



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000661585

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022718-96.2017.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante AURÉLIO BULHÕES PEDREIRA DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CERVEJARIA DEVASSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GALDINO TOLEDO JÚNIOR (Presidente) e PIVA RODRIGUES.

São Paulo, 20 de agosto de 2020.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO

Relator

Assinatura Eletrônica



Voto nº 1526

Apelação Cível nº 1022718-96.2017.8.26.0577

9ª Câmara de Direito Privado

Comarca: São José dos Campos

Apelante: Aurélio Bulhões Pedreira de Moraes

Apelado: Cervejaria Devassa

Juiz: Emerson Norio Chinen.

APELAÇÃO. Responsabilidade civil. Propriedade intelectual. Uso de fotografia sem autorização para realização de campanha de publicidade. Apelante que não comprovou o registro da fotografia, tampouco a existência de elementos distintivos na imagem aptos a indicá-lo como autor. Paisagem comum, sem qualquer elemento distintivo. Inobservância dos artigos 12 e 13 da Lei nº9.610/98. Domínio público das obras de autor desconhecido. Inteligência do artigo 45, inciso II, da mesma lei. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 79/83, que julgou improcedente o pedido inicial, e condenou a parte autora ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários sucumbenciais fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado.

A parte autora, ora apelante, sustenta que publicou a fotografia em sua página pessoal da *internet*, assim como em sua página da rede social *facebook*, com a divulgação de seu nome completo, de modo que a parte ré cometeu ato ilícito ao se utilizar da imagem sem a devida autorização.

Alega que identificou sua fotografia, e que não existe obrigatoriedade legal para a utilização de marca d'água, ou outro sinal distintivo na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

imagem. Alega, ainda, que o fato de a foto aparecer no mecanismo de busca da cidade não torna a imagem de uso público. Requereu o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença.

Recurso regularmente processado, isento de preparo (fl. 22), e com contrarrazões (fls. 99/102).

Sem oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal.

É o relatório, adotado no mais, o da r. sentença.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação indenizatória por danos materiais e morais, ajuizada pela parte apelante em face da parte apelada, sob o fundamento de que a ré se utilizou de fotografia de sua autoria, sem autorização e sem a devida remuneração, para campanha publicitária.

A r. sentença deve ser mantida.

Com efeito, as fotografias se constituem como obras intelectuais e, além de proteção constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal, gozam de regulamentação específica no artigo 7º, inciso VII, da Lei nº 9.610/98:

“Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 sentido, vale destacar a lição do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, sobre as razões de a fotografia ter tutela específica como obra intelectual pelo ordenamento jurídico pátrio:

“A fotografia, na qual presente técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc.” (REsp. n. 617.130, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 17.3.2005).

O artigo 22, da já citada Lei nº 9.610/98, garante ao criador da obra os direitos morais e patrimoniais sobre ela, sendo, portanto, imperiosa a comprovação da autoria, para fins de salvaguardar os interesses dessa natureza, que, registre-se, independem de registro (artigo 18 do mesmo Diploma Legal).

Entretanto, em se tratando de fotografia de paisagem, como no caso, sem a presença de qualquer elemento distintivo, é imperioso concluir que é o registro que garante a publicidade da obra.

Nesse sentido, já se decidiu neste Eg. Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

“Muito embora o registro não seja ato constitutivo do direito do autor, que garante a ele direitos sobre a obra desde o seu nascedouro, é de se

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

frisar que a averbação garante publicidade a terceiros. Assim, não se tratando de obra notória, somente após o registro é que terceiros tem a possibilidade de ligar a obra ao seu Autor e, portanto, somente a partir desse momento é que se veda a sua utilização que não a do seu autor” (Ap. n. 1014398-59.2015.8.26.0114, rel. Des. Luiz Antonio Costa, j. 14.4.2016).

O artigo 45, inciso II, da Lei 9.610/98. estabelece como de domínio público as obras de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Nesse sentido:

“É que, com efeito, nos termos do artigo 45, inciso II da Lei n. 9.610/1998, pertencem ao domínio público não apenas aquelas obras com relação às quais já decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, mas também as de autor desconhecido. De sorte que, no que concerne às obras intelectuais disponibilizadas na rede mundial de computadores sem identificação de autoria, tem prevalecido o entendimento de que, em virtude da autoria desconhecida, pertenceriam tais obras ao domínio público” (Ap. n. 1031781-72.2014.8.26.0506, Rel. Vito Guglielmi, j. 4.8.2017).

“Apelação. Direito autoral. Ação cominatória e indenizatória por uso de fotografia sem autorização. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Registro das fotos posterior à reprodução. Autoria, até então, desconhecida foto de domínio público. Inocorrência de ilícito. Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos (art. 252 RITJSP). Recurso não provido” (AP. n. 1003213-62.2014.8.26.0048

Rel. Piva Rodrigues, j. 21.3.2017).

Dessa forma, era ônus processual do apelante demonstrar que, quando da utilização da fotografia pela parte ré, já era possível identificar inequivocamente a sua autoria, de modo a caracterizar o ato ilícito pela sua utilização, o que não aconteceu, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

No caso, ainda, embora o apelante sustente que a fotografia estava em sua página pessoal e na rede social *facebook*, é certo também que a mesma imagem se encontra disponível na galeria de busca do *Google*, sem qualquer elemento identificador, de modo que não era de se exigir o esgotamento da pesquisa pela apelada, em todos os *sites* apresentados como resultado da pesquisa.

Assim, fica mantida a r. sentença.

Para fins de incidência do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça é o de que há requisitos cumulativos sem os quais não deve ensejar a respectiva majoração. São eles: decisão recorrida proferida na vigência do Código de Processo Civil atual, o recurso não ser conhecido integralmente ou desprovido em decisão monocrática ou colegiado e preexistir condenação ao pagamento de honorários desde o juízo de origem:

"3. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. (AgInt



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nos EREsp 1539725/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/08/2017, DJe 19/10/2017)." (AgInt no REsp 1731129/SP, 4ª Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.12.2019).

"3. Não estão presentes os requisitos cumulativos necessários para a majoração dos honorários sucumbenciais prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015 (cf. AgInt nos EREsp n. 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 9/8/2017, DJe 19/10/2017)." (AgInt no REsp 1824326/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.2.2020).

Ante o resultado do julgamento do recurso, com fundamento no §11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser majorados para 15% sobre a mesma base de cálculo fixada em sentença.

Registre-se que eventual oposição de embargos de declaração com intuito manifestamente protelatório está sujeito à pena prevista no artigo 1.026, §2º, do Código de Processo Civil.

Considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional discutida, evitando-se, com isso, oposição de embargos de declaração para este fim (Súmulas nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e nº 282 do Supremo Tribunal Federal).

Diante do exposto, **nega-se** provimento ao recurso.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relator