



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000636744

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019558-19.2016.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante GIUSEPPE SILVA BORGES STUCKERT (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado UNICK EMPRESA JORNALÍSTICA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente) e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 21 de agosto de 2018.

HERTHA HELENA DE OLIVEIRA
Relatora
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação 1019558-19.2016.8.26.0506

Apelante: Giuseppe Silva Borges Stuckert

Apelado: Unick Empresa Jornalística Ltda

Comarca: Ribeirão Preto

Ação de Obrigação de Fazer com Indenização

Juíza prolatora da sentença: Loredana Cano de Carvalho

Voto nº 446

DIREITO AUTORAL – UTILIZAÇÃO DE FOTOGRAFIA EM REVISTA ELETRÔNICA – INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE CRÉDITO – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – A IMAGEM RECOLHIDA EM PESQUISA NA INTERNET NÃO INDICA QUE TAL OBRA SEJA DE DOMÍNIO PÚBLICO – EMPRESA REQUERIDA QUE DEVERIA TER MELHOR INVESTIGADO A AUTORIA DA FOTO – VIABILIDADE DE CONFERÊNCIA NO SISTEMA DE BUSCA DA GOOGLE – DISCUSSÃO SOBRE QUAL REGISTRO DEMANDARIA A PROTEÇÃO AO DIREITO AUTORAL – DESNECESSIDADE – O ART. 18, DA LEI Nº 9.610/98 NADA ESTABELECE A RESPEITO DESTA PROVIDÊNCIA COMO PRESSUPOSTO À GARANTIA DEDUZIDA – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – INTELIGÊNCIA DO ART. 22 DA LEI Nº 9.610/98 – DANO MORAL CONFIGURADO – INDENIZAÇÃO FIXADA (R\$ 10.000,00) – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – REPARAÇÃO PATRIMONIAL (VALOR DE COMERCIALIZAÇÃO DA IMAGEM) A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DO JULGADO – NOVA PUBLICAÇÃO CONDICIONADA À IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIA – – MULTA COMINATÓRIA ESTABELECIDADA – SENTENÇA REFORMADA – SUCUMBÊNCIA INVERTIDA – APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 406/413, que dera pela improcedência de ação de obrigação de fazer com indenização por violação de direito autoral, visto que a obra em questão deve ser considerada como pertencente ao domínio público (art. 45, inciso II, da lei nº 9.610/98), ante a inexistência de registro nos órgãos previstos no art. 17, da lei nº 5.988/73.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Insurge-se o autor, argumentando que a ré utilizou-se de sua obra artística como propaganda para sua empresa, sem a devida contraprestação, e sem creditar-lhe a autoria; não houve autorização prévia ao uso; registrou sua produção na Biblioteca Nacional, em cartório de títulos e documentos, além de diversos sites; a proteção ao direito autoral independe do registro da obra; a forma como a obra fora acessada é indiferente à solução do litígio, pois toda fotografia é protegida pela lei de regência, inclusive as que são divulgadas na "internet", ainda que sem a indicação de seu nome; tal fato não ilide a responsabilidade de quem a veicula, e tampouco indica que a foto seja de domínio público; houve ato ilícito (contrafação), e deve ser reparado; é fotógrafo profissional e sobrevive da comercialização de suas fotografias, cobrando R\$ 2.000,00 por cada unidade; o dano moral decorre da violação de lei; há decisões judiciais que lhes foram favoráveis.

Pede a inversão do julgado, condenando-se a apelada: a) ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais sofridos, em valor a ser arbitrado pelo colegiado; b) à obrigação de fazer consistente em efetuar a publicação da autoria da obra contrafeita, conforme determina a legislação pertinente (art. 108, III da LDA), assinalando-se prazo para seu cumprimento, e multa pelo inadimplemento; c) à abstenção de utilizar-se da obra pertencente ao autor, no prazo a ser determinado por esta Câmara, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais); d) ao pagamento de sucumbência.

Recurso bem processado; respondido (fls. 450/464).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Com efeito, está incontroverso nos autos que a apelada (REVISTA UNIK – TURISMO) publicou em 09/12/2013, no seu site, fotografia de autoria do apelante (fls. 27), como foi por ele



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

demonstrado, e por ela confirmado, ressalvando, no entanto, que extraíra tal imagem da internet (GOOGLE), onde não fora possível comprovar a autoria, pois não existia qualquer marca ou individualização a respeito, registrando, ademais, que qualquer pessoa tem acesso a tal conteúdo.

A sentença rejeitou o pedido, por entender que o requerente não realizou os procedimentos adequados para resguardar seus direitos autorais, uma vez que não registrara adequada (art. 17, da lei nº 5.988/73) e tempestivamente sua obra, a ensejar a reparação almejada, pois tal inscrição, nos termos do dispositivo legal em questão, somente se dera em 13/04/2015 – um ano após a veiculação da fotografia pela requerida; nenhum sinal identificava que ele era o autor da fotografia; e, o registro efetuado junto ao cartório de títulos e documentos, nem mesmo lhe garante a autoria, uma vez que tal inscrição não gera publicidade e nem produz efeito em relação a terceiros (NSCGJ: tomo II, capítulo XIX, item 04). Bem por isso, as fotos seriam de domínio público, as quais não demandam proteção da legislação autoral.

Defendendo que seus direitos autorais foram violados, em razão da veiculação desautorizada de sua obra, e sem qualquer crédito à sua autoria, o requerente insiste na reparação material e moral, bem como na retirada da fotografia do site, além do reconhecimento público de sua autoria.

Assim delimitado o conflito, a questão encontra fundamento na ocorrência de violação ao direito autoral do apelante com a veiculação de sua fotografia sem autorização prévia, e sem nem mesmo creditar-lhe a autoria, girando a controvérsia, ainda, se a inexistência de registro, nos termos do art. 17 da lei nº 5.988/73, inviabilizaria a proteção prevista na LDA.

Nestes termos, o apelo merece provimento, pois está



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

configurada a violação ao direito autoral do apelante.

Com efeito, a fotografia é obra protegida pela legislação de regência (art. 7º, inciso VII, da lei nº 9.610/98). Assim, caberia à apelada, antes mesmo de sua veiculação, solicitar autorização do requerente para utilização da imagem por ele produzida (art. 29, da lei 9.610/98), creditando-lhe a autoria, e remunerando-o neste sentido, pois ao autor de uma obra, pertencem os direitos morais e patrimoniais sobre sua criação (art. 22, da lei nº 9.610/98).

Procedimentos estes que não são minimizados pelo fato da fotografia ter sido extraída da internet, e nem mesmo pela inexistência de registro nos órgãos públicos listados pelo art. 17, da lei nº 5.988/73 (art. 19, da lei nº 9.610/98), como entendera a primeira instância; ainda que o apelante não tenha assim procedido (tempestivamente), não se pode dizer que a obra caíra em domínio público, pois houve o registro da imagem no cartório de títulos e documentos, além do que o art. 18 da legislação autoral estabelece que a proteção aos direitos autorais, independe de registro.

Isso porque o fotógrafo criou a obra em análise; publicou-a, inicialmente, no cartório de registro de título e documentos; divulgou-a no seu próprio site, em blogs de terceiros, e na rede social FACEBOOK – situações concretas que viabilizariam a investigação da apelada sobre a autoria da imagem da praia de Maragogi (AL), antes mesmo de sua veiculação.

Ainda que no primeiro momento em que se abre a pesquisa feita no sistema de busca da GOOGLE, sob a URL “Maragogi fotos 2013”, venham diversas fotografias da referida praia sem estarem creditadas as respectivas autorias¹ – o que na visão da empresa apelada legitimaria a utilização da imagem no seu site de viagens, é possível, num segundo passo, elegendo uma imagem, observar a inscrição “as

1



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

imagens podem estar sujeitas a direitos autorais”.

Não bastasse tal anotação feita pelo provedor – o que já demandaria atitude prudente da apelada na veiculação de imagem extraída da internet, é possível, selecionando-se o ícone denominado “visitar”, verificar a autoria de qualquer das imagens inicialmente mostradas sob a URL “Maragogi fotos 2013”, dentre elas a fotografia “sub judice”.

Logo, é indubitável que, a despeito da controvérsia sobre qual registro (tabelionato ou biblioteca nacional) demandaria a proteção da legislação autoral, deveria a apelada, ter adotado maior cautela nesta veiculação, de sorte que assim não procedendo, utilizando-se da imagem em desalinho com o artigo 29, inciso VIII, alínea “g”, combinado com o art. 79, § 1º, ambos da lei nº 9.610/98, incorrera em contrafação.

Isso porque, pela norma de regência, cabe ao autor, o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica (art. 28, da Lei nº 9.610/98), e a autorizar prévia e expressamente a sua utilização por qualquer modalidade existente ou que venha a ser criada, do que decorre seu direito patrimonial, sendo os meios de utilização comum da imagem, as condutas positivadas no art. 29, inciso VIII, alínea “g”, e IX, da lei nº 9.610/98.

E se ilícita esta utilização – porque não observados os dispositivos legais acima indicados, deve a UNIK indenizar moral e materialmente o requerente, como dispõe o art. 22 da mesma legislação, pois, conforme entendimento desta Câmara, *“pela Teoria Dualista dois direitos emergem da obra intelectual original, o moral, considerado direito da personalidade, e, portanto “indisponível, intransmissível e irrenunciável, devido ao seu caráter de*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“essencialidade”², sendo a própria expressão da personalidade, e o material, que têm limitação no tempo, é alienável, renunciável e prescritível, consistindo o direito material no aproveitamento econômico da obra, pelo próprio autor³, ou por terceiro por ele autorizado ou por seus sucessores (artigos 49 a 52 da Lei n. 9.610/98).”

Registre-se, ademais, que *“a simples publicação de fotografias, sem indicação da autoria, como se fossem obra artística de outrem, é suficiente à caracterização do dano moral e a proteção dos direitos autorais sobre fotografias está expressamente assegurada, nos termos do inciso VII, do art. 7º, da Lei 9.610/98.”* (AgInt no REsp 1457774/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 25/09/2017; e ainda que fosse creditado o nome do apelante ao lado de sua obra, melhor sorte não assistiria à requerida, visto que a publicação desautorizada, por si só, ainda que identificada a paternidade das fotografias, também, importa em dano moral, porque ofende direito inato e a atribuição da autoria não elide o dever de indenizar o prejuízo material.

Por oportuno, transcreve-se peculiar aresto a respeito da matéria, extraído do voto divergente exarado pelo Exmo. Des. ALEXANDRE COELHO, em processo envolvendo a mesma parte autora, onde o ilustre julgador analisa com clareza, a ofensa irrogada ao direito autoral do fotógrafo:

“No caso, a obra foi utilizada sem indicação de seu autor, o que costuma ocorrer em legenda aposta geralmente abaixo da foto ou a sua lateral direita, mas sempre fora da imagem fotografada, pois o nome do autor ou qualquer outro texto interferiria e prejudicaria a imagem captada se sobreposto a ela.

² José Carlos Costa Netto, *Direito Autoral no Brasil*, pág.73, ed. FTD.

³ Art 5º, inciso XXVII, da CF: *“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Daí porque não colhe o argumento de que o fotógrafo foi negligente ao não apor seu nome na obra ou ao não cuidar dela. Neste sentido, exigir a fotografia em site de domínio próprio é lícito e não implica renúncia aos direitos materiais da obra (os direitos morais são inegociáveis e irrenunciáveis, devendo acompanhar a fotografia mesmo após eventual cessão dos direitos materiais).

Aliás, com as vênias de sempre, contraria o Marco Civil da Internet e a própria realidade cada vez mais digital, o entendimento de que fotografia divulgada na internet cai no domínio público, uma vez que as coisas publicadas na rede mundial de computadores também têm donos e também são protegidas pelo ordenamento, como no caso em exame, no qual o fotógrafo mantém domínio próprio para seu site, em que divulga profissionalmente seu trabalho. Por outro lado, como se viu na lei, a internet serve para publicar a obra, que significa divulgá-la ao conhecimento do público e não cedê-la para uso gratuito.

E como se também se viu, a proteção legal independe de prévio registro, seja em cartório extrajudicial, seja na Biblioteca Nacional. Não há espaço, portanto, para se afirmar que se trata de obra que caiu no domínio público por falta de identificação de seu autor. A obra foi extraída de site que divulga seu autor e contava com anterior registro em cartório de registro de títulos e documentos, em nome do mesmo fotógrafo, como comprovado com a inicial, nada mais se podendo exigir dele, máxime porque, como antes referido, a fotografia, ao contrário de uma pintura, não costuma receber assinatura de seu autor, conforme costume largamente difundido neste segmento específico.

Aliás, quem conhece e trabalha com fotografias, próprias ou alheias, como é o caso das partes envolvidas no litígio, bem sabem que toda fotografia tem um fotógrafo que fez a captação da imagem,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

utilizando-se de equipamento (próprio ou locado), de tempo disponível para ir até o local por ele escolhido, arcando com as despesas correspondentes, de tempo de espera para se aguardar o melhor momento de colheita da imagem (a intensidade e direção da luz são a alma da fotografia), durante o qual ele verifica a melhor composição (definição dos elementos que comporão a imagem) e também se servirá de conhecimentos técnicos para, mediante a conjugação dos fatores exposição (sensibilidade), velocidade (do obturador) e abertura (do diafragma) para obter os efeitos visuais mais adequados ao fim colimado, o que faz da fotografia uma atividade que reúne arte e técnica ao mesmo tempo.

No dizer de NELSON MARTINS, “muito mais eu a simples perpetuação de uma cena, a fotografia é um testemunho, um depoimento silencioso que, assim como a pintura, a escultura ou outras linguagens, carrega a identidade de seu autor.”

Voltando ao caso em discussão, ganha-se maior relevância quando se lembra que fotógrafos profissionais vivem dos rendimentos que suas fotografias obtêm no mercado e que ignorar a proteção legal a eles conferida quanto a sua obra implica enriquecimento sem causa por parte de empresas que, em vez de contratarem fotógrafos próprios ou adquirirem os direitos patrimoniais das fotografias a serem por elas utilizadas na divulgação de seu negócio, escolhem o caminho fácil e ilícito de se servirem de várias imagens exibidas na rede mundial de computadores, como se elas não tivessem seu autor e como se este tivesse cedido gratuitamente seu uso comercial.” (AC 1045312-94.2015.8.26.0506; 8ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. SILVÉRIO DA SILVA; julgada em 26/03/2018).

Nesse sentido, pronunciou-se esta Colenda Câmara:

REPARAÇÃO DE DANOS – Dano moral – Direito Autoral – Ré que utiliza, sem prévia autorização e sem indicação de autoria, fotografias feitas pelo autor –



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inexistência de controvérsia sobre a autoria das fotos – Obra protegida, nos termos do art. 7º, VII, da Lei no. 9.610/1998 – Utilização indevida que gera dano moral – Valor da indenização fixado em montante excessivo – Redução - Recurso parcialmente provido. (Apelação 0006633-70.2013.8.26.0196; Rel. Des. MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES; julgada em 03/10/2017);

INDENIZAÇÃO – DIREITO AUTORAL – FORO COMPETENTE - DOMICÍLIO DO AUTOR OU DO LOCAL DO FATO - UTILIZAÇÃO DE FOTOGRAFIA SEM AUTORIZAÇÃO E ATRIBUIÇÃO DE CRÉDITO – PROVA DE AUTORIA E REGISTRO DA IMAGEM – CONTRAFAÇÃO VERIFICADA – DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS – DANO MORAL EXISTENTE – FIXAÇÃO EXCESSIVA DESTES – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Apelação 1045320-71.2015.8.26.0506; Rel. Des. GIFFONI FERREIRA; julgada em 05/09/2017).

Estabelecido o dever indenizatório, seu valor, sempre ao arbítrio subjetivo e prudente do julgador, deve considerar *“fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, a saber, de um lado, a análise do grau de culpa do lesante e a eventual participação do lesado na produção do efeito danoso, e de outro, a situação patrimonial e pessoal das partes e a proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito.”*⁴

Nesse sentido, ainda esclarece CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *“que se deve levar em conta a punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, colocando nas mãos do ofendido uma importância que não é o “pretium doloris”, porém, um meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, amenizando a amargura da ofensa. Deve o arbitramento, ainda, ser feito de forma moderada e equitativa, não tendo o objetivo de provocar o enriquecimento de uns ou a ruína de outros.”*⁵

Sopesando tais informações (dano e dever; reparação e possibilidade), arbitro a indenização por danos morais em R\$10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária deste arbitramento, e juros moratórios a fluir da citação.

⁴ Obra citada, página 209.

⁵ *Responsabilidade Civil*, 5ª Edição, Editora Forense, página 317.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No tocante à indenização patrimonial, o autor aduziu na inicial que comercializa sua fotografia por R\$ 1.500,00 (fls. 06); logo, afigura-se juto e equânime que demonstre em liquidação de sentença, os valores recebidos por seu trabalho, uma vez que nada comprovou nesse sentido, e a requerida contesta tal montante (fls. 101 – último parágrafo).

Por último, considerando que são incompatíveis o pedido para indicação da autoria da foto, cumulado com o pedido para abstenção na utilização da imagem, visto que se ela for retirada do site não há como creditar-lhe a autoria, determino a eventual utilização da fotografia, no site da ré, seja acompanhada do crédito da autora, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00, limitada à 30 dias, prejudicado o pedido de esclarecimento, uma vez que eventual divulgação será acompanhada do respectivo crédito da autora.

Diante do exposto, por meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para condenar a requerida ao pagamento de indenização por dano moral e material, este último a ser apurado em liquidação, determinando-se, ainda que, eventual utilização da fotografia na revista eletrônica da empresa ré, seja acompanhada do respectivo crédito autoral, sob pena de multa diária. Sucumbindo a requerida na quase totalidade dos pedidos, arcará integralmente com as custas processuais e honorários advocatícios, incluídos os recursais, que arbitro em 20% sobre o valor da condenação.

HERTHA HELENA DE OLIVEIRA

Relatora

Assinatura Eletrônica