Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara Cível

Apelação Cível nº. 0169664-36.2014.8.19.0001

Apelante: Infoglobo Comunicação e Participações SA

Apelado: Carlos Orlando Novais Abrunhosa

Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem

A C Ó R D Ã O

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO AUTORAL – VIOLAÇÃO – ILUSTRAÇÃO DE MATÉRIAS ESPORTIVAS COM FOTOGRAFIA DO REI PELÉ E O SEU CONHECIDO E FAMOSO "*SOCO NO AR*", FOTOGRAFADO DURANTE A COPA DO MUNDO DE 1970, QUANDO O BRASIL CONQUISTOU O TRICAMPEONATO MUNDIAL –

AGRAVO RETIDO – REITERAÇÃO - INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL – PAGAMENTO QUE DEVE SER COMPROVADO POR MEIO DE RECIBO - PROVA TESTEMUNHAL ADMISSÍVEL DE FORMA SUBSIDIÁRIA OU COMPLEMENTAR À PROVA POR ESCRITO - ARTIGO 320, CAPUT, E ARTIGO 227, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL – REJEIÇÃO - PROVA REQUERIDA QUE SE MOSTRA IMPRESTÁVEL AO FIM QUE PRETENDE O APELANTE –

INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - EXORDIAL QUE SE ENCONTRA NOS MOLDES DO ART.282 E 283 DO CPC – PRELIMINAR QUE SE AFASTA -

PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO ESPECÍFICA QUANTO AO PRAZO PRESCRICIONAL INCIDENTE EM CASO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS DO AUTOR - ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL – PRESCRIÇÃO TRIENAL -

PUBLICAÇAO DE HISTÓRICA FOTOGRAFIA SEM AUTORIZAÇAO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO SEU AUTOR (PATRONÍMICO DO FOTÓGRAFO) - CONTRAFAÇÃO – ART. 7º, VII DA LEI Nº 9.610/98 - OBRAS FOTOGRÁFICAS COMO OBRAS INTELECTUAIS PROTEGIDAS –

MARCELO LIMA BUHATEM:31153 Assinado em 26/07/2017 17:49:50
Local: GAB. DES MARCELO LIMA BUHATEM

Apelação Cível nº. 0169664-36.2014.8.19.0001

DANO MORAL PRESUMIDO - VALOR DA VERBA COMPENSATÓRIA QUE SE AFIGURA RAZOÁVEL AO CASO - EXTENSÃO DO DANO – CARÁTER PEDAGÓGICO/PUNITIVO – DANO MATERIAL DEVIDAMENTE FIXADO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM.

NEGA-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CÍVEL Nº 0169664-36.2014.8.19.0001** em que é **Apelante**: Infoglobo Comunicação e Participações SA e **Apelado**: Carlos Orlando Novais Abrunhosa.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos**,** nos termos do voto do relator.

Rio de Janeiro, de de 2017.

Desembargador **MARCELO LIMA BUHATEM**
Relator

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Apelação Cível nº. 0169664-36.2014.8.19.0001

RELATÓRIO

Trata-se de ação compensatória, afirmando o autor que teve seu direito autoral violado, uma vez que a parte ré reproduziu indevidamente fotografia de sua autoria, sendo esta uma das mais emblemáticas fotografias do futebol brasileiro, em que o Pelé comemora um gol feito dando um soco no ar, no jogo contra a antiga Thecoslováquia na Copa do Mundo ocorrida no México em 1970, quando o Brasil se sagrou tri campeão.

Contestação alegando, em síntese, a inépcia da petição inicial, diante da não comprovação da alegada divulgação da fotografia. Sustentou a ocorrência de prescrição de todas as veiculações anteriores a maio de 2011, uma vez que ultrapassado o prazo de três anos, fixado por lei para a pretensão de reparação civil. Afirmou que as matérias jornalísticas tinham cunho informativo, de cunho social, sem fim lucrativo. Asseverou a ausência de danos materiais e morais (doc 73).

Após o regular trâmite do feito, sobreveio **sentença** de **procedência**, condenando o réu ao pagamento a: (I) **se abster** de **reproduzir a referida fotografia**, sob pena de multa diária fixada no valor de R$ 100,00 (cem reais), até o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais); (II) pagar ao autor a quantia de R$ 72.800,00 (setenta e dois mil e oitocentos reais), pelos **danos morais**, com incidência de juros de 1% ao mês e de correção monetária, observando os índices oficiais do CGJ, a contar da publicação desta sentença; (III) e a indenizar o autor pelos **danos materiais**, com base no valor cobrado pela utilização do espaço no periódico a ser apurado em **liquidação de sentença**. Em razão da sucumbência da ré,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

condenou-a ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação (doc. 189).

Apelo da ré reiterando preliminarmente o agravo retido interposto contra decisão que indeferiu a produção da prova oral, sustentando ser esta de suma importância para sua defesa.

Reitera suas teses de inépcia da petição inicial e de ocorrência da prescrição do direito em discussão. No mérito, reafirma o conteúdo informativo da divulgação, sendo impossível verificar nas péssimas reproduções acostadas aos autos se o crédito da fotografia foi devidamente atribuído (**edições de 23/10/2010** e **16/06/2013** do Jornal Extra). Aduz que, por equívoco, deixou-se de atribuir o mesmo crédito à fotografia nas edições de 08/01/2013 do Jornal Extra e 23/10/2010 do Jornal O Globo, sendo que esta última está sujeita aos efeitos da prescrição. Sustenta a inexistência de dano material e moral. Eventualmente, defende que o valor da indenização deve ser reduzido, sob pena de caracterização de enriquecimento indevido (doc 206).

Contrarrazões prestigiando o julgado (doc 232).

Passo ao **V O T O.**

Assim, conheço dos recursos por tempestivos e por estarem presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Do agravo retido:

Ab initio, impende consignar que o apelante reiterou o pedido de apreciação do agravo retido, nos termos do art.523, do CPC, vigente a época da decisão.

Sustenta o recorrente que o juízo *a quo*, ao **indeferir** seu **pedido de prova testemunhal**, contrariou frontalmente os princípios da ampla defesa e do contraditório. Alega que a produção da prova é fundamental à elucidação da lide e tem o objetivo comprovar a tese de defesa, mormente o fato de que o apelado recebeu o valor correspondente à utilização de sua fotografia.

Requer seja apreciado e provido o agravo retido, anulando-se a sentença e remetendo-se os autos à vara de origem para a produção da referida prova oral.

A controvérsia aqui reside em ter o apelante efetuado pagamento ao apelado ao reproduzir fotografia de sua autoria, a título de **direitos autorais**, fato que alega demonstrar por meio de prova oral.

Contudo, não assiste razão ao recorrente, eis que o pagamento se prova com a apresentação de recibo, só se admitindo a prova testemunhal de forma subsidiária ou complementar da prova por escrito, nos termos do artigo 320, caput, e artigo 227, parágrafo único, ambos do Código Civil.

A **prova** requerida mostra-se **imprestável** ao fim que pretende o apelante, qual seja demonstrar o suposto pagamento, sem a

apresentação de qualquer documento que possa ser considerado início de prova escrita.

Assim sendo, a **prova oral**, na espécie, não se justifica, eis que **inútil**, além de acarretar retrocesso na marcha processual com a anulação da sentença. **Agravo retido, que se rejeita**.

Da inépcia da inicial.

Alega o recorrente a **inépcia da petição inicial**, diante da não comprovação da divulgação da fotografia na edição de 17.03.2009.

Sem razão, contudo. Compulsando os autos é possível verificar que a cópia da referida publicação foi anexada aos autos no documento eletrônico nº 145.

De se observar que o juízo *a quo*, ao sanear o feito, afastou tal alegação, consignando que a exordial se encontra nos moldes do art.282 e 283 do CPC (doc 151).

Da Prescrição.

Quanto a **prejudicial de mérito**, consoante a jurisprudência consolidada pelo STJ, o Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, de modo que em se tratando de pretensão de **cobrança** relativa a **ilícito extracontratual**, caso dos autos, o prazo prescricional incidente na violação de direitos do autor é de **3 (três) anos**, a teor do que disposto pelo art. 206, § 3º, V, do Código Civil, *verbis*:

Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em três anos:
(...)
V - **a pretensão de reparação civil**;

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. **DIREITOS AUTORAIS**. QUARTO DE HOTEL. APARELHOS TELEVISORES. TV POR ASSINATURA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.610/1998. CAPTAÇÃO E TRANSMISSÃO DE RADIODIFUSÃO. FATOS GERADORES DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRESCRIÇÃO. **PRAZO TRIENAL.**
1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD -, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram.
2. Para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura.
3. Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com o a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem.
4. Consoante a jurisprudência consolidada por ambas as Turmas julgadoras da Segunda Seção, em se tratando de pretensão de cobrança relativa a ilícito extracontratual, o prazo prescricional

incidente no caso de violação de direitos do autor é de 3 (três) anos, a teor do que disposto pelo art. 206, § 3º, do Código Civil.
5. Por ausência de previsão legal e ante a inexistência de relação contratual, é descabida a cobrança de multa moratória estabelecida unilateralmente em Regulamento de Arrecadação do ECAD. Precedentes.
6. Recurso especial provido.
(REsp 1589598/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017)

RECURSO ESPECIAL. **DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. ECAD**. PRETENSÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL. **PRESCRIÇÃO TRIENAL. ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL.**
1. A cobrança em juízo dos direitos decorrentes da **execução de obras musicais sem prévia e expressa autorização do autor** envolve pretensão de reparação civil, a atrair a aplicação do prazo de prescrição de 3 (três) anos de que trata o art. 206, § 3º, V, do Código Civil, observadas as regras de transição previstas no art.2.028 do mesmo diploma legal, não importando se proveniente de relações contratuais ou extracontratuais.
2. Recurso especial não provido.
(REsp 1474832/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 03/03/2017)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO AUTORAL. PRESCRIÇÃO. DIES A QUO. PRAZO. NOVO CÓDIGO CIVIL. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028. CONTAGEM.
1. O art. 189 do CC/02 consagrou o princípio da actio nata, fixando como dies a quo para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independentemente da efetiva ciência da vítima.
2. O art. 131 da Lei nº 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste.
3. Revogada a Lei nº 5.988/73 pela Lei nº 9.610/98 e como o art.111 da lei revogadora (que dispunha sobre prazo prescricional) foi vetado, a matéria atinente à prescrição das ações relacionadas a direitos autorais

> patrimoniais passou a ser regida pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos, visto que não houve previsão expressa de repristinação do art. 178, § 10, VII, do CC/16, conforme exige o art. 2º, § 3º, da LICC.
> 4. **O CC/02 não prevê um prazo prescricional específico para a violação de direitos do autor, de sorte que, com o seu advento, a matéria passou a ser regulada pelo art. 206, § 3º, V, que fixa um prazo prescricional de 03 anos para a pretensão de reparação civil, dispositivo de caráter amplo, em que se inclui a reparação de danos patrimoniais suportados pelo autor de obra intelectual.**
> 5. Se, pela regra de transição do art. 2.028 do CC/02, há de ser aplicado o novo prazo de prescrição, o marco inicial de contagem é o dia 11.01.2003, data de entrada em vigor do novo Código Civil, e não a data do fato gerador do direito. Precedentes.
> 6. Recurso especial provido.
> (REsp 1168336/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 16/09/2011)

In casu, o autor, ora apelado, pleiteia **danos morais** e materiais, em razão da divulgação **não autorizada** de fotografia de sua autoria, sem a inclusão de crédito nominativo e com alterações, nas edições de 17/03/2009, 23/10/2010, 08/01/2013 e 16/06/2013 do **Jornal Extra**, bem como na edição de 23/10/2010 do Jornal "**O Globo**" e na versão *on line* do referido jornal em 05/01/2014.

No tocante ao termo inicial da contagem da prescrição, tratando-se, como visto, de **pretensão de reparação civil**, em que se discute os danos patrimoniais suportados pelo autor, em razão de **reiterada utilização não autorizada de obra intelectual**, em publicações jornalísticas ocorridas entre o período de 2009 a 2014, tem-se configurados os chamados **"danos continuados"**, uma vez que a violação ao direito do autor se renova

e intensifica a cada publicação, resultando, daí, a atualidade da sua pretensão.

Esse também foi entendimento do STJ ao julgar a violação continuada do direito de imagem, restando consignado como termo inicial do prazo prescricional o último ato praticado, *verbis*:

> CIVIL. PRESCRIÇÃO. DIREITO DE IMAGEM. Violação continuada. Para fins prescricionais, **o termo 'a quo', envolvendo violação continuada ao direito de imagem, conta-se a partir do último ato praticado**. Ausência de elementos probatórios quanto à autorização anterior para a publicação da fotografia. Exploração de imagem sem contrato escrito, se limita ao prazo máximo de cinco anos. Art. 49, III da Lei 9610/98. Valor moral arbitrado em consonância com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. RECURSO IMPROVIDO. (REsp 1014624/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 20/03/2009)

In casu, o termo *'a quo'* para contagem do prazo prescricional trienal é a **data do último ato praticado**, que, como visto, foi 05/01/2014. Como a inicial foi distribuída em 21/05/2014, **não há o que se falar em prescrição**.

No mérito.

É fato incontroverso nos autos a reprodução pelo recorrente de fotografia de autoria do recorrido, já que o próprio afirma que as *"referidas matérias foram ilustradas com algumas fotografias, entre elas a fotografia do Rei Pelé e o seu "soco no ar" – sua marca registrada em*

comemorações de gols – que se tornou lendária na Copa do Mundo de 1970, quando o Brasil conquistou o Tricampeonato Mundial. ”

Restringem-se as alegações recursais, no entanto, à alegação de que as referidas **matérias** possuem **conteúdo informativo**, de cunho social, sem fim lucrativo, “levando aos leitores fatos e curiosidades da vida do Pelé, o mais importante atleta e jogador de futebol da história do Brasil”. Ressalva seu dever de informar, com a inclusão de fotografias e gráficos.

De acordo com as provas dos autos, a ré **divulgou**, por diversas vezes e **sem a devida autorização**, reportagem jornalística ilustrada com fotografia de autoria do apelado, sendo esta uma das fotos mais famosas da história do futebol, **reconhecida internacionalmente**, como bem observou o juízo *a quo*.

A Lei nº 9.610/98, em seu art. 7º, VII, elenca as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia como **obras intelectuais protegidas,** sendo certo que sua reprodução desacompanhada da devida autorizada configura a prática de **contrafação.**

É a fotografia, portanto, o trabalho realizado pelo profissional, que, por meio de sua personalidade, a técnica e estilo **desenvolve típica atividade de criação**, sendo certo que sua reprodução por terceiros deve indicar, de forma legível, o nome do seu autor.

Nesse sentido, o recente julgado Superior Tribunal de Justiça, no Resp. nº. 617.130/DF, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, D.J.U. 2.5.05, verbis:

> "DIREITO CIVIL. **DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. PUBLICAÇAO SEM AUTORIZAÇAO.** IMPOSSIBILIDADE. OBRA CRIADA NA COSNTANCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. DIREITO DE CESSAO EXCLUSIVO DO AUTOR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. N°. 30 DA LEI N°. 5.988/73 (clique aqui) E 28 DA LEI N°. 9.610/98. DANO MORAL. VIOLAÇAO DO DIREITO. PARCELA DEVIDA. DIREITOS AUTORAIS. INDENIZAÇAO.
> 1. **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 o autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc...**
> 2. A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. n°. 30 da Lei n°. 5.988/73, com a redação dada **ao art. n°. 28 da Lei n°. 9.610/98, impede a cessão não expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explicita por parte do criador da obra.**
> 3. O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do individuo – o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de **não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano.**
> 4**. Evidenciada a violação aos direitos autorais, devida é a indenização, que, no caso, é majorada.**
> 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."

Observa-se, ainda, que a proteção de tais direitos **independe de registro.**

Nesse trilho, a alegação de que a fotografia é veiculada de forma indiscriminada, por diversos veículos de comunicação, tendo sido reproduzida até mesmo em selos e utilizada pela Embratur em pôsteres, **não**

tem o condão de afastar a autoria do apelado, nem mesmo o dever de indenizar.

De mesma sorte a afirmação de que a fotografia se encontrava nos arquivos da extinta Bloch Editores, tendo sido adquirida por um desconhecido investidor em maio de 2010, quando da realização de leilão de bens da massa falida da antiga Manchete, **não impede a pretensão autoral.**

Desse modo, cabe ao autor o **direito exclusivo** de utilizar, fruir e dispor da **obra literária, artística ou científica**, sendo certo que sua utilização depende de **autorização prévia e expressa do autor**, o que, *in casu*, não **restou devidamente comprovada**, ônus que lhe competia, nos termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil.

Assim, comprovada a **violação de direito autoral** pelo apelante - que publicou matéria ilustrada com fotografia de autoria do apelado, sem estar autorizado e sem o devido crédito, omitindo o nome do fotógrafo - deve indenizar pelos danos moral e material causados.

Nesse sentido, julgados desta Corte de Justiça:

> 0396019-70.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). CELSO LUIZ DE MATOS PERES - Julgamento: 10/06/2015 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL - **USO NÃO AUTORIZADO DE FOTOGRAFIA – CONTRAFAÇÃO - DIREITO AUTORAL -** OPONIBILIDADE ERGA OMNES - **DANOS MORAIS E MATERIAIS -** Apelação cível. **Controvérsia envolvendo a utilização não consentida de fotografia confeccionada pelo autor, em obra jornalística.** Desnecessidade da produção de prova pericial. Obras fotográficas que são criações intelectuais merecedoras de proteção como direito

autoral, independente de registro, à luz do que dispõem os artigos 7º e 18 da Lei n.º 9.610/98. Contrafação evidente. Existência da mesma fotografia, disponibilizada de forma indiscriminada na rede mundial de computadores, que não tem o condão de afastar a autoria. Possível autorização do titular do direito de imagem para a utilização das fotografias que, ademais, jamais poderia interferir sobre os direitos do autor da obra. Diversidade dos institutos. Precedente do STJ. Danos materiais que, à luz das regras da proporcionalidade e da razoabilidade, são fixados em R$1.000,00 (mil reais), considerando tratar-se de única foto. Direitos morais inerentes à criação intelectual, verdadeiros vínculos perenes que unem o criador à sua obra, dizendo respeito tanto à personalidade do autor como à intangibilidade da própria obra. Oponibilidade erga omnes. Manifestações do direito ao inédito e de paternidade, que tornam peculiar a apreciação do dano moral. Condenação que se arbitra em R$ 10.000,00 (dez mil reais), montante que melhor compensa o interesse ferido, considerado o investimento criativo do autor, além de observar o critério da proporcionalidade. Sentença de improcedência dos pedidos que merece reforma. Apelo provido.

0372158-60.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO JUNIOR - Julgamento: 21/03/2017 - NONA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória**. Direitos autorais**. Sabe-se que a Lei nº 9.610/98 confere aos autores de obras intelectuais o direito moral e inalienável de "ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra" (artigo 24, II). Na forma do artigo 31 da mesma lei, "as diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais", o que significa dizer que a autorização dada pelo titular do direito autoral para uso de sua obra deve ser interpretada restritivamente. Mesmo no caso de fotografias produzidas sob encomenda, apenas os direitos patrimoniais correlatos à obra podem ser objeto de cessão. De outro giro, o artigo 46, I, c, da Lei

9.610 dispõe não constituir "ofensa aos direitos autorais a reprodução de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros". Esta regra não abrange como já exposto, o direito moral inerente à obra, mas retira da reprodução de obras por encomenda, pelo cessionário, em veículo diverso do contratado, seu caráter ilícito, ao menos no que pertine ao aspecto patrimonial da cessão. Nesse diapasão, relevante mencionar que a violação a direito autoral, quando se restringe à omissão do crédito do autor, não dá azo à suspensão da veiculação da obra, e sim apenas à obrigação de divulgar a autoria, sem prejuízo da indenização por danos morais (artigo 108 da Lei 9.610). Alega a autora que o réu publicou suas fotos em seu sítio eletrônico sem a devida autorização, obtendo ciência do fato ao ser contatada através de extinta rede social - Orkut - por um estudante que queria reproduzir as fotos em sua monografia de curso de graduação. Entretanto, o que se verifica do acervo probatório juntado nos autos é a contratação de obra por encomenda, conforme ajuste entre a autora e o preposto da ré, indicado por mensagem eletrônica para esse fim, sem constar qualquer ressalva, seguida da veiculação do que se supõe serem as mesmas fotos, sem a respectiva marca d'água em algumas delas, no sítio eletrônico do demandado. Não há aqui, a priori, qualquer ilegalidade nisso, até porque, de acordo com as imagens fotográficas registradas, adunadas, dentre todas as demais, foi feita, no dito espaço de mídia, a adequada divulgação do crédito do material produzido à autora, tanto assim que foi reconhecida por terceiros. Logo, a lei de regência não confere ao autor de obra utilizada de forma não fraudulenta, sem configurar contrafação, o direito de suspender sua veiculação, tampouco a possibilidade de compensação por danos morais, se ausente conduta indevida na utilização dos meios de reprodução, como no caso ora discutido. Ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito, nos termos do artigo 373, I do CPC/2015. Recurso desprovido.

Evidentemente, o desvio deve acarretar alguma consequência negativa ao transgressor, sob pena de serem tidas por inócuas as disposições da lei.

Não é razoável que aquele que utiliza obra intelectual sem autorização do titular possa simplesmente pagar a retribuição autoral, exatamente com o mesmo valor daquele que cuidou de agir conforme o padrão legal.

Desta forma, o **ressarcimento** devido ao autor haverá sempre de superar o que seria normalmente cobrado pela publicação consentida. A ser de modo diverso, sua aquiescência seria, na prática, dispensável. Cumpre, ao contrário, **desestimular** o comportamento reprovável de quem se apropria indevidamente da **obra alheia**.

Como sabido, os meios de comunicação têm o direito e mesmo o dever social de manter a sociedade informada e atualizada sobre os fatos que ocorrem no país e no mundo, não sendo lícito, porém, a ilustração de matérias jornalísticas com fotografia sem a devida indicação e autorização do autor.

Neste diapasão, como bem destacou o juízo *a quo*, **o dano moral é presumido**, não sendo necessária a prova do prejuízo, mas sim a simples violação do direito autoral.

Quanto ao valor arbitrado, levando-se em conta o caráter pedagógico-punitivo, na linha de precedentes jurisprudenciais, é de se arbitrar o valor da compensação de forma prudente, isto é, afastando o enriquecimento sem causa, mas, sem olvidar da fixação de valor que

cumpra a finalidade de ordem psíquica, a transparecer que o dano moral foi devidamente compensado.

In casu, considerando as peculiaridades do caso concreto – a importância do atleta fotografado, reconhecido internacionalmente como Rei do Futebol, assim como da fotografia, que **imortalizou** a **comemoração** do **Pelé** a cada **gol** feito, tratando-se, ainda, de publicações em **jornais** de **grande circulação**, cujas reproduções foram reiteradas ao longo de **cinco anos** (17/03/2009, 23/10/2010, 08/01/2013 e 16/06/2013 do **Jornal Extra**, edição de 23/10/2010 do Jornal "**O Globo**" e versão *on line* em 05/01/2014) - tem-se que a fixação de 100 salários mínimos (R$ 72.800,00) a título de compensação por **danos morais**, obedeceu aos critérios acima estabelecidos.

Quanto aos **danos materiais**, a sentença recorrida condenou o réu a indenizar o autor, com base no valor cobrado pela utilização do espaço no periódico, a ser apurado em liquidação de sentença.

Como visto, uma vez comprovado que determinada **obra artística foi utilizada sem autorização de seu autor e sem indicação de sua autoria**, nasce o direito de recomposição dos danos materiais sofridos, sendo estes, uma consequência lógica dos atos praticados pelo réu, que não comprovou a devida remuneração pela utilização da fotografia.

No caso em análise, a falta de pagamento para a utilização da obra protegida é decorrência lógica da comprovação do ato ilícito, fato **incontroverso** nos autos. Quanto a isso, o prejuízo pela utilização e reprodução indevida, sem autorização e sem indicação do

recorrente, continua presente na medida em que subtraiu dele o uso do seu patrimônio imaterial, protegido por lei, com total proveito.

No que se refere à **forma de ressarcimento**, entendo não ser o caso de utilizar os critérios de indenização previstos no art. 102 da Lei dos Direitos Autoral, sendo de todo razoável adotar como critério de indenização o **valor de mercado** normalmente empregado para utilização do espaço no periódico, a ser apurado em liquidação de sentença.

Nesse sentido o seguinte julgado do STJ, *verbis*:

> Informativo nº 0465
> Período: 28 de fevereiro a 4 de março de 2011.
>
> QUARTA TURMA - INDENIZAÇÃO. DIREITOS AUTORAIS. - Trata-se de REsp oriundo de ação indenizatória ajuizada pelo recorrente em desfavor dos recorridos sob o fundamento de que estes produziram e divulgaram, em rede nacional, com fins de propaganda política, vídeo que continha parte de imagens de documentários de autoria do recorrente sem sua autorização. Assim, a controvérsia reside em saber se, uma vez verificado o ato de contrafação, é necessária a comprovação das perdas materiais para que seja estabelecida a indenização, que, segundo o recorrente, nos termos do art. 122 e seguintes da Lei n. 5.988/1973 (antiga Lei dos Direitos Autorais - LDA), equivale ao preço da edição da obra de reprodução não autorizada. **No julgamento do especial, entendeu-se que, uma vez comprovado que determinada obra artística foi utilizada sem autorização de seu autor e sem indicação de sua autoria, nasce o direito de recomposição dos danos materiais sofridos.** Observou-se que os danos devem ser provados, salvo se decorrentes de consequência lógica dos atos praticados, ou que impliquem prova negativa impossível de ser apresentada em juízo. Contudo, no caso em questão, **a falta de pagamento para a utilização da obra protegida é decorrência lógica da comprovação do**

> **ato ilícito, fato incontroverso nos autos.** Quanto a isso, consignou-se que, embora a produção veiculada pelo partido político constituísse propaganda institucional, **o prejuízo pela utilização e reprodução indevida, sem autorização e sem indicação do recorrente, continua presente na medida em que subtraiu dele o uso do seu patrimônio imaterial, protegido por lei, com total proveito.** No que se refere à forma de ressarcimento, registrou-se não ser o caso de utilizar os critérios de indenização previstos no art. 122 da LDA, tendo em vista que não seria razoável e, tampouco, proporcional admitir que, na hipótese, a indenização de parte seja feita pelo valor do todo, o que implicaria enriquecimento ilícito do autor da obra cinematográfica. **Dessarte, asseverou-se razoável, na espécie, adotar como critério de indenização o valor de mercado normalmente empregado para utilização de cenas de obras cinematográficas desse jaez, a ser apurado por arbitramento em liquidação de sentença, recompondo-se, devidamente, as perdas havidas e comprovadas.** Diante dessas razões, a Turma conheceu parcialmente do recurso e, na parte conhecida, deu-lhe parcial provimento. Precedentes citados do STF: RE 102.963-RJ, DJ 21/11/1986; do STJ: REsp 735.019-PB, DJe 26/10/2009. REsp 889.300-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 1º/3/2011.

Por fim, cumpre destacar que a sentença foi publicada após 18/03/2016 e que o recurso de apelação foi analisado à luz do Novo CPC.

Assim sendo, aplicável ao caso a **sucumbência recursal**, novo instituto introduzido pelo novo CPC em seu artigo 85, §11, segundo o qual “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao

advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento."

Por oportuno, cita-se o Enunciado Administrativo no. 07 do STJ:

> "Somente nos recursos interpostos contra a decisão publicada a partir de 18/03/2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, §11 do novo CPC"

Para tanto, deve-se levar em consideração não só "o trabalho adicional realizado em grau recursal", mas, também, o percentual mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (artigo 85, §2º, CPC/2015), considerando, ainda, o **cômputo geral dos honorários**.

Assim, levando-se em consideração o trabalho adicional realizado pelo patrono da parte recorrida, majora-se os **honorários sucumbenciais -** fixados na sentença no percentual de 10% (cinco por cento) sobre o valor da condenação - em 3% sobre o valor da condenação, com fundamento no artigo 85, §§ 2º e 11º do Código de Processo Civil vigente.

Ex positis, **VOTO** no sentido de conhecer e **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos majorando os honorários advocatícios de sucumbência em 3% sobre o valor da condenação, com fulcro no art. 85, § 11, do CPC.

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara Cível

Apelação Cível nº. 0169664-36.2014.8.19.0001

Rio de Janeiro, de de 2017.

Desembargador **MARCELO LIMA BUHATEM**
Relator

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ