



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
 RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
 14096-570

SENTENÇA

Processo nº: **1017457-72.2017.8.26.0506**
 Classe – Assunto: **Procedimento Comum - Direito Autoral**
 Requerente: **Giuseppe Silva Borges Stuckert**
 Requerido: **Mahalo Agência de Viagens e Turismo Ltda – Me**

VISTOS.

I - RELATÓRIO.

GIUSEPPE SILVA BORGES STUCKERT ajuizou ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos contra **MAHALO AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA – ME**, sob o resumido fundamento de que é fotógrafo profissional e foi vítima de contrafação cometida pelo polo passivo, mediante uso não consentido de sua obra em rede social divulgada na *internet*, utilizando retrato de paisagem praiana que estava devidamente registrado em órgão competente como de sua autoria, ao final requerendo a condenação à abstenção de tal prática, com declaração de propriedade intelectual, além das indenizações pertinentes (material/moral), tudo acrescido dos consectários legais e processuais. Acompanhando a petição inicial foram juntados documentos (págs. 01/10)

Seguiram-se: decisão de indeferimento da gratuidade de justiça (págs. 87/88); agravo de instrumento improvido (págs. 250/254); recolhimento das custas (págs. 326/332); concessão da tutela de urgência (págs. 333/335).

Em resposta o polo passivo alegou preliminar (ilegitimidade); quanto ao mérito: negou a prática ilícita, alegando inexistência de comprovação da autoria, com utilização da imagem em domínio público; ao final impugnou especificadamente as pretensões indenizatórias (págs. 342/352). Apresentou documentos (págs. 353/402).

Seguiram-se: réplica (págs. 405/419); especificação probatória (pág. 421); pedido de expedição de ofício pelo polo passivo (pág. 422); decisão indeferindo a diligência (pág. 461); nova manifestação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
 RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
 14096-570

do polo passivo (págs. 463/464); juntada de documentos pelo polo ativo (págs. 465/550); vista ao polo passivo (págs. 551/554).

II- FUNDAMENTAÇÃO.

O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução do mérito, quando não houver necessidade de produção de outras provas (artigo 355, I, do Novo Código de Processo Civil), sendo desnecessária a prova pericial diante da objetividade dos fatos.

Já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal que "*entre os poderes conferidos ao Juiz, na direção do processo, está o de determinar as provas necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 130). Portanto se o Magistrado indefere prova requerida pela parte por julgá-la desnecessária, atua em conformidade estrita com a lei*" (AI 142.023-5-SP, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, citação tirada de V. Acórdão inserto na RT 726/247 e relatado pelo Des. MOHAMED AMARO, do E. TJSP).

No mérito os pedidos devem ser julgados parcialmente procedentes.

Trata-se de ação que visa reprimir a violação autoral.

Não deve prosperar a alegação de ilegitimidade passiva, pois resta demonstrada a pertinência entre aqueles que figuram em juízo e a relação de direito material que se discute; o documento de página 75 somente comprova que o site "Guia Viajar Melhor" fez nota de esclarecimento, diante do uso das imagens sem o devido crédito ao autor.

O polo ativo comprovou documentalmente a autoria da fotografia e o respectivo registro junto ao órgão competente, dando publicidade a terceiros acerca da propriedade intelectual a ser preservada. Há o registro das imagens na Biblioteca Nacional, bem como



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
 RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
 14096-570

publicação no perfil profissional do autor nos sites “Flickr” e “Panoramio” (págs. 77/86).

Há comprovação material nos autos da efetiva divulgação desautorizada da imagem, atribuída ao polo passivo, em mídia social e/ou sítio virtual da rede mundial de computadores (*internet*).

José Antonio Vega Vega ¹ assim conceitua o direito de autor: “Conjunto de faculdades, tanto de índole ideal como patrimonial, das que goza o titular de uma obra literária, artística ou científica, dentro dos limites fixados pelo Ordenamento jurídico de cada comunidade estatal”.

O direito de autor pode então ser compreendido como o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas existentes entre o criador e a obra intelectual (área da literatura, artes e ciências), nos planos moral e material.

No que concerne à natureza jurídica do direito de autor as três principais correntes de pensamento dos juristas são sintetizadas por Artur Marques da Silva Filho ² nesta resenha: “Para alguns, cuida-se de direito real, com realce ao aspecto patrimonial. Assim, o direito de autor envolve as relações entre o autor e a obra, entendendo tratar-se de propriedade”; referida teoria é a que inspirou as codificações, cuidando-se de “propriedade imaterial ou intelectual”.

Em continuidade, haveria a corrente doutrinária que aproximava os direitos autorais ao “(...) direito pessoal, ou seja, direito vinculado à personalidade do homem” (...), privilegiando “os aspectos pessoais do direito envolvido e rege-se pelas regras do direito obrigacional e dos direitos da personalidade”; é fruto da cristalização dos

¹ “Conjunto de facultades, tanto de índole ideal como patrimonial, delas que goza el titular de una obra literaria, artística ou científica, dentro de los límites fijados por el Ordenamiento jurídico de cada comunidad estatal” (tradução livre do autor). VEGA, José Antonio Vega. *Derecho de Autor*. Madrid: Editorial Tecnos, 1990, p. 43.

² SILVA FILHO, Artur Marques da; BITTAR, Eduardo C. B. et al (Coord.). *Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 28.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
 RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
 14096-570

direitos morais do autor.

A última tese, francamente dominante, por sua vez: (...) *conjuga os dois aspectos, patrimonial e pessoal, fundindo-os como um conjunto incidível, composto de prerrogativas morais e patrimoniais, que fazem do direito de autor um ramo próprio do direito privado, distinto da tripartição clássica do direito romano.*

Posição singular dentre os estudiosos consultados, José de Oliveira Ascensão³ insere o direito de autor na categoria de "direitos de exclusivo", ditando um conceito completamente diferente do geralmente aceito: "... um exclusivo temporário de exploração econômica da obra". Para ele é insuficiente a conceituação feita pelos teóricos defensores do enquadramento como *sui generis*.

Tem sido considerado que se trata de um direito especial, autônomo, original, justamente por contemplar tanto os aspectos subjetivos do autor na sua atividade de engenho como as consequências patrimoniais da utilização rentável de sua criação.

Dentro de tais diretrizes de interpretação, cabe ao autor o exercício do direito de proteção à obra fotográfica.

Colhe-se da Constituição Federal (art. 5º):

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

O registro da fotografia como sendo de autoria do autor foi efetuado na Fundação Biblioteca Nacional (art. 17, Lei 5.988/73).

Descabe, por hipótese, qualquer alegação de ignorância da paternidade do retrato, sendo irrelevante a disponibilização anterior da foto na *internet* pelo próprio autor, o que não serve de autorização generalizada para seu uso indiscriminado, sem apontamento de autoria e/ou sem prévia remuneração do criador.

³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 332/333.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
 RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
 14096-570

A propósito, é do senso comum que existe ferramenta tecnológica digital de fácil acesso de busca na rede, permitindo rápida conferência da propalada autoria.

Extrai-se da Lei nº 9.610/98:

Art. 24 - São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
 II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

(...)

Art. 28 - Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

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; (...)

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero.

A publicação indevida da obra fotográfica, seja com fins lucrativos ou não, acarreta ao verdadeiro detentor de seus direitos a percepção da remuneração adequada, condizente com a expressão econômica a que faria jus se tivesse liberado a divulgação.

Nesta direção confirmam-se os dispositivos legais referentes ao resguardo específico das fotografias, reputadas obras intelectuais protegidas:

Art. 7 - 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;

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.

Parágrafo primeiro - A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
 RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
 14096-570

O polo ativo comprovou que a licença de uso no mercado em tese lhe renderia, pela média, o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), cotação de comércio no ramo e que não se mostra desarrazoada, devendo ser prestigiada à falta de estimativa inferior.

A utilização combatida, sem identificação do autor, por si só, representa ofensa de cunho subjetivo que pode ser traduzida em lesão extrapatrimonial, ensejando prejuízo de natureza moral reparável.

Neste sentido:

DIREITO A IMAGEM. DANOS MORAIS E MATERIAIS.

Empresa de construção civil que utiliza, sem autorização, fotos de autoria de terceiro, em seu sítio virtual para comercializar empreendimento. Sentença de procedência. Obrigação de fazer consistente em informar em seu site e três jornais de grande circulação a autoria das imagens utilizadas. Indenização por danos materiais em R\$ 1.500,00 e danos morais em R\$ 10.000,00. Recurso de ambas as partes. **Comprovada a autoria da imagem. Publicação anterior no perfil profissional do autor e registro em cartório. Proteção constitucional e legal da imagem (art. 7º, VII, Lei 7.610/98). Dever de indenizar mantido**, com redução do quantum para R\$ 3.000,00, englobando danos materiais e morais. Recurso da ré parcialmente provido para reduzir a indenização (danos morais e materiais) para R\$ 3.000,00 com correção monetária e juros desde a citação. Recurso do autor não provido. (TJSP; Apelação 1042798-08.2014.8.26.0506; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2018; Data de Registro: 02/03/2018).

A indenização por danos morais é de rigor.

De conformidade com a melhor doutrina: *“Para a obtenção da indenização pelo dano moral puro não se exige a comprovação dos reflexos patrimoniais”* (Wladimir Valler, “A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro”, 3ª ed., 1995, E.V. Editora Ltda., pág. 145).

Extrai-se do seguinte e tradicional Enunciado: Superior Tribunal de Justiça - Súmula nº 37. *“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
 RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
 14096-570

O arbitramento deve ser fundado na teoria do desestímulo e no princípio da razoabilidade (art. 944, Código Civil).

Segue-se a seguinte orientação: *“Para se educar o ofensor no caso dos autos, qual seria a quantidade de moeda suficiente à reflexão que é um dos escopos da ordem indenizatória ? Além da imensa dificuldade de se conhecer a justa cifra, acresce que se estabelecida aleatoriamente, poderia representar um prêmio indevido ao ofendido, diante da possibilidade de lhe ser concedida importância que modificará totalmente suas condições normais de vida, indo a indenização muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado.*

Ao Juiz, pois, dentro da contida e prudente conduta, se incumbe a tarefa de encontrar valor, obediente às condições já explicadas, sem marcar qualquer dos litigantes pelo favorecimento ou desfavorecimento” (JTJ - LEX 142/104).

O juízo entende justa e adequada ao reconforto da parte lesada pela contrafação a importância estimada em 05 (cinco) salários mínimos, quantia a ser convertida em forma de condenação líquida ao final, apta a ser absorvida pela parte infratora.

A tutela de urgência que foi antecipada (suspensão/abstenção/proibição de uso) será consolidada definitivamente, sob pena da incidência da multa arbitrada.

A declaração de propriedade intelectual da obra guerreada é indiscutível e emerge das provas produzidas, tanto que já foi objeto de registro público.

Por fim, resta prejudicado o pedido de publicação relativo à confirmação de autoria.

A legislação de regência estabelece:

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
 RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
 14096-570

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.

Ocorre que a pretensa divulgação da identidade do autor é incompatível com a vedação do uso vindouro da foto; ademais, a publicidade almejada já se confirmou com o pretérito registro e será ratificada judicialmente.

Já decidiu, a propósito, o E. Tribunal de Justiça:

*“DIREITO DE AUTOR – Publicação de fotografias sem autorização do fotógrafo profissional e sem indicação da autoria – Legitimidade passiva "ad causam" pela divulgação desautorizada da obra – 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 divulgação da fotografia sem autorização ou sem o nome do autor importa em danos materiais e moral – Valor da indenização bem fixado - **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** - Honorários advocatícios - Majoração - Recurso do autor provido em parte e desprovida a apelação da ré” (Apelação nº **1010789-32.2014.8.26.0008** - Relator(a): Alcides Leopoldo e Silva Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/07/2016; Data de registro: 05/07/2016).*

Tendo o polo ativo decaído de parte não significativa de sua pretensão, o ônus sucumbencial será direcionado na íntegra ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
 RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
 14096-570

polo perdedor.

O juízo não vislumbra dolo ou comportamento desleal das partes, no plano processual, sem punição por litigância de má-fé.

III - DECISÃO.

Ante o exposto, **TORNO** definitiva a tutela de urgência. **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos. **DECLARO** que a obra fotográfica sob litígio é de propriedade intelectual exclusiva do polo ativo.

CONDENO o polo passivo aos seguintes pagamentos: **a)** por danos materiais, da importância de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), atualizável desde a publicação indevida (Súmula 43, STJ); **b)** por danos morais, da quantia de R\$ 4.770,00 (quatro mil quatrocentos e setenta reais), com correção monetária deste arbitramento (Súmula 362, STJ). Sobre as condenações incidirão juros legais moratórios computados a partir do evento danoso, ou seja, da divulgação desautorizada da fotografia (Súmula 54, STJ).

Tendo o autor decaído de parte ínfima, a parte ré, vencida, arcará integralmente com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor corrigido da condenação – arts. 85, §2º e 86, parágrafo único, NCP.

Caso a parte devedora não efetue o pagamento voluntário no prazo de 15 (quinze) dias, contados da oportuna intimação (via DJE) para pagamento do débito, após o trânsito desta em julgado, na pessoa de procurador (a) constituído, os montantes da condenação principal e da sucumbência serão acrescidos de multa e honorários de advogado, ambas as verbas estipuladas em dez por cento - artigo 523, NCP.

O juízo adverte à parte devedora que qualquer depósito judicial futuro, sem ressalva, ensejará presunção de pagamento de quantia incontroversa e autorizará subsequente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO
FORO DE RIBEIRÃO PRETO
7ª VARA CÍVEL
RUA ALICE ALÉM SAADI, 1010, Ribeirão Preto-SP - CEP
14096-570

liberação à parte credora, expedindo-se guia de levantamento sem nova consulta ou despacho, independentemente do estágio processual, seja nesta instância ou em grau recursal.

P.R.I.C.

Ribeirão Preto, 14 de dezembro de 2018.

THOMAZ CARVALHAES FERREIRA

Juiz de Direito