



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000545026

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002488-76.2019.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é apelante/apelado GLOBO COMUNICACAO E PARTICIPACOES S/A, é apelada/apelante ALDA CAVALCANTE BEZERRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento parcial ao recurso adesivo. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE MARCONDES (Presidente) E ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 13 de julho de 2021.

COSTA NETTO
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível nº 1002488-76.2019.8.26.0637

Apelante/Apelado: Globo Comunicacao e Participacoes S/A

Apelado/Apelante: Alda Cavalcante Bezerra

Comarca:Tupã

Juiz 1º Grau: Guilherme Facchini Bocchi Azevedo

Voto nº 13.002

DIREITO AUTORAL. Ação de indenização por danos morais e materiais por violação de direitos autorais. Utilização indevida de música no Programa Big Brother Brasil. Sentença de parcial procedência. Insurgência das partes. Uso e exploração da música “Despedida” em dia de eliminação de participante, sem prévia e expressa autorização da compositora, titular de direitos autorais da obra musical e sem os devidos créditos de autoria. Violação configurada. Condenação devida.

Danos materiais. Critérios para quantificação do dano material que devem considerar o proveito econômico do programa, nos termos da fundamentação do acórdão, a serem calculadas em liquidação de sentença. Condenação da ré na publicação dos créditos de autoria da música em questão, por três dias consecutivos, no mesmo horário que ocorreu a violação, nos termos do art.108 da Lei nº 9.610/98. **Dano moral** caracterizado. Majoração devida. Função pedagógica.

Sentença reformada em parte. **Recurso da ré desprovido, provido parcialmente o recurso adesivo.**

Trata-se de recursos de apelação e adesivo interpostos contra a sentença de fls. 128/137, que julgou parcialmente procedente ação de ressarcimento por danos materiais e morais para condenar a ré (i) ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção monetária segundo a tabela prática deste e. TJSP a partir da publicação da sentença, e juros de mora de 1% ao mês a partir da data da reprodução indevida; e (ii) ao pagamento de indenização por danos materiais pelo valor equivalente ao que a autora receberia se houvesse concordado com a reprodução, que deverão ser apurados em liquidação de sentença, acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar da data da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reprodução. Configurada a sucumbência recíproca, na senda da Súmula 326 de Jurisprudência do STJ. Condenou cada parte a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, na proporção de 50%, fixando a verba honorária em 10% sobre o valor da causa a ser rateada em favor do patrono da parte adversa.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, fls. 624.

Inconformadas, recorrem as partes.

A ré alega inexistir provas da titularidade da composição musical. Argumenta que o art. 19 da LDA determina o registro da obra na Escola de Música ressaltando que a mera disponibilização no Youtube não presume a autoria e a titularidade. Revela que a demandante é professora de ensino infantil reconhecendo o caráter amistoso e informal das suas composições. Informa que, pela dinâmica do programa 'Big Brother Brasil', firmou convênio com a UBEM – União Brasileira de Editoras de Música - em que ficou estipulada a autorização antecipada dos titulares das obras musicais e litero-musicais. Assevera que após a utilização de 21 (vinte e um) segundos da obra objeto da lide, a TV Globo circulou entre as editoras, seguindo o fluxo de praxe, a obra utilizada junto com as demais para identificação de titularidade e consequente emissão de autorização e pagamento aos respectivos titulares, demonstrando, assim, a sua boa-fé na solução da questão. Ressalta que, para a utilização do mencionado tempo se aplicaria o valor de adorno correspondente a R\$ 758,60 (setecentos e cinquenta e oito reais e sessenta centavos). Discorre sobre a ausência de danos morais e materiais frisando que a tabela utilizada no mercado da radiodifusão aponta para o valor máximo pela utilização de uma obra R\$758,60. Rebelar-se contra a condenação em danos morais ressaltando que a própria autora juntou cópia de sua página do "facebook" na qual demonstra satisfação pela veiculação de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sua suposta música no programa Big Brother Brasil. Rebate o valor condenatório (R\$15.000,00) insistindo em sua redução ou exclusão.

Pretende a reforma integral da sentença ou que o valor da indenização por dano moral seja reduzido, bem como o valor dos danos materiais sejam fixados em R\$758,60.

Adesivamente, recorre a autora. Discorre sobre a necessária aplicação da multa prevista no art.109 da Lei 9.610/98. Afirma que ao contrário do alegado, a ré agiu de má-fé e não diligenciou para encontrar a autora. Informa que a utilização desautorizada de sua obra musical teve interesse comercial às custas do trabalho da recorrente. Revela que trecho de sua obra musical foi utilizada por 21 segundos, na noite do dia 05.02.2019, na eliminação de Hana, no programa Big Brother Brasil. Assevera ter direito a inserção dos nomes dos compositores e dos intérpretes nos créditos da obra e que estes direitos são inalienáveis. Repisa a majoração do valor arbitrado por danos morais de R\$15.000,00 para R\$20.000,00 decorrentes da violação do direito à paternidade da obra musical, nos termos dos artigos 24, II; 79, § 2º e art.80 da Lei nº 9.610/98. Pretende a reforma parcial da sentença para: **a)** majorar a condenação ao pagamento de danos morais para o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), correspondente aos danos morais causados pelo uso não autorizado da obra da autora, bem como por não dar os devidos créditos a autora e compositora da obra; **b)** condenar a ré ao pagamento da multa legal prevista no artigo 109 da Lei nº 9.610/98, que deverá incidir sobre o débito apurado em direitos autorais, multiplicando tal valor por vinte; **c)** condenar a ré a republicar a obra com o respectivo crédito autoral, com a majoração da verba honorária.

Às fls. 143/162; 184/189, vieram contrarrazões recursais.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Segundo consta dos autos, alega a autora, em síntese, que é professora do ensino infantil e paralelamente se dedica à produção de conteúdo audiovisual em um canal do Youtube onde divulga seus trabalhos como compositora e intérprete de músicas e disponibiliza conteúdos educacionais diversos. Conta que, dentre suas composições está a música “Despedida”, da qual também é intérprete, cuja obra foi utilizada pela Ré no programa denominado “Big Brother Brasil” na noite de 05/02/2019, quando da eliminação de um dos participantes, o que ocorreu sem sua prévia autorização, bem como sem lhe dar os devidos créditos da composição e interpretação da música por ocasião de sua exibição, auferindo a ré vantagem econômica pela utilização do trabalho artístico da autora em horário nobre.

A ré, por sua vez, não nega a utilização da obra por 21 segundos no programa Big Brother Brasil. Afirma, contudo, que mediante convênio com a UBEM tentou identificar a titularidade da obra, sem êxito, ficando pendente no sistema.

Os recursos passam a ser em conjunto analisados.

Da titularidade da obra musical

No que tange à obra musical, faz-se necessária algumas ponderações.

A orientação doutrinária predominante consigna serem três os elementos constitutivos da obra musical: a melodia, a harmonia e o ritmo¹

Nesse sentido, conforme *Henry Desbois*, a melodia seria a emissão de um número indeterminado de sons sucessivos: “É o que

¹ DESBOIS, Henry. *Le droit d'Auteur em France*. 10. ed. Paris: Dalloz, p. 118; LE TARNEC, Alain. *Manuel de la propriété litteraire et artistique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1966, p. 60.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comumente se chama "l' air"², o tema sobre o qual se edifica a composição musical. Ela consiste nos sons que se engrenam uns após outros"³.

Complementa ponderando que a harmonia forneceria a "roupagem", o "estofa" e o "adorno" da melodia – note-se a adjetivação do jurista na definição de "harmonia" em contraposição ao tratamento da "melodia" como substância, como essência da composição musical –, que Le Tarnec define como o resultado da emissão simultânea de vários sons: os acordes⁴.

E, finalmente, o ritmo seria "*uma sensação determinada seja por diferentes sons consecutivos, seja por diversas repetições periódicas de um mesmo som*"⁵, normalmente marcando o andamento da melodia.

Fica claro, portanto, a orientação doutrinária de qual – ou quais – desses três elementos seriam essenciais na caracterização da criação intelectual e da consequente condição indispensável de originalidade da obra intelectual.

Assim, é inegável que, dos três elementos constitutivos da obra musical, a melodia é o essencial. É esta, justamente, a característica mais peculiar no processo de criação da obra musical em relação às demais obras intelectuais: mais acentuadamente na criação melódica incide a sensibilidade, a inspiração, e não a reflexão ou comparação.

Acrescente-se, finalmente, como elemento fundamental criativo, quando se tratar de obra litero-musical, como é o caso dos autos:

² O significado, em português, é "canto" ou "melodia"

³ Op. cit., p. 118.

⁴ Definição de "harmonia" (como elemento da obra musical). Alain. Manuel de Le Tarnec. La propriété littéraire et artistique. 2. ed. Paris: Dalloz, 1966. p. 61.

⁵ Conforme, ainda, DESBOIS, Henry. Op. cit., p. 118.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a letra.

A par dessas considerações, a Lei nº 9.610/98 é suficientemente clara ao dispor que: “art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.”

Na hipótese, ao contrário do alegado pela ré, os documentos acostados às fls. 20/29 conferem a presunção (salvo prova em contrário, o que não houve nestes autos) da autoria e titularidade da obra litero-musical denominada “Despedida” a Alda Cavalcante.

Destaque-se que o art. 19 da Lei 9.610/98 faculta ao autor promover o registro de sua obra em órgão público para segurança de seus direitos não sendo obrigatório, porém, pois em relação ao conhecimento da autoria de obra intelectual, o art.13 do mesmo diploma legal estabelece:

Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização

Não convence as alegações de que a ré diligenciou na tentativa de localizar a autora da obra musical. A simples busca na internet já daria pistas da localização dos possíveis criadores da obra musical.

Ademais, não se pode crer que um programa como Big Brother Brasil, veiculado pela empresa de comunicação do porte da ré – Grupo Globo - possa ser inexperiente a ponto de ignorar a existência do trabalho de (no mínimo) um autor na criação de uma obra musical.

Sendo detentora da técnica em *show business*, dedicada ao mundo do espetáculo, agiu de forma temerária, com descaso ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

violar os direitos autorais da autora que tem vasta produção audiovisual em seu canal no YOUTUBE, local em que divulga seus trabalhos como compositora e intérprete.

Da mesma forma, não há provas do alegado convênio entre a demandada e a UBEM, associação de editoras musicais, e, muito menos, da documentação comprobatória de que o referido convênio vincularia ou produziria quaisquer efeitos jurídicos em relação aos direitos de autor de titularidade exclusiva da demandante.

Ora, a prova necessária, cujo ônus não se desincumbiu a ré, era exibir a expressa e prévia autorização da requerida para a utilização da obra musical, o que não ocorreu.

No que tange ao controle dos direitos autorais necessário lembrar as três possibilidades de sua efetivação, a depender da obra:

- i. **a do controle direto:** o exercício do direito autoral devido é feito diretamente pelo seu titular: o autor, nas hipóteses de direitos de autor, e os artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e organismos de radiodifusão, nas hipóteses de direitos conexos aos de autor;
- ii. **a do controle indireto:** o exercício do direito autoral não é feito diretamente pelo seu titular originário mas, sim, por titulares derivados (cessionários desses direitos) ou por representantes ou administradores. Trata-se, nestes casos, do controle de direitos autorais realizados por editores (cessionários ou administradores de obras) ou gravadoras (produtores fonográficos e cessionários ou licenciados de direitos conexos de autor), e
- iii. **o controle coletivo:** o exercício do direito autoral é exercido por entidade de gestão coletiva que representa todo o universo de titulares em relação a determinado uso de um gênero específico de obras e bens intelectuais.

No presente caso, ficou comprovado que o controle direto foi realizado pela autora que, ao descobrir a utilização indevida de sua obra, socorre-se dos meios legais para obstar a renovação da prática ilícita.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nem se alegue que a obra seria de autor desconhecido, anônima⁶, pois, segundo o art.52 da Lei. 9.610/98: “A omissão do nome do autor, ou de coautor, na divulgação da obra não presume o anonimato ou a cessão de seus direitos.”

Cumpre lembrar que a Constituição Federal protege o Direito Autoral como cláusula pétrea, estabelecendo em seu art.5º, inciso XXVII, que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, mandamento reeditado na Lei de Direito Autoral, 9.610/98, que prevê que as autorizações dos titulares de direitos autorais, para utilização de obras intelectuais, devem ser sempre prévias e expressas.

Ao discorrer sobre a importância da função social da proteção desses direitos, advertia o saudoso Antônio Chaves, de forma precursora, já em 1970:

Só existe uma maneira de elevar e preservar a arte e a cultura: pagar ao autor e ao artista a retribuição a que faz jus pelo seu trabalho. É preciso que compreendam de uma vez os nossos "autoralistas " de bolso de colete que não remunerar condignamente, pior do que isso, impedir que o autor e o artista retirem do seu trabalho a compensação que a sociedade jamais cogitou de negar-lhes, é incorrer não só num ridículo tremendo, como também, praticar a maior das insânias.⁷

Não cabe, também, a alegação da renomada empresa de televisão de que a utilização da obra musical em questão seria apenas de “um pequeno trecho”, o que se revestiria, portanto, de caráter acessório em relação à produção audiovisual em comento.

Ora, está nítido nos autos que todos os elementos constitutivos (como se viu anteriormente: melodia, harmonia, ritmo e letra) da obra lítero-musical “sub judice” - além da interpretação da própria compositora - foram utilizados no programa televisivo da ré-apelante, e,

⁶ quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;

⁷ O Direito de Autor na Obra Cinematográfica. Inconstitucionalidade do decreto-lei n. 980, de 1969. *In* Revista dos Tribunais, Ano 59, dezembro de 1970, volume 422, p.63.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em especial, os dois essenciais: a melodia e a letra.

Note-se, ainda, que o título e o tema principal da canção em questão é “Despedida”, justamente a situação cênica que se desenrolava na produção audiovisual em que foi incluída. Não se tratou, então, de mero fundo musical secundário e sim de elemento de destacada importância para a produção audiovisual: foi uma verdadeira trilha lítero-musical daquele momento importante do programa.

Melhor sorte não tem, também, alegação da ré apelante de que teria sido apenas um pequeno trecho da obra da autora- apelada e, portanto, dispensaria autorização desta, conforme previsão legal.

Com efeito, encontra-se incontroverso nos autos que a utilização objeto da presente ação foi por 21 segundos. Ora, considerando-se que a duração de uma canção é, habitualmente, de 3 a 4 minutos em média, 21 segundos vão corresponder à cerca de 10% sobre o seu todo. Claramente não é um pequeno trecho pois, se assim fosse, deveríamos concluir, também, que 30 páginas de uma obra literária de 300 páginas (livro) seria um “pequeno trecho”. Ou que 12 minutos de uma obra cinematográfica de duas horas de duração (filme) também seria um pequeno trecho, e se essa obra audiovisual fosse um seriado de 10 episódios, um episódio inteiro seria somente um pequeno trecho. Se levarmos em conta, então, qualquer das festejadas telenovelas produzidas pela ré-apelante, que costumam ser integradas por mais de cem capítulos, seria, evidentemente, insólito afirmarmos ser 10 capítulos “apenas um pequeno trecho”.

Portanto, evidente nestes autos que a utilização, no programa televisivo, da obra lítero-musical em foco foi relevante, e não secundária, e, também, não pode ser considerada como apenas de “pequeno trecho” para ser beneficiada, a demandada, pelo permissivo legal alegado.

Conseqüentemente, a utilização indevida da música sem a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autorização da titular e sem a atribuição dos devidos créditos de autoria, fato reconhecido pela ré, viola os direitos autorais, sendo de rigor a indenização pelos danos decorrentes.

No que tange aos direitos patrimoniais de autor, estes baseiam-se nos atributos – exclusivos – inerentes ao criador intelectual, em utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, conforme prevê o texto legal:

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

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

- I - a reprodução parcial ou integral;
- II - a edição;
- III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
- (...)
- V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;
- VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;
- VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;
- VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
 - (...)
 - b) execução musical;
 - c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
 - d) radiodifusão sonora ou televisiva;
 - e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
 - f) sonorização ambiental;
 - g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
 - h) emprego de satélites artificiais;
 - i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

venham a ser adotados;

(...)

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Os direitos morais de autor, a exemplo dos demais direitos de personalidade, são considerados indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, devido ao seu caráter de “essencialidade”, cuja importância já foi proclamada por Adriano De Cupis : *“De fato, qualquer valor concreto seria subtraído à personalidade jurídica, se fosse consentido à pessoa pôr fim a tais direitos por acto de vontade. Na verdade, a personalidade jurídica não pode ser esvaziada, por acto de renúncia, da parte mais importante do próprio conteúdo, pois que a norma jurídica, ao atribuir os direitos da personalidade, tem caráter de norma de ordem pública, irrevogável”*⁸.

Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal De Justiça:

(...) 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. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.562.617 - SP (2015/0250795-0) RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 17.11.2016)

Quanto à indenização pela violação dos direitos autorais.

⁸ Cupis, Adriano de. Os Direitos da Personalidade, Lisboa, livraria Morais Editora, 1961, p. 53. Relaciona, como direitos de personalidade, além dos direitos morais de autor também o direito à vida e à integridade física, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à identidade pessoal, o direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A sentença condenou a ré **(i)** ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção monetária segundo a tabela prática deste e. TJSP a partir da publicação da sentença, e juros de mora de 1% ao mês a partir da data da reprodução indevida; e **(ii)** ao pagamento de indenização por danos materiais pelo valor equivalente ao que a autora receberia se houvesse concordado com a reprodução, que deverão ser apurados em liquidação de sentença, acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar da data da reprodução

Todavia, a decisão merece reforma parcial.

Danos materiais

A utilização de trecho de 21 segundos da música da autora denominada "Despedida" no dia da eliminação de um dos participantes do programa Big Brother Brasil assumiu papel de destaque ao completar o programa que era dedicado a saída de um dos participantes; era um programa de despedida.

Nessa senda, temos que a 'inclusão' de obra intelectual em outra obra ou produto merece tratamento jurídico semelhante ao da sincronização.

Nesses casos não há, propriamente, **uma 'sincronização' (de sons e imagens, por exemplo), mas sim o ato de a obra intelectual ser incluída no todo ou em parte, em determinado contexto: como música de abertura de um programa de rádio, por exemplo, como um verso ou estrofe de um poema em um outdoor publicitário, uma obra fotográfica que ilustre um artigo escrito para uma revista e outras situações do gênero.** Naturalmente, a exemplo das outras modalidades de utilização de obra intelectual, não prescindirão de autorização prévia dos respectivos titulares de direitos autorais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em caso semelhante já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. USO DE TRECHO DA LETRA DA OBRA MUSICAL DANCIN DAYS SEM AUTORIZAÇÃO DO DETENTOR DOS DIREITOS AUTORAIS EM PUBLICAÇÃO DA REVISTA PLAYBOY. LIMITES IMPOSTOS AO DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO. 1. A reprodução de pequenos trechos de obras preexistentes apenas não constitui ofensa aos direitos autorais quando a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova, não prejudique a exploração normal daquela reproduzida nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (art. 46, VIII, da Lei n. 9.610/1998). 2. A exploração comercial da obra e os meios em que ela ocorrerá é direito exclusivo do autor, como regra. **A transcrição de trecho musical em periódico de forma não autorizada não caracteriza permissivo legal (fair use) que excepcione o direito de exploração exclusiva pelo seu titular.** 3. **O caso dos autos não se enquadra nas normas permissivas estabelecidas pela Lei n. 9.610/1998, tendo em vista que o refrão musical inserido no ensaio fotográfico e de cunho erótico - de forma indevida -, tem caráter de completude e não de acessoriedade; e os titulares dos direitos patrimoniais da obra vinham explorando-a comercialmente em segmento mercadológico diverso.** 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, 4ª Turma, REsp 1.217.567/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/05/2013, destacado).

A reparação, no contexto amplo da responsabilidade civil, é inserida na regra geral de que "a indenização mede-se pela extensão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do dano¹⁹ deve consistir, também, no escopo para a indenizabilidade dos danos decorrentes das violações a direitos autorais. A partir desse princípio, no entanto, o direito de autor, mesmo no âmbito das sanções de direito civil, dispõe – em sua regulação regente Lei n. 9.610/98 –, além de várias indicações de sanções indenizatórias (arts. 102, 104, 105, 107, 108 e 110), também normas de caráter punitivo pecuniário:

(a) a reversão, para o autor, do produto da violação ao seu direito (a perda – pelo infrator em benefício do autor – dos exemplares ilícitos apreendidos, além do

⁹ Art. 944 do Código Civil de 2002. O seu parágrafo único ressalva que, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. A respeito desse dispositivo, Antonio Jeová Santos observa que esse processo de aplicação da equidade ao caso singular adquire importante relevo quando existe uma norma, em princípio justa, mas que não se adapta àquele caso concreto, porque, se fosse aplicada, o resultado seria írrito e injusto. O resultado seria aquele que não querido pelo legislador, caso o juiz aplique a norma em sua estrita literalidade. Cita Brebbia (Responsabilidad por daños en el tercer milenio, p. 46) para ressaltar que nesse processo de aplicação da norma ao caso singular, a equidade atua com controle preventivo desse eventual resultado do litígio, em vista de sua função ordenadora encaminhada a conseguir uma decisão justa, obrigando o juiz a examinar se a subsunção do caso ao preceito legal obedece a um erro de qualificação resultante de uma interpretação isolada e literal da norma que se imaginou aplicável, em princípio e, em aberto desacordo com os princípios gerais que regem o instituto jurídico que corresponda à relação jurídica controvertida. Complementa: “a função da equidade é assegurar o valor justiça. O legislador dota o juiz de poderes mais amplos para, em sua faculdade discricional ampliada, encontrar a justiça do caso que, não necessariamente coincide com a justiça da lei abstrata. Isso não significa que em nome da equidade, possa o juiz derrogar a lei ou negar vigência a dispositivo legal. Nem deve aplicar a equidade de forma indiscriminada, mas somente nos casos em que a lei, especificamente, autoriza a função ordenadora da equidade” (op. cit., p. 194-195).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pagamento ao autor do preço dos exemplares vendidos), sendo que, não se conhecendo esse número, “pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos (art. 103 e seu parágrafo único)¹⁰; (b) multa diária e “demais indenizações cabíveis”, independentemente das sanções penas aplicáveis, além do aumento, em caso de reincidência, até o dobro do valor da multa (para as hipóteses de transmissão e retransmissão e comunicação ao público de obras artísticas literárias e científicas de interpretação e de fonogramas realizados com violação de direito autoral (art. 105); e (c) multa equivalente a vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago pela execução pública de obras musicais, interpretações, fonogramas e obras audiovisuais, se realizada sem autorização dos titulares (art. 109).

Consequentemente, é interessante se constatar que a regra legal de direito de autor vigente estabelece, para infrações de natureza patrimonial, hipótese de incidência de indenização de nítido conteúdo tanto resarcitório ao autor quanto punitivo ao infrator, que, normalmente, são previstas apenas para as hipóteses de reparação de dano exclusivamente moral.

Referindo-se à influência do direito norte-americano, Carlos Fernando Mathias de Souza explica que por *punitive damages* (ao pé da letra, indenizações punitivas) diz-se a indenização por dano, em que é fixado valor com o objetivo a um só tempo de desestimular o autor à

¹⁰ A diretriz punitiva desse dispositivo decorre do fato de o direito de autor corresponder, usualmente, a 10% do produto da comercialização dos exemplares e não à sua totalidade. A punição representa, assim, a multiplicação por dez do valor a que o autor normalmente faria jus como resultado da comercialização regular da sua obra.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que as demais pessoas também assim se conduzam, acrescentando:

Ainda que não muito farta a doutrina brasileira no particular, tem ela designado as *punitive damages* com a “teoria do valor de desestímulo”, posto que, repita-se em outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo a que ninguém queira expor-se a receber idêntica sanção.¹¹

Além do fundamento jurídico da ampliação do duplo caráter indenizatório (ressarcitório e punitivo) à reparação de danos autorais, tanto de natureza moral quanto patrimonial, resultar das sanções civis trazidas pela lei regente para a matéria em nosso país, a evolução jurisprudencial brasileira, apesar de alguns retrocessos isolados, caminha nessa trilha.

Nesse caminho, reportando-nos à jurisprudência pátria anterior, cabe destacar, no terreno reparatório de danos em relação a direito de autor, a decisão precursora proferida há mais de quarenta anos pelo Supremo Tribunal Federal:

Ficaria abalado esse sistema legal, se a reprodução fraudulenta ou ilícita desse lugar apenas a uma reparação pecuniária equivalente ao que ele receberia, se houvesse concordado com a reprodução. A consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido, sobretudo quanto há implicações de ordem moral. Por isso, a lei dá ao autor o direito de apreender os exemplares existentes e de receber indenização equivalente ao “valor de toda a edição”, à base do preço que teriam os exemplares “genuínos”, isto é, autorizados regularmente deduzindo-se o

¹¹ Direito Autoral: legislação básica. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p.55



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

valor dos que tenham sido apreendido¹²

Mesmo antes desse importante julgado (do STF de 1965), no início da década de 1950, a respeito da função punitiva que deve conter a reparação de danos no terreno do direito de autor, Antonio Chaves já indagava e esclarecia, com apoio em relevante jurisprudência estrangeira: “Como porém encontrar-se um princípio que sirva de base para o cálculo de quantas vezes a soma dos prejuízos e danos deve ser maior, no caso de contrafação intencional, da retribuição costumeira? Poderia essa “pena”, de caráter eminentemente delitual, ser imposta no âmbito civil? As questões tiveram que ser enfrentadas pelo “Kammergericht” de Berlim, em acórdão de 20 de abril de 1943 (Dr. d’A., 1944, p. 91 e segs.):

Não existe, a bem dizer, qualquer prática geral de acordo com a qual uma casa editora que tenha cometido uma contrafação intencional deva pagar a título de perdas e danos uma soma igual a quatro ou cinco vezes a retribuição costumeira. Mas a circunstância de que uma casa editora não tenha hesitado em agir com desprezo ao direito de um autor pode constituir um índice quanto ao valor da obra contrafeita e, portanto, quanto ao enriquecimento daquele que lesou o direito do autor.

Essa orientação foi se consolidando no plano jurisprudencial e adquirindo contornos seguros no fortalecimento da eficiência reparatória, a exemplo da decisão, adotada pelo mesmo Pretório Excelso, vinte anos após a que mencionamos que, já no âmbito da legislação atualmente em vigor, retirou do autor lesado o ônus de comprovar – e dimensionar – o efetivo prejuízo sofrido pelo ato lesivo. Nesse sentido é categórica a ementa do acórdão de 28 de fevereiro de 1984, proferido no Recurso Extraordinário 99.501/SP, com votação unânime de sua Segunda

¹² Acórdão de 6-12-1965, por votação unânime, da sua Primeira Turma, rel. Min. Victor Nunes Leal (Recurso Extraordinário 56.904/SP, RJTJ 38, p.271)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Turma, relator o Ministro Francisco Rezek:

Direito Autoral. Fotografia. Modificação da obra e omissão do nome do autor. Nos termos do artigo 126 da Lei n. 5.988, de 1973, o autor tem direito a ser indenizado por danos morais e a ver divulgada sua identidade, independentemente da prova tópica de haver sofrido prejuízo econômico. Hipótese de não conhecimento do recurso da agência de publicidade, e de provimento do recurso do autor.

Anteriormente a essa decisão, e discordando do pressuposto defendido por Marcelle Azéma (*em De la Responsabilité Civile de l'Écrivain, Bordeaux, Imprimerie G. Bière, 1935, p. 59*) de comprovação de prejuízo para reconhecimento do dever de indenizar, Fabio Maria De Mattia já lecionava, com inegável acerto, que

a indenização deve ser reconhecida mesmo que não se possa provar o prejuízo sofrido pelo autor plagiado. A toda infração ao direito de autor deve corresponder uma indenização. Nas legislações onde não há uma multa mínima prevista, a solução estará na aplicação do princípio do enriquecimento sem causa, como sucede, por exemplo, perante o direito de autor brasileiro¹³.

A orientação da casuística brasileira, na direção construtiva professada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴ a reparação decorrente da violação de direitos autorais – de natureza moral e patrimonial –, deverá ser arbitrada, no âmbito da especificidade de cada caso concreto, pelo julgador, de forma exemplar, ou seja, que represente, ao infrator, verdadeiro desestímulo à prática do ato ilícito, sob pena de total esvaziamento da fundamental tutela à propriedade intelectual.

E a adoção de princípio da punição do ofensor no

¹³ O autor e o editor na obra gráfica. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 353-354. A solução apontada encontra-se referida, também, no artigo, do mesmo jurista, intitulado “Indenização por violação ao direito de autor”.

¹⁴ Sobre a importância dessa atribuição, note-se a lição de Benedicto Costa Netto: A função construtiva do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Oficinas Gráficas da “Impress”, 1952, p. 87



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

arbitramento indenizatório de danos morais vem se tornando pacífica em nossos Tribunais. Decidiu, nesse sentido, em 1989, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Ministro Sidney Sanches: *“Está assentado também, que o arbitramento do dano, por ser este inavaliável e destinar-se a um lenitivo do ofendido mediante a punição do ofensor, deve ser confiado à prudência do juiz”*¹⁵

Ainda sobre a adoção do volume econômico envolvido na utilização não autorizada de obra intelectual, Carlos Alberto Bittar lembra a possibilidade de que a “verba publicitária” venha a servir como parâmetro indenizatório:

Como esses valores já encontram parâmetros no mercado, definida a verba publicitária, poder-se-ia traduzir, por outro lado, a indenização em percentual sobre o respectivo montante, fazendo-se a correlação com o resultado pretendido pelo anunciante (que se dimensiona pelo valor aplicado na campanha). Conjugam-se-iam, assim, o interesse do lesado e o sacrifício do lesante, dentro do binômio justo para a determinação de indenização em hipótese de violação de direitos da personalidade.¹⁶

¹⁵ Em acórdão proferido no Recurso Extraordinário 112.263-3/RJ, publicado na LEX JSTF n. 131, p. 158. Registre-se que mais de duas décadas antes desse aresto, em 1975, Fábio Maria De Mattia, ao comentar os tipos possíveis de sanção, já manifestava o seu entendimento de que a indenização poderia, em alguns casos, implicar penalidade do infrator: “As sanções podem ser de dois tipos: a) reparações com medidas, tais como: supressão total ou parcial da obra, retificação, publicação do julgamento; b) reparação equivalente às perdas e danos ou apenas uma simples indenização a título de penalidade” (ob. cit., p. 354). José de Oliveira Ascensão, a respeito, leciona: “Concluimos assim que as reações previstas à violação do direito de autor são fundamentalmente de três ordens: 1 – A suspensão da violação em curso e a apreensão dos veículos materiais dessa violação. Esta reação é de índole objetiva. 2 – A indenização de perdas e danos. Pressupõe culpa, nos termos gerais. 3 – Penas Civis, como as consistentes na entrega ao autor dos exemplares da edição fraudulenta, ou seu preço, em castigo do ilícito culposo do infrator” (ob. cit., p. 552). O procedimento de arbitramento vem sendo adotado pelos Tribunais como medida mais adequada para quantificação reparatória em danos autorais. Nessa orientação, por exemplo, o acórdão de 26-5-2003 do Superior Tribunal de Justiça, proferido por unanimidade pela sua Quarta Turma no Recurso Especial 310834/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior (DJ 8-9-2003, p. 333)

¹⁶ Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 60.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesse caminho, os critérios para a indenização por danos materiais pela utilização indevida da obra devem considerar o proveito econômico obtido pelo Programa.

Pelo acórdão da 5ª Câmara de Direito Privado, proferido nos autos da apelação nº 0122419-33.2011.8.26.0100, de relatoria do Des. Carlos Alberto de Salles, este C. Tribunal de Justiça já se pronunciou:

(1)Primeiramente, será calculado o número de segundos ao dia (em média) de utilização da música questionada no jornal da Jovem Pan; **(2)**Posteriormente, será calculado o número de segundos de utilização indevida a partir do termo inicial fixado neste acórdão; **(3)**O valor de cada segundo corresponderá a 10% (dez por cento) do valor constante na Tabela de Publicidade da Rádio Jovem Pan para o local de transmissão e para o horário em que a música tema foi utilizada; **(4)**Encontrado o valor de cada segundo, será esse multiplicado pelo total de tempo do item (2).

Justificam-se os critérios estabelecidos, pois o dano sofrido deve ser proporcional ao benefício alcançado pela reconvida. Para tanto, deve-se utilizar com parâmetro básico a remuneração da emissora de rádio para veiculação de publicidade limitada aos 10% (dez por cento) habitualmente pagos a título de direitos autorais)

Tais critérios devem ser adotados no presente caso, considerando-se 21 segundos de utilização da música cujo valor para cada segundo corresponderá a 10% (dez por cento) do valor constante para cada segundo da Tabela de Publicidade da rede de televisão demandada, válida para a íntegra do território nacional, aplicável ao programa Big Brother Brasil, tudo a ser apurado em liquidação de sentença, com juros de 1% e correção monetária pela Tabela do E. Tribunal de Justiça, ambos a contar da data da utilização indevida.

Por outro lado, a multa do art. 109 da Lei 9.610/98 não pode ser aplicada uma vez que inexistente comprovação de ter agido a ré com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

má-fé, apesar da ilegalidade da sua conduta.

Entretanto, nos termos do art. 108¹⁷ da Lei 9.610/98, deverá o réu promover a publicação dos créditos de autoria da obra da obra litero-musical em questão, bem como indicar o nome artístico da intérprete, por três dias consecutivos, no mesmo horário que ocorreu a violação.

Danos morais

A reparação de danos autorais, confrontando-a com a teoria tradicional da responsabilidade civil, apesar da convivência de fundamentos comuns, especialmente no plano da equidade, para fazer frente aos malefícios da violação aos direitos de autor, além do ressarcimento do ofendido – *medido pela extensão do dano* – impõe o efeito pedagógico trazido com a punição do ofensor.

Nessa linha de entendimento, pretende a autora a majoração do valor indenizatório de R\$15.000,00 para R\$20.000,00.

Tal valor deve ser acolhido por não se mostrar excessivo e serve para reparar a autora pela violação dos direitos morais, especificamente insertos no art. 24, I, II, da Lei 9.610/98¹⁸, sem que haja enriquecimento ilícito da parte.

¹⁷ 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: I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos; II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor; III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.

¹⁸ Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Portanto, deve ser majorado para R\$20.000,00, corrigido pela tabela de cálculos judiciais do Tribunal de Justiça a partir da publicação da sentença, e juros de mora de 1% ao mês a partir da data da reprodução indevida.

Ante a interposição dos recursos, conforme expresso no art. 85, § 1º, do Código de Processo Civil e considerando que a sentença foi reformada decaindo a autora em parte mínima do pedido, deverá a ré arcar com a integralidade do pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono da autora e majorados para 15% do valor total da condenação.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso da ré e dá-se parcial provimento ao recurso adesivo nos termos expostos.**

JOSÉ CARLOS COSTA NETTO
Relator