



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2018.0000962156

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1020738-36.2017.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante GIUSEPPE SILVA BORGES STUCKERT, é apelado SMILE TURISMO (VERÔNICA DOS SANTOS AMARAL).

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Pedro Zardo Junior.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente sem voto), CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER E SALLES ROSSI.

São Paulo, 5 de dezembro de 2018.

ALEXANDRE COELHO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação nº. 1020738-36.2017.8.26.0506
 Apte: GIUSEPPE SILVA BORGES STUCKERT
 Apda: SMILE TURISMO (VERÔNICA DOS SANTOS AMARAL)
VOTO nº. 9607/cfo

APELAÇÃO – DIREITOS DE AUTOR – FOTOGRAFIA –
 UTILIZAÇÃO PUBLICITÁRIA DESAUTORIZADA E SEM
 INDICAÇÃO DE CRÉDITOS – FOTO DE PAISAGEM –
 PROTEÇÃO LEGAL – DANOS MATERIAIS NÃO
 IMPUGNADOS DE FORMA CONSISTENTE - DANOS
 MORAIS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – JURISPRUDÊNCIA
 – A fotografia é obra intelectual protegida pela Lei de Direitos
 Autorais, mesmo quando se trata de imagem de paisagem, nos
 termos da lei vigente há 20 anos, o que permite o exercício da
 pretensão de indenização de danos materiais e morais
 decorrentes de seu uso publicitário desautorizado e sem
 indicação de sua autoria (créditos) – Necessidade da indicação
 da autoria e da cessação do uso desautorizado - DERAM
 PROVIMENTO AO RECURSO.

Trata-se de apelação interposta pelo autor GIUSEPPE SILVA BORGES STUCKERT contra a respeitável sentença, cujo relatório ora se adota, que julgou improcedente a ação indenizatória por ele movida em face de SMILE TURISMO (VERÔNICA DOS SANTOS AMARAL).

A respeitável sentença (fls. 434/439) julgou improcedentes os pedidos e condenou o autor a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios que foram arbitrados em R\$1.200,00.

Em apelação, o autor pugna pela reforma da respeitável sentença. Sustenta, em síntese, que: i) a fotografia por ele tirada é obra artística que conta com proteção legal, ii) o direito de utilização da obra fotográfica é do seu autor, iii) o fato de a fotografia estar lançada na rede mundial de computadores não é licença para o uso livre de obra protegida,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

não tornando a obra de domínio público, iv) que o ato da ré foi ilícito e determina reparação de prejuízos.

Não vieram aos autos as contrarrazões de apelação (fls. 475).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 477).

É o breve relatório.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, o recurso é recebido com efeito suspensivo (artigo 1.012, caput, do CPC).

Trata-se de ação pela qual o apelante pede que a ré apelada lhe atribua o crédito sobre obra que publicou indevidamente em seus canais de comunicação, que se abstenha de se utilizar de obra de sua autoria e que lhe indenize os danos materiais e morais decorrentes do uso indevido de fotografia que tirou.

A sentença julgou improcedentes os pedidos e contra esta decisão é que se volta o autor, sustentando que não autorizou o uso da fotografia que tirou para a finalidade publicitária dada pela apelada e que não lhe foi atribuído o “crédito” na publicação da obra em página de rede social da recorrida. Diante da publicidade não autorizada, o apelante discorre sobre a violação do direito autoral e pleiteia indenização pecuniária.

Pois bem.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Provas nos autos tanto a autoria sobre a fotografia objeto da lide quanto a indevida utilização desse material visual pela apelada, cumpre registrar que a Lei 9.610/98 protege expressamente a obra fotográfica, conforme previsão do artigo 7º, VII, que assim dispõe:

“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;”

E a proteção legal se estende aos direitos morais e patrimoniais que o autor tem sobre a obra que criou, conforme prescreve o art. 22 da legislação em regência:

“Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

É curial lembrar que, nos termos da lei, a obra é tida como publicada quando é oferecida ao conhecimento do público, por qualquer forma ou processo.

Feitas estas colocações acerca da legislação que deve ser aplicada à solução da controvérsia, bem é de se ver que: i) o fotógrafo criou a obra aqui discutida, a qual foi inclusive registrada; ii) a empresa apelada fez o uso comercial desautorizado da referida fotografia com o propósito de divulgar pacote turístico por ela oferecido; iii) não foi feita a indicação da autoria da fotografia ao publicá-la em sítio eletrônico.

Logo, é forçoso reconhecer a infração praticada pela apelada aos direitos autorais do fotógrafo, no plano material (utilização sem autorização) e no plano moral (ausência de indicação de créditos).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Observe-se que o fato de a fotografia retratar uma paisagem em nada serve a alterar o deslinde da lide, posto que a lei nova, de 1998, há 20 anos vigente, ao contrário da anterior, não exige mais traços artísticos distintivos na obra fotográfica para que ela mereça proteção no plano material e também no moral.

Releva ainda mencionar que o entendimento nesse sentido, de que as fotos de paisagens ou as destituídas de traços artísticos ou singulares não merecem proteção legal, não se mostra o caminho a ser trilhado considerando a legislação vigente.

A esse respeito, embora um tanto quanto longa, merece transcrição a seguinte parte do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp nº. 1.322.704-SP, que expressa o entendimento unânime da Colenda Quarta Turma do STJ (j. 23/10.2014):

“O ordenamento jurídico brasileiro, de forma ampla e genérica, confere à fotografia proteção própria de direito autoral. Art. 7º, inciso VII, da Lei n. 9.610/1998 e art. 2 da Convenção de Berna.

[...]

Como é de curso conhecimento, o direito de autor preocupa-se com a proteção das chamadas criações do espírito - como espécie do gênero criações intelectuais, que englobam as marcas, patentes e softwares -, desde que exteriorizadas das mais variadas formas.

As criações do espírito protegidas pelo direito de autor são as obras literárias e artísticas, donde ressaí a diferença doutrinária entre direito de autor e direito autoral, este último como sendo o plexo dos demais direitos conexos ao de autor, como os direitos dos intérpretes ou executantes, dos produtores de fonograma e dos organismos de radiodifusão (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 15).

Dessa forma, o direito de autor tutela a criatividade manifestada em obras literárias ou artísticas, e, ontologicamente, a fotografia encontra-se em um espaço por vezes nebuloso.

Se é certo que fotógrafos talentosos e reconhecidos - como Sebastião Salgado - põem a salvo a fotografia como manifestação artística das mais sofisticadas, também é verdade que diversas formas de fotografar não têm nem mesmo a pretensão de ser tidas por manifestações de arte. É o caso da fotografia como registro histórico, aquele retrato documental de face (conhecida como 3x4) e os autorretratos, tão em voga no atual mundo da autoexibição das redes sociais.

Nesse passo, o direito comparado fornece mostras da adoção dos dois extremos - de incondicional proteção autoral da fotografia e da completa exclusão da fotografia do universo das obras artísticas -, e também de posições intermediárias, como no modelo que perdurou no Brasil na vigência da revogada Lei n. 5.988/1973:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO São Paulo

Podemos tomar, e o Direito Comparado o confirma, as posições extremas: considerar toda fotografia uma obra artística ou, pelo contrário, considerar que a fotografia nunca é obra artística. E podem-se tomar posições diferenciadoras: certas fotografias poderão ser protegidas pelo direito de autor. Quanto às fotografias não consideradas obras artísticas, podem ficar destituídas de proteção ou ser ainda tuteladas por um "direito conexo" ao direito de autor, como acontece na lei alemã. II - Por que esta resistência ao enquadramento da fotografia no âmbito do direito de autor? É que se pode duvidar se a fotografia é arte, se é técnica. A fotografia é produzida por meios meramente mecânicos. E o que for meramente mecânico está excluído da arte. Por isso, historicamente, a fotografia só aos poucos foi penetrando no domínio do direito de autor; e mesmo quando penetrou recebeu normalmente uma posição diminuída em comparação com as restantes obras, expressas sobretudo pela restrição nos prazos de proteção. [...] A própria escolha do objeto, até a descoberta por parte do operador de uma composição de formas e tons, não bastará para assegurar o caráter artístico da fotografia, que se torna assim a concretização da descoberta pelo autor de uma visão de caráter estético? A resposta deveria ser negativa. A obra literária ou artística não é a descoberta, mas a criação. Por mais intuição estética que tenha havido no isolamento do objeto, o fotógrafo não cria o objeto; e a fotografia limita-se a reproduzi-lo por meios mecânicos. Por isso, em rigor, a fotografia está fora do nosso conceito quando representa a mera transposição de um objeto exterior (ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 419-420). -----

Porém, como reconhece o próprio Ascensão, o direito brasileiro trilhou caminho mais permissivo no tocante ao enquadramento da fotografia como obra artística. Na vigência da Lei de Direitos Autorais revogada, a despeito de não vislumbrar em toda e qualquer fotografia uma manifestação artística, o ordenamento pátrio a considerava obra de cunho artístico - e, particularmente, o projeto fotográfico, no qual se agregam escolhas preordenadas de iluminação, cenário e outras condições referentes ao objeto fotografado - sempre que revelasse uma descoberta estética a partir dos arranjos e acoplamentos pensados ou capturados pelo fotógrafo.

Nesse sentido, o art. 2 da Convenção de Berna, de 1886, afirma de forma genérica que "os termos 'obras literárias e artísticas' abrangem [...] as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ao da fotografia".

Na mesma linha, a antiga Lei de Direitos Autorais (Lei n. 5.988/1973) afirma em seu art. 6º, inciso VII, que "são obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como: 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, possam ser consideradas criação artística".

Em comentários à Lei n. 5.988/1973, Ascensão confirmava que o Brasil havia seguido uma linha de maior abertura para a proteção da fotografia como manifestação artística e, além disso, alertava sobre os riscos da expansão exagerada do conceito:

Perante os problemas suscitados pela delimitação desta categoria tem-se notado no Brasil uma tendência expansiva: protege-se a fotografia, e deixa-se em segundo plano a exigência da criação artística. Mas esta tendência expansiva propicia exageros. É necessário reconhecer que há fotografias que podem ter até um grande valor documentário, mas que não cabem nos quadros do Direito de Autor. A fotografia tremida que um amador casualmente tomou de um acidente pode ser disputada a peso de ouro pelas grandes revistas ilustradas, mas não tem nenhum valor artístico, e não é, portanto, protegida por direito de autor. Esta conclusão pode-se generalizar a qualquer fotografia cujo valor for meramente documentário. Com a consequência de que todos a poderão livremente aproveitar, salvo se princípios próprios de outros setores da ordem jurídica o impedirem. No Direito de Autor não encontram, porém, tutela (ASCENSÃO, José de Oliveira. Op.cit., p. 420-421). -----

Não obstante a sólida construção doutrinária acerca do tema, mas também com um propósito de objetividade, simplificação e de redução das controvérsias previsíveis sobre o assunto, a lei atual brasileira de direitos autorais (Lei n. 9.610/1998) abriu por completo o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

conceito de fotografia como sendo manifestação artística protegida pelas normas de direito autoral, retirando a restrição contida na antiga legislação.

O art. 7º, inciso VII, da atual Lei de Direitos Autorais, sem a condicionante da parte final do dispositivo correspondente da norma revogada, preceitua:

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; -----

Nesse particular, a doutrina bem esclarece a amplitude do dispositivo citado:

Desnecessário dizer que esse item da Lei nº 5.988/1973 deu origem a muitas questões e a intenso trabalho de peritos para avaliar se uma foto seria, realmente, obra de criação artística, algo inteiramente subjetivo. O que é artístico? O que não é artístico? Newton Paulo Teixeira dos Santos (1990) tratou do assunto, defendendo a tese de que a fotografia, seja ela qual for, deve ser protegida. Para ele é uma violência e um preconceito proteger apenas parcialmente a fotografia, especialmente quando o conceito de arte é, hoje, ilimitado. Diz o autor: "E é até incrível que se coloque o problema desse modo, quando o conceito de 'arte' está inteiramente revolucionado. O que não é arte?" O ponto de vista de que toda a fotografia deve ser protegida triunfou no novo texto legal. O item VII excluiu a expressão "desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística". Agora são protegidas "as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia". O Brasil segue, nesse caso, a maioria dos países onde a fotografia é protegida sem condições especiais (CABRAL, Plínio. A lei de direitos autorais: comentários. 5 ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 57). -----"

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 estivessem protegidas e como seu autor este tivesse cedido gratuitamente seu uso comercial.

Outrossim, o fato de outros sites publicarem fotografias tiradas pelo apelante não torna legítimo o ato praticado pela apelada, pois era exigível dela uma conduta compatível com os deveres que emanam da cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil de 2002), vale dizer, de cumprimento dos deveres acessórios de conduta: dever de informação; dever de colaboração e de cooperação; dever de proteção e de cuidado com a pessoa e com o patrimônio da parte que produziu a obra fotográfica.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nem mesmo a circunstância de o fotógrafo ter ajuizado várias demandas buscando indenização semelhante tem importância, pois é recorrente a contrafação ora tratada, dado o pouco conhecimento e o pouco respeito que se empresta aos direitos de autor.

Há, portanto, dever de se atribuir ao autor o crédito pela imagem por ele criada, concedendo-se para tanto o prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de R\$50,00 até o limite de R\$5.000,00, para fazer cumprir o quanto estabelece o artigo 108, inciso II, da Lei 9.610/98. Independentemente da disposição acima, passados 15 dias da devida atribuição dos créditos, deverá a apelada ainda remover de suas redes sociais a obra em questão, na forma como vinha sendo exibida, no prazo de 15 dias que se seguem, e se abster doravante de se utilizar dela e de outras fotografias tiradas pelo autor, sob pena de nova multa diária que se fixa conforme o acima, para cada imagem utilizada indevidamente, por dia que assim o fizer a apelada, devendo o apelante receber indenização por danos morais. Em outras palavras, são cinco dias de prazo para atribuição dos créditos, mantida a foto por 15 dias, após o que ela deve ser excluída em até 15 dias.

A respeito dos danos materiais, o valor pleiteado pelo autor, de R\$2.000,00, afigura-se razoável à espécie, até porque não contou com impugnação consistente por parte da ré. O valor deve ser corrigido desde o ajuizamento da ação, com juros de mora a contar da citação.

No que toca os danos morais, o arbitramento da quantia de R\$2.000,00 se mostra razoável e proporcional às circunstâncias da causa, uma vez que foi uma única imagem publicada pela ré, divulgada em sítio apropriado, de modo que a infração se limita à ausência dos créditos e nada mais do que isso. Incidirão os mesmos consectários legais.

E nesse sentido cite-se valiosa decisão do E. Des. Relator Alcides



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Leopoldo e Silva Júnior deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“EMENTA: 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 1010789-32.2014.8.26.0008, j. 05/07/2016)

Procedente a ação, nos termos acima, condena-se a ré no pagamento das custas, despesas e honorários de 20% do valor da condenação.

Eventuais embargos declaratórios serão julgados em sessão virtual, salvo se manifestada oposição na própria petição de interposição dos embargos, nos termos do art. 1º da Resolução n.º 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, entendendo-se o silêncio como concordância.

Ante o exposto, pelo presente voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso, nos termos supra expostos.

ALEXANDRE COELHO

Relator