibilitar o exercício do contraditório, o que não raro resulta em injustiças desproporcionais¹⁴⁵, hostilidade e até intolerância às pessoas canceladas.¹⁴⁶ O segundo panorama se insere justamente nesse contexto: as condutas revestidas de opressão e

¹⁴⁰ HOOKS, Austin Michael. *Cancel culture: posthuman hauntologies in digital rhetoric and the latent values of virtual community networks*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Artes e Ciências, Universidade do Tennessee. Chattanooga, Tennessee, EUA, Agosto/2020, p. 12-13. Disponível em: <https://scholar.utc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1835&context=theses>. Data de acesso: 09/04/2021.

¹⁴¹ LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 47 e seguintes, apud SILVA, Thays Bertoncini da; HONDA, Erica Marie Viterito. *O “Tribunal da Internet” e os efeitos da cultura do cancelamento*, cit.

¹⁴² SILVA, Thays Bertoncini da; HONDA, Erica Marie Viterito. *O “Tribunal da Internet” e os efeitos da cultura do cancelamento*, cit.

¹⁴³ GUEIROS, Pedro; DALESE, Pedro. *A cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual*, cit.

¹⁴⁴ GUEIROS, Pedro; DALESE, Pedro. *A cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual*, cit.

¹⁴⁵ A título exemplificativo, cf. SANCHES, Mariana. O que 'sinal de OK' retratado como racista nas redes revela sobre a 'cultura de cancelamento'. In: *BBC News*, julho/2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-53458452>. Data de acesso: 09/04/2021.

¹⁴⁶ SILVA, Thays Bertoncini da; HONDA, Erica Marie Viterito. *O “Tribunal da Internet” e os efeitos da cultura do cancelamento*, cit.

intolerância provenientes de qualquer pré-julgamento desconsideram ou se mostram alheias à falibilidade humana, emergindo um novo tipo de coação moral estabelecida de forma indistinta.

Assim, o ciclo da cultura do cancelamento está montado, pois, a partir da constatação de uma conduta reprovável socialmente, cria-se nas redes sociais um movimento de exposição para que os usuários deixem de “seguir” ou de se conectar com uma determinada pessoa ou de comprar determinada marca, objetivando baixar sua visibilidade e prestígio. Através de ataques aos respectivos perfis nas redes sociais, os efeitos podem ser sentidos tanto na vida pessoal de determinada pessoa – geralmente alguma figura pública –, levando-a a perder trabalhos, contratos, patrocínios e até a desenvolverem problemas psicológicos, quanto na atividade de uma empresa, que pode deixar de realizar vendas ou atender clientes em razão do boicote.¹⁴⁷

Cria-se uma espécie de “Tribunal da Internet”¹⁴⁸, cujos julgamentos passam ao largo de valores e princípios jurídicos de igualdade, razoabilidade e proporcionalidade. Além de muitas vezes não haver possibilidade de defesa, não se discutem ideias, mas sim pessoas ou empresas, somando-se o fato de que os pesos e medidas utilizados são diferentes a depender de quem é a pessoa ou empresa “*sub judice*”, o que significa dizer que as sanções atribuídas não são iguais e seguem critérios próprios.

As repercussões do cancelamento parecem gerar diversos efeitos, e, para alguns autores¹⁴⁹, podem ser comparadas até à teoria da “espiral do silêncio” desenvolvida por Elisabeth Noelle-Neumann¹⁵⁰, que, baseada na análise das pesquisas eleitorais na Alemanha em 1974, constatou que, por medo de isolamento social ou perda de *status*, as pessoas hesitavam em expor opiniões próprias contrárias às normas sociais predominantes.¹⁵¹ De outro lado, se os indivíduos têm posições pessoais contempladas pela opinião da maioria, haverá uma tendência maior de expressá-las publicamente.¹⁵²

Ironicamente, o que se extrai dessa prática é que, ao passo que a democratização do acesso à internet reveste-se de caráter social, pois transporta manifestações de poder para os

¹⁴⁷ SILVA, Thays Bertoncini da; HONDA, Erica Marie Viterito. *O “Tribunal da Internet” e os efeitos da cultura do cancelamento*, cit.

¹⁴⁸ SILVA, Thays Bertoncini da; HONDA, Erica Marie Viterito. *O “Tribunal da Internet” e os efeitos da cultura do cancelamento*, cit.

¹⁴⁹ GUEIROS, Pedro; DALESE, Pedro. *A cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual*, cit.

¹⁵⁰ TRIGO, Luciano. 'A espiral do silêncio' examina os mecanismos de manipulação da opinião pública. In: *GI Pop & Arte Blog do Luciano Trigo*, abril/2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/blog/maquina-de-escrever/post/espisal-do-silencio-examina-os-mecanismos-de-manipulacao-da-opinioao-publica.html>. Data de acesso: 09/04/2021.

¹⁵¹ NORRIS, Pippa. *Closed minds? Is a 'cancel culture' stifling academic freedom and intellectual debate in political science?*, cit., p. 16.

¹⁵² NORRIS, Pippa. *Closed minds? Is a 'cancel culture' stifling academic freedom and intellectual debate in political science?*, cit., p. 16.

espaços virtuais, há inúmeras consequências para os indivíduos expostos à rede, principalmente com relação aos “juízes” de comportamento que, através do cancelamento, sentenciam diretamente à morte social. Com isso, inúmeras liberdades fundamentais, como a de expressão e de manifestação do pensamento, há pouco conquistadas, podem ser prejudicadas. Porém, é importante esclarecer que muitas vezes essas mesmas liberdades são utilizadas de forma excessiva, disfuncional, culminando em discurso de ódio¹⁵³, e acabando por provocar um linchamento virtual, que, mesmo revestido de boas intenções, pode levar os usuários a incorrerem na prática de crimes como injúria ou difamação.¹⁵⁴

Nota-se, à toda evidência, que a cultura do cancelamento é construída com base em diversas dualidades, principalmente no que tange às capacidades de realizar julgamentos valorativos das condutas alheias. Trata-se de relações de poder distintas, de eventuais posições de superioridade e inferioridade, das compreensões de certo e errado, de bons e maus. A propósito, de acordo com Maria Cristina Franco Ferraz e Ericson Saint Clair, Nietzsche pareceu apontar essas noções quando escreveu “Essas aves de rapina são más; e quem for o menos possível ave de rapina, ou antes, o seu oposto, cordeiro - este não deveria ser bom?”, razão pela qual, para os autores, a alteridade no espaço cibernético está para a comparação entre as ditas espécies (cordeiros e aves de rapina).¹⁵⁵

Surge, nesse contexto, a noção de uma pretensa *moralidade virtual*¹⁵⁶, no sentido de que, ao tornar o outro *cancelado*, o *cancelador* parece entender a si mesmo como irrepreensível, nobre e merecedor da aprovação dos demais. Nada obstante, o ato de cancelar significa rotular um indivíduo baseado em uma atitude, de modo a desprezar toda a complexidade de sua existência e da constituição de seu *ser*. Dessa forma, a negatividade apresentada por Nietzsche

¹⁵³ Sobre o tema, cf. BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula e SILVA JR., Antônio dos Reis. O discurso do ódio na internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. (Coord.). *Direito Privado e Internet*. Atlas: São Paulo, 2014.

¹⁵⁴ SILVA, Thays Bertoncini da; HONDA, Erica Marie Viterito. *O “Tribunal da Internet” e os efeitos da cultura do cancelamento*, cit.

¹⁵⁵ “Nessa passagem, Nietzsche enfatiza de que modo a negatividade, expressão do ressentimento, tornou-se criadora de valores, na tradição cultural do Ocidente. Na sequência, o filósofo mostra que a ficção dos valores morais e o julgamento dela derivado necessitam se apoiar na crença em um sujeito substancializado e neutro, passível de ser julgado (ou louvado) simplesmente *pele que é*. A valoração moral supõe, portanto, o estabelecimento de uma relação com a alteridade apta a destruí-la, na medida em que a insere em um jogo de oposições simétricas e bipolares regido pela negatividade. Este meio hegemônico de erigir valores e de produzir modelos de identidade não pode dispensar a ficção de um jogo dialético entre *nós e os outros*, tão presente em construções políticas e sociais, nitidamente expressa em redes de viralização do ódio.” (FERRAZ, Maria Cristina Franco; SAINT CLAIR, Ericson. Por uma genealogia do ódio online: contágio, viralização e ressentimento. In: *Revista Matrizes*, Universidade de São Paulo, Vol. 13, nº 1, p. 145. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/147316>. Data de acesso: 09/04/2021.)

¹⁵⁶ A expressão é reproduzida de GUEIROS, Pedro; DALESE, Pedro. *A cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual*, cit.

dialoga com o excesso de positividade a que se refere Byung-Chul Han, consubstanciando-se a máxima de que tudo o que não é positivo é visto como necessariamente negativo.¹⁵⁷

Muitas podem ser os impactos jurídicos¹⁵⁸ ocasionados pela cultura do cancelamento, pois, apesar de suas raízes fundadas no debate de ideias e em denúncias de condutas que a sociedade não admite, nega-se a possibilidade de coexistência de pensamentos antagônicos sobre determinados assuntos, o que, como visto, acaba criando competições e polarizações. O que, às vezes, começa como o pleno exercício de uma liberdade fundamental excede os limites valorativos sobre os quais se constitui a ordem jurídica, negando efetividade ao pluralismo democrático.

Evidentemente, a cultura do cancelamento vem se mostrando um ponto de preocupação para os contratos publicitários em geral, justamente por utilizarem a imagem e o prestígio público de determinadas personalidades da mídia para aumentar a divulgação de marcas e, conseqüentemente, a venda de produtos ou serviços. O cancelamento de uma celebridade, de uma garota-propaganda ou um garoto-propaganda ou de uma influenciadora ou influenciador digital, como decorrência de uma conduta socialmente reprovável, pode ensejar uma onda de boicotes às marcas ou aos produtos aos quais estão vinculados, gerando, em última análise, danos substanciais, seja de natureza patrimonial ou até extrapatrimonial.

¹⁵⁷ GUEIROS, Pedro; DALESE, Pedro. *A cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual*, cit.

¹⁵⁸ No campo da responsabilidade civil, por exemplo, há que se diferenciar a sistemática a ser aplicada no caso concreto: o cancelamento gerado por postagens ofensivas realizadas por um usuário de uma rede social, deverá ser aplicada a responsabilidade civil subjetiva, prevista nos artigos 927, *caput*, e 187 do Código Civil, sendo necessária a demonstração da ação, do dano, do nexo causal e da culpa; de outro lado, a Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet), objetivando prestigiar a liberdade de expressão e coibir a censura no ambiente virtual, estabelece, em seu artigo 19, que o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as hipóteses previstas pela mesma lei.

2 A SIMBIOSE ENTRE A AUTONOMIA E A DISPOSIÇÃO CONTRATUAL RESTRITIVA DE COMPORTAMENTOS PRIVADOS NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

2.1 Os espaços de autonomia em face das cláusulas morais

O debate acerca das cláusulas morais ganha importantes contornos quando confrontado com as noções de liberdade e autonomia. Decerto, por muito se afirmou que liberdade e autonomia são conceitos sinônimos, especialmente com relação à igualdade formal no âmbito das situações patrimoniais, uma vez que a um indivíduo era conferido amplos poderes de disposição desde que possuísse bens e assim pudesse contratar, testar, adquirir e dividir¹⁵⁹.

Com efeito, o desenvolvimento da compreensão de patrimônio, advinda da ideia de que ao sujeito de direitos e proprietário cabia zelar apenas por seus familiares e por seus bens, fez recair sobre a liberdade uma conotação absolutista que apenas comportaria limitações para proteger as liberdades de outros indivíduos. Por essa razão, a ordem pública e os direitos da coletividade dificilmente se sobrepujam aos interesses privados, evidenciando o lugar preponderante que o direito privado ocupava em relação ao direito público.¹⁶⁰

Entretanto, tal concepção de liberdade começou a sofrer modificações ante a necessidade de regulamentar as situações extrapatrimoniais para delimitar os poderes de que se investia uma pessoa para dispor de si própria, de seu destino, de seu corpo, ou mesmo para construir seu projeto de vida, sem que estes atos de autonomia afrontassem a ordem pública, a moral e os bons costumes, designações comuns a todo ordenamento jurídico. Dessa forma, a tutela das situações existenciais compreende não apenas direitos, mas também deveres: para Pietro Perlingieri, “no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesma.”¹⁶¹

A liberdade individual, então, relaciona-se intimamente com os atributos da personalidade e estes, por sua vez, são tutelados e promovidos pelo ordenamento a partir da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. A propósito, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana tem como um de seus pilares a proteção da liberdade individual, sob a ótica da privacidade, da intimidade e da vida privada, o que, hoje, permite referenciar à

¹⁵⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*, cit., p. 106-107.

¹⁶⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*, cit., p. 107.

¹⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3. Ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 298-299.

autonomia privada existencial, consubstanciada na possibilidade de realizar, sem quaisquer interferências, as próprias escolhas individuais.

Nesse sentido, considera-se a existência de espaços de autodeterminação que não são passíveis de interferência de qualquer ordem, inclusive do Estado, haja vista o suporte oferecido pela sistemática constitucional aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, à liberdade.¹⁶² Tais espaços, de acordo com Stefano Rodotà, são e devem ser guiados única e exclusivamente pela vontade individual, como em assuntos denominados “eticamente sensíveis”, pois apenas é legítima a atuação da própria pessoa com relação a situações jurídicas afetas à sua personalidade, de modo que a lei não pode expropriar a liberdade de consciência de cada um de nós.¹⁶³

Essa construção fortalece-se neste tempo a partir da compreensão do sujeito moderno como “ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão.”¹⁶⁴ Evidentemente, numa sociedade plural e democrática, com a convivência – nem sempre pacífica, mas real – de subjetividades e intersubjetividades e com a coexistência da autonomia e da heteronomia, ao sabor de concessões recíprocas, cada indivíduo passa a exercer, da forma como lhe convier, a sua liberdade, agindo do modo como entende melhor para si, decidindo sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua individualidade, devendo sua ação ser responsável e os efeitos sobre seus atos plenamente conhecidos.¹⁶⁵

Assim, o agir livre, sem interferências externas, sob a ótica constitucional, perfaz o que Cass Sustein chama de “zonas de liberdade nas quais as pessoas podem agir sem medo”¹⁶⁶, que, em conjunto ao direito à propriedade privada, sem a ingerência do Estado, constitui a base da democracia. Nessa mesma direção, Ronald Dworkin afirma que “os direitos individuais são

¹⁶² MULTEDO, Renata Vilela. Espaços de autonomia existencial: entre liberdade e responsabilidade. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.); MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 149.

¹⁶³ RODOTÀ, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza*. Ritagli, 13 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>. Data de acesso em: 17/03/2020.

¹⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. In: *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005, p. 62. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista31/Revista31_51.pdf. Acesso em: 17/03/2020.

¹⁶⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autonomia existencial*. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018, p. 95-96. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>. Acesso em: 17/03/2020.

¹⁶⁶ SUSTEIN, Cass. *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Edited by Michel Rosenfeld. Duke University Press: Durham and London, 1994, p. 391.

trunfos políticos que os indivíduos detêm”¹⁶⁷, isto é, os direitos apresentam-se como “trunfos” contra preferências externas ou estatais que não reflitam as posições jurídicas ocupadas por esses mesmos indivíduos, negando-lhes o que desejam ter ou fazer, o que também é restringir sua liberdade em vista de uma percepção de vida que não traduz a sua própria. Dessa forma, os direitos individuais são ferramentas de proteção da liberdade e da autonomia, ainda que em face de políticas públicas, e, por isso, invocados como “trunfos”.

Percebe-se, então, que as decisões de foro íntimo ou que digam respeito apenas à esfera pessoal não podem ser tomadas de antemão por um terceiro, mesmo pelo legislador, tendo em vista que a Constituição elegeu como direitos fundamentais a liberdade, a intimidade e a privacidade.¹⁶⁸ Vale dizer que há situações inerentes à própria essência da pessoa, inscritas nos aspectos da liberdade e da intimidade, que se amoldam no contemporâneo conceito de privacidade, compreendido a partir do controle de informações sobre si mesmo e de determinar o modo de construção da vida privada para o livre desenvolvimento da personalidade.¹⁶⁹

Dessa forma, a autonomia ganha corpo por intermédio da privacidade, pois este é o espaço de construção da vida privada reservado pelo legislador constituinte para a realização plena dos atributos da personalidade, pertencente ao próprio indivíduo, evidenciando-se que a sua inviolabilidade é o que lhe confere o poder de autodeterminação.

Estes chamados espaços existenciais, de livre desenvolvimento e realização da pessoa, em princípio, não estão sujeitos às interferências externas, seja do legislador, do poder público ou de particulares, sob pena de enrijecer o paternalismo, o que não se coaduna com as atuais concepções de dignidade e liberdade. Assim, as atuações e decisões individuais realizadas nesses espaços privados concernem à própria pessoa, sendo, portanto, espaços de exclusividade pessoal.¹⁷⁰

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. XV.

¹⁶⁸ CRFB/1988, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

¹⁶⁹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. *Passim*.

¹⁷⁰ ARENDT, Hanna. Reflections on Little-Rock. In: *Dissent*, New York, 6 (1), inverno 1959, p. 52-53. Disponível em: https://www.normfriesen.info/forgotten/little_rock1.pdf. Data de acesso: 17/03/2020. A autora refere-se aos espaços de exclusividade como aqueles em que “nós escolhemos aqueles com quem desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos; e nossa escolha é guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um grupo de pessoas — ela não é guiada, de fato, por nenhum padrão ou regras objetivas, mas, inexplicável e infalivelmente, afetada pelo impacto de uma pessoa em sua singularidade, sua diferença em relação a todas as pessoas que conhecemos.” Tradução livre realizada pelo autor. No original: “Here we choose those with

As concepções de liberdade e autonomia apresentam um intenso processo evolutivo¹⁷¹ em vista do fortalecimento dos debates e da necessidade de proteção das situações jurídicas existenciais, especialmente nos espaços de autodeterminação da pessoa.

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988, restauradora do Estado Democrático de Direito, inaugurou um período de reestruturação do cenário jurídico, tendo em vista o seu viés de rompimento e ressignificação da patrimonialidade e de elevação da pessoa humana e sua dignidade ao epicentro de todo o ordenamento. Nesse contexto, traçou-se uma linha metodológica de constitucionalização do direito civil, que provocou uma virada hermenêutica e axiológica a partir de um novo arcabouço principiológico incidente sobre todas as relações jurídicas.

Evidentemente, a positivação da cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana, e sua compreensão como fundamento da república¹⁷², importou uma mudança de paradigma na percepção das relações jurídicas através de uma releitura dos tradicionais institutos de direito civil. Essa reformulação dogmática revelou o fenômeno conhecido como “despatrimonialização do direito civil”¹⁷³, que opera no sentido de conformar os instrumentos jurídicos patrimoniais e sua aplicação também às situações existenciais.

E é nesse campo que se encontra a autonomia privada¹⁷⁴, entendida como um exercício de liberdade individual reconhecida ou conferida pela ordem jurídica a um determinado indivíduo ou grupo. Do gênero, têm-se as espécies autonomia privada patrimonial, voltada aos atos de cunho negocial com lastro na patrimonialidade¹⁷⁵, e autonomia privada existencial, compreendida como instrumento de tutela e promoção da dignidade humana nos atos existenciais.¹⁷⁶

whom we wish to spend our lives, personal friends and those we love; and our choice is guided ,not by likeness or qualities shared by a group of people-it is not guided, indeed, by any objective standards or "rules – but strikes, inexplicably and unerringly, at one person in his uniqueness, his unlikeness to all other people we know.”

¹⁷¹ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97-112.

¹⁷² CRFB/1988, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

¹⁷³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 33.

¹⁷⁴ Para Pietro Perlingieri, autonomia privada refere-se ao “poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequências de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 17.)

¹⁷⁵ Pietro Perlingieri compreende a autonomia privada patrimonial como “ato de iniciativa de ao menos uma das partes interessadas na negociação. Realização não apenas de direitos subjetivos, mas também de deveres de solidariedade e, às vezes, de obrigações legais de contratação.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345-346)

¹⁷⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 87-88.

A partir dessa perspectiva, as situações jurídicas patrimoniais passaram a estar funcionalizadas às situações jurídicas existenciais, revelando que a intervenção estatal deve atender à perspectiva solidarista¹⁷⁷, sobre a qual se assenta o *novo* Estado Democrático de Direito. Verifica-se, então, a transformação qualitativa das situações patrimoniais, eis que não há perda quantitativa dos espaços de autonomia privada, não pretendendo a subtração de seus poderes, titularidades e responsabilidades, mas sim a extirpação das desigualdades com vistas à persecução dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial.¹⁷⁸

Assim, como já referido, “a autonomia privada deixa de ser um conceito técnico para se transformar num conceito de valor”¹⁷⁹, interferindo necessariamente no juízo de merecimento de tutela. Sendo a cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana o valor máximo inscrito na Constituição brasileira, responsável pela unidade e sistematicidade do ordenamento jurídico, tanto os atos de autonomia privada patrimonial quanto os atos de autonomia privada existencial somente merecerão tutela se os efeitos pretendidos pela relação jurídica atenderem ao ideal de pleno desenvolvimento da pessoa.

De toda sorte, importante delinear alguns traços distintivos no espectro da autonomia privada. A tutela qualitativa da autonomia privada patrimonial ocorre com o atendimento do que se denomina finalidade social, uma vez que há um imperativo de realização de interesses extracontratuais de ordem social, além dos interesses econômicos das partes, o que modifica a ideia de liberdade contratual. Por essa razão, diz-se que a autonomia privada patrimonial encontra limites internos impostos pela boa-fé objetiva, pela função social, pela ordem pública e pelos bons costumes.

Trata-se, em verdade, da necessidade de atender a interesses socialmente relevantes, pois, de acordo com a metodologia civil-constitucional, a autonomia privada patrimonial não é reconhecida como um valor tutelado por si mesmo, de modo que está funcionalizada, como visto, à realização última da cláusula geral de desenvolvimento e promoção da dignidade da pessoa humana.

Diferentemente, a autonomia privada existencial não admite limites internos, pois não está funcionalizada ao atendimento de interesses alheios ao seu titular, sendo compreendida

¹⁷⁷ Sobre o princípio da solidariedade, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁷⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 83.

¹⁷⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21-22, apud MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 85.

como um fim em si mesma, notadamente por decorrer diretamente da dignidade da pessoa humana. Repise-se, então, a busca por uma tutela qualitativamente diversa para as situações patrimoniais e para as existenciais, tendo em vista o juízo de merecimento de tutela da autonomia privada: o objeto de averiguação será a qualidade das situações jurídicas, ou seja, se pertencem à categoria do ser ou do ter.¹⁸⁰

O ponto das limitações impostas aos atos de autonomia privada é objeto de discussão importantíssima, dada à preeminência da tutela das liberdades no atual cenário jurídico brasileiro. De um lado, a autonomia privada patrimonial sofre a ingerência de cláusulas gerais que funcionam como mecanismos de imposição de limites internos, como é o caso dos princípios da boa-fé e da função social, implicando a realização de interesses para além dos interesses do titular. De outro, a autonomia privada existencial não comporta as mesmas limitações, posto que está compreendida como instrumento de liberdade individual para realização e emancipação da pessoa humana e de seus interesses não patrimoniais, referenciando o próprio titular da situação subjetiva no espaço de livre desenvolvimento da personalidade.¹⁸¹

As situações existenciais, então, têm como função direta a realização dos interesses pessoais de seu titular, não sofrendo limitações internas. No entanto, os atos de autonomia existencial poderão repercutir na esfera jurídica de outrem, impactando a vida de terceiros, no aspecto existencial ou patrimonial.

Cá está o ponto alto e crucial da análise das cláusulas morais sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro: a autonomia privada não deve ser irrestrita a ponto de negligenciar ou mesmo negar interesses existenciais ou patrimoniais alheios, sendo a referida cláusula um possível mecanismo de controle sobre os atos de autonomia. Vale ressaltar, uma vez mais, que a autonomia privada existencial, como instrumento de emancipação da pessoa, apenas poderá sofrer limitações externas, justamente por seu exercício não estar funcionalizado à realização de quaisquer outros interesses.

Indubitavelmente, utilizar-se de cláusulas consubstanciadas em restringir comportamentos (a)morais, livremente exercidos no âmbito da vida privada, para limitar a autonomia, sob a égide de um sistema jurídico que privilegia a dignidade da pessoa humana em todos os seus substratos¹⁸², parece, à primeira vista, um contrassenso. Ocorre, no entanto, que,

¹⁸⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 200.

¹⁸¹ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 56.

¹⁸² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*, cit., p. 85.

na legalidade constitucional, não há espaço para direitos absolutos, o que exige maior cautela hermenêutica para a apresentar as hipóteses em que a autonomia privada existencial sofrerá limitações.

O Brasil ostenta uma sociedade plural e democrática, ainda que em muito se verifique certa deslegitimação desta multiplicidade de ideias e concepções de ordem política, social e econômica, sendo certa a presença da diversidade, em seus vários espectros, como manifestação das liberdades fundamentais asseguradas pela Constituição de 1988. A autonomia, como visto, entra em cena como ferramenta apta a validar as escolhas individuais afetas ao projeto de vida e à consecução do livre desenvolvimento da personalidade.

No entanto, fato é que as cláusulas morais ensejarão regramento sobre as condutas pessoais das celebridades contratadas – ou “talentos”, na perspectiva original da *morals clause* –, podendo implicar uma forte interferência no seio de sua vida privada. Ainda que se refiram a más condutas ou a comportamentos considerados imorais, as diferentes visões de mundo e o momento de sua estipulação ou aplicação tornam dificultoso um entendimento uníssono sobre o conteúdo e a aptidão da cláusula para produzir efeitos no âmbito do direito brasileiro.

Discorrer sobre a admissibilidade de cláusulas morais no sistema jurídico brasileiro é refletir mais uma hipótese de limitar a autonomia e não necessariamente apenas quando da verificação de mau comportamento, mesmo porque, a rigor, a cláusula moral prevê antecipadamente as condutas que devem ou não ser praticadas na vigência do contrato.¹⁸³

Por essas razões, faz-se imprescindível um juízo de controle valorativo sobre tais cláusulas, uma vez que estão intimamente vinculadas aos interesses patrimoniais da empresa, com a divulgação de sua marca, bem como aos existenciais da celebridade, que terá licenciado o uso da sua imagem e sofrerá certa mitigação de sua privacidade.

Discorrer sobre a juridicidade e a admissibilidade da cláusula moral importa refletir sobre as instâncias de controle da autonomia privada, especialmente por não haver previsão legal específica que a ampare, sendo importante que a análise seja feita à luz de uma dogmática alicerçada na tábua axiológica insculpida na Constituição. Uma disposição contratual que objetiva restringir comportamentos privados toca, em alguma medida, a concepção de

¹⁸³ De acordo com Andrew A. Schwartz: “Uma cláusula moral normalmente menciona de forma expressa quais tipos de má conduta autorizam a empresa a rescindir o contrato e os termos precisos atualmente usados nas cláusulas morais são produto de cuidadosa negociação – como se deve esperar em contratos de alto valor.” Tradução livre realizada pelo autor. No original: “A *Morals clause* typically states expressly what types of bad conduct will entitle the company to terminate the contract, and the precise terms used in actual *Morals clauses* are the product of careful negotiation—as would be expected in high-value contracts.” SCHWARTZ, Andrew A. A “Standard Clause Analysis” of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause. University of Colorado Law School (UCLA), nº 57, Rev. 789-839, 2010. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1450&context=articles>. Data de acesso: 23/03/2020.

moralidade vigente na sociedade atual, razão pela qual os critérios para sua utilização devem estar objetivamente delineados.

2.2 Situação jurídica, cláusula moral e suas interfaces

Ainda que disponha sobre comportamentos pessoais, inerentes a um acurado reflexo da autonomia privada, uma cláusula moral, expressa ou implícita, faz emergir situações jurídicas. Estas, por sua vez, bifurcam-se em situações jurídicas patrimoniais e situações jurídicas existenciais, resultantes de um projeto de sociedade inaugurado pela Constituição de 1988, que prestigia, ao mesmo tempo e respectivamente, a livre iniciativa econômica e o livre desenvolvimento da personalidade a partir da cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, de acordo com Pietro Perlingieri, a ordem social pode ser analisada sob a ótica de dois perfis:

[...] o ter, que pertence à estrutura econômica e produtiva, ao aspecto patrimonial e mercantil da organização social; o ser, que resguarda o aspecto existencial da pessoa com seus direitos e deveres. A primeira categoria inclui a problemática da propriedade, da iniciativa econômica privada e da empresa e, em parte, do trabalho como elemento da produção; a outra, a problemática dos direitos fundamentais da pessoa: direito ao trabalho, à educação, a uma vida livre e digna, à igualdade substancial frente aos outros cidadãos, ao respeito da própria dignidade.¹⁸⁴

Tem-se, de um lado, as situações jurídicas subjetivas existenciais como aporte imediato da plenitude da dignidade pessoa humana em suas potencialidades, representando então o valor da personalidade e o principal interesse social do ordenamento jurídico brasileiro¹⁸⁵: a pessoa “é, ao mesmo tempo, sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação.”¹⁸⁶ Evidente, então, que nas situações existenciais prepondera o valor da pessoa enquanto interesse juridicamente protegido sobre a sua posição na relação jurídica, de modo que os efeitos diretos e essenciais recaem sobre a personalidade do titular.¹⁸⁷

De outro lado, as situações jurídicas subjetivas patrimoniais, calcadas na livre iniciativa privada, estão relacionadas à satisfação dos interesses individuais, sendo certa a diferença entre as interações primárias (realização plena da personalidade e realização do interesse individual), razão pela qual a sistemática que rege ambas as categorias deve ser também diferente: enquanto

¹⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 177.

¹⁸⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 45.

¹⁸⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 35.

¹⁸⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 42.

as situações patrimoniais inscrevem-se na lógica do equivalente pecuniário, as situações extrapatrimoniais (ou existenciais) tem lastro na lógica da solidariedade.¹⁸⁸

Certamente, o que se depreende de tal análise é que o embate entre o ter e o ser ainda permeia o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive porque o Código Civil de 2002 não acompanhou a evolução da experiência constitucional brasileira, obscurecendo algumas ideologias pretéritas¹⁸⁹. No entanto, a reformulação desta dogmática cristalizada, perpetrada pelo movimento de constitucionalização e despatrimonialização do direito civil, aponta para a premência da tábua axiológica insculpida da Constituição de 1988, que possibilita a unidade do ordenamento a partir do reconhecimento da hierarquia dos valores constitucionais.

Entretanto, é plenamente aferível a existência de situações que integram, a um só tempo, as categorias patrimonial (ter) e existencial (ser), igualmente protegidas pela Constituição, como visto, de modo que a hierarquização dos valores constitucionais não pareça ser suficiente para resolver o conflito. A solução será dada a partir da identificação do norte oferecido pelo ordenamento jurídico no que tange à aproximação das ditas categorias aos valores encontrados naquela posição, ou seja, “a resposta do ordenamento ao contraste entre as duas categorias tem privilegiado, nas diversas épocas históricas, ora a modalidade do ter, ora aquela do ser.”¹⁹⁰

Como visto, a positivação da cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana¹⁹¹, e sua compreensão como fundamento da república¹⁹² e valor máximo do ordenamento, importou uma mudança de paradigma na percepção das relações jurídicas, conferindo unidade de sentido e de valor à ordem jurídica, bem como tornando a pessoa humana o seu cerne. Logo, o vértice prevalente ordenamento jurídico não está mais no ter, mas no ser.¹⁹³

A partir de tal contexto, inicia-se o cenário de prevalência das situações existenciais em relação às situações patrimoniais. Esse fenômeno, por assim dizer, importou, como dito, a reformulação da dogmática do ordenamento, antes construído sobre fundamentos patrimonialistas, e agora enveredado para a despatrimonialização como tendência normativo-cultural, que, de acordo com Pietro Perlingieri, significa que dizer “que no ordenamento se

¹⁸⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 36.

¹⁸⁹ De acordo com Anderson Schreiber, “O patrimonialismo, o individualismo, o liberalismo, o voluntarismo continuam vivamente presentes no texto do ‘novo’ Código Civil, em franca oposição ao solidarismo humanista consagrado no texto constitucional. A aparência de novidade não deve, portanto, nos iludir.” (SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.)

¹⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 177.

¹⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

¹⁹² CRFB/1988, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

¹⁹³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 3

operou uma opção, que lentamente vai se concretizando, entre o personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).”¹⁹⁴

Vale ressaltar que o advento da despatrimonialização não importa perda quantitativa dos espaços de autonomia relativamente às situações patrimoniais, tampouco de seu alijamento da tutela do ordenamento jurídico, mas sim de sua reavaliação por parte da ordem jurídica.

Nesse sentido, a lição de Pietro Perlingieri:

Com isso não se projeta a expulsão ou a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e civilístico em especial: o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não pode ser eliminado. A divergência, certamente não de natureza técnica, concerne à valoração qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo não para humilhar a inspiração econômica, mas, pelo menos, para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.¹⁹⁵

É certo que as situações subjetivas patrimoniais merecerão tutela do ordenamento, mas à medida em que realizem valores constitucionais extrapatrimoniais, tendo em vista o protagonismo da dignidade da pessoa humana, diferenciando-se apenas com relação aos parâmetros operados no juízo de merecimento de tutela. Diz-se, então, que a Constituição da República de 1988 possibilita a coexistência de ambas as categorias, mas numa relação em que o ter está funcionalizado ao ser.

Nesse sentido, Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder esclarecem:

Funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional. Por isso, descobrir sua função é mais importante do que investigar seus aspectos estruturais: “a concepção de função de um instituto, além de remeter a seus efeitos, liga-se, também, à finalidade daquele instituto: enquanto a estrutura reflete o instituto ‘como é’, a função indica ‘para que serve’.” Não se trata de abandonar o exame da estrutura, mas de ultrapassar essa etapa no processo hermenêutico.¹⁹⁶

Com efeito, o que se percebe é que a realização e promoção da dignidade da pessoa humana deve ser atingida no bojo das situações jurídicas subjetivas, direta ou indiretamente.

¹⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 121.

¹⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 121.

¹⁹⁶ KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 7.

Distinguir as situações jurídicas em existenciais e patrimoniais não significa separá-las¹⁹⁷, mesmo porque contraditório à própria proposta de releitura do direito civil a partir da legalidade constitucional, cujo objetivo é impor ao direito privado a realização de valores existenciais consagrados na Constituição.¹⁹⁸

Tais apontamentos dão conta de evidenciar preeminência das situações existenciais em relação às situações patrimoniais nas hipóteses de conflito, objetivando prestigiar a tábua axiológica constitucional, bem como funcionalizar a segunda categoria ao ideal de plena realização e promoção da dignidade da pessoa humana. A identificação de uma situação subjetiva como patrimonial, então, implicará um duplo controle de merecimento de tutela para verificar se realiza função social, ao sabor do postulado de solidariedade social, bem como se promove concretamente a realização da dignidade da pessoa humana¹⁹⁹, o que difere das situações existenciais: se a estas se atribuir função, será apenas pessoal.

Atribuir função social a uma situação subjetiva significa dizer que esta deverá atender a interesses socialmente relevantes para que se realize o juízo de merecimento de tutela, ao passo que se a situação subjetiva é a função social, o único interesse socialmente relevante a ser atingido é o próprio interesse individual, consubstanciado no livre desenvolvimento da personalidade.²⁰⁰

Delinear as peculiaridades de cada categoria importa definir sistematicamente a normativa a ser aplicada no caso concreto, tendo em vista os diferentes fundamentos constitucionais que sustentam as situações patrimoniais (livre iniciativa) e as situações existenciais (dignidade da pessoa humana), o que reitera a tutela qualitativamente diversa incidente entre as duas situações. Apesar desse novo olhar, o Código Civil de 2002 manifesta uma preocupação ainda voltada para o patrimônio, o que não coincide com os reflexos existenciais de muitos de seus institutos.

Com isso, deve haver uma cautela ainda maior quanto aos instrumentos aos quais se recorre para tutelar as situações existenciais, pois os institutos patrimoniais não são aptos a fazê-lo, sob pena de incorrer em um resultado que o próprio ordenamento rechaça, a saber, a instrumentalização ou “coisificação” da pessoa, atribuindo-lhe um preço e uma finalidade lucrativa. Apesar de que, nas palavras de Noam Chomsky, subsiste ainda hoje um padrão no

¹⁹⁷ De acordo com Miguel Reale, “[...] a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem, todavia, separá-las.” REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

¹⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*, cit., p. 21.

¹⁹⁹ Rose Melo Vencelau Meireles afirma que “existem situações que tem função social, outras são função social.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 43.)

²⁰⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 44.

qual “coloca-se o lucro acima das pessoas”²⁰¹, é irrefragável, inadiável, a adoção da premissa de que “as coisas têm preço; as pessoas, dignidade”²⁰², esta sim o valor máximo a ser tutelado e promovido pelo ordenamento.

A problemática que envolve a discussão acerca das cláusulas morais reside no fato de que os contratos em que são inseridas prestam-se à publicidade, sobretudo a partir da licença de uso da imagem. Nesse momento, não são necessárias maiores digressões tanto para afirmar que a imagem é atributo da personalidade, portanto, situação existencial, quanto para apontar a possibilidade do uso da imagem com fins comerciais e econômicos mediante autorização, situação patrimonial, revelando a sua natureza dúplice²⁰³.

Entretanto, ainda que o ordenamento permita o uso autorizado da imagem para fins lucrativos, não se pode afirmar que a disciplina obrigacional – em regra voltada para as situações estritamente patrimoniais – se aplica automaticamente. Afinal, no caso de cláusulas morais, o que será restringido serão comportamentos afetos à vida pessoal do titular dos direitos de imagem, que, num primeiro olhar, refletem o pleno exercício de sua autonomia existencial.

Assim, sendo o objeto do contrato atributo inerente à pessoa humana e as restrições comportamentais operadas pela cláusula moral também de ordem existencial, constata-se a necessidade de analisar a classificação das situações subjetivas em patrimoniais ou existenciais. Mas não só isso: tais parâmetros serão de todo oportunos para balizar o merecimento de tutela dos atos de autonomia que, porventura, se relacionem com a cláusula moral.

2.3 Uma breve análise dos perfis da situação jurídica

A ótica unitária do ordenamento jurídico perpetrada pelo fenômeno da constitucionalização do direito não permite um olhar separatista ou uma distinção rígida entre as situações jurídicas subjetivas patrimoniais ou existenciais. Como visto, o merecimento de tutela de uma situação jurídica ou outra refletirá a promoção da dignidade da pessoa humana, mesmo que indiretamente no caso das situações patrimoniais. De outro lado, pretender uma distinção rígida entre tais categorias seria negar a dificuldade de delineamento dos contornos que as definem, tendo em vista que, ao passo que há situações evidentemente patrimoniais e existenciais, há aquelas denominadas dúplices, nas quais fica notório o aumento do campo de

²⁰¹ CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002, p.13.

²⁰² BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

²⁰³ A imagem enquanto situação jurídica dúplice será analisada no item 2.2.2, infra.

intersecção entre as duas categorias, dado o desenvolvimento da lógica de mercado sobre os atributos existenciais.²⁰⁴

As situações jurídicas subjetivas representam um conjunto de categorias em que se insere o agir humano²⁰⁵, de modo que tal noção apenas poderá ser dimensionada se considerados os seus diversos perfis²⁰⁶, contribuindo também de maneira imprescindível para a classificação das situações patrimoniais ou existenciais.

Nesse sentido, Rose Melo Vencelau Meireles afirma que

[...] a situação jurídica subjetiva tem origem em um fato jurídico (perfil do efeito) e se justifica a partir de um interesse existencial ou patrimonial (perfil do interesse), o qual é exercido por uma pluralidade de comportamentos (perfil dinâmico), juridicamente relevantes, portanto, que traduzem o poder de realizar ou deixar de realizar determinados atos ou atividades (perfil normativo), para atender sua finalidade no âmbito das relações sócio-jurídicas (perfil funcional).²⁰⁷

Com efeito, além do exame unitário de seus perfis, as situações jurídicas devem ser compreendidas a partir de uma perspectiva relacional, o que significa que toda situação jurídica se insere numa relação jurídica, em perspectiva funcional, isto é, “a relação jurídica é regulamento dos interesses na sua síntese: é a normativa que constitui a harmonização das situações subjetivas. Ela se apresenta como o ordenamento do caso concreto. [...]”²⁰⁸. Assim, a relação jurídica não mais se apresenta puramente como vínculo entre sujeitos²⁰⁹, pois nenhuma situação jurídica subjetiva pode ser interpretada apenas do ponto de vista do credor, sendo certo que, dentro da relação jurídica em concreto, não há atribuição de direitos sem a existência de um dever correlato²¹⁰.

²⁰⁴ CASTRO, Júlia Ribeiro; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 157.

²⁰⁵ De acordo com Rose Melo Vencelau Meireles, “o agir humano pode ser compreendido segundo categorias tais como os direitos subjetivos, os deveres jurídicos, os direitos potestativos, a sujeição, o ônus, o poder-dever etc.. O conceito geral dessas categorias é o de situação jurídica.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 18.)

²⁰⁶ Para um estudo detalhado sobre os perfis da situação jurídica, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 669-672.

²⁰⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 18.

²⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 737.

²⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 715.

²¹⁰ Sobre este aspecto, destaca Pietro Perlingieri: “Só existe um direito na medida em que existe um correlato dever e só existem uma obrigação e um dever na medida em que existem interesses protegidos que se substanciam no adimplemento daquela obrigação e daquele dever. O próprio conteúdo do direito subjetivo, ou seja, da situação dita ativa, não pode ser individualizado se não em coligação com a relativa situação dita passiva: não se pode compreender totalmente o significado da atribuição de um direito se contemporaneamente não se analisar a correlata situação passiva”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 672-673.)

Dessa forma, afirma-se que a noção de sujeito deve ser substituída pela noção de centro de interesse, sendo aquela tão somente um elemento externo à relação jurídica. Logo, de acordo com Pietro Perlingieri, a existência do sujeito não é indispensável, revelando-se essencial apenas a ligação entre centros de interesses contrapostos ou entre situações subjetivas na relação jurídica²¹¹. A partir de tal premissa, como a relação jurídica tem a função de atuar como ordenamento do caso concreto, as situações contrapostas e a sua patrimonialidade ou extrapatrimonialidade apenas poderão ser analisadas casuisticamente, tendo em vista a lógica de mercado envolta dos atributos existenciais da pessoa humana.

Certamente, conforme se buscou afirmar, as categorias das situações jurídicas subjetivas ostentam bastantes tenuidades, de modo que a patrimonialidade deve ser compreendida como produto da perspectiva unitária de seus perfis, especialmente os perfis do interesse e da função, que, em especial, possibilitarão a investigação da patrimonialidade no bojo das situações jurídicas.

O perfil do interesse é o fundamento justificador da situação, podendo ser patrimonial, existencial ou, por vezes, um e outro juntos, haja vista que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais²¹². Demonstra, em verdade, “o que é”, o seu ponto de vista objetivo ao qual se vincula para existir.²¹³ Para Luz Edson Fachin, o objeto da relação jurídica desloca-se de “coisa” para uma definição mais abrangente ligada ao “interesse”, abandonando a abstração e a generalidade e levando em conta a situação concreta do sujeito e do objeto²¹⁴.

Nessa toada, uma situação subjetiva patrimonial tem como seu referencial objetivo um interesse apreciável economicamente, o que difere das situações existenciais (ou não patrimoniais), que não detém um objeto passível de avaliação econômica^{215 216}.

²¹¹ Assinala o autor: “A ligação do ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, as vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõe a relação jurídica; de maneira que não é indispensável referir-se à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação jurídica. O que é essencial é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação determinada ou determinável, e uma outra.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 734.)

²¹² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 669.

²¹³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 23.

²¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 90.

²¹⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 24.

²¹⁶ O presente estudo não pretende debruçar-se sobre a análise metódica da suscetibilidade de avaliação econômica, ponto crucial no debate acerca da patrimonialidade da prestação no direito das obrigações. Sobre o tema, cf. KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <https://civilistica.com/a-funcionalizacao/>. Data de acesso: 24/03/2021; e PELLEGRINI, Tommaso. *Il problema della patrimonialità dell'obbligazione e del contratto*. Rivista Persona e Mercato, 2016, 3. Disponível em <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2016/11/Pellegrini.pdf>. Data de acesso: 24/03/2021.

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, na perspectiva do perfil do interesse, determinar a patrimonialidade padecerá de certa obviedade:

A princípio, essa separação padece de certa obviedade, quando se pensa na contraposição propriedade, crédito, empresa versus direitos da personalidade e direitos de família, de modo que, nesses casos, o objeto ou o interesse presente na situação jurídica – análise que se busca em um primeiro momento – satisfaz o intérprete.²¹⁷

Ainda de acordo com os autores, surge indecorosa dificuldade quando o interesse em questão envolve os dois aspectos – patrimoniais e existenciais –, o que ocorre não somente em razão de existirem situações patrimoniais que produzem efeitos na esfera existencial, mas porque há circunstâncias em que ambos os aspectos estão atrelados, ao mesmo tempo, com a mesma intensidade²¹⁸.

O perfil do interesse, nesse caso, não é suficiente para determinar a patrimonialidade ou a extrapatrimonialidade da situação jurídica subjetiva, posto que a transformação qualitativa sofrida pela relação jurídica, além de alterar a noção de objeto substituindo-a pela de interesse, inseriu a perspectiva funcional para analisar o referencial objetivo, ou seja, “o objeto não é mais algo em si; passa a ter função”²¹⁹.

A análise do perfil funcional, por sua vez, é um aspecto importante para a qualificação da situação subjetiva, isto é, para estabelecer a sua função dentro das relações sociojurídicas²²⁰. Isso porque a superação da concepção estrutural dos institutos jurídicos fica evidente a partir dos critérios utilizados no juízo de merecimento de tutela, pois da estrutura passou-se à função e a tutela se justifica em razão da função verificável em concreto.

Nesse contexto, Rose Melo Vencelau Meireles afirma que “a função de um instituto jurídico revela *para que serve*, ou seja, qual a sua finalidade no ordenamento jurídico o qual está inserido.”²²¹ Dessa forma, a finalidade a ser atendida pelas situações subjetivas é estabelecida a partir dos valores fundamentais consagrados na Constituição. Nota-se, com clareza, que alçar o princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* de fundamento da

²¹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas duplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*, cit., p. 6.

²¹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas duplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*, cit., p. 6.

²¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 90.

²²⁰ Conforme ensina Pietro Perlingieri, “o ordenamento vigente conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 670.)

²²¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 37.

república prestigia o *ser* em detrimento do *ter*, o que significa afirmar que os valores relacionados à promoção e desenvolvimento da personalidade são prioritários no ordenamento.

Vale lembrar que o advento da funcionalização não tolheu ou marginalizou os valores patrimoniais, mas provocou uma transformação qualitativa em seus espaços de incidência, conferindo-lhes uma nova razão legitimadora. O artigo 170 da Constituição brasileira é emblemático no sentido de que o constituinte observou a existência de valores tão ou mais importantes que a promoção econômica, estabelecendo que a ordem econômica estaria fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social desta, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e da proteção da pequena empresa.

Dessarte, todas as situações jurídicas subjetivas, patrimoniais ou não patrimoniais, são instrumentos de proteção e desenvolvimento da pessoa humana²²², diferenciando-se apenas com relação à intensidade de tal realização. A propósito, Rose Melo Vencelau Meireles afirma que

As situações existenciais, porém, incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, ao passo que as situações patrimoniais apenas mediamente servem a este fim. Consequentemente, tem-se que o ordenamento destina às situações existenciais a função imediata de promover o desenvolvimento da personalidade cuja observância é necessária para serem merecedoras de tutela.²²³

A qualificação de uma situação jurídica subjetiva perpassa a análise dos efeitos essenciais, compreendidos como aqueles sem os quais o significado jurídico do fato não se traduziria na situação subjetiva correspondente.²²⁴ Para os casos em que o fato produza múltiplos efeitos, será necessário individuar aqueles que possuem relevância na qualificação, determinando-se a função prático-jurídica (efeitos essenciais), distinguindo-o daqueles que não a determinam (efeitos não essenciais).²²⁵ Dessa forma, a essencialidade apenas poderá operar em concreto, “uma vez que não há essencialidade previamente determinada pelo legislador,

²²² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 39.

²²³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 39.

²²⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 63.

²²⁵ Permita-se referir ao exemplo mencionado por Pietro Perlingieri: a perda da titularidade da propriedade é o efeito essencial e direto da renúncia ao direito de propriedade; a aquisição do bem vacante pelo Estado é o efeito legal e reflexo, já que a existência de bem sem proprietário é disciplinada por outra norma segundo a qual tais bens são incorporados à propriedade do estado, correspondendo ao efeito do efeito. (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 63.)

mas somente aquela constatada ante o fato concreto.”²²⁶ É a apuração da síntese dos efeitos essenciais que possibilita identificar se os interesses são imediata ou diretamente tutelados e, como para fins de qualificação, importam os efeitos diretos e essenciais e não os efeitos reflexos, será existencial a situação jurídica sempre que os efeitos diretos e essenciais incidirem sobre a personalidade do titular²²⁷.

Evidentemente, após o processo de qualificação-interpretação, a síntese dos efeitos essenciais revelará a natureza do interesse em jogo: se constatado que o interesse está imediatamente vinculado ao desenvolvimento da personalidade, a situação jurídica subjetiva será existencial; de outro lado, caso se verifique que o interesse imediato se relaciona com aspectos de natureza patrimonial, a situação jurídica subjetiva será patrimonial.

Ocorre, no entanto, que a afirmativa de que uma determinada situação jurídica é patrimonial ou existencial não pode ser levada a cabo, tomada por definitiva²²⁸. Atualmente, como visto, a lógica de mercado avança sobre as situações subjetivas existenciais, de modo que até as situações antes consideradas puramente existenciais – porque afetas à personalidade do titular – passaram a ser regidas pelo viés mercadológico, a exemplo do direito à imagem, o direito de autor e até a privacidade.

É justamente nesse ponto que se inserem as cláusulas morais, pois se referem às disposições contratuais que restringem comportamentos privados de celebridades em geral (artistas, atletas ou influenciadores digitais), em razão da celebração de um contrato geralmente vinculado à sua imagem, cujo objetivo é divulgação ou representação de um produto, um serviço ou da própria marca, envolvendo algum tipo de contrapartida ou remuneração. A situação jurídica subjetiva que emerge de uma cláusula moral ostenta natureza dúplice: a celebridade contratada, titular do direito à imagem, utilizará desta situação jurídica subjetiva

²²⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*, cit., p. 8.

²²⁷ Segundo Rose Melo Vencelau Meireles, “para a qualificação importam os efeitos queridos e não aqueles previstos de forma reflexa pela lei.” A autora exemplifica pelo casamento, cujo efeito direto é o estabelecimento da comunhão plena de vida, enquanto o reflexo é o impedimento matrimonial. Aduz que os efeitos reflexos previstos na lei são sempre modificáveis. (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 39-41.)

²²⁸ O exame dos perfis, dado o seu dinamismo, representa verdadeira vantagem na determinação da patrimonialidade das situações subjetivas. Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, “[...] hoje o perfil funcional é o mais relevante nessa distinção, pois utiliza recorte fático para refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico, com todas as circunstâncias que o caso determina, através de um profícuo diálogo entre a norma e a realidade, de modo que este é o ponto de partida para a qualificação da situação jurídica subjetiva. A idéia fundamental é que a função pode acompanhar as mudanças da sociedade, sendo, portanto, um conceito contextual e socialmente construído”. (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*, cit., p. 6.)

existencial para realizar um anúncio ao sabor de uma contrapartida patrimonial, ou seja, trata-se de um negócio, calcado na autonomia negocial, que se utiliza de um bem da personalidade.

Em outras palavras, o titular da situação jurídica subjetiva ostenta uma dúplice titularidade: sob o aspecto pessoal e sob o aspecto patrimonial²²⁹. Esse fenômeno ocorre porque algumas situações consideradas existenciais – como o direito à imagem – possuem expressão econômica e, portanto, ingressam no comércio jurídico. Entretanto, a natureza dúplice de uma determinada situação jurídica não afasta a necessidade de reconhecer a primazia das situações existenciais e, por via de consequência, não apenas de funcionalizar o viés patrimonial à promoção de valores existenciais, como também aplicar a disciplina jurídica diferenciada ao viés existencial da situação.

2.3.1 A situação jurídica dúplice como escopo de incidência de cláusulas morais: o caso do direito à imagem

Nas linhas antecedentes, demonstrou-se que o desenvolvimento da lógica de mercado atinge também as situações jurídicas existenciais, especialmente no âmbito dos direitos da personalidade, no qual o debate acerca do espaço de autonomia negocial e da possível comercialização e disposição fica mais explícito²³⁰. Alguns atributos personalíssimos podem ser mensurados em valores monetários, descortinando a natureza dúplice da situação jurídica de seu titular, isto é, aquela que reflete interesses existenciais e patrimoniais ao mesmo tempo. Para fins de delimitação metodológica, permita-se a utilização do direito à imagem para ilustrar a premissa em questão.

Evidentemente, negócios que tratam do direito à imagem acabam também envolvendo o direito ao nome e o direito à privacidade, indissociáveis que se apresentam, não sendo possível isolar o exercício desses direitos, seja na forma de sua tutela negativa, seja na norma de atos de disposição²³¹. Ocorre que os direitos da personalidade são tradicionalmente reputados como indisponíveis e irrenunciáveis, o que foi inclusive consagrado pelo Código Civil brasileiro de 2002²³².

²²⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 48.

²³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplíce: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade, cit. p. 9.

²³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun/2017, p. 1. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/282>. Data de acesso: 24/03/2021.

²³² CC/2002, Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

No entanto, o que se nota da realidade social é o oposto: a intangibilidade dos direitos da personalidade por ato de vontade vem sendo mitigada, ao argumento de que o dispositivo legal vedaria apenas a renúncia definitiva ou a disposição permanente, permitindo-se, então, atos temporários ou limitados de cessão de atributos relativos à personalidade²³³.

Esse entendimento decorre da compreensão de que existe uma margem de liberdade para o exercício ativo ou positivo dos direitos da personalidade através da pactuação de negócios jurídicos. A liberdade se apresenta como corolário da dignidade da pessoa humana²³⁴, sendo, portanto, requisito inafastável para o livre desenvolvimento da personalidade. A pessoa detém a faculdade de exercer os seus direitos de personalidade de forma positiva, ou seja, de forma ativa, não só para protegê-los de terceiros, mas também para atribuí-los a finalidade que melhor se adequar à realização de sua dignidade²³⁵.

Por certo, o que se verifica é que o exercício dos direitos da personalidade está reservado ao espaço de autonomia de seu titular, de acordo com seus interesses pessoais, pois a garantia de liberdade está vinculada à própria dignidade da pessoa humana, razão pela qual se deve interpretar o dispositivo referente à (im)possibilidade de limitação voluntária à luz da Constituição²³⁶. Isso porque qualquer forma de limitação ou restrição absoluta ao poder de disposição configuraria ato de paternalismo incompatível com o pluralismo democrático que rege a ordem constitucional²³⁷.

Assim sendo, verifica-se que algumas expressões dos direitos da personalidade podem ser cedidas, mas de forma limitada e com especificações com relação à duração da cessão e à finalidade do uso, o que significa que a vedação à limitação voluntária estabelecida pela legislação civilista é relativa²³⁸.

A possibilidade da limitação voluntária relativa no exercício dos direitos da personalidade denota, então, o lastro patrimonial que pode haver sobre algumas situações

²³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*, cit. p. 9.

²³⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*, cit., p. 85.

²³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade*, cit., p. 2.

²³⁶ A doutrina civilista vem se posicionando no sentido de que a literalidade do artigo 11 do Código Civil de 2002 não subsiste nos dias atuais. Com relação ao tema, destacam-se os enunciados nº 4 e nº 139, aprovados, respectivamente, na I e na III Jornadas de Direito Civil, realizadas nos anos de 2002 e 2004, pelo Centro de Estudos da Justiça Federal (CJF): Enunciado nº 4: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”; Enunciado nº 139: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não sejam especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé e as bons costumes.” Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Data de acesso: 26/03/2021.

²³⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*, cit., p. 121-129.

²³⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade*, cit., p. 3.

existenciais. Nesse caso, a patrimonialidade refere-se a um aspecto contratual: é possível haver uma relação contratual formada por situações existenciais, como é o caso da autorização do uso do direito à imagem. Segundo Carlos Alberto Bittar, o ingresso na circulação jurídica pode representar, inclusive, a melhor forma de fruição do direito da personalidade por parte de seu titular²³⁹.

O direito à imagem, então, apresenta duplo conteúdo, uma vez que é composto por um elemento moral (existencial) e outro material (patrimonial): o primeiro refere-se à proteção do interesse daquele que visa impedir a divulgação de sua imagem; o segundo diz respeito à exploração econômica da própria imagem²⁴⁰. Esse entendimento demonstra que, quando uma pessoa autoriza a utilização de sua imagem, é o conteúdo material da imagem que está sendo disponibilizado para eventual fim comercial ou econômico, sendo certo que permanece protegido o direito à imagem do titular.

O Superior Tribunal de Justiça, de longo tempo, concebe o direito à imagem em seu duplo conteúdo, estabelecendo que o conteúdo moral do direito à imagem existe por ser um direito da personalidade e o patrimonial pelo princípio o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia. A Corte explicita, ainda, que o direito à imagem constitui direito extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem em circunstâncias concernentes à sua vida privada.²⁴¹

Conforme dito anteriormente, a contratualização da imagem de uma pessoa não desconstitui a sua natureza de situação existencial, porém a permissão de seu uso por terceiro estipulada no contrato a vincula a um comportamento devido, integrante da relação contratual pelo titular da situação existencial²⁴². Em outras palavras, ainda que se parta do pressuposto de que uma determinada situação jurídica existencial está relacionada à pessoa como valor, o ordenamento jurídico lhe confere um aspecto patrimonial passível de ser objeto de relações contratuais.

Logicamente, a patrimonialidade faz exsurgir o dilema que tangencia a mercantilização ou a instrumentalização da pessoa em algumas situações, a exemplo da vida e da integridade,

²³⁹ Esclarece o autor: “[...] frente a necessidades decorrentes de sua própria condição, da posição do titular, do interesse negocial e da expansão tecnológica, certos direitos da personalidade acabaram ingressando na circulação jurídica, admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte de seu titular, sem, no entanto, afetar-se os seus caracteres intrínsecos.” (BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 45.)

²⁴⁰ GLITZ, Frederico; TOAZZA, Gabriele Bortolan. O contrato para disposição da imagem na perspectiva dos direitos da personalidade. *Justiça do Direito*. Vol. 31, n. 2, mai/ago/2017, p. 363.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 230306/RJ*. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgamento em 18/05/2000, publicação em 07/08/2000.

²⁴² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 49-50.

porém, como visto, também pode garantir ao titular a melhor forma de exercício²⁴³, como é o caso do direito à imagem. Portanto, há uma cristalina situação jurídica dúplice, na qual se apuram as interfaces das situações jurídicas subjetivas existenciais e patrimoniais, escopo de incidência das cláusulas morais.

A globalização e o avanço da tecnologia referente aos meios de comunicação, especialmente o advento da internet, tornaram o uso da imagem crucial para a revolução ocasionada no mercado de consumo, cujas relações são calcadas na confiança do consumidor. Conseqüentemente, aumentaram os tipos de negócios jurídicos celebrados para a obtenção de autorização do uso da imagem de pessoas para fins econômicos. E não só da imagem. A propósito, Roxana Cardoso Brasileiro Borges afirma que os negócios jurídicos que dispõem sobre o direito à imagem, ao nome e à privacidade apresentam características e racionalidades comuns, razão pela qual devem ser incluídos numa proposta de interpretação única²⁴⁴.

A sociedade hoje vivencia um período de antagonismos com relação à proteção da imagem e da privacidade: enquanto há pessoas que caminham rumo a uma preservação cada vez maior de tais atributos da personalidade, há outras que se enveredam para o hábito de expor a sua vida privada para o público em geral, em especial pelo notório crescimento das redes sociais virtuais²⁴⁵.

Tal apontamento mostra o interesse do público em consumir conteúdos que dizem respeito a aspectos da vida privada de terceiros, principalmente de artistas, empresários, pessoas notórias em geral. Esses conteúdos são veiculados em programas de televisão ou através de publicações em redes sociais e, geralmente, mostram desde hábitos alimentares até os relacionamentos amorosos ou curiosidades do dia a dia dessas pessoas. Como exemplo de programa de TV de sucesso cuja matéria-prima é a privacidade, cita-se o *Big Brother Brasil*, exibido pela TV Globo, que em sua 20ª edição – realizada no ano pandêmico de 2020 –, atingiu números expressivos em engajamento nas redes sociais, em audiência e ainda entrou para o *Guinness Book*, o Livro dos Recordes, por registrar a maior votação do público da história em um programa de televisão, com mais de 1,5 bilhão de votos²⁴⁶.

²⁴³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., 50-51.

²⁴⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade*, cit., p. 4.

²⁴⁵ De acordo com uma pesquisa realizada no ano de 2019 pela empresa GlobalWebIndex, sediada em Londres, o Brasil é o segundo país do mundo onde as pessoas passam mais tempo utilizando redes sociais na internet. Sobre os resultados da pesquisa, cf. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49602237>. Data de acesso: 26/03/2021.

²⁴⁶ Com relação aos números do *Big Brother Brasil* 20, cf. <https://f5.folha.uol.com.br/televisao/bbb20/2020/04/bbb-20-de-audiencia-a-livro-dos-records-confira-como-foram-os-numeros-do-reality.shtml>. Data de acesso: 26/03/2021.

Da mesma forma, na internet, as redes sociais também vêm se mostrando um espaço de total exibição da vida privada com ferramentas de compartilhamento de conteúdo cada vez mais diversas e ágeis, que alcançam um incontável número de pessoas em um curto espaço de tempo, a ponto de contribuir para que uma pessoa anônima passe a ser notoriamente conhecida de um dia para o outro, em decorrência do fenômeno da “viralização”²⁴⁷.

Naturalmente, com o crescimento e a expansão das redes sociais, sobretudo com a mitigação – na maioria das vezes voluntária – da imagem e da privacidade, através da (auto)exposição de imagens, vídeos, textos, etc., os espaços digitais começaram a ser cada vez mais explorados pelo mercado da publicidade, mormente a partir do aparecimento de importantes atores desse seguimento: os chamados influenciadores digitais. Nesse nicho, encontram-se os produtores de conteúdo para a plataforma de vídeos *Youtube* ou para redes sociais como o *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*. Os conteúdos por eles mostrados são os mais diversos possíveis: no *Youtube*, por exemplo, os temas abordados nos canais podem perpassar a esfera das ciências sociais e da política²⁴⁸, cultura Pop²⁴⁹, vivências e assuntos diversos²⁵⁰, dentre outros.

A influência²⁵¹ proveniente da notoriedade e engajamento dessas pessoas, como produto do uso de sua imagem e privacidade em razão do conteúdo veiculado na internet, enseja grande procura por parte de marcas, grandes ou pequenas, para a realização de anúncios e divulgação de seus produtos ou serviços.²⁵² Essa realidade se deve ao desenvolvimento dos meios de comunicação, sendo certo que parte das informações é apresentada por intermédio de imagens, cujo conteúdo é transmitido imediatamente²⁵³. Com isso, surgem inúmeros tipos de contratos

²⁴⁷ Viralização refere-se ao fenômeno de instantânea disseminação e de um conteúdo publicado na internet, principalmente no âmbito das redes sociais.

²⁴⁸ Cita-se o canal *Tempero Drag*, disponível em <https://www.youtube.com/c/TemperoDrag/featured>. Data de acesso: 26/03/2021.

²⁴⁹ Cita-se o canal *Omeleteve*, disponível em <https://www.youtube.com/c/omeleteve/featured>. Data de acesso: 26/03/2021.

²⁵⁰ Cita-se o canal *JoutJout Prazer*, disponível em <https://www.youtube.com/user/joutjoutprazer>. Data de acesso: 26/03/2021.

²⁵¹ De acordo com Maria Carolina Zanette, “o indivíduo influente pode ser definido como aquele que exerce influência sobre certo número de pessoas em certas situações. Também é chamado de líder de opinião, *hub* ou *maven*. Essa pessoa tem influência sobre determinado grupo em um ou vários campos do conhecimento: indicação política, cinema, bens de consumo, entre outros.” Prossegue a autora: “o influente é um dos responsáveis por ideias, comportamentos e produtos se disseminarem entre as pessoas. A adoção de uma novidade por um influente é um dos passos importantes para que essa seja também adotada no grupo em que ele faz parte.” (ZANETTE, Maria Carolina. *Influência digital: o papel dos novos influentes no consumo*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2015, p. 33-35.)

²⁵² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*, cit. p. 10.

²⁵³ GLITZ, Frederico; TOAZZA, Gabriele Bortolan. *O contrato para disposição da imagem na perspectiva dos direitos da personalidade*, cit., p. 366.

que podem se utilizar da imagem – e da influência, por assim dizer – para realizar a publicidade de determinada marca, sendo o contrato de patrocínio e de licenciamento os mais comuns.²⁵⁴

Após a autorização contratual da exploração da imagem²⁵⁵, estabelecem-se alguns problemas jurídicos concernente aos limites desses contratos de licença de uso de imagem, seja por serem desrespeitados ou por não serem claramente definidos no instrumento contratual. Dentre esses problemas, o enfoque deve ser atribuído à vinculação de uma marca e seu conjunto de produtos a uma pessoa que inspire confiança nos consumidores, tornando indissociável a pessoa e o que está sendo vendido²⁵⁶.

Nessa circunstância, fica evidente a intersecção das situações jurídicas existencial e patrimonial, pois a imagem da pessoa torna-se imiscuída ao valor negocial objeto do contrato, o que não significa, como já mencionado, que, a despeito de seu aspecto patrimonial, a imagem perca seu caráter extrapatrimonial.

De toda sorte, o que se busca demonstrar é que, justamente por essa indissociabilidade entre a marca e de seus produtos da pessoa que atua como anunciante, tornou-se comum a

²⁵⁴ Em relação às diversas modalidades de contratos para utilizar a imagem, Roxana Cardoso Brasileiro Borges esclarece: “São usadas várias denominações para o contrato que tem por objeto autorizar terceiro a utilizar registros de imagem e nome de uma pessoa, tais como “contrato de cessão de uso de imagem e nome”, “contrato de licenciamento de imagem e nome”, “contrato de imagem”, dentre outros, uma vez que não se trata de um negócio típico, não havendo, portanto, nomen juris atribuído pela lei. No que se refere ao direito à imagem - e que também pode ser aplicado ao direito ao nome – “o contrato adequado é o de licença, ou de concessão de uso, em que se devem explicitar, necessariamente, todos os elementos integrantes do ajuste de vontade, a fim de evitar-se eventuais dúvidas: direito objetivado, fim, prazo, condições, inclusive a remuneração: possibilidade de renovação e outras.” Não são o direito de imagem nem o direito ao nome que em si são transferidos, mas apenas a autorização para uso do registro da imagem, através de fotografias, filmagens, desenhos etc. ou do nome. Assim, em geral, o contrato estabelece direitos e obrigações ao licenciado e ao licenciante. Licenciante é quem autoriza o uso de sua imagem, outorgando direitos ao licenciado; o licenciado é quem adquire o direito de usar o registro da imagem do licenciante. O termo “licença”, muito usado para direito de imagem e nome, não é o mais adequado para negócios sobre direito à privacidade, mas, no que diz respeito ao ato de disposição, seguem a mesma lógica e será usado neste artigo para se referir aos três aspectos dos direitos da personalidade. Há, na maioria das vezes, um contrato atípico misto, com partes do conteúdo do contrato de prestação de serviços ou de empreitada e partes do contrato de licença de uso da imagem e ou do nome, pois, em muitos casos, a realização das fotos ou filmes dependem de certas atividades que devem estar especificadas, sendo obrigação do licenciante a colaboração com a realização dessas atividades, tais como participar de ensaios fotográficos, atuar em estúdios ou em sets de filmagem, participar de eventos, dentre outras atividades. Assim, pelo contrato de licença autoriza-se o uso comercial da imagem e do nome do licenciante. Mas a autorização para uso da imagem e do nome pode se dar na forma onerosa ou gratuita, assim como a autorização para uso de dados da privacidade. Conforme o contrato, o uso da imagem e ou do nome e ou dos dados da privacidade pode ser cedido exclusivamente a outrem, ressalvando-se que, exclusivo ou não, o direito ao uso da imagem e do nome e dos dados da privacidade do licenciante será sempre limitado quanto ao tempo e à finalidade do uso. Conforme Renan Lotufo, “não se pode imaginar autorização permanente e genérica”. Os limites do uso da imagem do licenciante devem ser por este estabelecidos, e o direito só será legítimo dentro desse âmbito. Se o uso ultrapassar a finalidade, o tempo, o veículo, o modo permitidos pelo titular da imagem e do nome, tal conduta passará a constituir ilícito, abrindo campo para a responsabilização.” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade*, cit., p. 4-5.)

²⁵⁵ Destaca-se, mais uma vez, que, para fins metodológicos, que o direito à imagem está atrelado ao direito à privacidade.

²⁵⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*, cit. p. 10.

inserção de “cláusulas morais” nesses contratos, isto é, cláusulas de comportamento que impõem ao garoto-propaganda, ao influenciador digital ou às celebridades em geral²⁵⁷ que não pratiquem condutas em sua vida pessoal que possam ser reputadas moralmente duvidosas ou condenáveis, de modo a prejudicar o renome da marca.²⁵⁸

As cláusulas morais podem conferir ao contratante o direito de *resolver*²⁵⁹ o contrato em situações de mau comportamento do contratado no âmbito de sua vida privada, que possa prejudicar a finalidade do negócio. De acordo com Roxana Cardoso Brasileiro Borges, esses contratos visam promover alguma entidade, ideia ou objeto, sendo necessário a esse fim que a conduta do social do contratado esteja adequada.²⁶⁰ A autora elucida, ainda, que a cláusula pode prever condutas sujeitas à valoração moral, a exemplo de envolvimento em certos tipos de conflitos, atos de violência, atividades ilícitas, manifestações ofensivas aos direitos alheios, dentre outras.

De fato, cláusulas contratuais, expressas ou não, como reflexo da manifestação de da autonomia privada, podem e devem prever comportamentos compatíveis com a finalidade do contrato, uma vez que, no caso das situações subjetivas patrimoniais, por exemplo, o ordenamento jurídico impõe limites internos decorrentes dos princípios da boa-fé objetiva e da função social com observância à funcionalização de interesses extrapatrimoniais no que tange ao merecimento de tutela²⁶¹.

Nada obstante, no âmbito das situações existenciais ou dúplices, justamente por trazerem em seu interior um atributo da personalidade, ainda que relativamente disponível, como o direito à imagem e à privacidade, não parece tarefa simples afirmar com naturalidade que cláusulas morais são admissíveis e aptas a produzir efeitos no âmbito do direito brasileiro. Isso porque a ordem jurídica privilegia as situações existenciais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, o que não permite dizer com segurança que a estipulação de

²⁵⁷ Consoante amplamente explicitado no Capítulo 1 da presente dissertação.

²⁵⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*, cit. p. 11.

²⁵⁹ O presente trabalho não pretende promover o debate acerca das formas de extinção do contrato, tendo em vista que não parece seguro afirmar nesse momento que uma cláusula moral origina uma obrigação e que o seu descumprimento gera o inadimplemento e, por conseguinte, a resolução do contrato. O termo “resolver” é apenas uma reprodução *ipsis litteris* de BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade*, cit., p. 7. Cf. Nota 61, supra.

²⁶⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade*, cit., p. 7.

²⁶¹ Para Gustavo Tepedino, “Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. [...] Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento dos interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p 401.)

uma cláusula contratual que restrinja comportamentos afetos à vida privada representa um ato de autonomia negocial merecedor de tutela.

Nesse cenário, impende realizar uma análise crítica sobre a possibilidade de se inserir uma cláusula moral nos contratos publicitários no âmbito do direito brasileiro. De outro lado, é de se indagar também a extensão dos atos que podem ser limitados em decorrência da disposição contratual restritiva, uma vez que se pode estar adentrando ao campo da autonomia existencial da celebridade contratada com relação às suas condutas pessoais e que não necessariamente guardam relação com o contrato.

No âmbito da questão, principalmente com a ebulição das redes sociais na internet, criou-se um ambiente de constante vigilância sobre atos e palavras, sendo o exercício da liberdade de expressão, por exemplo, um terreno vastíssimo para o exame pretendido. Em muitos casos, o exercício da liberdade de expressão, através de postagens nas redes sociais por parte de uma celebridade contratada como porta-voz de uma marca, é capaz de gerar intensa reprovabilidade social, o que pode causar uma onda de boicotes – e até danos – ao contratante em razão do conflito de interesses, levando-o a encerrar os contratos por conta do mau comportamento.

2.4 As instâncias de controle valorativo da autonomia privada e sua correlação com as cláusulas morais

A modernidade exerceu inúmeras influências sobre a dinâmica e a fisionomia do direito privado, partindo do contexto histórico evidenciado com o surgimento do Estado Moderno e das ideias liberais, momento que ficou conhecido como a “Era das Codificações”, que teve sua reformulação a partir do fenômeno da constitucionalização do direito. Esse processo, como já consignado, operou um redimensionamento em toda a dogmática do direito civil por deslocar as preocupações com a liberdade individual e o patrimônio para a dimensão solidarista, calcada, sobretudo, na promoção de valores existenciais.²⁶²

Com efeito, no modelo liberal clássico, o direito punha-se a confiar nos acordos de vontades individuais e abdicava de intervir no âmbito de cláusulas negociais, sob pena de restringir inadvertidamente a autonomia privada. A ordem jurídica, portanto, se limitava a

²⁶² COLAÇO, Hian Silva; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Merecimento de tutela na sociedade da informação: reedificando as fronteiras do direito civil. Revista Quaestio Iuris, vol. 10, n. 02, Rio de Janeiro, 2017, pp. 1125-1145, p. 1127. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/23461/20497>. Data de acesso: 26/03/2021.

efetuar um controle de legalidade formal ao ato de autonomia e sua correspondência à vontade manifestada pelas partes, sem exercer qualquer ingerência sobre a justiça material dos interesses em jogo.²⁶³ Posteriormente, a passagem para o Estado Social de Direito, com vistas à persecução da solidariedade, da igualdade, do respeito à pessoa humana e sua dignidade modifica a atuação do estado sobre os arranjos privados, reconhecendo-se, portanto, que, em sociedades desiguais, a atuação do poder público é o que garante e promove a liberdade da pessoa humana.²⁶⁴

Dessa forma, a autonomia deixa de ser considerada um valor em si mesmo e passa a ser compreendida como um instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes, razão pela qual será sempre necessário identificar se o ato de autonomia é lícito e merecedor de tutela, consoante os princípios constitucionais.

Remodeladas as fronteiras do direito civil, o famigerado método *subsuntivo* como técnica de interpretação e de aplicação de normas jurídicas tornou-se insuficiente para a complexa realidade histórica, econômica e social oriunda da modernidade, resultando no surgimento de uma nova hermenêutica civil-constitucional atrelada à busca pela realização e promoção dos valores presentes na legalidade constitucional.

Nesse contexto, o juízo valorativo dos atos particulares não mais se subsume apenas ao exercício de direitos subjetivos dentro dos limites legais ou, ainda, ao controle negativo de licitude e não abusividade do ato, mas passa a um controle de legitimidade de todos os atos conforme a axiologia da ordem jurídica. É nesse momento que surge o conceito de merecimento de tutela como mecanismo de controle valorativo dos atos de autonomia²⁶⁵, visando atuar como importante instância de legitimação dos atos privados na perspectiva civil-constitucional. O merecimento de tutela, então, se reconduz à análise da justificação do ato a partir dos seus efeitos e de sua coerência com os valores supremos do ordenamento, ou seja, enquanto a inobservância de normas imperativas conduz a um déficit estrutural, o não atendimento aos valores fundamentais acarreta um déficit funcional do ato de autonomia.²⁶⁶

²⁶³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Org.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 1-2.

²⁶⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos*, cit., p. 1-2.

²⁶⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.); MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 76.

²⁶⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos*, cit, p. 3.

Em outras palavras, o que se busca evidenciar é que a valoração do ato de autonomia não pode ser restringida à lógica negativa que pauta os juízos de licitude e não abusividade, tendo em vista que essas formas de valoração têm fundamento na função repressiva do direito, enquanto o merecimento de tutela surgiu no bojo da *função promocional*²⁶⁷. Ainda, embora o particular não possa violar, em sua atividade negocial, interesses juridicamente relevantes, não parece coerente afirmar em definitivo que ele deva promover esses mesmos interesses.²⁶⁸ Assim, de acordo com Eduardo Nunes de Souza, “se não há dever ou proibição propriamente ditos (no plano estrutural ou funcional) a se respeitar, não se pode falar, de modo técnico, em sanção negativa ou repressiva de condutas”²⁶⁹.

O direito civil-constitucional possibilitou a introdução de um novo parâmetro de legitimação dos atos de autonomia privada, baseado na axiologia constitucional, de modo que, diante do caso concreto, determinados atos lícitos e não abusivos podem não ser merecedores de tutela quando colidirem com outras situações jurídicas que melhor realizem e promovam os valores do ordenamento. Dessa forma, caberá ao intérprete guiar o processo de interpretação das normas jurídicas de acordo com a legalidade constitucional, qualificando os institutos jurídicos – regulados e previstos por leis ordinárias – mediante a sua adequação aos princípios e valores constitucionais, de sorte a sopesar o merecimento de tutela.²⁷⁰

A função promocional do direito empreende as chamadas sanções positivas, ao sabor de incentivos e privilégios propiciados pela ordem jurídica, em lugar de sanções negativas repressivas. Consoante a lição de Eduardo Nunes de Souza, o merecimento de tutela refere-se a uma instância positiva de controle sobre atos particulares, que não objetiva reprimir eventuais violações ao direito (papel desempenhado pelos juízos de licitude e não abusividade), mas sim possibilitar uma proteção preferencial a determinado ato em razão dos valores que promove, ainda que o resultado indireto dessa proteção seja a repressão a um outro exercício particular conflitante.²⁷¹ Para o autor, é plenamente possível que dois atos decorrentes da autonomia privada sejam lícitos e não abusivos, mas que, à luz do caso concreto, sejam colidentes, de modo que o exercício de um não se coadune com o de outro, ponto nevrálgico da utilidade do merecimento de tutela.²⁷²

²⁶⁷ Esclarece-se que a expressão foi cunhada por Norberto Bobbio: “Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover” (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007, p. 13.)

²⁶⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil*, cit., p. 92.

²⁶⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil*, cit., p. 92.

²⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 582.

²⁷¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil*, cit., p. 93.

²⁷² SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil*, cit., p. 93.

Tal instância positiva de controle valorativo dos atos particulares se revela instrumento hermenêutico hábil a incidir e solucionar (n)os chamados *hard cases*, não porque se referem à colisão de princípios, mas porque é o recurso à axiologia do ordenamento que permitirá o alcance a uma resposta definitiva à controvérsia. Portanto, a função do direito predominante para dirimir os casos compreendidos nessa esfera deixa de ser a repressiva e passa a ser a promocional. Salienta-se que, na situação concreta, o ato que não for considerado merecedor de tutela, mesmo sob a ótica da função promocional, deverá ser reprimido em alguma medida (tal como ocorre no exercício abusivo). No entanto, no caso do abuso, o ato está em desconformidade com a função que o caracteriza e legitima a própria situação jurídica, aos valores e interesses associados a ela pelo sistema, ou seja, o ato é abusivo porque é exercido de forma contrária aos valores associados àquela situação subjetiva, o que poderá ensejar diversas consequências.²⁷³

Noutra passada, o ato que não for considerado merecedor de tutela o será sempre em termos relativos, no que concerne ao outro exercício particular que lhe foi contraposto, pois este último é conforme os valores associados à sua tutela jurídica, promovendo-os na totalidade do sistema com maior ênfase, fazendo jus à tutela preferencial. Em outras palavras, o ato particular lícito e não abusivo será, em sentido amplo, merecedor de tutela, o que significa dizer que o merecimento de tutela é, em regra, consequência da licitude e não abusividade do exercício, ao que será exigido do intérprete, excepcionalmente, um último juízo valorativo para identificar se o ato terá seus efeitos protegidos.²⁷⁴

Assim, quando identificadas duas ou mais pretensões tuteláveis, a solução advinda da aplicação unitária do ordenamento será informada pela prevalência do interesse mais consentâneo com a sua axiologia, promovendo-se harmônica e adequadamente os valores juridicamente relevantes à observância da perspectiva solidarista própria da legalidade constitucional.

Além disso, salienta-se que as hipóteses afetas ao juízo de merecimento de tutela envolverão direitos absolutos, que, por serem oponíveis *erga omnes*, se apresentam de forma contraposta a outros interesses juridicamente tutelados, ensejando a realização de juízos

²⁷³ “As consequências são várias: a antijuridicidade do ato permite advogar por sua nulidade; o dano eventualmente causado ensejará responsabilidade civil como se decorresse de ato ilícito; os interessados podem pedir o desfazimento do ato ou o suprimento judicial de declaração de vontade abusivamente negada pelo titular do direito. A conduta será, em resumo, reprimida e seus efeitos negados na medida necessária para que o exercício volte a ser compatível com a função da situação jurídica subjetiva.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil*, cit., p. 94.)

²⁷⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil*, cit., p. 94.

valorativos capazes de sanar as colisões existentes entre eles.²⁷⁵ Eduardo Nunes de Souza exemplifica a partir do clássico embate envolvendo o direito à privacidade e a liberdade de expressão, como o caso de um “jornalista que pretende noticiar fatos relativos à vida íntima de uma celebridade e a pretensão desta de impedi-lo de divulgar tais informações: a despeito de não haver qualquer ilicitude ou abusividade, caso fossem dados sensíveis da pessoa (a justificar o pedido de não divulgação), mas de inegável interesse público (o caso do político que, tendo arregimentado eleitores por defender certos valores religiosos, mantém secretamente hábitos frontalmente contrários a tais valores).”²⁷⁶

Evidentemente, em circunstâncias como as acima narradas, só será possível realizar o juízo de merecimento de tutela à luz do caso concreto, objetivando-se identificar qual das duas pretensões ou qual dos dois atos promovem melhor os valores do ordenamento para que lhe conferida a tutela privilegiada. Dessa forma, a dificuldade para se encontrar a melhor solução para situações como essa não está na identificação de ambas as pretensões como ilícitas ou abusivas, mas nas hipóteses em que o controle negativo não permitiria apontar a qual delas será negada tutela jurídica.²⁷⁷

Em suma, o que se pode extrair de tais apontamento é que o ordenamento jurídico veda o exercício disfuncional de situações jurídicas subjetivas, mesmo que o seu exercício esteja amparado por uma estrutura legalmente válida. A atual compreensão de legalidade como merecimento de tutela indica que os limites à autonomia privada não se caracterizam apenas como vedações, mas também como preferências conferidas aos atos de autonomia que promovam valores juridicamente relevantes.²⁷⁸

Cá está a transformação sofrida pela doutrina do abuso do direito, que ganhou novo estímulo com a promulgação do Código Civil de 2002²⁷⁹, posto que, anteriormente, o instituto

²⁷⁵ Segundo Eduardo Nunes de Souza: “A questão se põe com menor frequência no âmbito dos direitos relativos justamente porque a contraposição, na prática, a interesses diversos dos perseguidos pelas partes é pouco usual e, quando ocorre, em geral já conta com norma específica, o que permite resolver a questão com o recurso aos juízos negativos de controle (licitude e não abusividade).” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil*, cit., p. 94.)

²⁷⁶ O exemplo é reproduzido de SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil*, cit., p. 95.

²⁷⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil*, cit., p. 98.

²⁷⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/8373>. Data de acesso: 19/04/2021.

²⁷⁹ Nada obstante, importante esclarecer que, a despeito de o Código Civil inserir o instituto do abuso em setor correspondente à disciplina de “atos ilícitos”, a doutrina contemporânea vem atribuindo interpretação de que tanto o ato ilícito quanto o abuso revelam-se espécies de um gênero maior, comumente designado como “ato antijurídico”, sendo que, como visto, o ilícito difere do abuso por dizer respeito à violação a uma regra jurídica (atuação sem direito), ao passo que o abuso refere-se ao plano funcional. (cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais*, cit., p. 65-66)

se atrelava ao ato ilícito e à intenção de prejudicar terceiros. Não obstante as críticas recebidas pela alusão aos princípios da boa-fé, da função social e dos bons costumes como parâmetros de aferição do exercício abusivo²⁸⁰, o artigo 187 do Código Civil faz menção expressa ao instituto do abuso e permite advogar pela sua compreensão autônoma e não restrita aos limites inscritos no dispositivo, abrangendo qualquer exercício que contrarie ao perfil funcional da situação jurídica.²⁸¹ Ou seja, age de forma abusiva o titular do direito que se posicione de forma antagônica às finalidades, valores e interesses pelos quais o ordenamento lhe conferiu tal prerrogativa.

De acordo com Louis Josserrand, todos os direitos são relativos em seu conteúdo, posto que exercidos no âmbito da convivência humana, sendo, portanto, incompatíveis com um exercício antissocial, isto é, contrário ao seu *espírito*, à finalidade que justifica a sua tutela.²⁸² Assim, a previsão constante do artigo 187 do Código Civil brasileiro refere-se a um exercício estruturalmente conforme o conteúdo da situação jurídica subjetiva, mas que fere o seu aspecto funcional, portanto, um exercício disfuncional de direitos.²⁸³ Por certo, o instituto do abuso também permite o controle valorativo da autonomia privada nos casos em que o juízo de merecimento de tutela mostra-se pouco útil.²⁸⁴

Ultrapassada esta breve análise dessas importantes instâncias de controle valorativo da autonomia privada, será de todo relevante examinar a sua incidência sobre as situações jurídicas subjetivas que emergem das cláusulas morais. Verificou-se que as cláusulas morais se inscrevem, sobretudo, em contratos publicitários, os quais residem nas fronteiras entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade. De fato, a ausência de previsão legal para as cláusulas morais importa a atração de um controle valorativo acurado da autonomia, a fim de se evitar qualquer violação à ordem jurídica, seja no plano estrutural ou funcional.

Nesse contexto, parece que, se a celebridade contratada praticar no contexto de sua vida privada um ato de autonomia eivado de ilicitude e abusividade, ficará mais evidente que a aplicação unitária do ordenamento deverá incidir sobre esse exercício de forma a reprimir o ato e negar-lhe a tutela jurídica, atraindo as eventuais sanções cabíveis, a exemplo daquelas inscritas nos campos civil ou criminal, pois, afinal, trata-se de uma atuação *sem direito*. Noutra giro, caso o ato de autonomia seja lícito e não abusivo, porém potencialmente em

²⁸⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais*, cit., p. 60.

²⁸¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais*, cit., p. 62.

²⁸² JOSSERRAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1997, p. 299, apud SOUZA, Eduardo Nunes de. *Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais*, cit., p. 63.

²⁸³ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais*, cit., p. 63.

²⁸⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais*, cit., p. 63.

desconformidade com os valores inscritos no ordenamento – isto é, disfuncional –, deverá incidir o juízo de merecimento de tutela, de modo que será dada tutela preferencial ao exercício que melhor promover tais valores.

De fato, é o exercício disfuncional da autonomia privada que autoriza o recurso à cláusula moral, especialmente no que tange às situações subjetivas existenciais. Por essa razão, ainda que os deveres de comportamento inseridos no bojo de uma cláusula moral muitas vezes adentrem o espectro da vida privada, eles devem refletir os valores do ordenamento para que se possa tutelar tal ato de autonomia. Porém, é imprescindível que se estabeleçam parâmetros de controle valorativo para evitar o exercício disfuncional de uma determinada situação subjetiva, vinculada ou não à finalidade do contrato, especialmente aquela titularizada pelo garoto-propaganda ou influenciador.

Na lógica do exercício disfuncional de um direito, a ilicitude tornou-se insuficiente diante da tutela dos direitos subjetivos, abrindo um importante espaço para o elemento ético, de modo a reafirmar a força moralizadora do instituto do abuso do direito.²⁸⁵ Apesar de ser comumente estudado sob a ótica das situações patrimoniais, especialmente por sua correspondência aos princípios da boa-fé e da função social, elementos conhecidamente limitadores da autonomia patrimonial, o abuso como expressão de um exercício disfuncional, também pode ser aplicado em situações existenciais.²⁸⁶

A disposição contratual restritiva de comportamentos privados, portanto, deverá ser alicerçada na axiologia constitucional. Isso porque, como visto, a cláusula moral está sendo estudada a partir dos contratos afetos ao uso da imagem, compreendida em seu duplo conteúdo (patrimonial e existencial), o que permite afirmar que os interesses em jogo devem atender, a um só tempo, os limites internos impostos pela boa-fé objetiva e pela função social em decorrência da funcionalização dos interesses patrimoniais aos extrapatrimoniais, bem como os limites externos excepcionalmente identificados – como aqueles oriundos da cláusula geral de bons costumes –, haja vista que estes não se propõem à realização de interesses alheios ao seu titular.

Assim, o que se pretende balizar são os atos de autonomia existencial realizados pela celebridade contratada para a divulgação de determinada marca à luz da disciplina de uma cláusula moral. Já se esclareceu que os atos de autonomia existencial praticados por pessoas públicas ou notórias muitas vezes repercutem negativamente no seio social e, ainda que livres de qualquer ilicitude ou abusividade, podem ser contrários à função promocional do

²⁸⁵ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 232.

²⁸⁶ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 232.

ordenamento e produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros. Nessa passada, esses mesmos atos podem gerar uma onda de boicotes à empresa contratante, de modo a comprometer a sua imagem pública em razão da sua vinculação à celebridade que praticou o mau comportamento e até causar danos.

As indagações que se deve fazer, nesse caso, é quais são, em que medida e com base em que os atos de autonomia podem ser limitados por cláusulas morais. A estipulação contratual de condutas pessoais que o contratado nos pactos com fins publicitários deverá abster-se de praticar parece confrontar diretamente as noções de autonomia privada, principalmente a existencial, uma vez que esta resulta do pleno exercício de liberdade individual com vistas ao pleno desenvolvimento da personalidade, consubstanciada na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana.

Não há, neste ponto, qualquer interesse que deva ser atingido senão o do próprio titular da situação subjetiva. Perfaz-se aqui, como visto, a principal diferença com relação aos atos de autonomia privada nas situações subjetivas patrimoniais: o seu exercício deve estar funcionalizado a interesses extrapatrimoniais, ou seja, ensejará a tutela do ordenamento jurídico caso atenda a interesses socialmente relevantes. Por essa razão, diz-se que a autonomia privada patrimonial encontra limitações internas, como o atendimento à boa-fé e à função social.

Apesar de não poder sofrer limitações de ordem interna, como já bem salientado, os atos provenientes da autonomia privada existencial poderão implicar consequências ou efeitos na esfera jurídica de terceiros, concretamente considerados ou não, atraindo, assim, a incidência de limitações externas.²⁸⁷ Ressalta-se, então, a importância de atentar aos efeitos produzidos pelos atos de autonomia privada existencial e buscar o equilíbrio entre os interesses do titular de determinada situação subjetiva e as esferas jurídicas afetadas.

De fato, a autonomia privada existencial opera como mecanismo apto a promover a emancipação da pessoa no espaço democrático para concretizar as experiências intersubjetivas e o projeto de vida. Nesse contexto, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro realizou importante estudo acerca da autonomia existencial e sua correlação com a cláusula geral de bons costumes, sendo necessário estabelecer uma “nova tipologia das situações jurídicas subjetivas existenciais” tendo por base os efeitos produzidos pelo ato de autonomia com relação às esferas jurídicas de outrem.²⁸⁸ Tal classificação divide os atos de autonomia em três categorias diferentes, a qual a autora cunhou de *teoria tríplice da autonomia privada existencial*²⁸⁹. De

²⁸⁷ VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 61.

²⁸⁸ VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 62.

²⁸⁹ VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 56-80.

acordo com essa teoria, os atos de autonomia são classificados em: atos de eficácia pessoal, atos de eficácia interpessoal e atos de eficácia social.

Os atos de autonomia de eficácia pessoal são aqueles decorrentes do exercício de uma situação subjetiva em que a realização dos interesses existenciais implica consequências relevantes unicamente para a esfera jurídica de seu titular, de modo que não admitem elementos limitadores – tampouco os de natureza moral. Dessa forma, os efeitos da situação não acarretam lesão ou ameaça de lesão a esferas jurídicas de terceiros, de modo que a repercussão jurídica se encerra na esfera jurídica do próprio titular da situação subjetiva, ainda que possa haver impactos culturais para a coletividade.^{290 291}

Os atos de autonomia de eficácia interpessoal geram interferências em esferas jurídicas distintas do titular da situação subjetiva, alcançando pessoas que não praticaram o ato. Aqui, as pessoas atingidas devem ser individualmente identificadas e proceder à comprovação de que foram afetadas pelos efeitos diretos e imediatos do ato de autonomia que causaram lesão efetiva ou risco real de lesão a seus direitos ou interesses existenciais.²⁹²

Os atos de autonomia de eficácia social são aqueles em que o exercício da situação subjetiva com vistas a certos interesses existenciais produz efeitos jurídicos diretos e imediatos que geram ou podem gerar lesão a direitos ou interesses de um número indeterminado de pessoas. Tais consequências referem-se ao risco real de ofensa a direitos de pessoas não

²⁹⁰ A título de exemplo, cita-se o caso do candidato a soldado da Polícia Militar de São Paulo eliminado do certame por possuir tatuagem em uma das pernas. Sobre o caso, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 898450/SP, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/08/2016, publicação em 31/07/2017. Insta destacar que o Ministro Dias Tóffoli, no julgamento da petição 7162, reiterou o argumento do TJSP no sentido de que a tatuagem não é “atentatória à moral e bons costumes”.

²⁹¹ Esclarece-se, entretanto, que tais atos poderão ser excepcionalmente limitados também quando praticados por pessoas com deficiência com alto grau de vulnerabilidade, pois, com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), ocorreu profunda modificação no regime das (in)capacidades, de modo que as restrições devem estar igualmente fundadas no livre e pleno desenvolvimento da pessoa. De qualquer sorte, é certo que o EPD influenciou significativamente no regime das invalidades negociais, devendo o intérprete avaliá-las em concreto em observância ao discernimento e à vulnerabilidade do agente, tendo por norte o imperativo de proteção da pessoa humana. Nesse sentido, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Souza-e-Silva-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Data de acesso: 20/04/2021.

²⁹² Segundo Thamís Dalsenter Viveiros de Castro, no campo dos atos de autonomia existencial é possível aplicar restrições a partir da ingerência da cláusula geral de bons costumes, o que será mais bem delineado no Capítulo 3, infra. (VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons Costumes no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 62.) A autora exemplifica através do abuso do poder familiar em razão da prática de alienação parental, em que o exercício da autonomia familiar por um dos genitores acarreta repercussões na esfera jurídica alheia, especificamente a do outro genitor e a da criança envolvida. Nesse sentido, cf. BRASIL. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). *Agravo de Instrumento 0059600-30.2012.8.19.0000*, Relator Des. Marcelo Lima Buhatem, Quarta Câmara Cível, julgado em 16/10/2012. Destaca-se o seguinte excerto: “[...] 2. A prática de ato de alienação parental, como alega o genitor/agravante, tendo como alienador a própria mãe da menor fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda [...]”.

necessariamente identificadas ou que tenham causado dano efetivo a essas pessoas, tratando-se de repercussões negativas para a coletividade, razão pela qual deve ser considerada a necessidade de limitar a autonomia existencial do titular com vistas à “garantia de direitos fundamentais que podem ser lesionados pelo exercício de um interesse individual.”²⁹³

Tem-se aqui o aspecto nevrálgico da elucubração da limitação externa, como a ingerência dos bons costumes, aos atos de autonomia privada existencial, pois se está a tratar de ato de expressiva possibilidade de violação a outros direitos fundamentais e de dano à coletividade.²⁹⁴

Nesse contexto, importante destacar que nem todo ato que provoca repercussões à coletividade ensejará tutela proibitiva do ordenamento jurídico²⁹⁵, de modo que, não havendo lesão ou risco real de lesão a direito alheio, os reflexos dessas condutas devem ser tolerados exclusivamente por quem os sente. Trata-se aqui de aspecto que invoca um olhar bastante minucioso, pois se está a debater a provável incidência da moral no direito, o que leva ao questionamento sobre a possibilidade de possíveis ofensas a padrões morais ou a *standards* de comportamento, calcados nos costumes de certa sociedade, poderem servir como óbice ao pleno exercício de atos de autonomia.

Certamente, a sociedade compartilha valores e concepções sobre a vida, sobre o mundo e sobre o outro totalmente diferenciados e, muitas vezes, opostas, integradas por fatores como o meio em que estão inseridas, as crenças, os valores e os saberes que foram adquiridos ao longo da vida. E é justamente no campo dos atos de autonomia existencial, de liberdade, que se

²⁹³ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 63.

²⁹⁴ Possível verificar em concreto algumas dessas situações, como: (i) a comercialização de partes do corpo, que, caso fosse lícita, repercutiria negativamente para pessoas em situação de miserabilidade, que poderiam comercializar seus órgãos, bem como comprometer o fim altruístico da doação de órgãos, gerando dano efetivo à coletividade. Sobre a disposição do próprio corpo e sua possível comercialização, cf. CICCIO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/atos-de-disposicao-do-proprio-corpo/>. Data de acesso: 29/03/2019; e GARRAFA, Volnei. O Mercado de Estruturas Humanas. *Revista de Bioética*. CFM Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/490/307. Data de acesso: 20/04/2021; e GARRAFA, Volnei. *O Mercado de Estruturas Humanas*. Revista de Bioética. CFM Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/490/307. Data de acesso: 20/04/2021; e (ii) a proibição ao fumo em lugares fechados, haja visto o impacto das substâncias nocivas do cigarro a um número indeterminado de pessoas, denominadas fumantes passivos. Com relação à promulgação da Lei nº 12.546/2011 (Lei Antifumo) e seus impactos, cf. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/12/03/lei-antifumo-passa-a-valer-em-todo-o-pais-multa-pode-chegar-a-r-15-mi.htm>. Data de acesso: 20/04/2021.

²⁹⁵ Afirma Thamis Dalsenter Viveiros de Castro: “Em outros termos, a ofensa a padrões morais não é por si, portanto, razão que atraia a providência jurídica de intervenção limitadora da autonomia privada, eis que não há, em tais casos, ofensa a direitos alheios aos do titular da situação jurídica subjetiva.” (VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 66.)

fundam os debates de ordem moral.²⁹⁶ Para Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, a alegação de ofensa a padrões morais não é, necessariamente, autorizadora da limitação da autonomia existencial ao ensejo da aplicação da cláusula geral de bons costumes.

Entretanto, o que se deve compreender sobre a afetação dos direitos da coletividade com a ocorrência de dano efetivo ou risco real de dano, de modo a limitar os atos de autonomia, são o que a autora chama de “circunstâncias não afastáveis a partir de deveres básicos de cautela”²⁹⁷, a motivar efetivamente providências por parte do ordenamento jurídico. Ademais, a sociedade é plural e nela se faz presente a diversidade, também abarcada no exercício das liberdades fundamentais sobre as quais se desenvolve a democracia. Nesse ponto, é possível afirmar a existência de um espaço de liberdade sobre o qual se constrói o projeto de livre desenvolvimento da personalidade, consoante à multiplicidade de concepções sobre a vida. Portanto, a ofensa aos padrões morais será irrelevante para o direito desde que sejam mapeados os valores mercedores de tutela, a fim de que, por exemplo, possa ser limitado o exercício da autonomia existencial.²⁹⁸

O que se pode verificar, neste diapasão, é que, em princípio, não há relevância nas ofensas de padrões morais compartilhados pela sociedade, mesmo que reflitam o pensamento da maioria da população, pois não se trata do número de adesões, mas da compreensão de que o recurso a tais valores é limitado pela moralidade constitucional. Assim, um valor apenas será considerado valor jurídico se for possível identificar seu correspectivo no Texto Constitucional, pois, caso contrário, não será mercedor de tutela.²⁹⁹

Notadamente, alerta-se que a análise dos atos de autonomia de acordo com os efeitos produzidos só fará sentido se aquilo que se contrapõe ao interesse do titular da situação subjetiva já for, previamente, impedido de receber tutela jurídica, pois tais efeitos pressupõe a exclusão de padrões morais que sejam irrelevantes para o direito, ou seja, que não ostentem antijuricidade.³⁰⁰ Por certo, não há falar em limitação da autonomia a partir de fundamentos antijurídicos: o machismo e a homofobia, por exemplo, são compartilhados por grande parte da sociedade, mas, apesar disso, não encontram respaldo nos valores constitucionais, isto é, apesar de serem valores morais, não podem ser admitidos como valores jurídicos.³⁰¹

²⁹⁶ A propósito, vale consignar que Thamis Dalsenter Viveiros de Castro lista vários exemplos relacionados ao exercício de liberdade e a possível ofensa a padrões morais, especialmente aqueles relacionados à liberdade artística, mas que as estreitas linhas da presente dissertação não darão conta de demonstrar. (cf. VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., passim.)

²⁹⁷ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 70.

²⁹⁸ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 75.

²⁹⁹ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 75.

³⁰⁰ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 76.

³⁰¹ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 76.

O pluralismo é marca significativa da sociedade democrática, havendo inúmeras visões de mundo e formas de exercer a existencialidade, que devem conviver harmonicamente num ambiente marcado pela tolerância, de modo que, à primeira vista, a ofensa a padrões morais parece irrelevante para o direito diante da ausência de seu *status* jurídico. Nesse tocante, referencia-se à importante dimensão da dignidade da pessoa humana, que demanda o mesmo reconhecimento para todos os projetos existenciais, ligado à ideia de respeito e consideração.

Para Thamis Dalsenter Viveiros de Castro, tal preceito

é a chave para a compreender que a moralidade constitucional implica, por sua natureza essencialmente pluralista e democrática, que as [sic] “as identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento.” E é nesse sentido que se impõe que as restrições à autonomia privada só sejam feitas diante da necessidade justificada de salvaguardar outros bens de densidade jurídica igualmente relevante, pois, do contrário, a dignidade da pessoa humana deixaria de ser a garantia de que todos possam gozar dos espaços recíprocos de liberdade como um ambiente salutar para o desenvolvimento das identidades individuais e grupais.³⁰²

No caso de cláusulas morais, os deveres comportamentais que informam o seu conteúdo refletem também os padrões de moralidade vigentes na sociedade, os quais, em última análise, também devem resultar da moralidade constitucional para que possam produzir seus regulares efeitos.

Vale rememorar que alguns autores norte-americanos que trabalham a *morals clause* apontam que as celebridades devem abster-se de condutas que possam chocar, insultar ou ofender a comunidade, a moral pública e a decência, levando o artista ao descrédito, ao desprezo e à ridicularização, de modo a ferir ou prejudicar os interesses do público, diminuir o prestígio público ou refletir desfavoravelmente sobre a empresa contratante ou sobre a indústria em geral.³⁰³ Evidentemente, tais conceitos são demasiadamente abertos e os valores aos quais se referem podem variar de acordo com as percepções individuais ou coletivas, bem como aqueles constantes do próprio ordenamento jurídico que os congrega.

Assim, a restrição à autonomia existencial da celebridade contratada, no seio de sua vida privada, poderá ser limitada quando o ato praticado não coadunar com a axiologia constitucional, que, em última análise, reflete os valores gerais com os quais as sociedades democráticas contemporâneas manifestam concordância, principalmente na perspectiva solidarista sobre a qual se funda a legalidade constitucional.

³⁰² VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 79.

³⁰³ KRESSLER, Noah B. *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*, cit.

No contexto da liberdade individual, um/a garoto/a-propaganda ou influenciador/a contratado/a para a divulgação de determinada marca poderá exercer livremente a sua personalidade, no sentido de gozar plenamente de todas as liberdades fundamentais conferidas pela ordem jurídica. Contudo, se o ato de autonomia praticado – ainda que lícito e não abusivo – afrontar a moralidade constitucional, será reputado disfuncional em razão de seu desacordo com o ordenamento. Nesse caso, o ato poderá repercutir direta ou indiretamente na esfera jurídica de terceiros, ensejando, assim, a tutela proibitiva do ordenamento.

É possível indagar sobre o fundamento que autoriza a inserção e a aplicação da cláusula moral no direito brasileiro, ao que já se adianta que há diferentes perspectivas, porém é plausível advogar que sua legitimação poderá ser admitida tanto a partir da ótica dos limites internos exprimidos pela boa-fé, decorrente da autonomia patrimonial, quanto dos limites externos, esses impressos na cláusula geral de bons costumes, como instrumento de controle valorativo da autonomia privada existencial.

A adoção de uma justificação ou outra parece depender do objeto ou da finalidade do respectivo contrato³⁰⁴. Pense-se no caso de uma celebridade, solteira, que professe a fé evangélica e é contratada por uma determinada empresa para divulgar produtos daquela religião, mas que, no âmbito de sua vida privada, mantém uma hábitos não admitidos pela religião, como sexo antes do casamento. Nesse contexto, viraliza nas redes sociais um vídeo mostrando o garoto-propaganda praticando sexo, o que gera desconforto generalizado dos fiéis daquela religião e se disseminam inúmeros comentários e avaliações negativas sobre a empresa na tentativa de boicotá-la.

A prática do ato sexual (nesse caso, mesmo antes do casamento) reflete um pleno exercício da liberdade individual, porém não é admitida pela religião evangélica. Dispensada uma análise pormenorizada, é crível que, nesse caso, o mau comportamento do garoto-propaganda guarda plena relação com o objeto e a finalidade do contrato, parecendo coerente afirmar que a eventual pretensão do contratante de tomar as medidas cabíveis ou previstas no contrato com fulcro numa cláusula moral, expressa ou implícita, será legitimada pelo princípio da boa-fé objetiva no desatendimento de seus deveres anexos.³⁰⁵

Outra situação é aquela em que um influenciador digital é patrocinado por uma marca de produtos esportivos para divulgá-los em suas redes sociais, dado o seu alto nível de

³⁰⁴ Tal apontamento será analisado mais detidamente no Capítulo 3, *infra*.

³⁰⁵ Assinala-se, mais uma vez, que a presente dissertação não se ocupará do estudo dos efeitos produzidos pelo descumprimento de cláusulas morais, mas tão somente da viabilidade jurídica de sua inserção em contratos publicitários, compreendendo-se aqui a licença de uso da imagem.

engajamento. Em determinada ocasião, o influenciador exprime em suas redes sociais determinada opinião sobre um político sabidamente gay, afirmando que é contra a homossexualidade e que pessoas dessa orientação sexual irão destruir a família e, por isso, merecem ser espancadas. Rapidamente, o conteúdo torna-se viral e se inicia boicote generalizado àquela marca, atribuindo a ela o caráter de homofóbica.

Nesse caso, a emissão de opinião do influenciador digital representa um exercício – lícito e, em princípio, não abusivo – da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento. Ocorre, no entanto, que o posicionamento do influenciador com relação à homossexualidade tal como foi publicado não está de acordo com a axiologia constitucional e, como visto, apresenta-se de forma disfuncional ao ordenamento. A opinião expressada pelo influenciador, dado o alcance de suas redes, pode legitimar ataques virtuais e até pessoais a homossexuais – considerando a sua posição de vulnerabilidade social –, consubstanciando risco de lesão a esferas jurídicas alheias à sua própria. Conforme já explicitado, apesar de ser possível conceber a homofobia como um valor moral, não deverá ser considerada um valor eminentemente jurídico, posto que em desacordo com a moralidade constitucional na perspectiva solidarista e de plena tutela da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, o exercício (disfuncional) da autonomia, no que tange à liberdade de expressão, deverá ser limitado e não merecerá tutela do ordenamento.

Nota-se que não há qualquer relação entre a fala homofóbica e o objeto ou a finalidade do contrato de patrocínio afeto aos produtos esportivos. No entanto, a cláusula moral, expressa ou implícita, poderá ser invocada para limitar a autonomia com base no exercício disfuncional da liberdade de expressão, encontrando justificação na cláusula geral de bons costumes, autorizando-se, portanto, que o contratante possa encerrar o contrato, se assim entender possível, ou tomar a medida que houver previsto na cláusula.

3 PERSPECTIVAS SOBRE A LEGITIMIDADE E A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA MORAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

3.1 A associação da cláusula moral ao princípio da boa-fé objetiva

Já se evidenciou a ausência de previsão específica na legislação nacional que pudesse legitimar a inserção de uma cláusula moral, expressa ou não, no âmbito dos contratos publicitários. Sua estipulação, então, decorre da autonomia negocial das partes, tal como no direito norte-americano, podendo os contratantes estabelecer quais comportamentos do contratado informam o conteúdo da cláusula, determinam a sua violação e preveem as consequências ou os efeitos do descumprimento.

Com efeito, os contratantes gozam da prerrogativa de estipular as consequências da violação da cláusula moral, haja vista os muitos aspectos que podem influenciar a sua incidência³⁰⁶, como quem são as partes envolvidas³⁰⁷, quais os riscos potenciais no relacionamento entre os contratantes e quais são os danos que poderão advir de um eventual problema.³⁰⁸ Christopher R. Chase aponta que, ao negociar uma cláusula desse tipo, é importante que as partes esclareçam qual é o tipo de comportamento coberto e o remédio para os casos de descumprimento.³⁰⁹

Nada obstante, um primeiro aspecto que se deve indagar é quais tipos de comportamento uma cláusula moral poderá prever no âmbito do direito brasileiro, que tem como pilar fundante o princípio da dignidade da pessoa humana compreendida a partir de uma perspectiva solidarista e calcada na liberdade. Por essa razão, estabelecer os possíveis limites do conteúdo de uma cláusula moral é fundamental para que esta possa produzir os efeitos a que se propõe, sem, contudo, violar a ordem jurídica.

Ademais, é importante salientar, desde logo, que nem todos os comportamentos praticados por uma celebridade, atleta ou influenciador estarão intimamente ligados ao objeto

³⁰⁶ As hipóteses de incidência das cláusulas morais foram amplamente demonstradas no Capítulo 1 da presente dissertação. De qualquer sorte, destaca-se que, para Christopher R. Chase, o ato da celebridade ou atleta que poderá atrair o recurso à aplicação da cláusula moral é geralmente relacionado a um comportamento criminoso, escandaloso ou publicamente repreensível. De acordo com o autor, uma vez que o anunciante está pagando pelo uso do bom nome e da imagem do atleta, é plenamente possível que este queira encerrar o relacionamento com um atleta, por exemplo, cujos delitos representaram uma mancha em seu nome e imagem. (CHASE, Christopher. *A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts*, cit.)

³⁰⁷ Nesse ponto, há celebridades ou atletas que, a despeito de seu mau comportamento, mantém as habilidades necessárias para anunciar e, conseqüentemente, vender os produtos por ele representados. (AUERBACH, Daniel. *Morals Clauses as Corporate Protection in Athlete Endorsement Contracts*, cit., p. 7.)

³⁰⁸ CHASE, Christopher. *A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts*, cit.

³⁰⁹ CHASE, Christopher. *A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts*, cit.

ou finalidade do contrato, sendo, como visto, “fora de serviço”. Em algumas ocasiões, o contratado poderá praticar um comportamento no seio de sua vida privada, mas que, diante da proporção negativa do ato, produzirá repercussões diretas no contrato. Justamente por isso, indaga-se sobre a abrangência dos comportamentos a serem previstos em cláusulas morais, pois, permitir a um negócio “mercantilizar” a pessoa a ponto de dirigir suas condutas privadas ao atendimento de fins econômicos de determinada atividade parece claramente vedado na ordem jurídica brasileira.

O uso da imagem, então, justifica-se pelo bom desempenho do contratado em sua profissão, como o talento de um jogador de futebol ou o carisma do ator televisivo, mas a limitação da autonomia existencial do contratado como parâmetro de cumprimento do contrato não se harmoniza com o direito brasileiro. Por outro lado, não parece impeditiva a gestão do risco contratual que permita a uma das partes suspender ou mesmo colocar fim à relação negocial em razão de condutas antijurídicas que exerçam influência sobre os resultados esperados por força do contrato. Tendo em vista que o próprio direito repudia certas condutas, é objetivamente auferível e coerente ao ordenamento o desinteresse de um contratante em continuar a utilizar determinado atributo do contratado, reprovado socialmente, como forma de publicidade.

Entretanto, é preciso considerar a hipótese em que o contrato entabulado entre o anunciante e a celebridade ou atleta não contemple expressamente uma cláusula moral e o contratado venha a praticar um ato que configure um crime ou, ainda que não seja um crime, repute-se por amoral, polêmico ou indecoroso.³¹⁰

Certamente, as relações contratuais na contemporaneidade devem considerar as diferentes dinâmicas da vida, especialmente com a utilização massificada da internet, o que guarda relação direta com as constantes transformações pessoais, sociais, econômicas e políticas que a sociedade vivencia. A mesma perspectiva se aplica aos contratos publicitários, uma vez que quase sempre envolvem o uso da imagem atrelada à lógica de mercado e, sendo o direito à imagem também uma situação subjetiva existencial, está sujeita também às muitas mudanças e interferências na vigência do contrato.

Por essa razão, Ana Paula Parra Leite e Zilda Mara Consalter atribuem à cláusula moral o elemento de *imprevisibilidade*³¹¹, pois não se afigurará sempre possível prever os

³¹⁰ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 45.

³¹¹ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 49.

comportamentos que o contratado poderá adotar na vigência do pacto, o que pode ocasionar evidente desequilíbrio entre as partes a justificar algumas medidas para estancar os prejuízos sofridos por um contratante ou outro. Nesse sentido, não é raro o recurso ao princípio do equilíbrio contratual, ao sabor do instituto na onerosidade excessiva consagrada pelo artigo 478 do Código Civil³¹² brasileiro, a despeito das severas críticas³¹³ engendradas pela doutrina civilista à redação do referido dispositivo.

Para as referidas autoras, nos casos de incidência da cláusula moral não há o prejuízo da parte contratante em relação ao atleta ou à celebridade, mas sim um prejuízo recíproco, pois a manutenção do contrato nos termos originalmente pactuados representaria um desequilíbrio entre as partes, uma vez que o contratante não teria mais o benefício da boa imagem do contratado na divulgação de sua marca ou produto e o atleta ou a celebridade, de outro lado, perderá o patrocínio.³¹⁴ Assim, prosseguem, “o que mantém os contratos nos seus estritos termos é a existência de um equilíbrio entre prestação e contraprestação.”

As autoras utilizam como pano de fundo o caso ocorrido com o nadador norte-americano Ryan Lochte, que perdeu vários contratos de patrocínio³¹⁵ em razão de uma má conduta praticada enquanto esteve no Rio de Janeiro, durante as Olimpíadas de 2016³¹⁶. Para elas, se os

³¹² CC/2002, Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

³¹³ Exemplificativamente, para um estudo mais acurado sobre a crítica de uma parte da doutrina civilista brasileira à redação do artigo 478 do Código Civil, à imprevisibilidade e ao princípio do equilíbrio contratual, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009; TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Fundamentos de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3; SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2008; TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson Konder; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson Konder; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 1-22.

³¹⁴ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 50.

³¹⁵ “Execrado pela imprensa e pela opinião pública, tão logo voltou para casa, seus principais patrocinadores anunciaram o rompimento de seus contratos com o nadador. Entre os patrocinadores estavam a marca de materiais esportivos Speedo®, a empresa de estética Syneron-Candela®, a fabricante de colchões Airweave® e a luxuosa marca de roupas Ralph Lauren®, sendo que o prejuízo do atleta foi estimado em US\$1.000.000 (um milhão de dólares). Além disso, o nadador foi suspenso de suas atividades por seis meses pela Confederação Norte-Americana de Natação.” (LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 39)

³¹⁶ Na ocasião, o atleta, durante uma entrevista ao canal estadunidense *NBC News*, disse que havia sido assaltado no Rio de Janeiro na volta de uma festa para a Vila Olímpica. O atleta alegou que alguns homens com distintivo de polícia, apontando-lhe uma arma, teriam roubado sua carteira, dinheiro e deixado o celular e as credenciais. Após o atleta ter registrado a ocorrência, a Delegacia de Apoio ao Turismo (DEAT), vinculada à Polícia Civil do

contratos com o atleta e seus patrocinadores tivessem sido celebrados no Brasil, o desequilíbrio contratual (prestação x contraprestação) gerado em razão do mau comportamento permitiria advogar pela rescisão contratual, objetivando-se colocar fim ao vínculo até então mantido ou perquirir uma revisão do contrato visando a diminuição do valor do patrocínio (caso o ato não ostentasse maior gravidade, mas tivesse causado prejuízo ao contratante).³¹⁷

Nada obstante, como já se vem desenvolvendo, os contratos publicitários – e aí compreendidos também os contratos de patrocínio – utilizam, essencialmente, o direito à imagem da celebridade contratada para que as marcas possam realizar os seus anúncios. A imagem, portanto, ostenta conteúdo patrimonial e existencial ao mesmo tempo, sendo possível que incida em parte a disciplina contratual. Isso porque o conteúdo do contrato nessas hipóteses é constituído por prestações de caráter existencial, repercutindo diretamente na pessoa do contratante, de modo que o vínculo pessoal entre o disponente e o referencial objetivo do contrato será mantido a partir da ingerência de características como a inalienabilidade e a irrenunciabilidade.³¹⁸ Dessa forma, a disciplina contratual será atuante para a proteção da pessoa, respeitadas as peculiaridades próprias das situações existenciais.

Nessa passada, é possível advogar pela incidência, por exemplo, da resolução por onerosidade excessiva nesses contratos.³¹⁹ No entanto, a despeito do conteúdo patrimonial da imagem, deve-se salientar que a disciplina obrigacional não se sagra, sozinha, fundamento unitário para as situações patrimoniais, existenciais e dúplices³²⁰, não sendo seguro afirmar que a cláusula moral necessariamente crie uma obrigação ou revele a obrigação principal.

Cabe analisar a associação das cláusulas morais ao princípio da boa-fé objetiva, que informa as relações patrimoniais. A concepção de obrigação como um processo, tal como identificada por Clóvis Couto e Silva, “objetiva sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.”³²¹ Portanto, o ato negocial deve ser visto como um meio e não como um fim

Rio de Janeiro, concluiu que o nadador e seus amigos haviam mentido sobre o ocorrido e inventado o assalto. Além disso, constatou-se que Ryan e seus companheiros é que haviam praticado atos de vandalismo em um posto de combustível da cidade, estando, na ocasião, completamente embriagados.

³¹⁷ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro...*, cit., p. 50.

³¹⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 272.

³¹⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 273.

³²⁰ Pietro Perlingieri aponta para a impossibilidade da utilização de determinados institutos jurídicos, a exemplo dos contratos pertencentes às relações patrimoniais, nas relações em que não estão em jogo bens patrimoniais, mas o próprio *ser* da pessoa. (PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, p. 332, apud MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Ensaio sobre a função das garantias nos contratos existenciais. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MORAES, Maria Celina Bodin de; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. (Coords.). *Direito das Garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 419.)

³²¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2011, p. 10.

em si mesmo, pois “[...] se presta a finalidades sociais e morais, e não apenas econômicas e individuais.”³²² Tal proposição, dentre tantas outras, cuida de ressaltar que a relação obrigacional é muito mais complexa do que a mera contraposição entre direito e obrigações principais do credor e do devedor, respectivamente, razão pela qual o intérprete deverá realizar meticulosa análise interna.³²³

Evidentemente, a compreensão contemporânea da obrigação relaciona-se intimamente com a consolidação da boa-fé objetiva como parâmetro de conformação da generalidade das relações obrigacionais, com destaque para aquelas de índole contratual³²⁴, uma vez que a boa-fé objetiva assumiu a posição de modelo de comportamento no direito brasileiro.³²⁵

A propósito, tal como desenvolvida atualmente, a boa-fé foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), com menção expressa no bojo dos artigos 4º, III e 51, IV.³²⁶

O Código Civil de 2002, por sua vez, previu a boa-fé objetiva nas relações paritárias, fazendo-lhe menção expressa ao tratar da interpretação dos negócios jurídicos (artigo 113)³²⁷, do abuso do direito (artigo 187)³²⁸ e, finalmente, dos princípios aplicáveis às relações contratuais (artigo 422)³²⁹. Segundo Rodrigo da Guia Silva, esses comandos legais parecem enunciar as três funções essenciais da boa-fé objetiva, que, de longo tempo, vem sendo desenvolvida pela doutrina, quais sejam: (i) função hermenêutica, segundo a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados em consonância com o parâmetro de conduta estabelecido pela boa-fé objetiva, mesmo nos casos em que não houver lacuna a ser ultrapassada; (ii) função limitadora do

³²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 637-638.

³²³ SILVA, Rodrigo da Guia. Inadimplemento e violação positiva do contrato. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson Konder; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 123-145, p. 127.

³²⁴ SILVA, Rodrigo da Guia. *Inadimplemento e violação positiva do contrato*, cit., p. 127.

³²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*, cit., p. 138-182.

³²⁶ CDC, Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

³²⁷ CC/2002, Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

³²⁸ CC/2002, Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³²⁹ CC/2002, Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

exercício de situações subjetivas, atuante nas hipóteses em que a boa-fé objetiva serve a reprimir exercícios disfuncionais, aferindo o abuso do direito; e (iii) função integradora do conteúdo contratual, impondo aos contratantes deveres que conduzam à promoção da causa do contrato em concreto.³³⁰

O que se extrai de tais apontamentos é que a boa-fé objetiva representa uma reação ao individualismo exacerbado que dominou o pensamento jurídico, passando a expressar uma carga pautada pela solidariedade, cooperação, justiça e equidade³³¹, correspondendo, portanto, a “uma regra de conduta, um modelo de comportamento social, algo, portanto, externo em relação ao sujeito.”³³² Assim, a concepção objetiva da boa-fé auxilia a consolidação de uma cultura jurídica orientada pela cooperação e confiança recíproca entre as partes, síntese elementar da cláusula geral de boa-fé objetiva.³³³ Noutro giro, para Teresa Negreiros, a boa-fé objetiva representa um “dever de conduta contratual ativo”³³⁴, uma vez que obriga a parte a realizar um comportamento em vez de outro, exigindo colaboração e cooperação de acordo com os interesses um do outro, objetivando alcançar o efeito prático que justifica a celebração do contrato.

Com efeito, essa compreensão busca atingir o cumprimento do contrato e, como consequência lógica, a realização dos interesses de ambas as partes, de modo que as obrigações oriundas da boa-fé objetiva não se esgotam no dever de prestação ou no correlato dever de exigi-la. Trata-se, em verdade, de uma situação jurídica globalizante, complexa, que recusa a ideia de credor e devedor antagonistas e estabelece uma conduta colaboracionista em todo o processo obrigacional.³³⁵ Nesse ponto é que se torna possível identificar a boa-fé como fonte de deveres jurídicos implícitos – notadamente os deveres laterais –, que estabelecem aos contratantes deveres de confiança, lealdade e colaboração recíprocos com vistas ao adimplemento do contrato.³³⁶ Esses deveres representam diretrizes éticas decorrentes da ordem

³³⁰ SILVA, Rodrigo da Guia. *Inadimplemento e violação positiva do contrato*, cit., p. 128.

³³¹ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro...*, cit., p. 50.

³³² GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coordenador: Edvaldo Brito. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43-44.

³³³ SILVA, Rodrigo da Guia. *Inadimplemento e violação positiva do contrato*, cit., p. 129.

³³⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 122.

³³⁵ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 53.

³³⁶ Para Rodrigo da Guia Silva, é no bojo da função integradora ou normativa da boa-fé que se estudam os deveres laterais de conduta integrados ao conteúdo contratual por imposição da boa-fé. Para ele, “Tais deveres, por vezes também ditos fiduciários ou acessórios de conduta, contrapõem-se aos deveres contratuais de prestação, os quais podem ser qualificados como principais ou secundários – conforme se relacionem direta ou indiretamente à causa contratual, respectivamente. A distinção entre deveres laterais de conduta e deveres contratuais de prestação resulta, em realidade, de classificação marcadamente estruturalista, cujo cerne é a fonte de cada um desses deveres:

jurídica para alargar o conteúdo contratual, através de uma cláusula geral que favorece ambos os contratantes em todas as fases da obrigação, outorgando-se ao juiz maiores poderes interpretativos, sem que lhe seja afastado o dever de motivação das decisões.

Nesse contexto, desde a positivação da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor, o descumprimento desses deveres laterais de conduta é associado à doutrina da violação positiva do contrato³³⁷, que teve seu surgimento e desenvolvimento dogmático no âmbito do direito alemão.³³⁸ Em resumo, haverá violação positiva do contrato sempre que uma parte, mesmo agindo de acordo com os termos pactuados para o adimplemento da obrigação, acarretar dano a algum direito da outra em razão de uma conduta prejudicial à outra parte. Em outras palavras, a conduta de uma parte pode ser direcionada ao adimplemento e, mesmo assim, acarretar prejuízos à outra, de modo que a violação positiva decorreu de uma conduta comissiva de um dos contratantes.³³⁹

Justamente a partir da ótica desses deveres laterais que é possível afirmar que uma cláusula moral enuncia um dever de conduta com lastro na colaboração recíproca entre as partes, objetivando que a finalidade do contrato seja atingida, isto é, a “transferência” da imagem e da reputação da celebridade ou atleta para o produto ou marca anunciados. No caso Ryan Lotche, por exemplo, parece claro que, ainda que não houvesse no instrumento contratual

enquanto os últimos são previstos expressamente no exercício da autonomia privada, os primeiros decorrem diretamente de previsão legal.” Prossegue o autor: “Não bastasse a dificuldade de classificação dos deveres laterais de conduta em apartado dos deveres contratuais de prestação, deve-se reconhecer que a própria conceituação de tais deveres decorrentes da boa-fé objetiva é tarefa das mais árduas. Sem embargo dessa dificuldade conceitual, parece ser possível afirmar que o escopo primordial dos deveres laterais de conduta é a promoção da causa contratual concreta, com vistas ao adequado adimplemento segundo a perspectiva funcional regente do direito civil contemporâneo.” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Inadimplemento e violação positiva do contrato*, cit., p. 129-130.)

³³⁷ Não se devem desconsiderar as diversas críticas e controvérsias realizadas pela doutrina à violação positiva do contrato, não só em relação à expressão propriamente dita, mas também à sua efetividade no âmbito do direito civil brasileiro. Isso porque, de fato, a boa-fé objetiva impõe aos contratantes um regramento de conduta em todas as fases contratuais. No entanto, questiona-se, por exemplo, a efetiva utilidade da violação positiva do contrato, ao sabor da metodologia civil-constitucional, em razão do amplo arcabouço teórico-normativo afeto ao inadimplemento das obrigações, que poderá ocorrer a partir da violação de um dever de conduta ou de um dever de prestação, considerando o interesse do credor. Sobre os apontamentos da doutrina quanto aos aspectos suscitados, cf. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 97-118; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 108; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 230-268; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 101/2015, p. 181 – 205, Set - Out / 2015. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/425>. Data de acesso: 27/04/2021.

³³⁸ SILVA, Rodrigo da Guia. *Inadimplemento e violação positiva do contrato*, cit., p. 133-135.

³³⁹ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 54.

uma cláusula moral expressa, esta seria implícita em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva.³⁴⁰

Entretanto, uma das dificuldades ao se tratar a abrangência³⁴¹ de uma cláusula moral está, justamente, na detecção dos deveres que ela enuncia e se ordem jurídica assim permite, pois, as concepções morais são eminentemente voláteis, isto é, uma conduta reputada amoral, desprezível ou indecorosa para uma pessoa pode não o ser para outra.³⁴² Nessa ótica, será necessário estabelecer critérios mais objetivos para estabelecer quais comportamentos podem ensejar a violação da boa-fé objetiva e, numa análise paralela, da cláusula moral.

Nessa empreitada, Karl Larenz identifica três direções nas quais a boa-fé poderá ser analisada: (i) a do devedor, a fim de que cumpra a sua obrigação sem se restringir à letra do instrumento pactuado, mas também ao seu espírito, de modo a satisfazer o que o credor dele razoavelmente espera; (ii) a do credor, que detém a obrigação de realizar o seu direito em correspondência à confiança depositada pela outra parte e à consideração altruísta que ela possa pretender; e (iii) a de ambos os participantes da relação, a fim de que atendam ao sentido e à finalidade da relação, com uma consciência honrada.³⁴³

Aplicando o mesmo pensamento à cláusula moral, Ana Paula Parra Leite e Zilda Mara Consalter apresentam como chaves de reflexão no caso concreto qual o comportamento que se espera de um atleta ou de uma celebridade, considerando-se “seu grau de influência para ‘transferir’ seus qualificativos para determinado produto” e a extensão da publicidade do caso – o que, diga-se, pode repercutir sobre os eventuais danos oriundos do mau comportamento –, bem como o tipo de produto ou marca anunciado pelo contratado.³⁴⁴

Assim, para as autoras acima mencionadas, mostra-se possível a admissão das cláusulas morais no sistema jurídico brasileiro, desde que

[...] obedeça aos limites contratuais corriqueiros, não acarretando uma limitação ao princípio da autonomia da vontade, mas também respeitando o princípio da boa-fé como gerador de obrigações satelitárias ao contrato (tais como a probidade e a colaboração entre os pactuantes) e impondo deveres que sequer foram lembrados

³⁴⁰ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 54-55.

³⁴¹ EPSTEIN, Caroline. *Moral Clauses: past, present, and future...*, cit., p. 72-106.

³⁴² CHASE, Christopher. *A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts*, cit.

³⁴³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de J. Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 148, apud LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 55.

³⁴⁴ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro*, cit., p. 55.

pelos contratantes quando da redação do mesmo. O que não significa que possam ser esquecidos ou inobservados.³⁴⁵

Tal premissa estabelece que os deveres de conduta gerados pelas cláusulas morais refletem aqueles impostos pela boa-fé objetiva, o que, em alguma medida, faz sentido em razão do duplo conteúdo do direito à imagem, sobre a qual versam os contratos publicitários objetos deste estudo. Mas tão somente ao aspecto patrimonial.

Em linhas gerais e sem a pretensão de adentrar de forma detalhada à discussão relativa ao inadimplemento das obrigações, a despeito das críticas da doutrina, emerge a defesa da aplicação da teoria da violação positiva do contrato quando houver situações de descumprimento contratual que não se aplicam na dicotômica separação de “inadimplemento absoluto” e “inadimplemento relativo”.³⁴⁶ Assim, trata-se de uma eventual saída para o descumprimento de cláusulas morais, posto que não denotam a prestação principal dos contratos em que estão inseridas, revelando-se, então, “obrigações” acessórias geralmente de caráter negativo.

Nesse sentido, Mariana Barsaglia Pimentel aponta que,

como consequência básica e fundamental do descumprimento contratual, também nas hipóteses de violação positiva encontra-se a reparação dos danos ou o direito à compensação dos prejuízos, aplicando-se o artigo 389 do Código Civil acima transcrito. Os danos a serem reparados pela parte contratante faltosa engloba, como se sabe, os danos emergentes e os lucros cessantes. Outra possível consequência da violação positiva do contrato, para além da possibilidade de se exigir o cumprimento forçado da obrigação, é a resolução contratual – hipótese esta que deve ser empreendida em concreto diante das peculiaridades e características de cada obrigação e levando em consideração a “substancialidade” do inadimplemento [...]. O nosso Código Civil, por sua vez, permite à parte inocente que rescinda o contrato sem mensurar a gravidade do descumprimento.³⁴⁷

Logicamente, impende realizar alguns apontamentos. Parece que no caso de uma celebridade praticar um comportamento que não coadune com os deveres de conduta atrelados à boa-fé objetiva, como o dever de colaboração, ou, ainda, que esteja em desacordo com o pactuado, a empresa contratante poderá efetivamente buscar as medidas que melhor atendam o

³⁴⁵ LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. *O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro...*, cit., p. 55-56.

³⁴⁶ PIMENTEL, Mariana Barsaglia. *O contrato como instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2018, p. 141.

³⁴⁷ PIMENTEL, Mariana Barsaglia. *O contrato como instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas*, cit., p. 142.

seu interesse, como a renegociação ou a resolução do contrato, tal como ocorre no direito norte-americano.³⁴⁸

Contudo, além dos parâmetros já mencionados para delimitar as condutas colidentes com o que se espera da parte contratada para realizar os anúncios, é importante que se estabeleça uma relação direta entre o (mau) comportamento – em toda a sua amplitude – e o objeto ou a finalidade do contrato, no seu aspecto patrimonial, para fins de aplicação da boa-fé objetiva no que tange aos efeitos do descumprimento de seus deveres laterais.

No caso de Ryan Lotche, pensando na perspectiva do direito brasileiro, a conduta malsinada ocorreu “fora de serviço”, isto é, o atleta estava em horário de folga quando praticou o comportamento que levou os contratantes a encerrarem as ações com o atleta. Entretanto, parece que o ato praticado atenta contra o ordenamento jurídico, sendo, portanto, ilícito, razão pela qual atrairá a disciplina da responsabilidade contratual corriqueira, sendo desnecessário – embora possível³⁴⁹ – o recurso à violação positiva do contrato.

Diferentemente, mostra-se o caso ocorrido com a *youtuber* Yovana Mendoza, conhecida nas redes sociais como Rawvana³⁵⁰. A influenciadora digital ficou rapidamente conhecida na internet entre o público de crudiveganos ao compartilhar seu estilo de vida e hábitos alimentares, que compreendem o consumo de produtos sem origem animal e alimentos crus. Ocorre que, em certa ocasião, uma amiga da *influencer* publicou um vídeo em seu *Instagram*, no qual Rawvana estava num restaurante e aparecia com um filé de peixe sobre a mesa. A imagem viralizou e gerou descontentamentos e críticas entre seus seguidores, de modo que a credibilidade da jovem na internet foi ao chão, gerando reflexos nos patrocinadores de seu trabalho nas redes sociais.

Guardadas as proporções, justificativas e o desfecho do caso, constata-se que a influenciadora tinha sua imagem e reputação em grande parte vinculados à *cultura* vegana, o que lhe rendeu contratos de patrocínio de empresas que comercializam produtos veganos para, em última análise, alavancar suas vendas perante este público. Evidentemente, a imagem e a reputação da *youtuber* foram “transferidas” às marcas veganas contratantes, de modo que dos deveres básicos de conduta e de colaboração, próprios à boa-fé objetiva que incide nas relações contratuais, extrai-se que, em razão de o contrato ostentar esse objeto ou finalidade, a

³⁴⁸ Rememora-se que, no âmbito do direito norte americano, diante da violação de uma cláusula moral, o anunciante poderá buscar rescisão do contrato; suspender o contrato, mas manter os serviços do atleta ou da celebridade para um dia posterior; impondo uma penalidade financeira pelo comportamento "imoral", mas permitindo que o *endosso* continue; ou pleiteando indenização por violação do acordo. (CHASE, Christopher. *A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts*, cit.)

³⁴⁹ Consoante advogam Ana Paula Parra Leite e Zilda Mara Consalter.

³⁵⁰ Sobre o caso de Rawvana, cf. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47710433>. Data de acesso: 27/04/2021.

influenciadora não deveria inserir produtos de origem animal em sua vida cotidiana ou em sua dieta.

Apesar de o ato de escolher comer carne, por exemplo, refletir um exercício de liberdade individual, respaldado na autonomia existencial, nesse caso guardava relação direta com o objeto e finalidade do contrato, razão pela qual poderia ser limitado ao sabor da incidência da boa-fé objetiva, revelando-se, portanto, uma violação positiva ao contrato.

Nesse mesmo sentido, interessante perspectiva sobre o conteúdo de uma cláusula moral pode ser extraída, ainda que de forma análoga, a partir do julgado do Tribunal Superior do Trabalho³⁵¹ com relação à cláusula contratual – que, aqui, pode ser reputada cláusula moral –, na qual a empregadora “Vigilantes do Peso Marketing Ltda.” estipulou que uma parte de seus funcionários mantivesse o que se cunhou de “peso ideal”.³⁵² Na ocasião, uma trabalhadora foi demitida por justa causa pela referida sociedade empresária em decorrência da inobservância, pela empregada, de uma obrigação contratual de manutenção de seu “peso ideal”.³⁵³ No caso, a trabalhadora buscava a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que negou provimento ao seu recurso ordinário, mantendo a sentença que reconheceu a justa causa por insubordinação e indisciplina da obreira.

O TST entendeu que a cláusula obrigacional que determinava a manutenção do “peso ideal” não pode ser reputada como ilícita. Nesse sentido, explicou o Tribunal que “da exigência de tutela dos direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador é possível extrair o princípio segundo o qual a empregadora está impedida de realizar discriminações arbitrárias fundadas em qualquer circunstância pessoal do trabalhador.” Porém, poderá o contratante na relação de trabalho estabelecer “limites ao exercício pelos trabalhadores dos seus direitos, liberdades e garantias pessoais que se aplique àquelas relações de trabalho que exigem

³⁵¹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 2462-02.2010.5.02.0000*. Rel. Min. Red. Renato de Lacerda Paiva, Segunda Turma, julgamento em 27/02/2013, publicação em 26/03/2013.

³⁵² Para os principais aspectos relacionados ao caso “Vigilantes do Peso”, cf. “*Turma afasta justa causa de orientadora do Vigilantes do Peso demitida por engordar*”. In: *Notícias do TST*, fevereiro de 2013. Disponível em: <https://cutt.ly/Cbomb8a>. Data de acesso: 28/04/2021.

³⁵³ Para fins ilustrativos, as cláusulas obrigacionais às quais o TST faz menção estão assim redigidas: “REGULAMENTOS PARA A FUNÇÃO DE ORIENTADORA. 2. A Orientadora deverá ter seu Boletim de Sócio Vitalício (BSV) carimbado com sua pesagem todos os meses, na reunião mensal das orientadoras, cujo comparecimento é obrigatório. 3. A Orientadora deverá estar sempre dentro do peso que consta no BSV. Caso contrário, se no final de 3 meses não estiver dentro do seu peso, não poderá exercer o cargo de Orientadora. [...]” “RESPONSABILIDADES DA ORIENTADORA. 7. A orientadora deverá ter seu B.S.V. carimbado com sua pesagem todos os meses. Todas as semanas anotarà na parte superior a direita da folha de um dos registros de reuniões, gramas ou quilos, abaixo ou acima da sua meta... 8. Se a orientadora estiver acima do seu peso ideal, terá um mês para ficar outra vez dentro do seu peso. Se no final de 60 dias não estiver no seu peso ideal, será despedida.”

necessariamente, pela natureza particular das mesmas, uma conformidade do trabalhador com os objetivos da atividade prestada por sua empregadora.”

Da mesma forma como pode ocorrer nos contratos publicitários afetos à licença de uso da imagem, a vida privada de um garoto-propaganda, diante de circunstâncias especiais, poderá sofrer mitigações quando os atos por ele praticados possam interferir negativamente no adequado cumprimento do contrato ao sabor das expectativas do anunciante. Essa proposição revela um caráter excepcional, especialmente em razão da prevalência da tutela das situações existenciais no ordenamento jurídico brasileiro, porém é possível que determinadas circunstâncias, quando relacionada aos fins do contrato, sejam previstas por uma cláusula moral.

O mesmo raciocínio foi o aplicado pelo TST no caso “Vigilantes do Peso”, conforme se verifica nos seguintes excertos da referida decisão:

Há, pois, que reconhecer que a vida privada do trabalhador para efeitos laborais sofre derrogações quando circunstâncias especiais, relacionadas com o tipo de funções desempenhadas pelo trabalhador ou com a natureza particular dos interesses da empregadora, possam conduzir a que tais atos adquiram relevância disciplinar, por influírem negativamente sobre a expectativa de correto cumprimento da prestação laboral. Em certos casos excepcionais, quais sejam, naquelas relações caracterizadas por uma particular estrutura ou por vínculo fiduciário, nas quais a vida privada do trabalhador pode ter influência sobre a prestação de serviços, afigura-se-me lícita a imposição ao trabalhador de um padrão de condução da sua vida privada adequado aos interesses da entidade empregadora, pendendo sobre aquele o dever de abster-se de adotar comportamentos que prejudiquem os interesses desta, dignos de tutela, o qual decorre dos deveres de colaboração, de lealdade e de boa-fé, que configuram o adequado cumprimento do contrato de trabalho.

Cumprido destacar que o acórdão faz menção ao princípio da boa-fé objetiva e aos deveres de colaboração e lealdade para justificar a imposição de um padrão de comportamento ao trabalhador no âmbito de sua vida privada, que deve estar em total consonância com os interesses da empregadora, razão pela qual deverá o contratado se abster de comportamentos que possam macular aqueles interesses, que, de acordo com o julgado, são dignos de tutela.

De acordo com o Tribunal, considerando também o “perfil profissiográfico”, o contratante – nesse caso, o empregador –, durante o processo de recrutamento e seleção, poderá averiguar as características pessoais necessárias ao bom desempenho da função em questão, assim como as restritivas ou impeditivas, objetivando, em última análise, contratar profissionais com potencial para contribuir com o alcance da missão e dos objetivos empresariais.

Por essa razão, constata a Corte do Trabalho que a exigência de manutenção do “peso ideal” da empregada que se propõe ao exercício da função de “orientadora” dos “Vigilantes do

Peso” parece razoável frente aos objetivos propostos pelo empregador, sendo tal condição indissociável da própria natureza do empreendimento, não se tratando o caso de discriminação relacionada ao acesso ou à manutenção do emprego por ato injustificado do empregador, mas de poder diretivo referente às finalidades de sua atividade empresarial.³⁵⁴

Para o Ministro Redator do acórdão, o exercício de um direito, liberdade ou garantia pela pessoa do trabalhador apenas representará uma ofensa a direitos de outrem quando tal exercício infringir uma das obrigações provenientes do vínculo laboral ou da sua correta execução, objetivando salvaguardar os direitos, garantias e liberdades do trabalhador, de modo que sua vida privada não tenha relevância no âmbito de seu trabalho, exceto quando estritamente necessário à execução deste.

A partir desse raciocínio, conclui que é razoável que a companhia Vigilante do Peso, que se propõe a comercializar produtos e serviços voltados ao emagrecimento, estabeleça determinados padrões de comportamento a serem observados por seus empregados, pois, caso contrário, seria vazia qualquer mensagem ou discurso propagado pela “orientadora” do segmento. Arremata o Ministro Renato de Lacerda Paiva que a cláusula contratual relacionada à manutenção do “peso ideal” não ostenta qualquer ilicitude ou nulidade, uma vez que a funcionária se propôs ao exercício de uma função inerente à atividade da empregadora “Vigilantes do Peso”, devendo-se, portanto, analisar os efeitos da inobservância daquela obrigação.

À vista de tais argumentos, considerando as demais fontes formais afetas à relação de emprego, como o Regulamento Interno da Empresa, o TST afirmou que as cláusulas integrantes deste instrumento “nunca poderão ferir, no que já estabelecido em normas superiores (Constituição Federal, Leis, Normas Coletivas, etc.), referindo-se às condições menos vantajosas aos empregados.”

No caso “Vigilantes do Peso”, a cláusula em questão não possibilita ao empregador a dispensa imotivada da empregada por justa causa por indisciplina, pois

³⁵⁴ Nesse ponto, destaca-se o seguinte trecho do citado acórdão: “Com efeito, a própria denominação da empregadora justifica sua preocupação com o aspecto físico de seus empregados e a exigência de que aqueles se mantenham em seu *“peso ideal”*, já que uma *“orientadora”* que se apresenta fora dos padrões estabelecidos obviamente colocará em dúvida a eficácia dos métodos e produtos propagados pela empresa, a qual se denomina justamente de *“Vigilantes do Peso”*. Ressalte-se que há situações que exigem determinadas condições que são inerentes à própria função a ser desenvolvida no empregador, citando-se como exemplo o caso de um motorista profissional que é obrigado a fazer diversos exames periodicamente para se reabilitar e continuar a exercer aquela atividade. Não se trata aqui de discriminação relacionada a acesso ou à manutenção ao emprego por ato injustificado do empregador, mas, sim, de poder diretivo relacionado à própria finalidade do empreendimento e de sua plena liberdade em selecionar e manter empregados que sejam adequados, e assim permaneçam, à atividade desenvolvida pela empresa e aos fins a que se propõe.”

a demissão por justa causa, em razão de a reclamante não atingir o "*peso ideal*" a que se propôs no início do contrato de trabalho, é demasiadamente severa, sem observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade jurídicas que devem nortear as relações de trabalho, caracterizando abuso do poder disciplinar do empregador. Isto porque, o passar dos anos, indubitavelmente, traz ao corpo humano transformações indesejáveis e em determinados aspectos incontroláveis, como é o caso da diminuição do metabolismo orgânico e, em consequência, o aumento da massa corporal. Tais mudanças, pois, repita-se, muitas vezes incontroláveis, não podem ser consideradas, por óbvio, como fato gerador de indisciplina perpetrada pela autora, mormente considerando-se que o aumento de peso corporal, prejudica, antes, à saúde e o bem estar da própria autora. Não estamos aqui a falar, portanto, de ato de violação deliberado que caracterizaria a insubordinação alegada, mas sim, de mudanças orgânicas que antes de influenciar negativamente na prestação laboral, afeta a saúde, a própria vida, da trabalhadora.

Finalmente, o Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, entendeu pela inaplicabilidade da justa causa, no sentido de que o descumprimento da norma afeta à manutenção do "peso ideal" não pode ser considerado ato de indisciplina, uma vez que inexistente o requisito da tipicidade e adequação/proporcionalidade da sanção aplicada (justa causa) e o ato praticado pela funcionária (aumento de peso corporal), reformando-se, ao menos neste ponto, o acórdão anteriormente proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de modo a produzir os devidos efeitos na seara trabalhista.³⁵⁵

O caso narrado ilustra bem que, muitas vezes, os atos praticados pela parte contratada em sua vida privada podem ser intrínsecos à finalidade do contrato ou à própria atividade da marca anunciante, razão pela qual, ainda que não ilícito ou abusivo, poderá ser limitado em razão dos deveres de conduta extraídos do próprio instrumento contratual ou, ainda, dos valores do ordenamento.

Com efeito, à primeira vista, parece que imputar a um influenciador digital, por exemplo, o desfazimento do contrato em razão de seu aumento de peso representa ato claramente contrário à perspectiva de livre desenvolvimento da personalidade, pois o ganho de massa corporal é, muitas vezes, incontrolável e próprios de aspectos sobre os quais a pessoa

³⁵⁵ Permita-se a transcrição da parte dispositiva do acórdão do recurso de revista referente ao aludido caso: "ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer do recurso de revista quanto ao tema "Justa causa – descumprimento de cláusula contratual – exigência que a empregada mantenha peso corporal em nível compatível com os interesses da empresa", por violação ao artigo 482, 'h', da CLT (má aplicação) e, no mérito, dar-lhe provimento para, condenar a reclamada ao pagamento das parcelas rescisórias devidas pela demissão sem justa causa, inclusive a multa de 40% do FGTS, nos termos da fundamentação. Vencido o Exmo. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Relator. Por unanimidade, não conhecer do recurso de revista quanto ao tema "Redução salarial – diminuição voluntária da presença em reunião para controle do peso dos associados". Por unanimidade, não conhecer do recurso de revista quanto ao tema "Enquadramento Sindical – prescrição". Por maioria, não conhecer do recurso de revista quanto ao tema "Indenização por dano moral". Vencido o Exmº Ministro Jose Roberto Freire Pimenta que conhecia e provia o recurso para julgar procedente a ação, no particular, e condenar a reclamada a pagar indenização por dano moral no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais)."

pode não ter ingerência, como o metabolismo, ou até mesmo aqueles relacionados a questões de ordem psicológica.

No entanto, parece razoável que se o influenciador se propôs a anunciar produtos para emagrecimento e, no bojo de uma cláusula moral, lhe foi estabelecido a manutenção de um “peso ideal” – tal como no caso demonstrado –, restringindo-lhe o consumo de álcool ou a ingestão de comidas muito gordurosas, tem-se que a atividade para a qual foi contratado está intrinsecamente relacionada à manutenção de hábitos alimentares mais saudáveis e específicos, de modo que o seu patrocinador ou contratante tem geradas expectativas sobre condutas de colaboração e lealdade adequados aos fins do contrato. Dessa forma, caso o contratado viole tais comandos no âmbito de sua vida privada, é possível advogar que o descumprimento desses deveres dá causa ao encerramento do contrato ou a outras medidas pactuadas na cláusula ou, ainda que não pensadas pelos contratantes, pela violação à boa-fé objetiva.

De toda sorte, não parece que o princípio da boa-fé objetiva, ainda que em perspectiva de violação positiva do contrato, seja o suficiente para regular as diretrizes e os limites comportamentais que as partes devem seguir quando da estipulação do contrato. As situações jurídicas subjetivas nas quais se insere a cláusula moral não ostentam, a priori, natureza patrimonial. Nos contratos que têm por objeto o direito à imagem, compreendida no aspecto da imagem-atributo, o objeto do contrato é personalíssimo, isto é, uma das prestações (se assim se considerar) tem objeto existencial. Assim sendo, não parece adequado afirmar que é apenas a boa-fé objetiva que salvaguarda a admissibilidade ou a aplicação da cláusula moral no âmbito do direito civil brasileiro, na medida em que o referido princípio tem por escopo reger as relações patrimoniais, impondo-lhes limites internos, sendo insuficiente como parâmetro para o juízo de merecimento de tutela das já esmiuçadas situações jurídicas dúplices.

No estudo das cláusulas morais, como amplamente demonstrado, estão em voga interesses patrimoniais e extrapatrimoniais, de modo que a limitação aos atos de autonomia existencial carece de um olhar mais detido, uma vez que a boa-fé objetiva, em princípio, não deve ser utilizada como mecanismo limitador da autonomia existencial, papel que poderá ser desempenhado pela cláusula geral de bons costumes, conforme se verá a seguir.

3.2 A cláusula geral de bons costumes como guardida normativa da cláusula moral

A boa-fé objetiva, como visto, desempenha um papel de destaque na doutrina civilista na atualidade, representando a expressão da solidariedade social no bojo das relações

privadas.³⁵⁶ A partir do Código Civil de 2002, o referido princípio passou incidir sobre todas as relações jurídicas, tanto na teoria geral, quando no direito contratual, de modo a produzir efeitos em todas as fases contratuais, quais sejam, pré-contratual, contratual e pós-contratual.³⁵⁷

Assim, desvinculando-se de sua concepção subjetiva, como estado de consciência, a boa-fé passou a exigir comportamentos consentâneos aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração, visando atingir os objetivos a que se propõe a relação obrigacional³⁵⁸, para além da abstenção de comportamentos indesejados.

Contudo, como decorrência de seu prestígio e sua constante presença na atividade doutrinária, a boa-fé objetiva passou por um processo de esvaziamento de seu conteúdo devido à sua utilização exagerada, servindo arbitrariamente como justificativa ética a uma série de decisões judiciais que não guardam relação técnica com seu conteúdo e com suas funções, ao que Anderson Schreiber estabelece crítica e trata como “superutilização da boa-fé”.³⁵⁹ Esse fenômeno, por assim dizer, pode ser exemplificado pela tentativa de ampliar o alcance da boa-fé objetiva para as relações existenciais³⁶⁰, operando como limite à autonomia existencial.

A despeito dessa visão ampliadora da boa-fé objetiva, deve-se considerar que as situações jurídicas existenciais e patrimoniais apresentam diferenças importantes, de modo que na disciplina afeta às primeiras parece inadequada a aplicação da boa-fé objetiva.³⁶¹ A afirmativa encontra-se amparada no fato de que a sua aplicação repudia os atos considerados desleais, inadmitindo-se “voltar contra os próprios atos” (*venire contra factum proprium*). Isso porque “uma das marcas distintivas da autonomia existencial é a possibilidade de mudar de ideia e redefinir os atos já praticados em sentidos diferentes.”³⁶²

Nesse sentido, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro advoga que a limitação da autonomia existencial, uma vez que decorrente da dignidade da pessoa humana, deve ser realizada pela cláusula geral de bons costumes. Em seu meticoloso estudo, já referido no capítulo anterior, a autora explicita que o Código Civil já menciona outros instrumentos (ou

³⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 55.

³⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre os princípios contratuais e a relatividade dos contratos. *Revista de Direito Renovar*, v. 46, set./dez. 2015, p. 46.

³⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre os princípios contratuais e a relatividade dos contratos*, cit., p. 47

³⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 406-407.

³⁶⁰ Nesse sentido, cf. SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 457.

³⁶¹ VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 163-167. Vale salientar que a autora admite o recurso à boa-fé apenas nas relações familiares, em sua concepção subjetiva, ou nas relações que versem sobre aspecto predominantemente patrimonial, mas jamais para limitar indistintamente os atos de autonomia existencial.

³⁶² VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 167.

cláusulas gerais) para impor limites internos e externos à autonomia privada patrimonial, como é o caso da própria boa-fé e da função social.

Nesse contexto, importante estabelecer o conteúdo da cláusula geral de bons costumes a partir da imposição de comportamentos colaborativos, aproximando-a com as funções já consagradas e desempenhadas pela boa-fé objetiva com relação ao exercício das situações subjetivas patrimoniais.

Antes disso, elucida-se que a noção de costumes tradicionalmente refere-se a práticas reiteradas no tempo e que consolidam uma ideia de moralidade social. Trata-se, em verdade, de um contraponto entre o passado e o presente de acordo com um conjunto de valores construídos no seio do tecido social, resultando em uma tradição que, em tese, deveria ser considerada como regra. Assim, este conjunto de práticas repetitivas compunha a moral social e, num juízo de qualificação dos costumes como bons ou maus, estes últimos seriam considerados indesejáveis para a ordem jurídica e social.³⁶³ Em razão desse o olhar ao passado que a ideia de costumes remete, fica improvável e comprometida a sua observância como projeção para o futuro.

De fato, a expressão é aberta e suscita inúmeras interpretações. De toda sorte, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro propõe uma releitura da noção de bons costumes considerando a cláusula geral de bons costumes à luz da Constituição. Para tanto, afirma a autora que, a partir de uma técnica legislativa com base na abertura do sistema, os bons costumes passam a referir-se a uma projeção para o futuro ao sabor da moralidade constitucional, rompendo com a cristalizada e retrógrada concepção de moral social. Ou seja, a noção os bons costumes, de acordo com a autora, “volta seus olhos para o futuro, a fim de impregnar de sentido constitucional as práticas que ainda serão consolidadas.”³⁶⁴

Certamente, a técnica legislativa de abertura do sistema, consubstanciada nas cláusulas gerais, no alto de seu potencial democratizante, permite maior autonomia ao intérprete e possibilita o alcance do maior número de hipóteses possíveis, impondo, de outro lado, um dever mais amplo e minucioso de fundamentação das decisões. Traduz, então, a oxigenação do sistema jurídico justamente por possibilitar a incidência direta dos princípios constitucionais nas relações jurídicas de toda ordem.

De todas as funções operadas pelas cláusulas gerais, destaca-se que, no bojo do presente estudo, a cláusula geral de bons costumes funciona como limite externo aos atos de autonomia privada existencial quando este puder ser categorizado como de eficácia interpessoal ou

³⁶³ VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 168-169.

³⁶⁴ VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 169.

social.³⁶⁵ Ou seja, haverá limites à autonomia existencial “diante de condutas que impedem a fruição dos espaços recíprocos de liberdade.”³⁶⁶

Quanto às funções que desempenha, a cláusula geral de bons costumes está para a autonomia existencial, assim como o princípio da boa-fé está para a autonomia patrimonial. Dessa forma, torna-se plausível a importação da tríplice função da boa-fé para a cláusula geral de bons costumes, de modo que ambas desempenham papéis de (i) cânone interpretativo; (ii) geradoras de deveres; e (iii) limitadoras de direitos.

A função de *cânone interpretativo* indica a ideia de que, em todas os casos de exercício da autonomia existencial, deverá incidir a observância da pluralidade de valores que conformam a ordem constitucional, à luz do princípio da solidariedade e do pluralismo democrático nas relações privadas. Nessa ótica, estará o intérprete vinculado à moralidade constitucional com vistas à efetivação da tutela e promoção da dignidade da pessoa humana.

A função *criadora de deveres* impõe ao intérprete uma conduta positiva/colaborativa na ocorrência de circunstâncias jurídicas relevantes para esferas jurídicas alheias ao seu titular. Nesse contexto, da cláusula geral de bons costumes decorrem deveres como autonomia corporal, as condições do negócio jurídico, deveres de cooperação e de cuidado, dentre outros.³⁶⁷

A função *limitadora*, finalmente, refere-se à cláusula geral de bons costumes como “barreira que não pode ser transposta por força dos imperativos constitucionais decorrentes da dignidade da pessoa humana.”³⁶⁸ É por essa razão que se afirma o seu papel de limitar os atos de autonomia privada existencial no âmbito da eficácia interpessoal ou social.

Dessa forma, diz-se que o ato de autonomia existencial somente comportará limitação para proteger interesses existenciais juridicamente relevantes de pessoas afetadas pelo ato de autonomia alheio, momento em que a cláusula geral de bons costumes operará efeitos.

No mesmo sentido, porém partindo de outra premissa, Ana Carolina Brochado Teixeira entende que a limitação à autonomia privada patrimonial será operada pela solidariedade, enquanto nas situações jurídicas existenciais prevalecerá lógica da liberdade:

³⁶⁵ Consoante explicitado no item 2.3, supra.

³⁶⁶ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 178.

³⁶⁷ O Código Civil de 2002 faz menção a um rol não exaustivo de deveres criados a partir da incidência da cláusula geral de bons costumes. São eles: artigo 13, caput e parágrafo único; artigo 122; artigo 187; artigo 1.335, IV; artigo 1.638, I, II e III. Os dispositivos citados referem-se à autonomia corporal, às condições do negócio jurídico, ao abuso do direito, às relações condominiais e à autonomia familiar, como é o caso dos deveres de cooperação e de cuidado, dever de manutenção do status quo, dever de oitiva, deveres de não mercantilização e não instrumentalização, além dos deveres de uso funcional da unidade habitacional e de colaboração deliberativa dos condôminos. (VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 181.)

³⁶⁸ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 181.

Entretanto, mesmo em situações existenciais, é possível pensarmos em limites, pelo fato de vivermos em sociedade. Logo, o exercício da liberdade só é ilimitado quando alude a aspectos existenciais do próprio titular, em nada afetando a esfera jurídica “do outro”. Quando “entram em cena” terceiros, aspectos de solidariedade já devem ser invocados de modo a vedar o exercício amplo da liberdade; trata-se da interferência da alteridade, que tem sua justificativa na intersubjetividade. Contudo, quando as questões se referem apenas à subjetividade, deve-se entender presente apenas manifestações genuínas de liberdade.³⁶⁹

Com efeito, a verificação das funções operadas pela cláusula geral de bons costumes nos atos de autonomia privada existencial revela especial importância para a análise das chamadas cláusulas morais. Os comportamentos que compõem o conteúdo de uma cláusula moral, como visto, devem ser colaborativos, tanto da ótica da boa-fé objetiva, como na ótica da cláusula geral de bons costumes.

No caso desta última, deve-se salientar que os atos de autonomia existencial praticados pelas celebridades contratadas devem corresponder aos valores inscritos na concepção de moralidade constitucional, atendendo aos deveres decorrentes da cláusula geral de bons costumes. Isso porque, qualquer comportamento dissonante, permitirá a limitação da autonomia existencial, o que poderá repercutir diretamente no contrato.

O artista contratado como porta-voz de uma determinada marca tem protegido e estimulado pela ordem jurídica o livre exercício de sua autonomia existencial, a despeito da cessão relativa do uso de sua imagem para anunciar determinado produto. No entanto, o exercício da autonomia existencial deve ser coeso com os valores inscritos no ordenamento, pois, caso contrário, poderá sofrer limitações externas.

Assim, no contexto das cláusulas morais, se o comportamento privado de determinado influenciador digital, por exemplo, ensejar repressão por parte do ordenamento, em decorrência da análise da função promocional do direito, não será merecedor de tutela e, nesse caso, a cláusula poderá incidir e produzir efeitos no contrato, ainda que a conduta não se relacione com o objeto ou a finalidade do contrato. Como visto, reputa-se abusivo o ato que é exercido de modo contrário aos valores associados àquela situação subjetiva, o que poderá gerar consequências jurídicas diversas.

Dito de outro modo, se o ato de autonomia existencial afrontar a moralidade constitucional, podendo adentrar a esfera jurídica de outras pessoas, dará causa à tutela proibitiva do ordenamento. A cláusula moral, então, pode prever que a celebridade não adote determinados comportamentos que violem os valores do ordenamento, considerando-se as

³⁶⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autonomia existencial*, cit., p. 101

especificidades do contrato, tanto do ponto de vista patrimonial – apelando-se à boa-fé objetiva –, quanto do ponto de vista existencial em relação à moralidade constitucional, aplicando-se a cláusula geral de bons costumes.

Portanto, se o (mau) comportamento guardar relação com o objeto ou a finalidade do contrato, ressoa mais adequado a utilização da boa-fé objetiva como parâmetro de controle da autonomia e legitimação das cláusulas morais, sendo certa a produção de efeitos para atrair as consequências de seu descumprimento. Se, de outro lado, o ato de autonomia existencial de eficácia social – ou seja, que possa causar lesão ou risco real de lesão à coletividade – não guardar relação com a finalidade do contrato, mas for considerado não merecedor de tutela (pois exercido de forma abusiva, ou seja, contrária aos valores e interesses associados à própria situação subjetiva), o parâmetro de controle do ato e de legitimação do recurso à cláusula moral será a cláusula moral de bons costumes.

Ilustrativamente, imagine-se que determinada publicação de um garoto-propaganda numa rede social traduz-se em discurso de ódio e incitação a práticas nocivas e discriminatórias a determinadas pessoas ou setores vulneráveis da sociedade, gerando uma onda generalizada de boicotes à marca que representa. A despeito da liberdade de expressão, o ato de autonomia poderá ser limitado em razão da ofensa à cláusula geral de bons costumes, o que inclusive autoriza o contratante a romper o contrato.

De fato, o que mais tem se visto nas redes sociais virtuais é a prática de condutas privadas de porta-vozes de marcas – em geral dissociadas do contrato –, como emissões de opinião ou publicações em redes sociais, gerarem intensa reprovabilidade social. Nesse caso, trata-se do efeito do gozo de um direito fundamental – a liberdade de expressão – que está a provocar um atentado à própria imagem do contratado e, conseqüentemente, repercutindo negativamente na imagem pública do contratante. A vinculação da imagem do contratado à determinada marca ou produto, no que tange aos contratos publicitários, poderá ensejar perda patrimonial concreta e, ainda, a desmoralização do anunciante, razão pela qual poderá o contratante recorrer à cláusula moral para encerrar o contrato ou tomar alguma outra medida que entenda cabível, como pleitear a reparação por eventuais danos morais e patrimoniais que o garoto-propaganda possa ter lhe causado.

Caso semelhante ocorreu com o *youtuber* Júlio Cocielo durante a Copa do Mundo Rússia 2018.³⁷⁰ O influenciador digital publicou na rede social *Twitter* um pequeno texto de

³⁷⁰ Sobre o caso ocorrido com Júlio Cocielo, cf. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/07/apos-post-considerado-racista-sobre-jogador-frances-youtuber-julio-cocielo-perde-patrocinadores.shtml> . Data de acesso: 28/04/2021.

conteúdo julgado racista referindo-se ao jogador francês Kylian Mbappé, levando grandes marcas e empresas a encerrarem os contratos de patrocínio que possuíam com o *youtuber*. Dentre elas, estão a marca de material esportivo Adidas, o Banco Itaú e a varejista virtual Submarino.

Ele escreveu em seu perfil na mencionada rede social: “Mbappé conseguiria fazer uns arrastão top na praia hein (sic)”. As marcas e empresas, por conseguinte, em nota, afirmaram seu descontentamento e reprovação à conduta discriminatória do influenciador, destacando que têm o respeito à diversidade como valor inerente. Iniciou-se, então, uma erupção nas redes sociais e internautas começaram a vasculhar as redes sociais do rapaz e encontraram *tweets* antigos ofensivos e de cunho racista.

No caso em tela, é possível afirmar que a quebra dos contratos de patrocínio ocorreu em razão da violação da cláusula moral, expressa ou não, haja vista que a conduta do influenciador digital apresentou-se, ao mesmo tempo em desconformidade com os valores de igualdade e solidariedade inscritos no ordenamento, bem como de forma disfuncional com o exercício da liberdade de expressão, gerando, por conseguinte, impacto negativo à coletividade, com possibilidade de dano efetivo ou risco real de dano, bem como violação à cláusula geral de bons costumes no que concerne à moralidade constitucional.

Em novembro de 2020, durante uma transmissão ao vivo através de seu canal no *YouTube*, o colunista Rodrigo Constantino, ao comentar a absolvição de André de Camargo Aranha, acusado de estuprar a influenciadora digital Mariana Ferrer³⁷¹ em 2018, declarou que não faria a denúncia se a sua filha tivesse sofrido um estupro enquanto estivesse bêbada. Evidentemente, as polêmicas declarações de Constantino provocaram repercussão negativa imediata nas redes sociais, o que levou à demissão³⁷² do colunista das emissoras de rádio e dos editoriais em que trabalhava. As demissões foram justificadas pela desaprovação das emissoras ao conteúdo publicado pelo escritor, mesmo que em seu canal pessoal, afirmando que tais opiniões são independentes e não representam a opinião das respectivas empresas.

³⁷¹ O caso Mariana Ferrer ficou amplamente conhecido na mídia, principalmente nas redes sociais, após a divulgação da gravação de uma audiência realizada por videoconferência, na qual Mariana, vítima de estupro, foi desqualificada e desrespeitada pelo advogado do réu. O desfecho do caso foi pela absolvição do réu por insuficiência de provas. Sobre os desdobramentos do caso, cf. BARDELA, Ana. In: *Universa*, Uol, novembro de 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/11/10/caso-mari-ferrer.htm>. Data de acesso: 28/04/2021.

³⁷² Rodrigo Constantino foi demitido da Rádio Jovem Pan, Record TV, Rádio Guaíba e Correio do Povo. Para maiores detalhes sobre as consequências das declarações de Constantino, cf. <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2020/11/04/rodrigo-constantino-e-demitido-da-jovem-pan-nao-resistiram.htm> e <https://istoe.com.br/rodrigo-constantino-e-demitido-do-grupo-record-apos-fala-sobre-estupro/>. Data de acesso: 28/04/2021.

Ainda que o caso narrado possa tratar de contrato de trabalho ou de prestação de serviços – nesse caso não buscando necessariamente fins publicitários –, servirá, da mesma forma, para ilustrar o exercício disfuncional da liberdade de expressão – desta vez, jornalística –, com possível apologia a um ato ilícito ou criminoso. Caso Rodrigo Constantino fosse contratado para anunciar produtos de uma determinada marca, as mesmas declarações polêmicas que deu em seu canal pessoal no *YouTube* poderiam ensejar a violação à cláusula moral pela inobservância da cláusula geral de bons costumes, devendo sua conduta pessoal ser limitada. Isso porque, ainda que não relacionadas à finalidade do contrato publicitário, poderia ensejar danos às empresas detentoras dos produtos para os quais “transferiu” a sua imagem, justificando-se eventuais medidas afetas ao descumprimento da cláusula moral.

A fim de se realizar considerações sobre o conteúdo da cláusula moral nessa ótica de limitação da autonomia existencial, estabelece-se como premissa inafastável a tutela da dignidade da pessoa humana no que concerne aos seus desígnios de livre desenvolvimento da personalidade e da aptidão para realizar o projeto de vida. Assim, importante lembrar que o ordenamento jurídico veda a instrumentalização da pessoa humana para o atendimento de finalidades econômicas, sendo este (o dever de não instrumentalização) um dos deveres correspondentes à cláusula geral de bons costumes.³⁷³ Portanto, qualquer ato reflexo da autonomia negocial que, mesmo indiretamente, busque essa finalidade não merecerá tutela do ordenamento jurídico, uma vez que viola a dignidade da pessoa humana.³⁷⁴

Nesse sentido, veja-se o caso ocorrido com algumas atletas norte-americanas patrocinadas pela Nike, como a velocista Allyson Felix, que denunciaram a redução de seus contratos de patrocínio com a marca após terem se tornado mães.³⁷⁵ Apesar do anúncio feminista da Nike, narrado pela tenista Serena Williams, foram reveladas inúmeras contradições entre os alegados valores de empoderamento feminino e a prática negocial após os relatos das esportistas.

As atletas narram que, após a concretização de seu projeto parental através da gestação, tiveram seus salários substancialmente reduzidos, além de não terem direito à licença-

³⁷³ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*, cit., p. 180.

³⁷⁴ Para Rose Melo Vencelau Meireles, “não há merecimento de tutela se o contrato é fonte de violação à dignidade humana, mesmo que sob o manto da autonomia privada. A consequência é a nulidade da cláusula ou do contrato, dependendo da importância da cláusula viciada para a conservação do mesmo, nos termos no art. 184 do Código Civil.” (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 281-282.)

³⁷⁵ MONGE, Yolanda. *Uma polêmica constrangedora para a Nike*. In: *El País, Deportes*, maio de 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/23/deportes/1558611884_769345.html. Data de acesso: 28/04/2021.

maternidade. Allyson Felix, por exemplo, em artigo publicado ao jornal *The New York Times*³⁷⁶, declarou que a Nike lhe ofereceu 70% a menos do que ganhava após ter dado à luz. Ela explica que ainda tentou pedir à companhia que não lhe punisse com a redução de seus ganhos caso não atingisse o melhor desempenho nos meses após o nascimento de seu filho, proposta que foi rejeitada pela Nike.

Após toda a repercussão negativa gerada em torno das polêmicas medidas tomadas pela Nike, a companhia resolveu modificar as suas políticas de salário e licença-maternidade para as atletas que engravidarem durante a vigência de seus respectivos contratos publicitários com a marca.³⁷⁷

Certamente, o projeto parental decorre da perspectiva de livre realização do projeto existencial da pessoa humana e este ato de autonomia privada existencial não se afigura passível de limitação pela estipulação de uma cláusula moral. Logicamente, não se trata de comportamento amoral ou indecoroso, que costumam compor as cláusulas morais, mas sim de uma conduta inscrita na autonomia da mulher como reflexo do direito ao planejamento familiar e que, em geral, não pode ser limitada por uma cláusula moral, pois, se assim fosse, representaria ato plenamente discriminatório da perspectiva de gênero, o que é vedado pela ordem jurídica.

Nada obstante, não parece impeditivo às marcas que desejarem realizar contratos publicitários com celebridades ou atletas estabeleçam medidas que possam ser tomadas nos casos de gravidez, como a suspensão do contrato com a manutenção dos salários ou com a previsão de que os anúncios sejam realizados em data posterior ao período gestacional.

Nesse contexto, imagine-se o caso de uma influenciadora digital que é contratada por uma marca de cosméticos para realizar anúncios de determinada tintura de cabelo, de modo que deverá se submeter a um procedimento de transformação na cor de seus cabelos. No curso desse contrato hipotético, a influenciadora descobre uma gravidez. Sabidamente, a maioria das

³⁷⁶ FELIX, Allyson. *Allyson Felix: My own Nike pregnancy story*. In: *The New York Times, Opinion*, maio de 2019. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2019/05/22/opinion/allyson-felix-pregnancy-nike.html>. Data de acesso: 28/04/2021.

³⁷⁷ Sobre a mudança na política de licença-maternidade para atletas, cf. “*Após polêmica, Nike muda política de licença maternidade para atletas*”. In: *Istoé Dinheiro*, agosto de 2019. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/apos-polemica-nike-muda-politica-de-licenca-maternidade-para-atletas/>. Data de acesso: 28/04/2021; e “*Após polêmica com multicampeã olímpica, Nike promete não penalizar atletas grávidas*”. In: *Diário de Notícias, Desportivos*, agosto de 2019. Disponível em: <https://www.dn.pt/desportos/nike-volta-atras-e-vai-manter-patrocínio-a-multi-campea-olimpica-que-foi-mae-11218437.html>. Data de acesso: 28/04/2021.

tinturas de cabelo possuem acetado de chumbo em sua composição, razão pela qual não são recomendadas para gestantes.³⁷⁸

Assim, é possível que as partes antevejam a possibilidade de ocorrência de uma gravidez e estabeleçam parâmetros para a realização dos fins publicitários, como a suspensão do contrato ou que a prestação que couber à divulgação dos produtos a ser realizada pela influenciadora ocorra em data posterior à gestação. Vale salientar, ainda, que encerrar o contrato por este motivo poderá representar ato discriminatório no caso concreto e, conseqüentemente, contrário aos valores do ordenamento, o que permite, inclusive, que a parte contratada possa pleitear a reparação por eventuais danos que venha sofrer em razão da rescisão unilateral abusiva.

3.3 A profilática utilização da cláusula moral em tempos de vigência da “cultura do cancelamento” na internet

Diante das premissas apresentadas anteriormente, parece admissível a utilização de cláusulas morais nos contratos publicitários, desde que, em resumo, atendam aos ditames da boa-fé objetiva a partir de seus deveres laterais de colaboração considerando-se um padrão de conduta a ser praticado pelo contratado que atenda às expectativas do contratante com relação às finalidades do negócio, consubstanciadas na dita transferência da imagem e da boa reputação daquele que realizará os anúncios de determinado produto ou marca.

Raciocínio semelhante se aplica na utilização da cláusula geral de bons costumes para abrigar o recurso à cláusula moral quando o ato da vida privada do contratado, ainda que não guarde relação com as finalidades do contrato, possa produzir efeitos danosos concretos ou potenciais sobre a coletividade e, como resultado, impactar negativamente a imagem pública do contratante. Nesse caso, o ato de autonomia existencial que não merece tutela do ordenamento – pois exercido de forma disfuncional – será limitado e poderá autorizar o contratante a tomar as medidas previstas na cláusula ou, ainda, aquelas extraídas do próprio ordenamento.

Consoante se demonstrou, vige hoje na sociedade um período tomado pela efervescência das redes sociais virtuais e o acesso a todos os tipos de conteúdo e informações torna-se cada vez mais instantâneo e célere, conduzindo ao fenômeno da viralização. Assim,

³⁷⁸ O Parecer Técnico nº 1, de 15 de dezembro de 2015, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) estabelece diretrizes sobre a utilização de acetato de chumbo em tinturas capilares, recomendando que a embalagem de tais produtos sinalizem que não devem ser utilizados durante a gravidez. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/sectorregulado/regularizacao/cosmeticos/pareceres/parecer-tecnico-no-1-de-15-de-dezembro-de-2008>. Data de acesso: 28/04/2021.

uma foto ou um vídeo publicado numa rede social pode rapidamente tornar-se viral e atingir um incontável número de pessoas. Estas, por sua vez, estão cada vez mais desprendidas da vida e do contato físicos para estabelecer vínculos virtuais, seja no campo das relações afetivas (“interpessoais”), seja nas relações de consumo. Quanto a estas últimas, mesmo antes do período pandêmico que assolou o mundo no ano de 2020, deixou-se de frequentar as lojas físicas por estímulo de panfletos ou *outdoors*, o que facilitou a vida das pessoas que não tem tempo no mundo globalizado, uma vez que a internet facilitou o acesso aos bens de consumo.

Nesse sentido, a publicidade precisou se reinventar para acompanhar os influxos da tecnologia nas relações de consumo e alavancar não só a divulgação de produtos e serviços através de anúncios, como também aumentar as vendas, já que se vive na chamada sociedade do consumo. As redes sociais, então, passaram a representar uma grande aliada nas estratégias de publicidade e *marketing*, pois, além do diuturno crescimento do consumo, as pessoas estão cada vez mais conectadas.

Aliada a isso, está a (auto)exposição na internet ao sabor da abdicação em alguma medida de direitos da personalidade como o direito à imagem e à privacidade. A já suscitada disponibilidade relativa do direito à imagem culmina na possibilidade de utilização de seu conteúdo patrimonial, o que serve às marcas que desejam anunciar seus produtos e serviços através das ferramentas digitais. Justamente nesse contexto, surgiu a figura do influenciador digital, cujo engajamento nas redes sociais (medido a partir de interações, curtidas, comentários, dentre outros fatores) mostrou-se poderosa ferramenta de rentabilidade para as empresas. Sem qualquer sombra de exagero, é possível afirmar que todos os dias surgem novos influenciadores digitais, levando as marcas a celebrarem contratos de altos valores para ter os seus produtos divulgados e até vendidos por esses profissionais³⁷⁹. Importante lembrar que profissionais que realizem outras profissões como atividade principal, a exemplo dos artistas, também podem ser considerados influenciadores digitais, desde que contratados por empresas para fazer a divulgação de seus produtos a partir dos seus perfis pessoais (ou profissionais) nas redes sociais.³⁸⁰

No outro polo da exposição *online*, reside o aspecto da constante observação e vigilância sobre as condutas e palavras advindas dos chamados influenciadores digitais. A construção dessa identidade virtual faz com que nenhuma fala ou comportamento, *online* ou *offline*, passe

³⁷⁹ A atividade de influenciador digital ainda enseja inúmeras controvérsias no meio jurídico por diversos motivos, que vão da ótica das relações de trabalho ao campo da responsabilidade civil. No primeiro caso, há muitos cursos voltados à formação de influenciadores digitais, sendo, por esse motivo, que se está considerando essa atividade como profissional.

³⁸⁰ Conforme explicitado no item 1.3.1, *supra*.

despercebido diante do olhar atento e julgador de tantos seguidores. Assim, qualquer deslize cometido por um influenciador digital que vá contra os valores defendidos pelos internautas, pode ensejar uma onda de reprovabilidade com a viralização – e aí o efeito adverso de tal fenômeno – de uma onda de denúncias que visam a anulação de sua reputação, muitas vezes sem sequer oportunizar defesa. A essa circunstância cunhou-se de “cultura do cancelamento”.

Com efeito, como os cancelamentos na internet geralmente se direciona a celebridades, atletas ou aos próprios influenciadores, isto é, a pessoas notoriamente conhecidas, é possível – e, na maioria das vezes é o que ocorre – que os seus efeitos repercutam nos contratos publicitários pactuados com anunciantes ou patrocinadores. Isso se dá em razão de a conduta praticada pelo contratado provocar uma onda de boicotes à determinada marca e a seus produtos, de modo que os “canceladores” desencorajam os usuários das redes sociais e os consumidores em geral a continuarem adquirindo aqueles produtos, pois atrelam o (mau) comportamento do influenciador à imagem pública da empresa a eles vinculada.

Nesse cenário, parece que a utilização de cláusulas morais nos contratos publicitários de influenciadores digitais é providencial, pois, como visto, ainda que os requisitos exigidos por uma cláusula moral sejam em parte imprevisíveis, é possível que as partes estipulem condutas que devem ser evitadas, ou seja, se o influenciador já souber previamente que há uma cláusula moral em seus contratos, é bem provável que modere os seus comportamentos (especialmente aqueles sabidamente polêmicos para determinada sociedade), minimizando, assim, a possibilidade de violar à disposição contratual restritiva e atrair as consequências jurídicas que lhe foram previstas no instrumento ou por força do ordenamento.

No ano de 2020, durante a pandemia de covid-19, a influenciadora digital Gabriela Pugliesi, conhecida por estimular cuidados com a saúde e bem-estar, foi duramente criticada e cancelada nas redes sociais em razão de ter desrespeitado a quarentena e as medidas de isolamento social determinadas pelo Poder Público e publicado um vídeo em que aparece dando uma festa com a presença de convidados.³⁸¹ A má repercussão diante de seus seguidores levou ao encerramento de diversos contratos de patrocínio³⁸² que algumas empresas mantinham com

³⁸¹ Sobre o caso de Gabriela Pugliesi, cf. GODINHO, Rafael. Pugliesi perde patrocinador após promover festa e furar quarentena. In: *UOL Tv e Famosos*, abril de 2020. Disponível em: <https://tvefamosos-uol-com-br.cdn.ampproject.org/c/s/tvefamosos.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/26/pugliese-perde-patrocinadores-apos-festinha-polemica-com-mari-gonzalez.amp.htm>. Data de acesso: 28/04/2021.

³⁸² Vale destacar: o aplicativo *Rappi* informou “que por ser contra qualquer atitude que não siga as recomendações de distanciamento social suspendeu as ações em parceria com a influenciadora em questão.”; a empresa de alimentação *Liv Up* declarou que “não apoia ou incentiva qualquer tipo de atitude que possa colocar em risco a saúde e o bem estar de qualquer pessoa e confirma que suspendeu todas as ações previstas e programadas com a influenciadora Gabriela Pugliesi, além de manter a postura semelhante com qualquer outro parceiro ou situação

a influenciadora, o que lhe custou um prejuízo estimado em milhões de reais, além da perda substancial de seguidores em seu Instagram, o que a levou a desativar a rede social.

Evidentemente, a ocorrência de uma pandemia com efeitos globais não parece ser comumente prevista no âmbito de qualquer contrato – embora agora o possa ser –, mas a inserção de uma cláusula moral nos contratos pode evitar justamente que comportamentos privados que coloquem em risco a saúde de terceiros não sejam realizados. No caso em exame, o comportamento reprovável da influenciadora se relaciona com a finalidade dos contratos pactuados, em razão de sua atividade nas redes sociais, o que demanda a observância da boa-fé objetiva no seu dever de colaboração, de modo que, em última análise, poderá mitigar – se não impedir – que ocorram prejuízos na monta daqueles sofridos por Pugliesi ou por seus patrocinadores.

O objetivo da cláusula moral nesse contexto é evitar condutas malsinadas ou nocivas por parte do influenciador, com vistas ao fiel cumprimento do contrato a partir do uso de sua imagem e reputação, não se revelando, nesse caso, limitação indiscriminada da autonomia privada existencial. Afinal, o ordenamento jurídico garante o direito de realizar uma festa, mas se a sua realização ensejar, além de violação a determinações sanitárias do Poder Público, lesão ou riscos de lesão à vida ou à saúde de terceiros, aquele ato de autonomia deve ser rechaçado e, paralelamente, as consequências previstas no contrato ou provenientes do ordenamento devem ser suportadas pelo titular daquela situação subjetiva.

Outro caso ilustrativo é o da *rapper* Karol Conká, que após sua participação na 21ª edição do *reality show* Big Brother Brasil (BBB 21), ocorrida no primeiro semestre do ano de 2021, coleciona prejuízos decorrentes do encerramento de contratos de patrocínios e do cancelamento de shows, o que, de acordo com a revista Forbes, pode ter lhe custado uma perda de até 5 milhões de reais.³⁸³ E não foram só os shows da cantora que foram cancelados, a participante do BBB 21 também foi “vítima” da cultura do cancelamento após ser amplamente criticada em razão de seus comportamentos abusivos e de ter praticado torturas psicológicas com outros participantes do programa.

simular que venha a ocorrer”, postura esta que foi seguida pela marca de bebida *Desinchá*; o Grupo *Hope*, de vestuário feminino, afirmou que as atitudes que estejam em desacordo com o distanciamento social não são apoiadas e declararam: “Estamos suspendendo as atividades de qualquer parceiro que não adote tais medidas.” (cf. FILIPPE, Mariana. Após perder patrocínios, Gabriela Pugliesi desativa conta no Instagram. In: *Exame Marketing*, abril de 2020. Disponível em: <https://exame.com/marketing/gabriela-pugliesi-perde-patrocínios-e-seguidores-apos-furar-quarentena/>. Data de acesso: 28/04/2021.)

³⁸³ NICOCELI, Artur; MIRELLE, Beatriz. Karol Conká pode perder até R\$ 5 milhões com polêmica no “Big Brother Brasil”. In: *Forbes*, fevereiro de 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/02/karol-conka-pode-perder-ate-r-5-milhoes-com-polemica-no-big-brother-brasil/>. Data de acesso: 28/04/2021.

Os posicionamentos adotados por Karol Conká durante a sua participação no *reality* foram reputados como discurso de ódio em razão de falas xenofóbicas, bem por violência psicológica realizada com outro participante, o que gerou intenso descontentamento nas redes sociais e repercussões diretas nas atividades desempenhadas pela artista. Por esses motivos, Conká foi eliminada do programa com recorde absoluto entre todas as edições anteriores, levando 99,17% dos votos dos telespectadores. Após sua saída, a artista tenta limpar a sua imagem pública e reestruturar sua carreira na música a despeito dos prejuízos, sendo, inclusive, tema de um documentário a ser exibido pela *Tv Globo* em sua plataforma de streaming³⁸⁴.

Os atos praticados pela cantora no programa mostram-se dissonantes com os valores do ordenamento, pois afrontam diretamente os comandos constitucionais de não discriminação e de igualdade, podendo representar, inclusive, uma violação à dignidade de outros participantes³⁸⁵ ou até mesmo da coletividade.

Nesse caso, o recurso à cláusula moral poderia servir como legitimação para as providências tomadas pelos contratantes em razão do mau comportamento da artista no reality, posto que não guarda qualquer relação com a concepção de moralidade constitucional, inscrita na cláusula geral de bons costumes. Ademais, a conduta polêmica e amoral praticada, ainda que não corresponda à finalidade do contrato, repercute negativamente sobre ele, podendo, inclusive, causar danos aos contratantes os quais estão vinculados à imagem e reputação da cantora, o que justifica e legitima as providências previstas na referida cláusula ou aquelas provenientes do ordenamento.

³⁸⁴ Uma plataforma de *streaming* é aquela que realiza a distribuição digital (isto é, pela internet) de conteúdo multimídia, como filmes, músicas e vídeos. O documentário sobre Karol Conká, por exemplo, intitulado “A vida depois do tobo”, será exibido na plataforma de *streaming globoplay*, vinculada à Tv Globo.

³⁸⁵ O tratamento dispensado por Karol Conká ao ator Lucas Penteado foi amplamente reputado nas redes sociais como tortura psicológica, o que levou à assessoria do artista a informar que tomará as medidas judiciais cabíveis em relação aos possíveis danos que lhe foram causados. Nesse sentido, cf. “Equipe de Lucas sobre Karol Conká: “Medidas judiciais serão tomadas em breve””. In: *Revista Quem*, fevereiro de 2021. Disponível em: <https://revistaquem.globo.com/Entretenimento/BBB/noticia/2021/02/bbb21-equipe-de-lucas-quer-responsabilizacao-pelos-danos-de-karol-conka.html>. Data de acesso: 28/04/2021.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, evidenciou-se que os comportamentos humanos são voláteis e se modificam ou se adequam conforme as influências de diversos fatores, como a constante evolução da tecnologia. Dito de outro modo, as relações sociais sofrem transformações a todo tempo e o direito, enquanto ciência, não pode permanecer estático e resistente a tais mudanças. É notória, portanto, a simbiose entre o fato social e o direito, sendo o segundo produto do primeiro³⁸⁶, o que denota a sua indissociabilidade. Ao intérprete caberá analisar o fato e, a partir deste exercício, extrair as suas conclusões jurídicas.

Nesse contexto, as cláusulas morais surgiram para tentar mitigar os efeitos nocivos decorrentes de algumas situações da vida, muitas vezes imprevisíveis: afinal, quem um dia poderia imaginar que, após uma festa em comemoração a um novo trabalho, encontraria uma jovem morta no seu quarto de hotel e, sem a adequada apuração dos fatos, seria acusado de homicídio e estupro, o que lhe custaria a imagem e prestígio públicos?³⁸⁷ Porém, a partir de então, passou-se ao entendimento de que nem todas essas ocorrências são imprevisíveis, mas que, em alguns casos, podem resultar da manifestação da própria liberdade individual em um contexto de autonomia negocial.

Há circunstâncias, portanto, que podem ser previstas e, quando não, evitadas. De toda sorte, o tema aqui tratado revela toda a sua complexidade justamente por se referir a comportamentos humanos e suas repercussões práticas, de modo que a disposição contratual restritiva vem sendo elaborada por grandes marcas para desconstituir qualquer associação entre o seu renome ou imagem pública e uma má conduta individual de um de seus contratados. Tudo isso atrelado a valores morais, que podem ser aqueles defendidos pelas próprias empresas ou aceitos socialmente. Qualquer conduta que viole a tais preceitos deverá ser rechaçada, impondo-se as devidas consequências ao seu praticante para cessar os efeitos degradantes daquele comportamento.

Essa lógica vem sendo aplicada no ramo dos contratos com fins publicitários, que se utilizam, sobretudo, do uso da imagem de pessoas notórias para anúncios e divulgação de marcas, produtos ou serviços. Nesse sentido, como visto, já se consolidou o duplo conteúdo do direito à imagem (patrimonial e existencial), o que o caracteriza como uma situação jurídica dúplice.

³⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 22.

³⁸⁷ Tal como no caso Fatty Arbuckle, relatado no item 1.1.1, supra.

Sob a égide da legalidade constitucional, a autonomia privada foi totalmente reformulada para, mesmo nas situações subjetivas patrimoniais, perseguir a realização de interesses extrapatrimoniais, a considerar a cláusula geral de promoção e tutela da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, diz-se que as situações patrimoniais puras conformam limitações internas, consubstanciadas no atendimento dos princípios da função social e da boa-fé objetiva.

O mesmo não ocorre nas situações subjetivas existenciais, uma vez que não estão adstritas à realização de quaisquer interesses alheios ao seu titular, sendo o exercício do ato de autonomia aqui compreendido como um fim em si mesmo, pois decorre diretamente e sem embargos da dignidade da pessoa humana.

À luz dos efeitos produzidos pelo exercício de atos de autonomia privada, demonstrou-se a possibilidade da atuação de limites externos desde que se verifique lesão ou risco real de lesão a esferas jurídicas de terceiros. Neste ponto, analisou-se que a cláusula geral de bons costumes, calcada na noção de moralidade constitucional, é apta a corporificar a incidência dessa limitação.

O estudo das cláusulas morais se sustenta, portanto, a partir de seu entendimento como decorrência da autonomia das partes, sob a ótica da legalidade constitucional. Como geralmente são utilizadas nos contratos publicitários, cujo objeto se revela o uso da imagem de uma celebridade, um atleta ou influenciador com a finalidade de divulgar marcas ou produtos, as cláusulas morais incidem nas situações jurídicas dúplices, que concentram, ao mesmo tempo, um aspecto patrimonial e outro existencial.

No caso do conteúdo patrimonial do direito à imagem, a cláusula moral, expressão ou implícita, encontra fundamento na boa-fé objetiva, a partir da observância de seus deveres laterais, especialmente os de colaboração e lealdade, uma vez que pretenderá restringir comportamentos do garoto-propaganda que estejam relacionados à finalidade daquele contrato. Sendo assim, caso o contratado adote comportamentos lícitos e não abusivos, mas que, dada a sua disfuncionalidade, violem o conteúdo da cláusula propriamente dita (quando prevista) ou os ditames da boa-fé objetiva (especialmente quando a cláusula moral for implícita), o ato possibilitará que a cláusula produza seus regulares efeitos no contrato, posto que se está diante de um descumprimento do contrato face as expectativas que o contratante constituiu sobre o pacto.

Em outras palavras, se o garoto-propaganda viole os comandos da cláusula moral no âmbito de sua vida privada, é razoável defender que o descumprimento dos deveres de conduta inscritos na cláusula poderá dar causa ao encerramento do contrato ou a adoção de outras medidas pactuadas pelas partes ou, ainda que não pensadas pelos contratantes, pela violação à

boa-fé objetiva. De toda sorte, é importante ressaltar que a relação do comportamento do contratado com a finalidade do contrato é crucial para o recurso à cláusula moral com base na boa-fé objetiva, posto que o instituto, após suas muitas transformações, se revela como limite interno à autonomia na perspectiva solidarista e de atendimento a fins extrapatrimoniais além dos patrimoniais perseguidos pelos contratantes.

De outro lado, considerando que os contratos com fins publicitários têm objeto personalíssimo (o uso da imagem), ou seja, uma das prestações (se assim se considerar) tem objeto existencial, parece que a boa-fé objetiva não será suficiente como parâmetro de controle valorativo dos atos de autonomia existencial que não guardam qualquer relação com a finalidade do contrato. Nesse caso, compreende-se que a autonomia existencial não está funcionalizada a quaisquer interesses, mas encontra limites de ordem externa, como aqueles decorrentes da cláusula geral de bons costumes. Em muitos casos, o comportamento praticado por um garoto-propaganda não é lícito, nem abusivo, mas reflete um exercício de liberdade individual, que, muitas vezes, pode se revelar em desconformidade com os valores inscritos na axiologia constitucional, não sendo merecedor de tutela.

Dessa forma, algumas condutas privadas não são merecedoras de tutela do ordenamento, posto que exercidas em desconformidade com os valores do ordenamento, o que pode trazer repercussões para o próprio contrato. Nesse contexto, faz-se necessária a observância da moralidade constitucional para fins de evitar que o ato resvale nas esferas jurídicas de terceiros, de modo a provocar-lhes lesão ou risco real de lesão, o que ensejará tutela proibitiva do ordenamento. A cláusula moral, então, poderá restringir o comportamento de determinada celebridade para que, guardadas as proporções e finalidades do contrato, não viole os valores do ordenamento, seja na ótica patrimonial (apelando-se à boa-fé objetiva e seus deveres laterais), seja na perspectiva existencial em relação à moralidade constitucional (que salvaguarda valores e liberdades relacionados, por exemplo, à religião, sexualidade, gênero, raça, dentre outros), sendo, nesse caso, a cláusula geral de bons costumes o parâmetro de controle valorativo.

Portanto, se o (mau) comportamento for relacionado ao objeto ou finalidade do contrato, tal como explicitado, a boa-fé objetiva poderá ser utilizada como parâmetro de controle da autonomia e de legitimidade da cláusula moral para que produza efeitos com relação ao seu descumprimento. Noutra giro, se se trata de um exercício de liberdade individual que poderá causar lesão ou risco real de lesão à coletividade, ainda que não guarde relação com a finalidade do contrato, mas for reputado não merecedor de tutela – uma vez que exercido em afronta aos

valores e interesses próprios daquela situação subjetiva –, o parâmetro de controle valorativo do ato e de legitimidade da cláusula moral será realizado pela cláusula geral de bons costumes.

À guisa de conclusão, sem pretensões de se esgotar tão rica, abrangente e complexa temática, os parâmetros delineados podem representar algumas balizas para a legitimidade e aplicação das cláusulas morais no âmbito do direito civil brasileiro, sem qualquer prejuízo de maior maturação. O tema desafia, ao mesmo tempo, as inovações tecnológicas no que tange à publicidade, o comportamento humano – eminentemente mutável – e, finalmente, os próprios institutos jurídicos que o circunscrevem, o que impede que se apresentem respostas mais assertivas nesse momento.

A cláusula moral enquanto um possível instrumento contratual limitador de comportamento privado no bojo de um contrato publicitário permite referir à composição da banda *The Smiths*, no célebre álbum *The Queen Is Dead* (1986), em que a dupla de compositores Morrissey e Johnny Marr, vocalista e guitarrista da banda, escreveu: “this position I’ve held it pays my way and it corrodes my soul.” A frase da música “Frankly, Mr. Shankly”, ácida crítica à indústria fonográfica, bem traduz a problemática das cláusulas morais, que, em tradução livre, significa “esta posição que eu mantenho paga meu sustento e corrói a minha alma.”³⁸⁸

³⁸⁸ MARR, Johnny; MORRISSEY. *Frankly, Mr. Shankly*. Direção artística: Johnny Marr e Morrissey. Manchester, Reino Unido: Warner Bros, 1986.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*. Revista trimestral de direito civil. Vol. 12, n. 45, jan/mar/2011.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

APPIAH, Kwame Anthony. *O código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. Trad. Denise Bottmann. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDT, Hanna. Reflections on Little-Rock. In: *Dissent*, New York, 6 (1), inverno 1959. Disponível em: https://www.normfriesen.info/forgotten/little_rock1.pdf. Data de acesso: 28/04/2021.

AUERBACH, Daniel. Morals Clauses as Corporate Protection in Athlete Endorsement Contracts. In: *3 DePaul J. Sports L. & Contemp. Probs.* Vol. 3, n. 1, 2005. Disponível em: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1071&context=jslcp>. Data de acesso: 28/04/2021.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula e SILVA JR., Antonio dos Reis. O discurso do ódio na internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. (Coord.). *Direito Privado e Internet*. Atlas: São Paulo, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOZA, Heloísa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 1, pp. 407-423.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura constitucional dos danos morais*. 2ª Edição Revista. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

_____. *Honra, liberdade de expressão e ponderação*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/89>. Data de acesso: 28/04/2021.

_____. Liberdade, acrasia e proteção à saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona. (Org.) *Estudos e pareceres sobre livre arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Padma, 2012.

_____. *Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

_____. O Princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun/2017. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/282> . Data de acesso: 28/04/2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.117.633/RO*. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento em 09/03/2010, publicação em 26/03/2010.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 2462-02.2010.5.02.0000*. Rel. Min. Red. Renato de Lacerda Paiva, Segunda Turma, julgamento em 27/02/2013, publicação em 26/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 230306/RJ*. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgamento em 18/05/2000, publicação em 07/08/2000.

BRASIL. Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). *Agravo de Instrumento 0059600-30.2012.8.19.0000*, Relator Des. Marcelo Lima Buhatem, Quarta Câmara Cível, julgado em 16/10/2012.

BROWNSWORD, Roger. The law of contract: doctrinal impulses, external pressures, future directions. In: *Journal of Contract Law*, Australia, v. 31, pp. 73-99, 2014.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia e solidariedade. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de direito civil contemporâneo*, vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2016, pp. 303-326.

CASTRO, Júlia Ribeiro; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coords.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

CHASE, Christopher. *A moral dilemma: moral clauses in endorsement contracts*. Disponível em: <http://fkks.com/news/a-moral-dilemma-morals-clauses-in-endorsement-contracts>. Data de acesso: 28/04/2021.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002.

CICCO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/atos-de-disposicao-do-proprio-corpo/>. Data de acesso: 28/04/2021.

COLAÇO, Hian Silva; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Merecimento de tutela na sociedade da informação: reedificando as fronteiras do direito civil. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 10, n. 02, Rio de Janeiro, 2017, pp. 1125-1145. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/23461/20497>. Data de acesso: 26/03/2021.

COLLET, Pippa. *Manual do patrocínio*. Trad. Sabine Holler. São Paulo: DVS Editora, 2014.

COSTA, André Brandão Nery; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. Notas sobre a influência de interesses extracontratuais socialmente relevantes no contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stéfano Rodotá*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. E notas Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

_____. O que é uma vida boa? *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 7, n. 2, pp. 607-616, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24010>. Data de acesso: 28/04/2021.

ECO, Umberto. *Pape Satàn Aleppo: Crônicas de uma Sociedade Líquida*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2017.

EPSTEIN, Caroline. Moral Clauses: past, present, and future. In: *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, New York University, vol. 5, n. 1, fall 2015. Disponível em: https://jipel.law.nyu.edu/wp-content/uploads/2016/02/NYU_JIPEL_Vol-5-No-1_3_Epstein_MoralsClauses.pdf. Data de acesso: 28/04/2021.

FACHIN, Luiz Edson. Ensaio sobre a incidência dos direitos fundamentais na construção do Direito Privado brasileiro contemporâneo a partir do Direito Civil Constitucional no Brasil. In:

KLEVENHUSEN, Renata Braga. *Direitos fundamentais e novos direitos*. 2 série. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. In: *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista31/Revista31_51.pdf. Acesso em: 17/03/2020.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Contratos. *Curso de direito civil*. Vol. 4, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Maria Cristina Franco; SAINT CLAIR, Ericson. Por uma genealogia do ódio online: contágio, viralização e ressentimento. *Revista Matrizes*, Universidade de São Paulo, Vol. 13, nº 1. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/147316>. Data de acesso: 28/04/2021.

GARRAFA, Volnei. O Mercado de Estruturas Humanas. *Revista de Bioética*. CFM. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/490/307. Data de acesso: 28/04/2021.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos essenciais da sociologia*. Trad. Cláudia Freire. 1ª ed. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.

GLITZ, Frederico; TOAZZA, Gabriele Bortolan. O contrato para disposição da imagem na perspectiva dos direitos da personalidade. *Justiça do Direito*. Vol. 31, n. 2, mai/ago/2017.

GOLDSBROUGH, Susannah. Cancel culture: what is it, and how did it begin? In: *The Telegraph*, julho/2020. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/music/what-to-listen-to/cancel-culture-did-begin/>. Data de acesso: 28/04/2021.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Vol. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Contratos e atos unilaterais. *Direito civil brasileiro*, vol. 3, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUEIROS, Pedro; DALESE, Pedro. A cultura do cancelamento e a (a)moralidade virtual. In: *Migalhas*, setembro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333153/a-cultura-do-cancelamento-e-a-a-moralidade-virtual>. Data de acesso: 28/04/2021.

GUNAY, Defne. Moral Clauses: Tiger Woods and the death of his sponsorships. In: *Fordham, Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*. Disponível em: <http://www.fordhamiplj.org/2010/03/04/morals-clauses-tiger-woods-and-the-death-of-his-sponsorships/>. Data de acesso: 28/04/2021.

HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Petrópolis: Vozes, 2018.

_____. *Sociedade do cansaço*. Petrópolis: Vozes, 2017.

HOOKS, Austin Michael. *Cancel culture: posthuman hauntologies in digital rhetoric and the latent values of virtual community networks*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Artes e Ciências, Universidade do Tennessee. Chattanooga, Tennessee, EUA, Agosto/2020. Disponível em: <https://scholar.utc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1835&context=theses>. Data de acesso: 28/04/2021.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.- dez./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Konder-e-Renter%C3%ADa-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Data de acesso: 28/04/2021.

_____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

KOTLER, Philip. *Marketing 4.0: do tradicional ao digital*. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

KRESSLER, Noah B., *Using the Morals Clause in Talent Agreements: A Historical, Legal, and Practical Guide*. Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 29. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=869302>. Data de acesso: 28/04/2021.

LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 12, pp. 37-57, abr./jun. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/32>. Data de acesso: 28/04/2021.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 1999.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. A necessária distinção entre negócios jurídicos patrimoniais e existenciais: o exemplo da capacidade civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

_____. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Ensaio sobre a função das garantias nos contratos existenciais. In: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; BODIN DE MORAES, Maria Celina; MEIRELLES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito da garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MULTEDO, Renata Vilela. Espaços de autonomia existencial: entre liberdade e responsabilidade. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORRIS, Pippa. Closed minds? Is a 'cancel culture' stifling academic freedom and intellectual debate in political science? In: *Harvard Kennedy School*. RWP20-025. Agosto/2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3671026. Data de acesso: 28/04/2021.

PELLEGRINI, Tommaso. Il problema della patrimonialità dell'obbligazione e del contratto. *Rivista Persona e Mercato*, 2016, 3. Disponível em <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2016/11/Pellegrini.pdf>. Data de acesso: 28/04/2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Obrigações. 29ª ed., vol. II, atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3. Ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. *O contrato como instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2018.

PINGUELO, Fernando M.; CEDRONE, Timothy D. Morals? Who Cares About Morals? An Examination of Morals Clauses in Talent Contracts and What Talent Needs to Know. In: *Seton Hall Journal of Sports & Entertainment Law*, Forthcoming, May 1, 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1471031>. Data de acesso: 28/04/2021.

RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de Comunicação*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Anotações sobre o Poder Judiciário americano. *Revista de informação legislativa*, a. 33, n. 129, jan/mar 1996, Brasília. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176396/000506413.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Data de acesso: 28/04/2021.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Intervista su Privacy e Libertà*. A cura di Paolo Conti. Editori Laterza, 2005.

SALDANHA, Nelson. O jardim e a praça: ensaio sobre o lado “privado” e o lado “público” da vida social e histórica. *Ciência e Trópico*. Vol. 11(1), pp. 105-121, jan/jun/1983. Disponível em <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/download/326/216>. Data de acesso: 28/04/2021.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Manual de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva Educação, 2018.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Vol. 10, out/dez/2016.

SCHWARTZ, Andrew A. A “Standard Clause Analysis” of the Frustration Doctrine and the Material Adverse Change Clause. In: *University of Colorado Law School (UCLA)*, nº 57, Rev. 789-839, 2010. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1450&context=articles>. Data de acesso: 28/04/2021.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Rodrigo da Guia. Inadimplemento e violação positiva do contrato. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson Konder; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coords.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, pp. 123-145.

SILVA, Thays Bertoncini da; HONDA, Erica Marie Viterito. O “Tribunal da Internet” e os efeitos da cultura do cancelamento. In: *Migalhas*, 30/07/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331363/o-tribunal-da-internet-e-os-efeitos-da-cultura-do-cancelamento>. Data de acesso: 28/04/2021.

SOCOLOW, Brian R. What Every Player Should Know about Morals Clauses. In: *Moves*, vol. 4, n. 186, agosto/2008. Disponível em: <https://www.loeb.com/en/insights/publications/2008/09/what-every-player-should-know-about-morals-clauses>. Data de acesso: 28/04/2021.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.); MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

_____. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/8373>. Data de acesso: 28/04/2021.

_____; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidezes negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Souza-e-Silva-civilistica-com-a.5.n.1.2016.pdf>. Data de acesso: 28/04/2021.

_____. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/207>. Data de acesso: 28/04/2021.

SUSTEIN, Cass. Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives. Edited by Michel Rosenfeld. In: *Duke University Press*: Durham and London, 1994.

_____. *Why society needs dissent*. Harvard University Press, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>. Data de acesso: 28/04/2021.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 23-58.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Fundamentos de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

_____. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 101/2015, pp. 181 – 205, Set - Out / 2015. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/425>. Data de acesso: 28/04/2021.

_____; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *Da dogmática à efetividade: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____; KONDER, Carlos Nelson Konder; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson Konder; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019, pp. 1-22.

TERRA, Aline Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TODD J., Clark. An Inherent Contradiction: Corporate Discretion in Morals Clause Enforcement. Vol. 78, n. 1. In: *Louisiana Law Review*, 2018. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6650&context=lalrev>. Data de acesso: 28/04/2021.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

ZANETTE, Maria Carolina. *Influência digital: o papel dos novos influentes no consumo*. 1ª ed. Curitiba: Apris, 2015.