



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000448737

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032605-26.2017.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante GIUSEPPE SILVA BORGES STUCKERT, são apelados CATIVA TURISMO LTDA, CAIÇARA VIAGENS E TURISMO LTDA - ME e DFG PRODUÇÕES LTDA (SALVADOR FOLIA).

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

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

São Paulo, 5 de junho de 2019.

ALEXANDRE COELHO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação nº. 1032605-26.2017.8.26.0506
 Apte: GIUSEPPE SILVA BORGES STUCKERT
 Apdo(s): CAIÇARA VIAGENS E TURISMO LTDA-ME E OUTROS
VOTO nº. 10796/cfo

APELAÇÃO – DIREITOS DE AUTOR – FOTOGRAFIA –
 UTILIZAÇÃO PUBLICITÁRIA DESAUTORIZADA E SEM
 INDICAÇÃO DE CRÉDITOS – FOTO DE PAISAGEM –
 PROTEÇÃO LEGAL – DANOS MATERIAIS
 COMPROVADOS - DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO
 DEVIDA – JURISPRUDÊNCIA – A fotografia é obra
 intelectual protegida pela Lei de Direitos Autorais, 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 o feito extinto em relação à ré FOCO MULTIMÍDIA (DFG PRODUÇÕES FOTOGRÁFICAS LTDA) e que julgou improcedente a ação em relação às rés CAIÇARA VIAGENS E TURISMO LTDA- ME e CATIVA TURISMO EIRELI.

A respeitável sentença (fls. 1097/1102) julgou extinto o feito sem resolução do mérito em relação à FOCO MULTIMÍDIA (DFG PRODUÇÕES FOTOGRÁFICAS LTDA) e julgou improcedente o pedido em relação à CAIÇARA VIAGENS E TURISMO LTDA- ME e CATIVA TURISMO EIRELI, condenando o autor no pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios que foram fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, para cada uma das rés.

Em apelação, o autor pugna pela reforma da respeitável sentença, para o fim de a ação ser julgada procedente. Sustenta, em síntese, que: i) restou incontroversa a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

utilização da obra fotográfica; ii) a obra do autor conta com proteção autoral; iii) houve violação aos direitos de autor pelo uso comercial da obra sem autorização e sem a atribuição de créditos, o que enseja a atribuição de créditos ao artista e o pagamento de indenização pecuniária por danos moral e material sofridos.

Contrarrazões de apelação de CATIVA TURISMO EIRELI, fls. 1125/1138, de CAIÇARA VIAGENS E TURISMO, fls. 1139/1179, e de DFG PRODUÇÕES LTDA, fls. 1184/1222.

Pedido de suspensão do feito, fls. 1.229/1.234.

Oposição ao julgamento virtual, fls. 1.310.

É o breve relatório.

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

Deixa-se de se suspender o feito. A alegação de suposta ocorrência de falsidade ideológica por parte do autor da obra questionada não impede o curso da tramitação desta ação cível.

Ressalte-se que entendendo a parte que houve ilícito penal perpetrado pelo fotógrafo autor, ela mesma pode se socorrer da autoridade policial competente, não havendo se falar, neste momento, na suspensão do feito para instauração de um procedimento administrativo policial para a apuração de um suposto fato ilícito praticado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Trata-se de ação pela qual o autor apelante pede que as rés apeladas lhe atribuam os créditos sobre obra que publicaram indevidamente em seus canais de comunicação, que se abstenham de se utilizar de obra de autoria do autor e que lhe indenizem os danos material e moral decorrentes do uso indevido de fotografia.

A sentença julgou extinto o feito em relação a uma das rés e julgou improcedentes os pedidos em relação às demais e contra esta decisão é que se volta o autor, sustentando que não autorizou o uso da fotografia para a finalidade publicitária dada pelas rés, as quais não lhe atribuíram o “crédito” na publicação da obra em página da internet. Diante da publicidade não autorizada, o autor discorre sobre a violação do direito autoral e pleiteia indenização pecuniária.

Pois bem.

Provas nos autos tanto a autoria sobre a fotografia objeto da lide quanto a indevida utilização desse material visual pelas rés, 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 artigo 22 da legislação em regência:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“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 (Pajuçara_Maceio_Alagoas_JANGADAS, fls. 55), a qual foi inclusive registrada; ii) as rés fizeram uso comercial desautorizado da referida fotografia com o propósito de divulgar pacote turístico por elas oferecido; iii) não foi feita a indicação da autoria da fotografia ao publicá-la em sítio eletrônico.

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

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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:

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). -----



TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO São Paulo

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 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,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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). -----” (grifou-se)

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, nem o registro posterior da obra ou o fato de outros sites terem publicado fotografias tiradas pelo autor não torna legítimo o ato praticado pelas rés, pois era exigível delas 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. **Ademais, para a solução da controvérsia, eventual ineditismo da obra é irrelevante, pois se pretende indenização pelo uso comercial desautorizado e sem menção dos créditos.**

Ainda, a retirada da fotografia dos canais de comunicação em nada modifica se houve ou não a violação do direito, devendo ser destacado que o autor demonstrou, pelos documentos juntados com a inicial e com a emenda à inicial, a utilização, pelas rés, da fotografia ora questionada, isto porque uma mesma fotografia pode ter seu uso autorizado, sob licença, por parte de mais de uma agência.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por sua vez, a argumentação de que a imagem foi retirada de bancos pagos de imagens, com licença de uso, não foi provada nos autos, não tendo a ré DFG PRODUÇÕES LTDA indicado por qualquer elemento de prova que obteve a obra por meio da plataforma que apontou, o que eventualmente poderia demonstrar sua boa-fé.

Nem mesmo a circunstância de o fotógrafo ter ajuizado várias demandas buscando indenização semelhante igualmente não tem importância, pois é recorrente a contrafação ora tratada, dado o pouco conhecimento e o pouco respeito que se empresta aos direitos de autor. Nesta medida, a existência de várias demandas não caracteriza má-fé, mas sim apenas o exercício do direito de exigir reparação para cada infração cometida.

Como já se disse acima, quanto à alegação de que o autor teria incorrido em falsidade ideológica ao declarar em 2015 que a fotografia objeto da contrafação ainda não havia sido publicada, quando o foi, anonimamente, na internet, em 2013, isso em nada altera o deslinde da causa, em que se teve como provada a autoria da obra fotográfica.

Com efeito, versando a demanda sobre o uso desautorizado de obra fotográfica para fins comerciais e sem a devida menção aos créditos, uma vez provados o fato alegado e a autoria da obra, não interessa a este Juízo Cível perquirir a veracidade ou não da alegação mencionada, pois a investigação é da atribuição da autoridade policial competente, observando-se apenas que nos autos da ação cível não há elementos suficientes quanto à suposta prática de ilícito penal, especialmente quanto ao elemento subjetivo da infração.

Não era o caso, pois de se suspender o feito ou de se afastar o direito do autor pelo motivo acima exposto.

Há, portanto, dever de se atribuir ao autor o crédito pela imagem por ele criada, concedendo-se para tanto o prazo de 15 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

II, da Lei 9.610/98. Independentemente da disposição acima, deverão as rés ainda remover de seus canais de comunicação – se ainda não o fizeram - a obra em questão, na forma como vinha sendo exibida, 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 fizerem as rés, devendo o autor receber indenização por danos morais.

A respeito dos danos materiais, o valor pleiteado pelo autor, de R\$1.500,00, afigura-se razoável à espécie, tendo o autor juntado a fls. 558 nota fiscal que sinaliza o valor que auferiu a título de remuneração pelas imagens de sua autoria. A quantia deve ser corrigida 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 a obra foi 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 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, as rés devem arcar com o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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 supraexpostos.

ALEXANDRE COELHO

Relator