



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2016.0000178371**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0139084-90.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDITORA E DISTRIBUIDORA - EDIPRESS LTDA, é apelado FREDERICO GEORGE BARROS DAY (JUSTIÇA GRATUITA).

**ACORDAM**, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 17 de março de 2016

**VITO GUGLIELMI**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**VOTO Nº 35.466**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 0139084-90.2012.8.26.0100**

RELATOR : DESEMBARGADOR VITO GUGLIELMI  
 APELANTE : EDITORA E DISTRIBUIDORA EDIPRESS LTDA.  
 APELADO : FREDERICO GEORGE BARROS DAY  
 COMARCA : SÃO PAULO / SANTANA – 8ª VARA CÍVEL

DIREITO AUTORAL. DIREITOS PATRIMONIAIS E MORAIS DE AUTOR. REPRODUÇÃO DE OBRA DO TIPO 'GRAFITE' EM FOTOGRAFIAS INSERIDAS EM MATÉRIA DE REVISTA AUTOMOBILÍSTICA EDITADA PELA RÉ. DIREITOS PATRIMONIAIS NÃO VULNERADOS. OBRA SITUADA PERMANENTEMENTE EM LOGRADOURO PÚBLICO, CUJA REPRODUÇÃO É LIVRE. INTELIGÊNCIA DO ART. 48 DA LEI 9.610/98. AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE INTUITO COMERCIAL DA REPRODUÇÃO, DADO O CARÁTER NITIDAMENTE JORNALÍSTICO DA MATÉRIA. DIREITOS MORAIS, POR OUTRO LADO, VIOLADOS. IMAGEM REPRODUZIDA DA OBRA QUE FOI MANIPULADA DIGITALMENTE, AO PONTO DE RESTAR DESCARACTERIZADA E DEFORMADA. MANUTENÇÃO DA INCOLUMIDADE DA OBRA OU, AO REVÉS, INTRODUÇÃO DE MODIFICAÇÃO SUPERVENIENTE QUE CONSISTEM EM PRERROGATIVAS PERSONALÍSSIMAS DO CRIADOR (ART. 24, IV E V, DA LEI 9.610/98). DANO MORAL CARACTERIZADO, NA HIPÓTESE, 'IN RE IPSA', MEDIANTE A PUBLICAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA RÉ CARACTERIZADA. 'QUANTUM' ARBITRADO COM RAZOABILIDADE, PELA SENTENÇA. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de recurso, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou procedente ação de reparação de danos patrimoniais e morais de autor, ajuizada por Frederico George Barros Day em face de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Editora e Distribuidora – Edipress Ltda.

Narra a inicial que uma gravura do tipo 'grafite', elaborada pelo autor e exposta em logradouro público nesta Capital, foi objeto de adulteração e reprodução não autorizadas, por meio fotográfico, em revista de grande circulação editada e distribuída pela ré. A ação objetiva, nessa perspectiva, a condenação da ré a indenizar o demandante em razão de lesão a seus direitos morais e patrimoniais de autor.

O juízo (fls. 209/214) entendeu ter-se caracterizado a aventada violação aos direitos do autor. E fê-lo por considerar que o mural por ele elaborado sob a forma de pintura 'grafite' serviu de pano de fundo para fotografias utilizadas, sem sua autorização, para ilustrar matéria relacionada à divulgação de veículos em revista especializada editada pela ré. Condenou-a, pois, ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de danos materiais e de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para a reparação do dano moral sofrido.

Inconformada, apela a ré (fls. 219/238), sustentando a improcedência da demanda. Para tanto sustenta, em resumo, que jamais obrou em violação a direito do autor da obra. Argumenta, nesta esteira, que a pintura em questão, realizada pelo demandante, acha-se permanentemente exposta em logradouro público, de maneira que sua reprodução, ainda que não autorizada, não constitui vulneração a direito autoral porque expressamente facultada pela Lei 9.610/98. Afirma ainda que a obra foi retratada de maneira parcial e apenas para ilustrar, como cenário, as fotografias de matéria publicada em revista automobilística, de modo que nunca foi o principal objeto dos retratos e sequer teve intuito comercial, porque não serviu de chamariz para a promoção do periódico. Acrescenta, outrossim, que os direitos sobre as fotografias lhes foram devidamente cedidos pelo fotógrafo que as realizou. Aponta, portanto, que por tais razões inexistente prejuízo material a ser reparado. Finalmente, aponta que o demandante não demonstrou ser o artista realizador das obras em questão e que, ainda que o seja, os fatos por ele narrados não constituem dano moral passível de indenização. Conclui, pois, pela reforma.

Recebido (fl. 243) e processado o recurso, vieram aos autos contrarrazões (fls. 246/268).

**É o relatório.**

2. Ação de reparação de danos morais e patrimoniais de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

autor, ajuizada por artista plástico em razão da reprodução, supostamente indevida, de obra sua em fotografias utilizadas pela ré para ilustrar matéria incluída em periódico automobilístico por ela editado.

Julgada procedente para condenar a ré ao pagamento de indenização pelo dano patrimonial do demandante, arbitrado em R\$ 3.000,00 (três mil reais) e, bem, pelo prejuízo moral por ele sofrido, fixado em R\$ 20.000,00, sobreveio o presente recurso da ré.

O reclamo comporta parcial acolhida.

Em primeiro lugar, pese embora o inconformismo da apelante, dúvida não resta quanto à atribuição da autoria da obra em testilha ao demandante. No sentido, a Lei de Direitos Autorais (Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998), para além de alçar as “*obras de desenho, pintura, [e] gravura*” à categoria de criações intelectuais passíveis da proteção autoral, bem define o critério para a determinação de sua autoria, na forma de seus artigos 7º, inciso VIII, e 12, *verbis*:

*“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:*

[...]

*VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética*

[...]

*Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou **qualquer outro sinal convencional**’ (g.m.).*

E, na espécie, já a exordial veio instruída por prova pré-constituída da autoria do mural feito em técnica 'grafite', pelo demandante. Trata-se, com efeito, do pássaro estilizado que faz o artista inserir em todos os seus trabalhos (fls. 13/20). Não infirmada, a contento, tal circunstância pela apelante, caem no vazio suas



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

alegações denegatórias da autoria intelectual da obra pelo apelado.

Em segundo lugar, e estabelecida esta premissa, versa a demanda dúplice vulneração a direitos de autor relativos à pintura: aos direitos patrimoniais do autor, consistentes na reprodução não autorizada da obra no bojo do material editado pela ré em revista automobilística de sua titularidade; e bem aos seus direitos morais, circunscrevendo-se a violação ao fato de que a imagem da obra, para além de meramente reproduzida, foi também eletronicamente modificada por técnica de edição digital, ao ponto de deformar seus caracteres originais.

Quanto aos primeiros – os danos patrimoniais –, e ressalvado o entendimento do Magistrado da causa, não vislumbro ato ilícito praticado pela recorrente apto a originar a pretendida reparação.

Como é cediço, a razão de ser da proteção aos direitos de autor circunscreve-se à tutela do interesse privado do artista, criador intelectual da obra enquanto manifestação do espírito humano. Todavia – e isso tampouco se nega – essa salvaguarda obedece a uma função social e há, pois, de ser exercida de maneira compatível com os interesses da coletividade. Por essa razão é que, ao lado do licenciamento *voluntário* do uso da imagem da obra, instituiu referido diploma hipóteses de licença *legal* – doutrinariamente também conhecidas por *exceções ao direito autoral* –, isto é, casos em que excepcionalmente se afasta a tutela outorgada particularmente ao criador, em prol da utilização livre e gratuita, independentemente de prévia autorização.

Uma dessas hipóteses, por óbvio, que mais proximamente interessa ao desate da controvérsia ora posta é aquela insculpida no artigo 48 da Lei de Direitos Autorais:

*“Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos **podem ser representadas livremente**, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais” (g.m.).*

Pois bem. A obra em questão – e isso é incontroverso nos autos – consiste em pintura elaborada pela modalidade de 'grafite', permanentemente aposta sobre a face voltada à via pública de muro limítrofe de construção situada à rua



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Gonçalo Afonso, no bairro de Vila Madalena, nesta Capital. Trata-se, com efeito, de mural pintado sobre o logradouro público popularmente conhecido como 'Beco do Grafite' ou 'Beco do Batman', naquela localidade. É o que estão a demonstrar as fotografias reproduzidas à fl. 7 e, mais especificamente, às fls. 14/15.

Lícita, portanto, a reprodução da imagem da obra em fotografia reproduzida no interior de periódico editado pela apelante, independentemente de prévia autorização do artista.

Nem se alegue – e este é outro argumento levantado pelo autor – com a tese de utilização comercial da imagem, especificamente para a aferição de lucro.

Não é este, nitidamente, o caso. A edição de revista automobilística por editora constituída sob a forma de sociedade empresária é, evidentemente, atividade organizada voltada à consecução de lucro. A utilização da imagem em questão, contudo, em que a obra aparece meramente a compor parte do cenário de ensaio fotográfico que ilustra matéria de cunho eminentemente jornalístico não parece ter servido, sob qualquer perspectiva, como atrativo de público ou fator de aumento da vendagem do periódico.

A peça é de jornalismo, registre-se, sem conotação publicitária alguma – e trata de teste comparativo entre as versões clássica e atual de automóvel esportivo. Trata-se, ademais, de matéria interna, sequer constando houvesse chamada de capa a reproduzir a foto em comentário. Situação essencialmente diversa seria a de sua reprodução na capa da revista ou, ainda, se se tratasse de peça publicitária voltada à venda ou comercialização daquele modelo de veículo. Nessas hipóteses sim, excluída a hipótese de licença *legal* de reprodução da obra, tratar-se-ia de uso comercial, presumivelmente oneroso e a depender de prévia licença por escrito de seu criador, na forma dos artigos 77 e 78 da Lei 9.610/98.

Dúvida não resta, portanto, de que a reprodução da obra do autor nas fotografias publicadas – e, bem, no *site* da mesma revista – se deu dentro dos limites do artigo 48 do referido diploma legal, afastando-se assim a pretensão à reparação pela aventada violação a direito **patrimonial** de autor, que não se vislumbra.

No sentido, aliás, é a lição de FÁBIO ULHÔA COELHO:

“Quando não se compatibilizam os interesses privados do



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*autor, voltados ao monopólio na utilização de sua obra, e o interesse público referente à difusão do conhecimento, educação e cultura, este último tem, evidentemente, prevalência. São as hipóteses de licença legal, em que a obra pode ser utilizada sem a prévia e expressa autorização do titular do direito autoral e independentemente do pagamento de qualquer remuneração” (in Curso de direito civil, v. 4, 4ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2012).*

Por outro lado, quanto à violação de direito **moral** do autor, tenho que a sentença não comporta reforma.

Se os primeiros – patrimoniais – enfeixam os interesses do titular em relação à exploração econômica da obra, os segundos – morais, ora em apreço – são mesmo uma projeção da personalidade do autor e encerram, assim, as prerrogativas referentes à relação deste com a elaboração, titulação e divulgação da obra.

Dentre os direitos morais do autor, elencados pelos incisos do artigo 24 da Lei de Direito Autoral acham-se “o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra” (inciso IV) e, bem, “o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada” (inciso V).

Destarte, muito embora constitua direito personalíssimo do autor – a seu exclusivo alvitre – a manutenção da incolumidade da obra ou, ao revés, sua superveniente modificação, tem-se que, *in casu*, não se limitou a ré a reproduzir a imagem no bojo da revista. Fê-lo após ter introduzido, presumivelmente mediante manipulação digital da imagem, ao menos três modificações em diferentes pontos da pintura, descaracterizando e deformando a criação tal qual elaborada pelo demandante. Tais alterações acham-se bem identificadas pelas fotografias de fls. 26/29 e são apreensíveis mesmo a olho nu.

Se compete ao autor – e apenas a ele – modificar a criação quando lhe aprovar e, bem, vetar alterações com as quais não consinta, é certo que as modificações operadas pela apelante sobre a imagem da obra – e que nem ela própria



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

nega! – se traduzem em ato ilícito que deu azo a prejuízo em desfavor do autor, configurando-se *in re ipsa*.

A questão relativa ao dano moral tem recebido intenso debate, especialmente depois da vigência da atual Constituição Federal, caminhando, todavia, e sem maior controvérsia, para a possibilidade de seu reconhecimento e caracterização nos mesmos moldes da responsabilidade civil comum. Em outras palavras o dano moral indenizável exige a conjugação de três fatores: dano, ilicitude e nexó causal.

Presente, pois, o dever de indenizar.

No dizer de Humberto Theodoro Júnior (“Dano Moral”, 4ª edição, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001, p. 31):

***“Mais do que qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano moral há de ser imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa a criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa”.***

Aliás, a indenização nessas hipóteses, como assente doutrina e jurisprudência, se justifica, de um lado, pela ideia de punição ao infrator, e, de outro, uma compensação pelo dano suportado pelo comportamento daquele.

Aquele mesmo autor salienta que

***“ .. ao condenar o ofensor a indenizá-lo a ordem jurídica teria em mente não só o ressarcimento do prejuízo acarretado ao psiquismo do ofendido, mas também estaria atuando uma sanção contra o culpado tendente a inibir ou desestimular a repetição de situações semelhantes”*** (op. cit., pág 33) – grifos não constam do original.

Logo, tendo a ré se utilizado indevidamente de obra intelectual dos autores, presente a ilicitude de seu comportamento, a caracterizar sua responsabilidade.

Até porque, e como se preconiza,

***“O fundamento primário da reparação está, como visto,***



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

***no erro da conduta do agente, no seu procedimento contrário à predeterminação da norma, que condiz com a própria noção de culpa ou dolo. Se o agente procede em termos contrários ao direito, desfere o primeiro impulso, no rumo do estabelecimento do dever de reparar...*** (Caio Mario da Silva Pereira, “Instituições de Direito Civil”, 8ª. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, vol II, pág. 228) – grifos não constam do original.

A fixação da indenização, não se desconhece, é outra discussão que doutrina e jurisprudência tem travado. Mas, com certo vigor, tem se orientado no sentido de que é tarefa que incumbe exclusivamente ao juiz, na medida que o sistema tarifado não foi a opção do legislador.

Essa dificuldade, já anotada por Agostinho Alvim (*Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 3ª ed., Jurídica e Universitária, São Paulo, 1965, p. 229): **“Outra objeção, esta de ordem prática, que se formula com a ressarcibilidade do dano moral, reside na impossibilidade de achar-se o equivalente da dor”**, e que o não o animava **“... a teoria não está madura para ser formulada em termos gerais, de modo a resolver o problema do *quantum*, e outras dificuldades”** (pág. 230 - o grifo é do original), de certo modo não foi superada em relação ao valor.

Nesse tema, a indenização não deve ser tal que traduza enriquecimento sem causa, e nem tão ínfima, que traduza, por via reflexa, despreocupação com eventual reincidência na prática.

Em hipóteses como a dos autos, de resto, e à falta de critério legal objetivo, sobrelevam as condições econômicas das partes e a intensidade da culpa.

Presente essa conjugação de fatores, e bem que o autor não se venha a locupletar da situação, o *quantum* fixado pelo juízo não se afasta do critério de razoabilidade e se mostra suficiente para a justa reparação.

Nada mais é preciso dizer.

Em resumo: ao recurso se dá parcial provimento para



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

afastar a condenação da apelante ao pagamento de indenização pelos danos materiais, mantida a sentença em seus ulteriores termos.

Sucumbência adequadamente fixada, não estando a merecer reparo – sobretudo à falta de impugnação específica.

3. Nestes termos, dá-se parcial provimento ao recurso.

**Vito Guglielmi**

Relator