

Apelação Cível n. 0318523-84.2014.8.24.0023, da Capital
Relatora: Desembargadora Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. USO NÃO AUTORIZADO DE FOTOGRAFIA DE AUTORIA DO DEMANDANTE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

RECURSO DAS REQUERIDAS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. INSUBSISTÊNCIA. DEMANDANTE QUE SE ARROGA AUTOR DA FOTOGRAFIA. LEGITIMIDADE EVIDENCIADA *IN STATUS ASSERTIONIS*. VERACIDADE DA ALEGAÇÃO QUE CONSTITUI MÉRITO DA LIDE.

LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA. INSUBSISTÊNCIA. PROCESSOS APONTADOS COM OBJETOS DISTINTOS.

MÉRITO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DEVER INDENIZATÓRIO EM RAZÃO DO USO DE BOA-FÉ DAS IMAGENS. INSUBSISTÊNCIA. SUPOSTA AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE PORTO SEGURO/BA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE EXTINGUIR O DIREITO MATERIAL E MORAL DO AUTOR DA FOTOGRAFIA. PREJUÍZO MATERIAL EVIDENCIADO PELA AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO FINANCEIRA PELO USO DA IMAGEM. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. OFENSA A DIREITO MORAL DO AUTOR IGUALMENTE CONFIGURADO. NÃO DIVULGAÇÃO DA AUTORIA. EXEGESE DO ARTIGO 108, DA LEI N. 9.610/1998. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. DANOS MORAIS. PEDIDO DE AMBAS AS PARTES PARA MODIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO ARBITRADA. INSUBSISTÊNCIA. MONTANTE CONSENTÂNEO COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

RECURSO DO AUTOR. PEDIDO DE PUBLICAÇÃO DE RETRATAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. MEDIDA DESPROPORCIONAL NO CASO CONCRETO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

RECURSO DAS DEMANDADAS CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DO DEMANDANTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0318523-84.2014.8.24.0023, da comarca da Capital 2ª Vara Cível em que é Apte/Apdo Clio Robispierre Camargo Luconi e Apdo/Aptes Snowmass Turismo Ltda - Me e outros.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Stanley Braga e o Excelentíssimo Desembargador André Carvalho.

Florianópolis, 20 de novembro de 2018.

Desembargadora Denise Volpato
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

Forte no Princípio da Celeridade, e utilizando racionalmente as ferramentas informatizadas, adota-se, *in totum*, o relatório da Sentença (fls. 1.405/1.407), *verbis*:

"Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais e Materiais e Pedido de Antecipação de Tutela proposta por Clio Robispierre Camargo Luconi, devidamente qualificado, contra Zine Cultural Comunicação e Entretenimento Ltda Me, Nova Forma Viagens e Turismo Ltda-Me e Snowmass Turismo Ltda - Me, igualmente qualificadas, aduzindo, em síntese, que: (i) é fotógrafo profissional e cobra em torno de R\$ 1.000,00 a R\$ 2.000,00 pela utilização de uma de suas fotografias, a depender do fim a que se destinam; (ii) fotografou belíssimas paisagens na cidade de Porto Seguro/BA e deparou-se com uma destas imagens em endereço eletrônico da primeira ré, anunciando pacotes turísticos da segunda e terceira ré; (iii) jamais manteve relação contratual com qualquer uma das rés e, ainda assim, estas utilizaram indevidamente uma de suas fotografias; (iv) a conduta ilícita das rés sustenta seu pleito de indenização a título de danos morais e materiais.

Indicou os fundamentos jurídicos do pedido, valorou a causa, requereu a antecipação dos efeitos da tutela para que as rés suspendam imediatamente a utilização das fotografias do site www.zinecultural.com.br. Por fim, pleiteou a procedência dos pedidos exordiais com a condenação das rés, solidariamente, à indenização pelos danos materiais no valor de R\$ 1.500,00 e danos morais no valor de R\$ 10.000,00 suportados em face de sua conduta ilícita, bem como à obrigação de fazer no sentido de publicar a obra contrafeita em jornal de grande circulação por três vezes consecutivas atribuindo-lhe legivelmente o crédito. Ainda, requereu a concessão do benefício da justiça gratuita, bem como que as rés suportem o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios. Juntou procuração e documentos (fls. 19/217).

Houve emenda à inicial (fls. 218/223), pela qual o autor juntou diversos documentos (fls. 224/285 e 286/337).

A tutela antecipada foi deferida por meio da decisão de fls. 338/340.

Regularmente citada (fl. 346), a ré Nova Forma Viagens e Turismo Ltda-Me, segunda ré, apresentou contestação (fls. 509/523) alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, e a existência de conexão com o processo nº 032863-44.2014.8.24.0023 em trâmite na 6ª Vara Cível. No mérito, sustentou que: (i) obteve diretamente do município de Porto Seguro, autorização que garantiu acesso a todo o material constante no site da prefeitura, sem qualquer custo e sem relação de artista ou origem; (ii) além do site da prefeitura, a imagem em discussão também consta em sites de banco de imagens gratuitos; (iii) não violou qualquer legislação e nem fez uso de material sem autorização; (iv) segundo a prefeitura o arquivo foi adquirido por ela e disponibilizado para o uso de terceiros; (v) o autor não comprovou que a fotografia é realmente de sua autoria; (vi) é inexistente o dano material ante a

ausência de suporte fático e jurídico que o ampare; (vii) não restou verificada a ocorrência de dano moral. Requereu o acolhimento das preliminares com a consequente extinção do feito, sucessivamente, a total improcedência dos pedidos, bem como a condenação do autor nas penas de litigância de má-fé. Postulou pela produção de todos os meios de provas e juntou procuração e documentos (fls. 364/387).

Citada (fl. 348), a ré Snowmass Turismo Ltda-Me apresentou contestação (fls. 388/401), arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva e a continência. No mérito, aduziu que: (i) pode acessar qualquer foto livremente em todos os sites mencionados, pois somente a origem ou a marca é que justificariam um contrato para pagamento pelo uso; (ii) não violou qualquer legislação e nem fez uso de material sem autorização; (iii) o arquivo está disponível no mercado, que pode ser acessado por qualquer pessoa, não constando referência de artista; (iv) a utilização da foto não teve fim exclusivamente lucrativo, portanto, não houve violação ao direito autoral; (v) apenas acessou o material do site da prefeitura e disponibilizou no seu, pois não tinha conhecimento da sua origem; (vi) o autor não comprovou que a fotografia é realmente de sua autoria; (vii) a utilização da foto em vários sites sem identificação de autoria comprovam a sua publicidade, logo, não são cabíveis os danos materiais e morais pleiteados. Requereu o acolhimento das preliminares com a consequente extinção do feito, sucessivamente, a total improcedência dos pedidos, bem como a condenação do autor nas penas de litigância de má-fé. Postulou pela produção de todos os meios de provas e juntou procuração e documentos (fls. 402/412).

Ato contínuo, a ré Zine Cultural Comunicação e Entretenimento Ltda, também apresentou contestação, suscitando, preliminarmente, a exceção de incompetência em razão do lugar e da matéria. No mérito, sustentou que: (i) o autor não comprovou que a fotografia é realmente de sua autoria; (ii) inexistiu esclarecimento nos autos sobre quando e onde a foto foi produzida; (iii) a foto foi retirada do site da prefeitura de Porto Seguro, sendo que não havia menção de autoria; (iv) não houve qualquer violação dos direitos autorais, portanto, não há o que se falar em danos materiais e morais. Requereu o acolhimento das preliminares arguidas e, sucessivamente, a total improcedência dos pedidos. Postulou pela produção de todos os meios de provas e juntou procuração e documentos (fls. 433/439).

Houve réplica e apresentação de documentos (fls. 443/473), oportunidade em que o autor impugnou as alegações das rés e ratificou os pedidos iniciais.

O autor juntou novos documentos às fls. 537/785.

Intimadas as partes para a especificação de provas (fl. 787), a segunda ré e o autor requereram a oitiva de duas testemunhas (fls. 789/790 e 1312), sendo que a outras rés deixaram transcorrer o prazo sem manifestação (fl. 1330).

Sem que houvesse intimação, o autor apresenta por duas vezes alegações finais (fls. 1229/1244 e 1314/1328) com a juntada de nova documentação (fls. 1245/1311, 1329 e 1332/1402), respectivamente".

Sobreveio Sentença da lavra da MMA. Juíza de Direito Érica

Lourenço de Lima Ferreira julgando a lide nos seguintes termos:

"Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por Clio Luconi contra Zine Cultural Comunicação e Entretenimento Ltda, Nova Forma Viagens e Turismo Ltda-Me e Snowmass Turismo Ltda-Me, para confirmar a tutela de fls. 338/340 e CONDENAR as rés, solidariamente:

A) ao pagamento de indenização por danos materiais ao autor, no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês desde a data da primeira divulgação da foto identificada nos autos (11/11/2011);

B) ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com correção monetária pelo INPC desde a sentença (STJ, Súmula 362) e juros de mora de 1% ao mês, a partir de 11/11/2011.

Por ter o autor decaído de pedido mínimo, condeno apenas as rés, solidariamente, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sob a condenação final, nos ditames do art. 85, §2º, do CPC/2015.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado a sentença, intime-se o autor para que proceda na forma do art. 523 do Novo Código de Processo Civil.

9. Cumpra-se o desentranhamento das fls. 1229/1244, 1314/1328, 1245/1311, 1329, 1332/1402, certificando-se nos autos esta ocorrência".

Zine Cultural Comunicação e Entretenimento Ltda opôs embargos de declaração que foram rejeitados.

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 1.421/1.426) em que postula a majoração da indenização moral fixada na Sentença. Sustenta ter havido dupla violação moral, pois ofendido em seu direito de autorizar previamente (ou não) o uso da fotografia, bem como pela não divulgação da autoria. Alega, ainda, ter direito a publicação de "direito de resposta", na forma do artigo 108 da Lei n. 9.610/1998.

Nova Forma Viagens e Turismo Ltda igualmente interpôs apelação cível (fls. 1.430/1.446) em que aduz em preliminar a conexão, litispendência e coisa julgada. No mérito sustenta não haver prova da autoria da fotografia. Afirma ter recebido a fotografia diretamente da Secretaria Municipal de Turismo do município de Porto Seguro/BA. Alega não ter sido repassado pelo ente público a identificação do fotógrafo responsável, agindo em boa-fé. Assevera ter

recebido autorização de referido órgão para uso das fotos. Argumenta ser de domínio público a fotografia não identificada no sítio eletrônico mantido pelo município de Porto Seguro/BA, sendo descabida a cobrança pelos direitos autorais. Aduz, outrossim, não terem os fatos o condão de provocar danos morais.

Snowmass Turismo Ltda.-ME igualmente interpôs apelação cível (fls. 1.449/1.460) em que sustenta a preliminar de coisa julgada, bem como continência com os autos da ação n. 0324863-44.2014.8.24.0023 e/ou n. 005.14.600337. No mérito alega não ter responsabilidade pois teve acesso a material publicitário disponibilizado de forma gratuita pelo município de Porto Seguro/BA. Aduz, ainda, não haver prova da autoria da fotografia. Argumenta ser de domínio público a fotografia não identificada no sítio eletrônico mantido pelo município de Porto Seguro/BA, sendo descabida a cobrança pelos direitos autorais. Afirma, outrossim, não terem os fatos o condão de provocar danos morais.

Zine Cultural Comunicações e Entretenimento Ltda. interpôs apelação cível (fls. 1.478/1.489) em que sustenta, em preliminar a ilegitimidade ativa *ad causam*. No mérito afirma não ter copiado a fotografia de um sítio eletrônico que não fazia menção de sua autoria (<http://traveladventurebrazil.wordpress.com/2011/08/22/hospedagem-em-porto-seguro/>). Argumenta não ter havido violação de direito autoral pois não conhecia o suposto autor da imagem. Assevera que acreditou ser a foto anônima, motivo pelo qual poderia publicá-la. Destaca não ter havido intuito lucrativo, mas meramente jornalístico. Alega não ter o autos sofrido dano material ou moral.

Contrarrazões pela Nova Forma Viagens e Turismo Ltda (fls. 1.463/1.469 e 1.505/1.511), por SnowMass Turismo Ltda.-ME (fls. 1.470/1.476 e 1.512/1.518), por Zine Cultural Comunicação e Entretenimento Ltda (fls. 1.492/1.501).

Este é o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

É consabido que o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como *intrínsecos* (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e *extrínsecos* (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, recolhido o preparo pelas apelantes Nova Forma Viagens e Turismo Ltda. (fls. 1.447/1.448), Snowmass Turismo Ltda-ME (fls. 1.461/1.462) e Vine Cultural Comunicação e Entretenimento Ltda. (fls. 1.490/1.491), e dispensado o autos do pagamento em face do benefício da Justiça Gratuita (fl. 340), e preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise dos apelos.

2. Preliminares

Trata-se de ação indenizatória fulcrada na divulgação não autorizada na *internet* de fotografia alegadamente de autoria do demandante.

Sustentam as requeridas as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam*, litispendência e coisa julgada.

Aduzem, ainda, a necessidade de modificação da competência em face da conexão e/ou continência com a ação articulada nos processos n. 0324863-44.2014.8.24.0023 e/ou 005.14.600337-8 (0600337-91.2014.8.24.0005).

Sem razão.

2.1. Ilegitimidade ativa *ad causam*

A requerida Zine Cultural Comunicação e Entretenimento Ltda. aduz a ilegitimidade ativa *ad causam* por não ter o demandante demonstrado de forma consistente ser o autor da fotografia.

Pois bem.

Inicialmente de se destacar ser a legitimidade *ad causam* uma das condições da ação (artigo 17 e 485, VI, NCPC), resultante da relação jurídica de direito material consubstanciada entre as partes, da qual emerge, em tese, o direito de provocação do Estado-Juiz para resolução do conflito suscitado. Trata-se de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício pelo Juízo em qualquer tempo e grau de jurisdição.

As condições da ação devem ser aferidas quando do exame da petição inicial com seus fundamentos fáticos e jurídicos. Caso desta análise se vislumbre, a priori, vinculação das partes (como sujeitos passivos e ativos) aos fundamentos articulados na causa de pedir, além da necessidade do provimento judicial pugnado, estarão presentes as condições da ação, que não devem ser confundidas com o mérito da causa.

Esta é a teoria da asserção, que preceitua serem as afirmações da parte autora tidas por verdadeiras em exame de admissibilidade da exordial, *status assertionis*, a fim de verificar-se a presença da legitimidade de partes e do interesse processual.

Destaca-se da doutrina:

"Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (in statu assertionis). 'Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar

se estão presentes as condições da ação'. 'o que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito' (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: Podivm, 2011, p. 205/206).

Sobre o tema, destaca-se do acervo jurisprudencial Catarinense:

"[...] 1. Segundo a teoria da asserção, 'todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse. Quer isto dizer que, se da contestação do réu surge dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não á mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito' (GUIMARÃES, Luis Machado apud. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: volume 1 - introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.r p. 236). [...]" (Agravo de Instrumento n. 2013.079106-0, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, julgado em 08/07/2014).

Assim, a configuração do vínculo jurídico entre as partes (a caracterizar a legitimidade ativa e passiva), deve restar evidenciada da argumentação despendida pela parte autora, restando relegada a análise de sua subsistência ou não à apreciação do mérito da ação.

In casu, o demandante atribui a si a autorias das fotografias publicadas na internet pelas requerida, restando evidente sua legitimidade para demandar a cobrança pelo uso da obra.

Observadas as assertivas autorais, portanto, é o demandante parte legítima a figurar no polo ativo do feito.

Sobre o tema, destaca-se do acervo jurisprudencial Catarinense:

"As condições da ação devem ser averiguadas segundo a teoria da asserção, sendo definidas da narrativa formulada inicial e não da análise do mérito da demanda.' (REsp 1582176/MG, rela. Mina. Nancy Andrichi, j. 20-9-2016)" (TJSC, Embargos de Declaração n. 0033573-30.2016.8.24.0000/50000, rela. Desa. Rosane Portela Wolff, j. em 20/02/2017)

Dessarte, o reconhecimento da legitimidade ativa *ad causam* é medida que se impõe.

2.2. Litispendência e/ou coisa julgada

Argumentam as requeridas a litispendência da presente ação com a articulada no processo n. 0324863-44.2014.8.24.0023, bem como a coisa julgada em razão da Sentença proferida nos autos n. 005.14.600337-8 (0600337-91.2014.8.24.0005).

Sem razão.

Isso porque não há identidade entre a presente ação e a constante nos autos do processo n. 0324863-44.2014.8.24.0023.

Trata-se de feitos com objetos distintos, vez que aquele diz respeito a uso de fotografia distinta da constante nos presentes autos.

De outra parte, não demonstrou a parte requerida a alegada identidade de objeto com a ação julgada no processo n. 005.14.600337-8 (0600337-91.2014.8.24.0005).

Tratando-se de autos físicos era dever da parte que alega a coisa julgada, o fato extintivo ou impeditivo do direito do autor, demonstrar a tríplice identidade dos processos.

Não havendo elementos de provas nos autos acerca da aventada identidade da causa de pedir, impossível dar guarida ao pleito.

Pelo mesmo motivo, outrossim, afasta-se o pedido de reunião de processos pela conexão e/ou continência.

Dessarte, afastam-se as preliminares aventadas.

3. Mérito

As requeridas pugnam pela reforma da Sentença ao argumento de não haver prova da autoria da fotografia pelo demandante. Afirmam terem recebido a fotografia diretamente da Secretaria Municipal de Turismo do município de Porto Seguro/BA. Alegam, ainda, não ter sido repassado pelo ente público a identificação do fotógrafo responsável, agindo em boa-fé. Argumentam ser de domínio público a fotografia não identificada no sítio eletrônico mantido

pelo município de Porto Seguro/BA, bem como outros sítios eletrônicos, sendo descabida a cobrança pelos direitos autorais. Aduzem, outrossim, não terem os fatos o condão de provocar danos morais.

Em suas razões recursais (fls. 1.421/1.426) o autor, por sua vez, requer a majoração da indenização moral fixada na Sentença. Sustenta ter havido dupla violação moral, pois ofendido em seu direito de autorizar previamente (ou não) o uso da fotografia, bem como pela não divulgação da autoria. Alega, ainda, ter direito a publicação de "direito de resposta", na forma do artigo 108 da Lei n. 9.610/1998.

Os recursos interpostos pelas partes devem ser conhecidos e desprovidos, merecendo a Sentença de fls.1.405/1.419, da lavra da Eminente Juíza de Direito Érica Lourenço de Lima Ferreira, ser adotada como razão de decidir, com fulcro no artigo 150 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *in verbis*:

"Sabe-se que a proteção ao direito do autor está garantida pela 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;'.

Ao regulamentar a disposição constitucional, a Lei n. 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais) prevê expressamente que as obras fotográficas estão dentre as protegidas como obras intelectuais (art. 7º, VII, lei 9.610).

A lei dispõe ainda que a proteção dos direitos autorais independe de registro (art. 18) e que, salvo prova em contrário, considera-se autor da obra aquele que se identifica como tal, indicando-o na utilização da obra (art. 13), e que 'A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor' (art. 79, §1º).

Em meio aos documentos trazidos com a inicial, encontra-se a imagem objeto da referida ação exposta no site profissional do autor (fl. 175) demonstrando sua autoria.

No que tange à alegação da segunda ré de que detém autorização concedida pela Prefeitura de Porto Seguro para uso da referida imagem, razão não lhe assiste.

Em que pese a existência da mencionada autorização (fl. 375), tal documento é carente de qualquer validade. Isso porque, além do fato da Prefeitura de Porto Seguro estar autorizada a divulgar as fotografias do autor em seu endereço eletrônico não lhe estende o direito de autorizar a utilização dessas imagens a terceiros.

Eventual contrato celebrado entre o autor e a Prefeitura produz efeitos apenas entre ambos, até porque se não fosse assim, os interesses comerciais do autor seriam demasiadamente prejudicados.

De qualquer forma, ainda que, em tese, a Prefeitura tivesse a outorga do autor para autorizar terceiros a utilizar as imagens, caberia às rés indicar ao menos o nome do autor da fotografia (art. 79, §1º, da Lei n. 9.610/98), o que, todavia, não fizeram.

Outrossim, a referida autorização juntada à fl. 375, além de não mencionar quais as imagens a segunda ré teria direito de usar, foi datada em 14/11/2006, não havendo provas nos autos de que naquela época a fotografia em discussão já existia.

A interpretação da lei só pode se dar a partir de uma expectativa de boa-fé, no sentido de que quem reproduz uma imagem on-line deva buscar conhecer o seu autor a fim de dar-lhe os devidos créditos. Comprovada a autoria da fotografia, portanto, cai por terra o argumento das rés de que o autor não fez provas nesse sentido.

Por outro lado, ficou demonstrado através dos documentos juntados com a inicial que a página oficial da Prefeitura de Porto Seguro, apesar de não identificar diretamente o autor nas fotografias, seu nome constava no site como 'parceiro' (fls. 60-61), de modo que, mesmo que não atrelado diretamente às imagens, permitia sua localização/identificação. Posteriormente o mesmo site passou a conter a clara indicação 'FOTOS Clio Luconi - Todos os direitos reservados. Não podem ser utilizadas sem autorização do autor' (fl. 642-643). Tudo indica, assim, que o site foi modificado após o autor entrar com os diversos processos, devendo prevalecer a situação narrada junto à inicial.

Desse fato, porém, assim como da ampla disponibilização da fotografia, não decorre automaticamente uma total liberdade de utilização da imagem.

É inegável que o advento da internet tem trazido imensos desafios para a proteção dos direitos autorais. A própria essência da rede é ser um instrumento de compartilhamento de informações, que modificou radicalmente os costumes e práticas profissionais no tocante à produção, divulgação, uso e reprodução de bens intelectuais.

Em razão desta verdadeira revolução no assunto, parte da doutrina entende que 'na simples disponibilização de qualquer obra em página de internet está implícita a renúncia ao direito autoral na perspectiva patrimonial', restando apenas a perspectiva moral, consistente na identificação de autoria.² [Carla Eugenia Caldas Barros. 'Fotografia - internet - patrimônio cultural'. In WACHOWICZ, Marcos (org). Direito autoral & Internet. volume 2, ed. Juruá, 2011, p. 364.]

Esta parece ser a perspectiva das rés, quando argumentam pela legalidade do uso da imagem, diante da sua ampla divulgação em páginas da internet, em especial na página da prefeitura de Porto Seguro, com o objetivo de divulgação turística da região.

Tal entendimento doutrinário, contudo, além de ser minoritário, não é acompanhado pela legislação vigente. A já mencionada Lei dos Direitos Autorais dispõe que 'pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre

a obra que criou' (art. 22). Dentre os direitos patrimoniais, está o 'direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra' (art. 28), sendo que a utilização, em qualquer modalidade, depende de prévia e expressa autorização do autor (art. 29).

Qualquer flexibilização dessas regras só poderia se dar, conforme o caso concreto, diante das normas constitucionais que lhes impõem limites, tais como o direito de acesso à informação e à cultura.

No caso em tela, entretanto, não se discute o simples acesso às fotografias, que poderia entrar no escopo do acesso à cultura. Discute-se a sua reprodução para uso comercial, pois utilizada na publicidade de pacote turístico. Em relação a esta, a jurisprudência, a lei e a Constituição Federal, tanto quanto a doutrina, não deixam margens à dúvida: devem ser protegidos os direitos patrimoniais e morais do autor. Aliás, o uso não comercial das obras protegidas é o elemento comum entre as exceções previstas no art. 46 da LDA, que dispõe taxativamente sobre as formas de uso de bens intelectuais que não constituem ofensa aos direitos autorais.

A facilidade de divulgação de arquivos de imagem pela internet não exige a pessoa que reproduz obra fotográfica da responsabilidade de averiguar sua autoria, ainda que inicialmente a encontre sem indicação. Tal responsabilidade é ainda maior quando se trata de utilização com fins comerciais. A ideia, veiculada pelas rés, de que a disposição da fotografia no site da prefeitura para divulgação turística da região tornaria lícita a sua ampla utilização, sem autorização, nem identificação do autor, não encontra qualquer respaldo legal.

A Lei de Direitos Autorais dispõe, em seu art. 30, que 'no exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito'.

Ou seja, o autor tem direito de controle sobre as formas de exposição e reprodução da sua obra. Sua disponibilização em um determinado veículo de comunicação não implica renúncia a esse direito. A autorização de uso irrestrito não está implícita na divulgação de fotografia pela internet, e deveria ser comprovada pelas rés, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência (grifou-se):

AÇÃO INDENIZATÓRIA. Violação de direito de autor. Uso indevido de obra produzida pelo autor. Sentença que condenou a ré a pagar indenização por dano moral, rejeitando os danos materiais. Recurso de apelação da ré que busca o afastamento da condenação, sob argumento de que o autor disponibilizou a obra na internet, permitindo seu uso. Ausência de prova de aludida autorização. Dano moral "in re ipsa", independentemente da prova de sofrimento infligido à vítima. Recurso adesivo do autor, parcialmente provido, para fixar os danos materiais correspondentes ao que o autor auferiria em eventual contrato de cessão de uso. Parcial provimento. Recurso da ré desprovido, recurso do autor parcialmente provido. (TJSP. Apelação Cível 0014068-98.2012.8.26.0562. Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 04/04/2013).

Assim sendo, está caracterizado o ato ilícito consistente na violação dos

direitos autorais, materiais e morais, referentes à fotografia descrita na peça inicial, mediante sua publicação no site da primeira ré, com fins comerciais de divulgação de pacotes de viagens oferecidos pela segunda e terceira ré, sem autorização, nem identificação do autor.

Embora seja evidente a negligência que caracteriza a conduta das rés, não é necessária a demonstração de culpa, pois a responsabilidade pela violação de direitos autorais é objetiva. Veja-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - DIREITOS AUTORAIS - REPRODUÇÃO DE OBRA SEM AUTORIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - AQUISIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO POR TERCEIRA PESSOA - VANTAGENS INDIRETAS - SOLIDARIEDADE COM O CONTRAFATOR, INDEPENDENTE DE CULPA - RECURSO IMPROVIDO. 1. É objetiva a responsabilidade do agente que reproduz obra de arte sem a prévia e expressa autorização do seu autor. 2. Reconhecida a responsabilidade do contrafator, aquele que adquiriu a obra fraudulenta e obteve alguma vantagem com ela, material ou imaterial, também responde pelo violação do direito do autor, sem espaço para discussão acerca da sua culpa pelo evento danoso. 3. Recurso improvido. (REsp 1123456/RS, Terceira Turma, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 19/10/2010).

Resta, portanto, averiguar a existência e quantificação dos danos materiais e morais.

Devem ser indenizados os danos materiais sofridos pelo autor no caso, pois repousam sobre a violação do direito exclusivo que tem ele de disponibilizar e reproduzir sua obra, consubstanciando-se nos valores que razoavelmente deixou de ganhar em razão da conduta violadora.

Em relação aos exemplares de livros que teria deixado de vender em razão da conduta das rés, observo que não há qualquer prova de que a imagem em discussão conste do referido livro

Quanto ao valor do licenciamento para utilização da fotografia que aqui se discute, o autor argumentou ser aplicável o art. 103 da Lei dos Direitos Autorais, com analogia entre a distribuição de exemplares e o número de visualizações de páginas de internet:

Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos. Importante notar, porém, que não se trata de reprodução e venda não autorizada da obra, mas sua utilização para fins comerciais/publicitários. Assim, não há que se falar em contagem de visualizações como análogo ao número de exemplares distribuídos, pois a ampla disponibilização seria inerente ao contrato de licenciamento de fotografias para uso na internet.

Assim sendo, reputo razoável o valor de R\$ 1.500,00 pretendido pelo autor a título de indenização por danos materiais. Isso porque o montante se revela compatível com a média de mercado, conforme se extrai dos

documentos juntados por ele, especialmente os de fls. 200/201, que dizem respeito a licenças para uso de uma fotografia na internet por prazo determinado.

O dano moral, por sua vez, é presumido, pois causado pela infração aos deveres de obter autorização e de anunciar o autor de uma obra reproduzida, sendo desnecessária a comprovação de sofrimento psicológico:

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.

[...] 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. (REsp 750822 / RS 2005/0080987-5. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma, j. em 09/02/2010).

No tocante ao *quantum* indenizatório, deve ser fixado com base na extensão do prejuízo, no grau de culpa revelado pela conduta lesiva, nas condições da vítima e na capacidade econômica do violador, a fim de que a reparação cumpra sua finalidade, ou seja, a compensação da vítima e a inibição da reiteração da prática do ato ilícito, sem com isso, causar o enriquecimento ilícito do beneficiário.

No caso dos autos, é importante levar em conta que a divulgação da fotografia no site da ré Zine Cultural Comunicação e Entretenimento Ltda, ao divulgar pacotes da Nova Forma Turismo Ltda e Snowmass Turismo Ltda, foi somente uma dentre inúmeras publicações desta imagem sem autorização e sem indicação de autoria, por outras páginas de internet dedicadas ao turismo. Embora o fato não justifique a conduta, reduz significativamente a extensão do dano atribuível às rés no presente caso.

Além disso, a fotografia indevidamente publicada foi retirada diretamente do site oficial de cultura e turismo de Porto Seguro, que à época não identificava claramente a autoria, sendo que o autor não tomou quaisquer medidas existentes para impedir o download da foto. Em decorrência disto, também pode-se concluir que não houve quebra de exclusividade ou de ineditismo.

Diante dessas circunstâncias, entendo como justa e proporcional a condenação das rés solidariamente na quantia indenizatória de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), acrescida de correção monetária a partir da publicação desta sentença (súmula 362 STJ) e juros de mora do evento danoso, este considerando ter ocorrido no dia 11.11.2011, primeira data em que se comprova que a fotografia estava no ar (fls. 31-32).

Por fim, requereu o autor a condenação das rés em obrigação de fazer, nos termos do art. 108, II e III da Lei de Direitos Autorais.

Vale observar que o objetivo desta norma é de compensar anterior ocultação da identidade do autor de obra intelectual, por meio de sua ampla divulgação. No caso dos autos, porém, a publicação indevida foi realizada no intuito de divulgação turística, e não na intenção de obter vantagem direta com o uso das fotografias. A motivação dos compradores dos pacotes turísticos

repousa essencialmente sobre o serviço oferecido, funcionando as imagens somente como chamariz. O próprio acesso de clientes ao site de uma agência de turismo se dá em razão da busca por pacotes turísticos, sendo-lhes indiferente a autoria das fotografias retratadas.

Nesse contexto, considerando que houve ainda medida liminar impedindo a continuidade da prática ilícita, a imposição de publicação em jornal de grande circulação não seria uma forma adequada nem proporcional de reparação ao autor. De fato, a simples indenização pecuniária se mostra suficiente para compensar os danos morais sofridos e também para desestimular a conduta."

Destaca-se, ainda, ser garantia fundamental, disposta na Constituição Federal, o direito exclusivo dos autores sobre suas obras, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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 direito autoral em âmbito nacional regula-se pela Lei n. 9.610/1998, que enumera as obras intelectuais protegidas são enumeradas no artigo 7º.

Extrai-se:

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;

Desta forma, evidenciado ser o requerente autor da obra autoral, detém a exclusividade do direito material e moral de explorá-la.

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

A divulgação desautorizada, por si só, gera o dever de as requeridas indenizar o demandante, autor de obra artística, conforme colaciona-se do artigo 102 da Lei de Direitos Autorais.

Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.

A prática das requeridas vai além da exposição não autorizada, pois igualmente divulgam a fotografia sem a devida indicação de autoria. Trata-se de dupla afronta aos direitos morais do autor (artigos 22 e 24, da Lei dos Direitos Autorais).

A respeito:

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

Art. 24. São direitos morais do autor: [...]

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

O fato, por si só, gera dever de indenizar o autor a obra pela violação de seu direito moral de livre dispor sobre a fotografia, como exprime de forma objetiva o artigo 108, *caput*, da mesma lei.

Destaca-se:

"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:". [grifei]

A propósito, colaciona-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito exposição de obra sem a devida indicação da autoria:

"VIOLAÇÃO DE DIREITO MORAL DO AUTOR. AUSÊNCIA DO CRÉDITO AUTORAL. SUFICIÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL INDENIZÁVEL.

[...]

6. A criação intelectual é expressão artística do indivíduo; a obra, como criação do espírito, guarda em si aspectos indissociáveis da personalidade de seu criador. Nessa extensão, a defesa e a proteção da autoria e da integridade da obra ressaem como direitos da personalidade do autor, irrenunciáveis e inalienáveis. Por conseguinte, a mera utilização da obra, sem a devida atribuição do crédito autoral representa, por si, violação de um direito da personalidade do autor e, como tal, indenizável." (REsp 1562617/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016)

E também:

"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 [...]

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." (STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n. 750822/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 9-2-2010).

Outra não foi a conclusão deste Tribunal de Justiça, em caso similar:

"APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO AUTORAL. DIVULGAÇÃO DE FOTOS DE AUTORIA DO REQUERENTE EM SITE SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO OU ATRIBUIÇÃO DE CRÉDITOS AUTORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

(I) PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. APELANTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU SUFICIENTEMENTE DO ÔNUS DE COMPROVAR A NECESSÁRIA IDENTIDADE DE PARTES, PEDIDO E CAUSA DE PEDIR.

'Incumbe a quem a alega a prova da litispendência, não podendo tal ônus ser transferido ao julgador, razão pela qual, não ficando cabalmente demonstrada, há de ser rejeitada a preliminar suscitada' (TJSC, Mandado de Segurança n. 2009.015493-9, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 11-08-2010).

(II) ILEGITIMIDADE PASSIVA DO APELANTE. INACOLHIMENTO. PARTE QUE, ALÉM DE HOSPEDAR O MATERIAL ALEGADAMENTE PRODUZIDO PELA SEGUNDA REQUERIDA, TAMBÉM DEMONSTRA POSSUIR COM O MESMO LIAME DE INTERESSE. AMBOS OS RÉUS SÃO RESPONSÁVEIS PELA DIVULGAÇÃO INDEVIDA DA IMAGEM DO AUTOR.

(III) MÉRITO. ALEGADA AUSÊNCIA DE DANOS MATERIAIS INDENIZÁVEIS. IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. HIPÓTESE EXPRESSAMENTE PREVISTA NA LEI N. 9.610/98. IMAGEM DIVULGADA SEM QUALQUER MENÇÃO AO NOME DO AUTOR OU AUTORIZAÇÃO. AUTORIA DA OBRA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. DANOS MATERIAIS DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.

(IV) DANOS MORAIS. DESPRESTÍGIO DO TRABALHO DO AUTOR QUE EXTRAPOLA O MERO ABORRECIMENTO. ARTS. 24, I E II, E 79, § 1º, DA LEI AUTORAL. PRECEDENTES.

(V) PLEITO DE MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE.

(VI) PEDIDO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 108, INCISOS II E III, DA LEI N. 9.610/98. IMPROCEDÊNCIA. MEDIDA DESPROPORCIONAL AO CASO CONCRETO. PRECEDENTES.

(VII) ALMEJADA REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA FIXADA NA SENTENÇA A QUO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS (ART. 85, §§ 1º E 11, DO CPC/2015). RECURSOS DOS RÉUS

CONHECIDOS E DESPROVIDOS. RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO." (TJSC, Apelação Cível n. 0319806-45.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. André Carvalho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 05-04-2018).

Dessarte, escorreita a Sentença ao reconhecer o dano moral ao caso em comento.

Tocante ao *quantum*, imperioso destacar estar adequado ao patamar arbitrado em caso similar apreciado por esta Corte de Justiça (Apelação Cível n. 0319806-45.2014.8.24.0023, supracitada), considerada a diferença do perfil econômico financeira das partes demandadas.

Deixa-se de arbitrar honorários recursais em face da dupla sucumbência das partes na instância reformadora.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos das partes e negar-lhes provimento.

Este é o voto.