



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2018.0000633695

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1019410-08.2016.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante GIUSEPPE SILVA BORGES STUCKERT (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado HOTEL Pousada Agua de Coco.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento em parte ao recurso, vencido o Relator sorteado, que declarará. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES LEOPOLDO, vencedor, NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, vencido, ENIO ZULIANI (Presidente), MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO E MAIA DA CUNHA.

São Paulo, 16 de agosto de 2018

ALCIDES LEOPOLDO
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL

Processo n.º 1019410-08.2016.8.26.0506

Apelante: Giuseppe Silva Borges Stuckert

Apelado: Hotel Pousada Água de Coco

Comarca: Ribeirão Preto

Voto n.º 13.579

EMENTA: DIREITO DE AUTOR – Publicação de fotografias sem autorização do fotógrafo - Proteção da obra fotográfica como emanção do trabalho humano independentemente de se tratar de criação artística – Direito da Personalidade - No campo do direito de autor, conforme expressa disposição do art. 29 da Lei n. 9.610/1998, a utilização da obra, por qualquer modalidade, depende de autorização prévia - A transferência dos direitos patrimoniais de autor, de forma total e definitiva, por licenciamento, concessão, cessão ou “por outro meio admitido em Direito”, se dá “mediante estipulação contratual escrita” (art. 49, II, LDA) - Cuidando-se de fotografia, a posse dos negativos é exceção à regra, por importar em presunção de cessão do direito patrimonial – Ainda que a fotografia pudesse ser encontrada na Internet, não conferia direito de sua apropriação e a identificação seria possível por meio da URL da imagem, além do mais do “flickr” (site de hospedagem de imagens) constava a reserva dos direitos autorais, sem abdicação dos direitos, propiciando a livre utilização - A divulgação da fotografia sem autorização ou sem o nome do autor importa em dano moral – Tempo decorrido desde a publicação das fotografias e a circulação restrita que desautorizam a aplicação da publicação prevista no art. 108 da LDA pela omissão ser reparada pela própria sentença que declara a autoria – Recurso provido em parte.

Adotado o acurado relatório do I. Desembargador

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Trata-se de apelação contra a r. sentença que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer c.c. reparação por dano por uso desautorizado de fotografia pela ré, pleiteando o autor o acolhimento dos pedidos formulados.

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 'essencialidade'”¹, sendo a própria expressão da personalidade, e o *material*, que têm limitação no tempo, é alienável, renunciável² 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).

Pela legislação brasileira cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica (art. 28, da Lei n.º 9.610/98), e de 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 obra a reprodução e a apresentação pública e apenas exemplificativa a relação do art. 29 da LDA.

São independentes as sanções de natureza administrativa, penal e civil e cumuláveis as indenizações por dano material e moral (Súmula n. 37 do STJ).

¹ José Carlos Costa Netto, Direito Autoral no Brasil, pág.73, ed. FTD.

² Com exceção ao direito de seqüência que é irrenunciável e inalienável, na forma estabelecida no art. 38, da Lei n.º 9.610/98.

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Na vigência da revogada Lei n. 5.988/1973, em conformidade com o inciso VII do art. 6º, considerava-se obra intelectual, as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, pudessem “ser consideradas criação artística”.

A atual Lei n. 9.610/1998 no inciso VII do art. 7º afastou tal exigência, de que seja considerada criação artística, estabelecendo que 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”.

Como relata Plínio Cabral⁴, triunfou no novo texto legal, “o ponto de vista de que toda a fotografia deve ser protegida”, ao que podemos aduzir, desde que, obviamente, seja fruto da atividade humana, uma criação do espírito, por se tratar de direito da personalidade.

José Oliveira Ascensão⁵ cita exemplos em que a fotografia não é obra artística, e não poderiam receber proteção como direito autoral, como aquela produzida por máquinas automáticas, destinadas a documentos de identidade, em que o próprio paciente aciona a máquina, ou aquelas de “uma câmera assestada sobre uma rua, que automaticamente tira dela fotografias a intervalos regulares”, ou nas “fotografias enviadas por satélites”. Acrescente-se o caso burlesco em que o fotógrafo britânico David Slater disse ter tido a câmera fotográfica subtraída por um macaco, em um parque na ilha de Sulawesi, Indonésia,

⁴ CABRAL, Plínio. A Nova Lei de Direitos Autorais. 1ª ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 53.

⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.419.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

que tirou autos-retratos, que acabaram divulgados por toda a imprensa “sem os devidos créditos”.

No caso, ainda que dispensável, a fotografia em discussão (fls.01) apresenta os requisitos de criatividade, originalidade, exterioridade e esteticidade, tanto que utilizada para ilustrar a atividade hoteleira da requerida.

Ressalta o Desembargador Artur Marques da Silva Filho⁶ que: “as obras que não realizam objetivos estritamente identificáveis com as noções de arte, literatura ou ciência, v.g., as obras didáticas, as de fim recreativo, entre outras, não apresentam finalidades estéticas (que visem a tocar os sentidos) e não merecem a proteção no campo do direito de autor. Podem as obras ter cunho utilitário, isto é, destinarem-se a aplicações industriais ou comerciais (modelos, desenhos, inventos) e, neste caso, serão tuteladas pelo Código de Propriedade Industrial”.

No campo do direito de autor, conforme expressa disposição do art. 29 da Lei n. 9.610/1998, a utilização da obra, por qualquer modalidade, depende de autorização prévia.

Por sua vez, a transferência dos direitos patrimoniais de autor, de forma total e definitiva, por licenciamento, concessão, cessão ou “por outro meio admitido em Direito”, se dá “mediante estipulação contratual escrita” (art. 49, II, LDA), de forma que eventual doação, pelo caráter de definitividade, somente tem validade se for por escrito e não verbal.

⁶ SILVA FILHO, Artur Marques da. Noção e Importância das Limitações aos Direitos do Autor: Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais. Coord. Eduardo C.B. Bittar e Silmara Juny Chinelato. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.32.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Cuidando-se de fotografia, a posse dos negativos é uma exceção à regra, por importar em presunção de cessão do direito patrimonial. Na Lei n. 5.988/1973 era expresso o art. 56 no sentido de que: “a tradição de negativo, ou de meio de reprodução análogo, induz à presunção de que foram cedidos os direitos do autor sobre a fotografia”, esclarecendo Antônio Chaves⁷ que: “o negativo é instrumento de trabalho do fotógrafo e, a menos que o fotografado o adquira, a ele não faz jus”, o que se aplica mesmo ao direito vigente, por ser uma praxe específica de tal atividade profissional, apesar de que, na era digital, negativo é coisa do passado.

É assente que a divulgação da fotografia sem o nome do autor importa em dano moral (REsp 132.896/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 04/12/2006, p. 292).

Contudo, 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.

Com relação a fotografia utilizada, não resta dúvida da autoria do apelante, fotógrafo profissional, ainda que a tenha depositado na Biblioteca Nacional e no Cartório Toscano de Brito posteriormente a utilização, o que era desnecessário para a proteção legal, mas apenas para facilitação da prova. Ainda que a fotografia pudesse ser encontrada na Internet, não conferia direito de sua apropriação e a identificação seria possível por meio da URL da imagem, além do mais do “flickr” (site de

⁷ CHAVES, Antônio. Direito de Autor: Princípios Fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.313.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

hospedagem de imagens) constava a reserva dos direitos autorais (fls.439), sem abdicação dos direitos, propiciando a livre utilização.

Em conformidade com o art. 108 da LDA, 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.

Tal dispositivo guarda relação com os direitos morais previstos nos incisos I e II do art. 24 da LDA de o autor reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra e de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra, direitos estes inalienáveis.

Contudo, diante do tempo decorrido e da circulação restrita ao empreendimento, a decisão reconhecendo a autoria é suficiente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

para reparar a omissão, devendo ser afastado o pedido de condenação de publicação em jornais de grande circulação ou mesmo no site da requerida.

Pelo exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso, para declarar a autoria do requerente sobre a fotografia de fls.01, ressalvado o direito de terceiros, condenando a ré na abstenção da utilização desautorizada, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, até o limite de R\$ 10.000,00, bem como a indenizar o dano material de R\$ 1.000,00 e o dano moral de R\$ 1.500,00, fixados com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com atualização monetária pela Tabela Prática do TJSP desta decisão e juros de mora de 1% ao mês do ajuizamento da ação, uma vez não identificada a data exata do início da utilização (Súmula 54 do STJ), rateando-se as custas do processo, arcando cada parte com honorários advocatícios de R\$ 1.500,00, à parte adversa, em conformidade com o § 8º do art. 85 do CPC, observada a gratuidade da justiça.

ALCIDES LEOPOLDO
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica