

Relator: Des. Stanley Braga

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DE IMAGEM DE CRIANÇA EM ANÚNCIO PUBLICITÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DA GENITORA. DANO MORAL CARACTERIZADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 403 DO STJ. VALOR QUE JÁ CONTEMPLE OS JUROS DE MORA RELATIVO À SÚMULA 54 DO STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA NOS TERMOS DA SÚMULA 362 DO STJ. SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS INVERTIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível _____, da comarca de Joinville (7ª Vara Cível), em que é apelante G. M. C., representado por sua mãe, N. H. M., e apelados D. M. M. L. e O. M. L.:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 4 de fevereiro de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Joel Figueira Júnior. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2016.

Stanley Braga

RELATOR RELATÓRIO

Nos termos da decisão de Primeiro Grau (fls. 306-311):

"G. M. C., representado por sua mãe N. H. M., ajuizou ação de conhecimento, submetida ao procedimento ordinário, contra O. M. L. e D. M. M. – AGÊNCIA DE MODELOS, todos devidamente qualificados e representados no feito. Em síntese, postulou a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais, em razão do uso não autorizado de sua imagem em material publicitário da 72.ª Festa das Flores. Juntou documentos. Regularmente citada, a O. M. L. apresentou resposta sob a forma de contestação. Suscitou a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, contrapôs-se ao pedido indenizatório formulado na petição inicial. A ré D. M. M. – AGÊNCIA DE MODELOS, embora citada, não apresentou resposta no prazo que lhe foi reservado.

Houve réplica.

Em despacho saneador, indeferiu-se o pedido de alteração da composição do polo passivo da lide, afastou-se a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela O. e deferiu-se a produção de prova oral (fls. 139-140).

Na audiência de instrução e julgamento (fls. 238-239), foi tomado o depoimento pessoal da representante legal do autor, e ouvidas duas testemunhas arroladas pelas réis, com dispensa das demais.

Outra testemunha foi ouvida por carta precatória (fl. 218). As partes ofereceram as derradeiras legações por memoriais (fls. 253-286).

O Ministério Público exarou parecer favorável ao pleito formulado na petição Inicial (fls. 293-304)".

Restando o litígio assim decidido na Instância a quo:

"Ante o exposto, julgo improcedente o pedido formulado na petição inicial. Condeno o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 2.000,00, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC, observada a suspensão de que trata o art. 12 da Lei 1.060/50, em razão da Justiça Gratuita que lhe foi deferida (fl. 67)".

Foi interposto Recurso de Apelação Cível (fls. 316-321) por G. M. C. que no mérito argumentou acerca da utilização da sua imagem sem autorização em anúncio publicitário e concluiu requerendo a reforma da sentença para julgar totalmente procedente o pedido de indenização por danos morais.

As contrarrazões foram oferecidas às fls. 327-332 e 334-345.

Dispensado do recolhimento do preparo, tendo em vista que o apelante é beneficiário da gratuidade de justiça (fl. 62), ascenderam os autos a esta Instância. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin, que opinou no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso (fls. 352-355).

Gabinete Des. Stanley BragaEste é o relatório.

Gabinete Des. Stanley Braga VOTO

Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais o recurso é conhecido.

Do julgamento:

Preliminares:

Não foram suscitadas preliminares.

Mérito:

Insurgiu-se o apelante contra sentença que julgou improcedente seu pedido de indenização por danos morais em razão da utilização de sua imagem em anúncio publicitário sem autorização por D. M. M. L. e O. M. L.

Consta nos autos que o apelante foi agenciado para sessão de fotografias que ficariam expostas em site da ré D. M. M. L. para que interessados em sua imagem pudessem contratá-lo. Posteriormente a primeira sessão o apelante foi novamente requisitado a fazer teste fotográfico, sem que lhe houvesse informado a finalidade das fotografias, apenas que se fossem utilizadas, a sua genitora seria chamada para assinar o contrato de utilização de imagem.

Relata que as apeladas veicularam indevidamente a sua imagem em material de divulgação do evento 72ª Festa das Flores de Joinville, haja vista que não houve autorização para tanto, sequer para a edição da imagem que colocou "asas de borboleta" no autor, o que lhe trouxe grandes prejuízos de ordem moral.

Infere-se dos documentos acostados às fls. 24-36, que a ré O. M. L utilizou a foto do recorrente em todo o material publicitário para divulgar a 72ª Festa das Flores, imagem esta concedida pela ré D. M. M. L., que não tinha autorização para cessão dos direitos de imagem do autor.

Embora a imagem utilizada tenha sido produzida pela D. M. M. L., que não detinha autorização para divulgá-la, entende-se que a responsabilidade pelo uso indevido é

solidária entre esta e a agência publicitária, que não se certificou da autorização e reproduziu indevidamente a fotografia do autor para promover os trabalhos por ela realizados.

No entanto, o cerne da controvérsia está na existência ou não de autorização para o uso da imagem do autor. No caso em apreço as rés não lograram êxito em comprovar que possuíam autorização para reprodução da imagem do apelante no encarte publicitário, aliás, colecionam aos autos contrato produzido unilateralmente que não contém a assinatura de nenhuma das partes (fls. 271-272).

A proteção à imagem é direito constitucionalmente assegurado no inciso X, do art. 5º:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

E ainda no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 17:

O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da Gabinete Des. Stanley Braga identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Ademais, a utilização da imagem do autor só poderia ter sido efetivada mediante autorização expressa de sua genitora, o que não ocorreu no presente caso, impondo-se assim o reconhecimento do direito do requerente em ser ressarcido pelo abalo experimentado, conforme preconiza o artigo 20 do Código Civil:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Ainda, dispõe a Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça, que sendo a publicação da imagem para fins comerciais e inexistente a autorização, á o dever de indenizar, in verbis:

"Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagens de pessoa com fins econômicos ou comerciais".

Nos ensinamentos de Antonio Jeová Santos:

O direito à imagem possui dupla face, encerra a si mesmo uma concepção de natureza positiva e outra, marcadamente negativa. No primeiro, é absoluto e ilimitado o direito de reproduzir e publicar a própria imagem. O caráter negativo é vislumbrado na possibilidade que qualquer pessoa tem de não autorizar, de ver excluída a reprodução e publicação da imagem. Em se tratando de imagens colhidas em eventos públicos, essa regra sofre temperamentos. A imagem modificada por computador ou qualquer outro meio que a deforme, e que, por uma ou outra razão, enxovalha a pessoa, também incide nesse âmbito negativo que caracteriza o direito à imagem.

A possibilidade de exclusão não se verifica apenas contra quem conseguiu reproduzir a imagem. É uma exclusão que se verifica erga omnes. Esses dois aspectos foram ressaltados por Estrada Alonso (Derecho à imagem, p. 347), como "a facultade que o ordenamento jurídico concede a pessoa para decidir quando, por quem e de que forma podem ser captados, reproduzidos ou publicados os traços fisionômicos reconhecíveis".

Tem o interessado o pleno direito de difundir sua imagem. A contra-face é o seu direito em evitar a reprodução, salvo aqueles casos especiais a que se fará menção mais a diante.

O resarcimento, que trata de violação à imagem, possui conteúdo moral e patrimonial, dependendo do direito material vilipendiado ou da sanção aplicada a quem ofendeu direito da personalidade, causando dano moral. (Dano moral indenizável. 5^a ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 386-387).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a publicação não autorizada de imagem com fins econômicos gera o dever de indenizar:

AGRADO EM RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Uso indevido de imagem - Caracterização - Alegação de autorização tácita dos autores - Inadmissibilidade - Necessidade de demonstrar de maneira cabal a anuência - A publicação da imagem da pessoa com fins econômicos ou comerciais Gabinete Des. Stanley Braga e a ausência de autorização nesse sentido são suficientes para a caracterização do dever de indenizar - Ademais, cabe a quem exerce a atividade comercial lucrativa com a exploração da imagem alheia o dever legal de prever-se quanto aos riscos de violar os direitos de terceiros - Danos morais configurados - Incidência da Súmula 403, do STJ [...] (AREsp 567837/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 31-3-15)

No mesmo sentido, é o entendimento desta Corte:

DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - USO NÃO AUTORIZADO DE IMAGEM - UTILIZAÇÃO DE FOTOGRAFIA PARA FINS PUBLICITÁRIOS - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INCONFORMISMO DA EMPRESA RÉ - 1) CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS - DESNECESSIDADE - 2) INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - DIREITO PERSONALÍSSIMO - DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIA SEM CONSENTIMENTO DO AUTOR - LOCUPLETAMENTO INDEVIDO - ILÍCITO CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - IMPROVIMENTO - 3) MINORAÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO - INACOLHIMENTO - FIXAÇÃO COM BASE NO BINÔMIO PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

Inocorre cerceamento de defesa em julgamento antecipado da lide se a prova testemunhal requerida pela ré é inútil para comprovar sua alegação, exigindo prova documental não apresentada. Comete ilícito passível de indenização estabelecimento comercial que utiliza fotografia de criança, sem consentimento dos representantes legais desta, para fins publicitários, caracterizando locupletamento indevido às custas de outrem. Em se tratando de direito à imagem, a obrigação reparatória decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência do prejuízo ou dano. Mantém-se o quantum reparatório quando atendido o binômio razoabilidade e proporcionalidade, através de valor que, concomitantemente, não gere desvalia ao patrimônio moral do ofendido e que o ofensor seja sancionado pedagogicamente. (Apelação Cível n. 2010.039729-6, de Videira, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 29-11-2012).

Grifo nosso.

E ainda, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. USO INDEVIDO DA IMAGEM. VEICULAÇÃO DA IMAGEM DO AUTOR EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA SEM AUTORIZAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM. I - A publicação da imagem do autor sem autorização em campanha publicitária de produtos veterinários produzidos pela requerida configura o dever de indenizar, nos termos do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal. II - Manutenção do montante indenizatório considerando o equívoco das rés, o aborrecimento e o transtorno sofridos pelo demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. III - A verba honorária deve ser fixada de modo que não avilte a profissão de advogado. Logo, considerando-se as características da demanda, é de ser mantido o percentual de 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC). APELAÇÕES CÍVEIS DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70048405583, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 19/07/2012)

Portanto, constatada a inexistência de consentimento expresso para a veiculação da fotografia do autor, bem como que a publicação destinava-se ao auferimento de lucro, é nítido o uso indevido e a ofensa à imagem do recorrente, de Gabinete Des. Stanley Bragamodo que inegável o dever de indenizar os prejuízos causados à título de dano moral.

No que tange ao quantum indenizatório, a fixação de dano moral decorre do prudente arbítrio do julgador, o qual deve se ater aos princípios da adequação, razoabilidade e proporcionalidade ao caso concreto.

Antonio Jeová Santos conceitua dano moral:

A vulneração a direitos fundamentais, a prática de atos que afetam a dignidade humana e que são desaguadouro de perturbação anímica, mortificação espiritual e que causem alteração no bem-estar psicofísico, cometido por autoridade ou por particular, causam dano moral. A reparação é indefectível. O homem não pode ficar à mercê de outrem que não se cansa de malferir a dignidade e a igualdade jurídica que devem permear as relações sociais. Como verdadeiros salteadores de honra alheia, da intimidade, assacam contra todos e continuam impunes em sua messe criminosa e socialmente reprovável. Como a jurisdição é inerte, a consciência de que

pedidos de indenização por dano moral, além da satisfação que a procedência desses pedidos sempre acarreta, contém um outro substrato: a forte atividade pedagógica. Quem foi condenado a desembolsar certa quantia em dinheiro pela prática de um ato que abalou o bem-estar psicofísico de alguém, por certo não será recalcitrante na mesma prática, com receio de que sofra no bolsa a consequência do ato que atingiu um seu semelhante. Sim, porque a indenização além daquele caráter compensatório deve ter algo de punitivo, enquanto sirva para dissuadir a todos de prosseguir na faina de cometimento de infrações que atinjam em cheio, e em bloco, os direitos personalíssimos (Dano moral indenizável. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 13-14).

Como é cediço o valor indenizatório dever ser arbitrado sempre de modo a não provocar enriquecimento sem causa para aquele que o recebe, bem como ser suficiente para o ofensor não venha a reiterar a prática danosa.

Regina Beatriz Tavares da Silva explicita os critérios a serem observados no arbitramento da indenização:

Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido como ilícito.
[...]

Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a "inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade", traduzindo-se em "montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo" (Novo Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 841-842).

Como visto, nessa difícil empreitada, procura-se arbitrar certa quantia que proporcione ao autor uma compensação material que minimize a dor sofrida, até porque a dor, a rigor, não tem preço exato, e deve sem dúvida ser substituída pela reparação pecuniária.

Dessa forma, com amparo nos princípios da adequação, proporcionalidade e da razoabilidade, considerando-se respectivamente a condição econômica das partes, assim como o grau de reprovabilidade do ato impetrado pelas Gabinete Des. Stanley Bragarés, fixa-se a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), já inclusos os juros de mora relativo à súmula 54 do STJ, correção monetária nos termos da súmula 362 do STJ, com o fim de fazer cumprir seu papel pedagógico e indenizatório.

Modificada a sentença nos termos supracitados, tem-se a procedência integral dos pedidos iniciais, razão pela qual os ônus sucumbenciais recaem sobre o réu na sua totalidade. Os honorários advocatícios arbitrados na decisão singular ficam invertidos.

Ante o exposto, nos termos do parecer de fls. 352-355, conhece-se do recurso e dá-se provimento para condenar solidariamente os réus ao pagamento de indenização ao autor, invertendo-se os ônus sucumbenciais delimitados na sentença.

Este é o voto.