



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006602-67.2013.815.2003.

Origem : 4ª Vara Regional de Mangabeira.

Relator : Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.

Apelante : José Pereira Marques Filho.

Advogado : Wilson Furtado Roberto – OAB/PB nº 12.189.

01 Apelado : Q & O Comércio de Alimentos Ltda.

Advogado : Tiago Bastos de Andrade – OAB/PB nº 16.242.

02 Apelado : Pedro Henrique Henriques de Souza Freitas – OAB/SP nº 102.546;

Matheus Henriques Jerônimo – OAB/SP nº 16.534.

PRELIMINAR DE OFÍCIO. CARÊNCIA DE AÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA. FRANQUEADOR E FRANQUEADO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEI Nº 8.955/54. RELAÇÃO NÃO CONSUMERISTAS ENTRE AS PARTES ENVOLVIDAS NA LIDE. EXCLUSÃO DA FRANQUEADORA DO POLO PASSIVO.

- A Lei nº 8.955/54, mais especificamente no seu art. 2º, rege a relação entre franqueador e franqueado, podendo-se constatar, da sua redação, a ausência de responsabilidade solidária. Atente-se que, no presente caso, não estamos diante de relação consumeristas.

MÉRITO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO. MÉRITO. OBRA FOTOGRÁFICA. AUTORIA COMPROVADA. PROTEÇÃO LEGAL DA TITULARIDADE E RESTRIÇÕES AO USO. ARTS. 7º, VII, 28 e 28 DA LEI Nº 9.610/98. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO E DE MENÇÃO AO NOME DO AUTOR DO TRABALHO FOTOGRÁFICO.

EXPLORAÇÃO DA FOTOGRAFIA SEM OBSERVÂNCIA DA NORMA DE REGÊNCIA. VIOLAÇÃO A DIREITO AUTORAL. ATO ILÍCITO. NEXO CAUSAL PROVADO. OFENSA COM O DESRESPEITO AO DIREITO EXCLUSIVO À IMAGEM. DANO MORAL *IN RE IPSA*. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS. DEVIDAMENTE COMPROVADOS. PROVIMENTO DO RECURSO.

- Do conjunto probatório coligido ao encarte processual, constata-se que a titularidade da obra fotográfica restou devidamente comprovada, porquanto a imagem está disponível em sítio virtual, fazendo a indicação da origem da obra fotográfica ao mencionar o nome do autor.

- As obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia constituem direitos autorais, os quais proporcionam ao seu titular a possibilidade de auferir os efeitos patrimoniais decorrentes de obra que lhe pertence, cabendo-lhe o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor dela, consoante estabelece o art. 28 da Lei de Direitos Autorais.

- Não pode a fotografia ser divulgada sem a concordância ou prévia autorização do seu criador, nem tampouco sem que seja indicada a autoria correlata, como pode ser visto da redação dos arts. 29 e 79, §1º, ambos do mesmo Diploma Legal.

- Infere-se que o promovido/franqueado cometeu ato ilícito, agindo contrariamente à lei e, por conseguinte, violou direito autoral ao publicar fotografia sem fazer alusão ao seu respectivo titular e sem autorização deste. Ora, constata-se que, em momento algum, o recorrido pediu ao titular da fotografia para divulgá-la ou expô-la em seu site, já que não colacionou aos autos qualquer contrato, devendo responder pelo uso indevido do material fotográfico.

- Quanto ao nexo causal entre a conduta perpetrada pelo apelado e o dano sofrido pelo recorrente, entendo que restou comprovado, posto que a violação ao direito autoral só ocorreu em virtude da divulgação inadequada, sem autorização e menção ao nome do titular.

- A ofensa surge do desrespeito ao direito exclusivo à imagem, já que apenas pode ser exercido pelo titular. Já a obrigação de indenizar nasce da utilização da foto sem a devida autorização, sendo desnecessária a prova da existência do dano.

- A configuração do dano moral prescinde da comprovação da perturbação na esfera anímica do lesado, existe *in re ipsa*, bastando averiguar se os fatos narrados possuem a potencialidade de causar o prejuízo alegado pelo autor, raciocínio aplicável a reprodução de obra fotográfica sem autorização e alusão ao nome do autor.

- Para fixação do valor devido a título de reparação moral, o magistrado deve se guiar pelo binômio compensação/punição. O valor tende a refletir uma satisfação pela dor sofrida, mas não um lucro fácil ao lesado. Por outro lado, deve ter envergadura para servir de punição ao causador do dano, sobretudo como fator de desestímulo de novas condutas do gênero, tomando-lhe como base a capacidade financeira. É dizer: deve conservar o caráter pedagógico, sem se revestir de enriquecimento irrazoável da vítima.

- Vislumbro a ocorrência de danos materiais com a conduta ilícita, uma vez que o autor, na condição de fotógrafo profissional, atribui ao seu trabalho um valor comercial de venda e de exploração, porém a promovida não respeitou ao fazer uso da obra ilicitamente e, com tal ato, o promovente deixou de obter ganho econômico.

CONTRARRAZÕES. PRELIMINAR DE OFÍCIO. CARÊNCIA DE AÇÃO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPUGNAÇÃO À GRATUIDADE JUDICIÁRIA. ALEGAÇÃO APRESENTADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. NÃO APRECIÇÃO. NECESSIDADE DE ALEGAÇÃO EM AUTOS APARTADOS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECONHECIMENTO.

- A lei nº 1.060/50, regulamentadora da concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados, estabelece em seu art. 4º, §2º que a impugnação do direito à assistência judiciária deve ser feita em autos apartados e, por isso, suscito e acolho, de ofício, a preliminar de carência de ação por inadequação da via eleita quanto à impugnação à justiça gratuita.

Consigne-se que não será aplicada o novo regramento da impugnação à gratuidade judiciária disciplinado no Novo Código de Processo Civil, eis que a contraminuta foi apresentada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, suscitar e acolher, de ofício, a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva. No mérito, dar provimento ao recurso. Ainda, em contrarrazões, suscitar e acolher, de ofício, da preliminar de carência de ação por inadequação da via eleita, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **José Pereira Marques Filho** contra sentença (fls. 343/345) proferida pelo Juízo da 4ª Vara Regional de Mangabeira, nos autos da **Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais e Materiais** ajuizada em face de **Q & O Comércio de Alimentos Ltda e de Fran's Café Franchising Ltda.**

Na peça inaugural (fls. 02/19), o demandante afirmou que fotografou a Estação Ciências, localizada em João Pessoa, porém se deparou com a contrafação de sua fotografia sem a devida autorização e/ou remuneração no facebook na Fanpage Fran's Café João Pessoa, sendo essa de propriedade do Fran's Café João Pessoa. Ainda, ressaltou que a fotografia é considerada artística, tendo proteção legal contra reproduções não autorizadas ou sem o nome de quem a produziu.

Ao final, pugnou pela concessão de tutela antecipada para que fosse determinada a apreensão do material publicitário, proibição de reprodução das fotografias e retirada do site virtual. No mérito, requereu a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, bem como em obrigação de fazer no sentido de determinar a publicação das obras contrafeitas em jornal de grande circulação.

Juntou procuração e documentos (fls. 20/70).

Tutela antecipada concedida (fls. 75/76).

Devidamente citada a promovida Q & O apresentou peça contestatória (fls. 83/94), aduzindo que a primeira demandada (Fra's Café João Pessoa é uma franchising da segunda promovida, Fran's Café Franchising Lrda. Em seguida, destacou que possui uma fanpage, ou seja, uma página no site de relacionamentos facebook, cuja finalidade é manter contato com seus clientes e franqueadores, bem como divulgar novidades, como por exemplo mudança de cardápio.

Asseverou que, no dia 05 de agosto, é o aniversário da capital paraibana e, por isso, resolveu postar uma montagem com fotos das diferentes paisagens de João Pessoa, que foram facilmente localizadas no famoso site de busca do google sem menção da autoria ou de qualquer restrição.

Afirmou que, na mensagem de homenagem postada juntamente com as fotografias, não existia qualquer espécie de propaganda do estabelecimento comercial, o que demonstra que o objetivo em divulgar as imagens foi exclusivamente o de parabenizar e homenagear a cidade, não havendo interesse publicitário na divulgação, até mesmo porque as estratégias de publicidade seguem padrões que precisam ser respeitados.

Alegou a ausência de dolo ou culpa na sua conduta, devendo ser afastada a responsabilidade civil. Finalmente, ressaltou que, em caso de condenação, o valor indenizatório deve ser fixado de forma razoável e proporcional, bem como que deu cumprimento ao pleito antecipatório.

A demandada, Fran's Café Franchising Ltda, apresentou contestação (fls. 130/161), alegando, em sede de preliminar, a inépcia da inicial e sua ilegitimidade passiva.

No mérito, defendeu a inexistência de responsabilidade solidária ou subsidiária no caso em questão, tendo em vista que, por meio do contrato de franquia empresarial, a franqueada assumiu todos os riscos da atividade econômica escolhida, não sendo a franqueadora responsável por qualquer ato praticado por aquela. Também alegou que não possui acesso a fanpage da franqueada tampouco pode incluir qualquer foto no mural de publicações, sendo esta acessada somente mediante senha pessoal.

Destacou a inexistência de nexo de causalidade e de violação aos direitos do autor, não havendo, portanto, que se falar em obrigação de indenizar. Ao final, sustentou o descabimento dos benefícios da justiça gratuita, posto que contratou advogado particular.

Réplica impugnatória (fls. 223/239).

As partes foram intimadas para especificar as provas, oportunidade na qual a promovida Q & O Comércio de Alimentos Ltda apresentou petição (fls. 325/327), destacando a litispendência e pugnando pelo envio de ofício ao sistema Google Brasil Internet Ltda para esclarecer quem/qual domínio/ID/empresa/pessoa disponibilizou a fotografia discutida na demanda no referido sistema/site.

Despacho do MM Juiz, afastando a litispendência, sob o fundamento de que as fotografias, objetos desta lide são diversas daquelas do processo nº 0006604-37.2013.815.2003 (fls. 331).

Decidindo a querela, o magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos autorais (fls. 343/345).

Inconformado, o promovente interpôs Recurso Apelarório (fls. 352/361), alegando que é autor do registro fotográfico, devendo ter toda proteção garantida pela Lei nº 9.610/1998, ou seja, direito de ver a fotografia preservada e de ser o único responsável por utilizar, fruir e dispor dos seus registros. Defende que a fotografia foi utilizada com intuito de angariar mais

clientes e, assim, obter lucro em detrimento do trabalho intelectual do autor.

Destaca que a autoria da fotografia encontra-se devidamente provada pelo Registro em cartório e pela mídia digital com a foto original, sendo, portanto, legítima a reivindicação dos seus direitos materiais e morais.

Alega que é titular dos direitos autorais da fotografia em questão, tendo direito de uso com exclusividade e, por isso, a utilização por terceiros depende de prévia e expressa autorização.

Sustenta que é devida indenização por danos morais em montante a ser arbitrado, bem como dano material no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), sendo esta a quantia geralmente cobrada para a utilização da fotografia. Ao final, pugna pelo provimento do recurso com a condenação da promovida em indenização por danos morais e materiais e em obrigação de fazer no sentido de determinar a retirada/exclusão do registro fotográfico e de publicar na página principal do site e em três jornais de grande circulação a informação de que o recorrente é o autor intelectual da foto.

Contrarrrazões apresentadas pela promovida, Q & O Comércio de Alimentos Ltda, rogando pela manutenção do édito judicial e destacando o descabimento do benefício da justiça gratuita, visto que o autor é profissional da área de arquitetura e engenharia e é diretor de empresa, dentre outras atribuições (fls. 364/380).

A Procuradoria de Justiça, em parecer de lavra da Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias (fls. 384), deixou de opinar sobre o mérito, em razão da ausência de interesse público.

Considerando a possibilidade de reconhecimento, de ofício, de inovação recursal em pleito contido no apelo, bem como de inadequação da via eleita em questionamento levantado nas contrarrrazões, e diante do dever de consulta consagrado no Novo código de Processo Civil, as partes foram intimadas para se manifestarem (fls. 386/389), tendo o apelante apresentado petição (fls. 391/392), repetindo os mesmos argumentos das contrarrrazões.

Em seguida, diante da possibilidade de reconhecimento, *ex officio*, da ilegitimidade passiva a franqueadora, as partes foram intimadas para apresentarem manifestação (fls. 395), contudo deixaram transcorrer o prazo *in albis* (fls. 397).

É o relatório.

VOTO.

Primeiramente, cumpre destacar que, tendo a sentença sido publicada antes da vigência do Novo Código de Processo Civil, os requisitos de admissibilidade dos recursos devem observar as normas processuais vigentes à época da codificação de 1973. Assim sendo, preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo, passando à apreciação

conjunta de seus argumentos.

1) Apelação:

- Preliminar de ofício: carência de ação por ilegitimidade passiva:

Depreende-se do encarte processual que a parte autora ajuizou a presente demanda indenizatória em face do franqueador e franqueado, argumentando, para tanto, a utilização de fotografia de sua titularidade pela empresa franqueada na sua fan page do facebook.

A Lei nº 8.955/54, mais especificamente no seu art. 2º, rege a relação entre franqueador e franqueado, podendo-se constatar, da sua redação, a ausência de responsabilidade solidária. Atente-se que, no presente caso, não estamos diante de relação consumeristas.

Vejamos a redação do dispositivo acima mencionado:

“Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”.

Como é cediço, o contrato de franquia engloba a autorização para exploração de uma marca ou produto com a assistência técnica do franqueador, inexistindo qualquer ingerência deste sobre as atividades do franqueado.

Na verdade, é um contrato mercantil no qual o beneficiário da operação assume de forma integral o financiamento de sua atividade e remunera seu contratante por meio de uma porcentagem calculada sobre o volume do negócio. Inexiste, pois, interferência do franqueador sobre a administração do franqueado.

Como são pessoas distintas e independentes e por ausência de relação consumerista no presente caso, há que ser afastada a franqueadora do polo passivo da demanda, não podendo, portanto, ser, eventualmente, responsabilizada pelo suposto ato ilícito praticado pela franqueada. Isso porque é cediço que a responsabilidade solidária decorre de lei ou de contrato celebrado entre as partes, o que não ocorre na presente situação.

Assim, suscito e acolho, de ofício, a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva da franqueadora.

- Mérito:

Consoante relatado, pretende a recorrente, através desta irresignação apelatória, a reforma do julgado, sob o argumento de que é autor do registro fotográfico, devendo ter toda proteção garantida pela Lei nº 9.610/1998, ou seja, direito de ver a fotografia preservada e de ser o único responsável por utilizar, fruir e dispor dos seus registros. Defende que a fotografia foi utilizada com intuito de angariar mais clientes e, assim, obter lucro em detrimento do trabalho intelectual do autor.

Destaca que a autoria da fotografia encontra-se devidamente provada pelo Registro em cartório e pela mídia digital com a foto original, sendo, portanto, legítima a reivindicação dos seus direitos materiais e morais.

Alega que é titular dos direitos autorais da fotografia em questão, tendo direito de uso com exclusividade e, por isso, a utilização por terceiros depende de prévia e expressa autorização.

Sustenta que é devida indenização por danos morais em montante a ser arbitrado, bem como dano material no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), sendo esta a quantia geralmente cobrada para a utilização da fotografia.

Do conjunto probatório coligido ao encarte processual, constata-se que a titularidade da obra fotográfica restou devidamente comprovada, porquanto a imagem está disponível no acesso ao “Google”, inclusive esta ferramenta de busca indica a origem da foto, fazendo menção ao nome do promovente (fls. 56). Ainda, a fotografia foi devidamente registrada em cartório (fls. 36/37).

Ressalte-se que a franqueada (Fran’s Café João Pessoa) confessou na peça de defesa a utilização de fotografias da cidade de João Pessoa, como forma de homenagear a cidade no dia de seu aniversário. Ou seja, não negou a utilização da fotografia na sua fan page do facebook.

Feitas essas considerações, passa-se à análise do dever de indenizar.

Em se tratando de responsabilidade civil, cumpre perquirir a ocorrência dos requisitos que a ensejaram.

Neste sentido, dispõem os artigos 186 e 927 do Código Civil:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Assim, para que se reconheça o cabimento da indenização, mostra-se necessária a constatação da conduta antijurídica que gere dano, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

A Lei nº 9.610/98, em seu art. 7º, dispõe sobre a titularidade da obra:

“Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

(...)

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;” .

Da leitura atenta da norma acima transcrita, conclui-se que as obras fotográficas, e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, constituem direitos autorais, os quais proporcionam ao seu titular a possibilidade de auferir os efeitos patrimoniais decorrentes de obra que lhe pertence, cabendo-lhe o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor dela, consoante estabelece o art. 28 da Lei de Direitos Autorais.

Ademais, não pode a fotografia ser divulgada sem a concordância ou prévia autorização do seu criador, nem tampouco sem que seja indicada a autoria correlata, como pode ser visto da redação dos arts. 29 e 79, §1º, ambos do mesmo Diploma Legal abaixo transcrito:

“Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;” .

“Art. 79. O autor de obra fotográfica tem direito a reproduzi-la e colocá-la à venda, observadas as restrições à exposição, reprodução e venda de retratos, e sem prejuízo dos direitos de autor sobre a obra fotografada, se de artes plásticas protegidas.

§ 1º A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor” .

Dito isso, constata-se que a legislação de regência estabelece restrições na divulgação de imagem, ou seja, é necessária a autorização prévia e expressa do respectivo autor do trabalho.

Por outro lado, também possibilita ao adquirente de obra fotográfica efetuar reprodução de imagens, caso tenha conseguido os direitos de forma regular, ou seja, mediante permissão e indicação do autor fotográfico.

Sobre o assunto, vejamos os ensinamentos do doutrinador Luiz Gonzaga Silva Adolfo, em “*Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*”:

“Tal particularidade visa justamente a estimular e a favorecer a atividade criadora dos homens, a permitir a difusão de ideias e a facilitar o acesso do público em geral às obras intelectuais.

E mais: expressa claramente que o direito autoral possui conteúdo de natureza diversa: moral e patrimonial. Trata-se de possibilidades jurídicas que tem o criador da obra intelectual, decorrentes de sua titularidade sobre ela. Primeiramente, na ligação pessoal que mantém com sua obra, pelo chamado direito moral do autor e, num segundo plano, pelo privilégio de utilização, o qual se denomina direito patrimonial do autor” (ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Antonio Fabris Ed., 2008, p. 103).

Pois bem.

No caso em testilha, infere-se que a apelada/franqueada cometeu ato ilícito, agindo contrariamente à lei e, por conseguinte, violou direito autoral ao publicar fotografia sem fazer alusão ao seu respectivo titular e sem autorização deste. Ora, constata-se que, em momento algum, a recorrida/franqueada pediu ao titular da fotografia para divulgá-la ou expô-la em seu site, já que não colacionou aos autos qualquer contrato, devendo responder pelo uso indevido do material fotográfico.

É de se ressaltar que não interessa se a foto foi proveniente de um outro sítio, porquanto para que fosse exposta no sítio eletrônico da parte promovida seria necessária a autorização do autor da obra.

Acrescente-se, por oportuno, que, embora a imagem se encontrasse disponível para download gratuito na internet, verifica-se que o réu tinha plenas condições de identificar a autoria da imagem e, posteriormente, pedir-lhe autorização para o seu uso, já que, como visto acima, o site de busca “Google”, ao mostrar a foto, identifica o seu autor.

Quanto ao nexos causal entre a conduta perpetrada pela recorrida e o dano sofrido pelo recorrente, entendo que restou comprovado, posto que a violação ao direito autoral só ocorreu em virtude da divulgação inadequada, sem autorização e menção ao nome do titular.

A ofensa surge do desrespeito ao direito exclusivo à imagem, já que apenas pode ser exercido pelo titular. Já a obrigação de indenizar nasce da utilização da foto sem a devida autorização, sendo desnecessária a prova da existência do dano.

Trago à lume o conceito formulado pelo ilustre Professor Yussef Said Cahali, para quem dano moral:

“É a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)” (Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição). (grifei)

A nova doutrina conceituadora de dano moral o delimita como sendo uma lesão a um direito da personalidade. Define-se, portanto, como lesão à personalidade, à honra, à imagem da pessoa, causando-lhe sofrimento, angústia e desequilíbrio em seu bem estar, pelo que ***“a jurisprudência tem dispensado prova do prejuízo para demonstrar a violação do patrimônio imaterial das pessoas; contenta-se com a demonstração dos fatos, com base nos quais presume suas conseqüências”***. (REsp 540681/RJ, Rel. Min. Castro Filho, DJ 10/10/2005). (grifo nosso)

Com efeito, como destacado acima, a configuração do dano moral prescinde da comprovação da perturbação na esfera anímica do lesado, existe *in re ipsa*, bastando averiguar se os fatos narrados possuem a potencialidade de causar o prejuízo alegado pelo autor, raciocínio aplicável à reprodução de obra fotográfica sem autorização e alusão ao nome do autor.

Nesse sentido, colaciono julgados do Tribunal da Cidadania:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FOTOGRAFIA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. INDENIZAÇÃO. REVISÃO DO VALOR. NÃO PROVIMENTO.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, concluiu pela existência de dano moral. A revisão da conclusão adotada encontra óbice no verbete 7 da Súmula desta Corte.

3. *Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.*

Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

4. *Agravo regimental a que se nega provimento”. (STJ/AgRg no AREsp 247.371/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 25/03/2014). (grifo nosso).*

“DIREITO AUTORAL. OBRAS FOTOGRÁFICAS PUBLICADAS SEM INDICAÇÃO DE AUTORIA. DANO MORAL. EXTENSÃO DO CONSENTIMENTO DO AUTOR DA OBRA. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07.

1. *Afigura-se despicando o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.*

2. *O acórdão recorrido chegou à conclusão de não haver provas suficientes que indicassem a existência de acordo verbal. Com efeito, inviável a averiguação da existência de acordo verbal entre as partes, porquanto tal providência encontra óbice na Súmula 07 do STJ.*

3. *A dúvida quanto aos limites da cessão de direitos autorais milita sempre em favor do autor, cedente, e não em favor do cessionário, por força do art. 49, inciso VI, da Lei n.º 9.610 de 1998.*

4. ***A simples circunstância de as fotografias terem sido publicadas sem a indicação de autoria - como restou incontroverso nos autos - é o bastante para render ensejo à reprimenda indenizatória por danos morais.***

5. *O valor da condenação por danos morais (R\$ 15.000,00) deve ser mantido, uma vez não se distanciar dos parâmetros praticados por esta Corte.*

6. *Recurso especial não conhecido”.*

(STJ/REsp 750.822/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 01/03/2010). (grifo nosso).

Cumprido ressaltar que, na forma do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, o direito à imagem, à honra e à vida privada é inviolável

e, quando desrespeitado, enseja a indenização pelos danos morais e materiais causados.

Ainda, o art. 108, da Lei nº 9.610/98 prevê o cabimento de indenização por danos morais, nos casos de utilização de obra sem a indicação do nome do autor, *in verbis*:

*“Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, **além de responder por danos morais**, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:*

I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;

II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;

III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior”. (grifo nosso).

Esta Corte de Justiça, em casos análogos, reconhece o direito à indenização por danos morais e materiais, quando a obra fotográfica é utilizada sem autorização e sem o nome do titular. Senão vejamos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO AUTORAL. OBRA FOTOGRÁFICA. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONTEÚDO VEICULADO DENTRO DO SÍTIO DA PROMOVIDA NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. DEMANDA DIRECIONADA CORRETAMENTE. REJEIÇÃO. MÉRITO. TITULARIDADE DO DIREITO COMPROVADA. USO DE IMAGEM SEM AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE AUTORIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. DANO MORAL. PRESUNÇÃO. PROVA DESNECESSÁRIA. CABIMENTO. REDUÇÃO DO QUANTUM. NECESSIDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DANO MATERIAL. LUCROS CESSANTES. ARBITRAMENTO DEVIDO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO APELATÓRIO. É parte legítima para figurar no polo

passivo da demanda a pessoa, física ou jurídica, cujo ato considerado ilícito pelo autor tenha relação de pertinência com o conteúdo divulgado no sítio por ela gerenciado na rede mundial de computadores. A titularidade da obra fotográfica reconhecida em favor do autor conduz a obrigatória indenização por dano moral e patrimonial quando seu uso não teve prévia autorização e foi realizado sem indicação de autora. O valor da indenização por dano moral não deve ser ínfimo a ponto de ferir a dignidade da vítima, nem tão elevado que enseje enriquecimento ilícito da parte. Atendidos os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade e considerados os contornos do caso concreto, deve ser mantida a condenação. A exploração indevida de trabalho do autor de obra intelectual descrita na Lei 9.610/98, comprovada na relação jurídica processual, permite o Magistrado conceder o pedido relativo ao arbitramento de indenização por danos materiais”. (TJPB, Acórdão do processo nº 07320110014401001, 1ª Seção Especializada Cível, Rel. Desa. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti, j. em 10/07/2012). (grifo nosso).

“EMENTA CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIAS. SENTENÇA PROCEDENTE EM PARTE. CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS NO VALOR DE R\$.1.000,00 MIL REAIS E DANOS MORAIS NO VALOR DE R\$ 1.500,00 MIL E QUINHENTOS REAIS. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIREITOS AUTORAIS. DUAS ACEPÇÕES IMATERIAL E PATRIMONIAL. NÃO RECONHECIMENTO DA AUTORIA DA IMAGEM FOTOGRÁFICA. EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À DIREITO PERSONALÍSSIMO. DANO MORAL CARACTERIZADO. APROVEITAMENTO ECONÔMICO DA IMAGEM OBRA SEM O DEVIDO PAGAMENTO. PRESENÇA DE DANO MATERIAL. DESPROVIMENTO DO APELO. - A Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre os direitos autorais, em seu art. 22, deixa clarividente que Pertencem ao autor os direito morais e patrimoniais sobre a obra que criou . **O direito moral do autor . diz respeito ao seu direito personalíssimo de reivindicar a autoria da obra, de tê-la como sua. Já o direito patrimonial do autor diz respeito ao conteúdo obrigacional decorrente da negociação dá obra. - O dano moral está comprovado, em razão da existência de violação ao seu direito personalíssimo**

de autoria da obra, pois não há citação expressa do nome do apelado como autor da imagem. Quanto ao dano patrimonial, o montante de R\$ 1.000,00 mil reais valorado e fixado na sentença, a título de indenização por dano material, em razão do aproveitamento econômico da imagem, está correto e é perfeitamente proporcional. Desprovemento. RECURSO ADESIVO. MAJORAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS . E MORAIS. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO. Desnecessária a majoração dos danos morais e materiais quando fixados de forma prudente, observando-se a razoabilidade e a proporcionalidade exigida ao caso”. (TJPB - Acórdão do processo nº 20020100016225001, 2º Câmara Cível, Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque, j. em 26/06/2012)

Dessa forma, entendo que é cabível a indenização por danos morais a ser suportada unicamente pela recorrida/franqueada (Fran's Café João Pessoa), em virtude do preenchimento dos requisitos da responsabilização civil.

Com relação à fixação do montante indenizatório, frise-se, inicialmente, que o valor estipulado não pode ser ínfimo nem abusivo, devendo ser proporcional à dupla função do instituto do dano moral, quais sejam: a reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima; e a punição do ofensor, para que não volte a reincidir.

Além disso, a verba indenizatória não poderá caracterizar enriquecimento do ofendido e o conseqüente empobrecimento do ofensor, de forma a tornar um bom negócio o sofrimento produzido por ofensas.

Influenciada pelo instituto norte-americano denominado “*punitives damages*”, a doutrina e jurisprudência pátria tem entendido o caráter pedagógico e disciplinador que a quantificação do dano moral, ao lado de sua tradicional finalidade reparatória, apresenta, visando a coibir a reiteração da conduta lesiva observada em um caso concreto.

Segundo ensinamentos de Yussef Said Cahali “*a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplex: reparar, punir, admoestar ou prevenir*” (CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 175).

Nesse cenário, tenho que o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), é condizente com as circunstâncias fáticas, a gravidade objetiva do dano e seu efeito lesivo, bem como observa os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, sem implicar enriquecimento ilícito do

beneficiário, atendendo, ainda, ao objetivo de inibir o ofensor da prática de condutas futuras semelhantes.

Com relação ao montante dos danos patrimoniais, arbitro-o em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), porquanto, do arcabouço probatório colacionado ao encarte processual, infere-se que o valor de uma fotografia vendida pelo autor era de R\$ 1.200,00, bem como tal numerário retribui o proveito econômico da única imagem indevidamente utilizada num site.

Por fim, entendo que merece acolhimento apenas a divulgação no mesmo endereço eletrônico da fotografia com a identificação do seu autor, por 03 (três) dias consecutivos, no prazo de 10 (dez) dias, sendo desnecessária a veiculação em jornais de grande circulação. Ora, é medida razoável tão somente a estipulação de obrigação de fazer lícita (divulgação com o nome do autor da fotografia) no mesmo veículo de comunicação em que foi praticada a conduta ilícita.

2) Das contrarrazões:

- Preliminar de inadequação eleita para questionamento da justiça gratuita em contrarrazões:

Aduz o recorrido o descabimento do benefício da justiça gratuita, visto que o autor é profissional da área de arquitetura e engenharia e é diretor de empresa, dentre outras atribuições.

A lei nº 1.060/50, regulamentadora da concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados, estabelece em seu art. 4º, §2º que a impugnação do direito à assistência judiciária deve ser feita em autos apartados.

No caso em análise, vê-se que a parte demandada apresentou impugnação em preliminar de resposta à irresignação apelatória, quando, na verdade, deveria ter sido feita em autos apartados.

Consigne-se, por oportuno, que, embora o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 101, permita a impugnação à gratuidade judiciária no bojo das contrarrazões, esse novo regramento não será aplicado ao presente caso, eis que a contraminuta foi apresentada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Dessa forma, suscito e acolho, de ofício, a carência de ação por inadequada via eleita para arguir a impugnação à concessão do benefício da gratuidade processual.

Ante o exposto, **SUSCITO E ACOLHO, DE OFÍCIO, A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA** da franqueadora (Fran's Café Franchising Ltda), nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil/1973. No mérito, **DOU PROVIMENTO AO APELO** para julgar procedente o pedido autoral, nos termos do art. 269, I, do CPC e, por conseguinte:

(a) determinar que a parte recorrida/franqueada retire a fotografia da sua *fanpage* www.facebook.com/franscafejp, bem como se abstenha de utilizá-la, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), limitada ao valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

(b) condenar a promovida/franqueada a pagar ao autor o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a título de danos morais, devidamente corrigido a partir desta sentença, e juros de mora de 1% ao mês, a contar do evento danoso;

(c) condenar a pagar R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) a título de danos materiais, corrigido monetariamente pelo INPC desde a data do efetivo prejuízo (inserção da foto no sítio eletrônico da empresa) e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

(d) Condeno a Promovida, ainda, a divulgar no mesmo endereço eletrônico a fotografia com a identificação do seu autor, por 03 (três) dias consecutivos, no prazo de 10 (dez) dias a contar do trânsito em julgado.

Ainda, **SUSCITO E ACOLHO, DE OFÍCIO, A PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA** de questão arguida em contrarrazões.

Por fim, considerando o novo deslinde dado à causa, condeno a parte autora a pagar as custas da promovida Fran's Café Franchising Ltda e os honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observando-se que deve ser aplicada a regra prevista no art. 12, da Lei nº 1.060/1950. Ainda, condeno a parte promovida Q & O Comércio de Alimentos Ltda a arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios sucumbenciais do autor, sendo estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §3º, do CPC/1973.

É COMO VOTO.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, o Exmo. Dr. Tércio Chaves de Moura, juiz convocado em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira e o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 25 de outubro de 2016.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator