



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2018.0000131138**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1034084-79.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FREDERICO GEORGES DE BARROS DAY, é apelado EDIÇÕES GLOBO CONDE NAST S/A.

**ACORDAM**, em 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. Sustentou oralmente a Doutora Tabata Aline Caires", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), MAIA DA CUNHA E NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2018.

**ENIO ZULIANI**  
**RELATOR**  
**Assinatura Eletrônica**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**VOTO Nº: 44007**

**APELAÇÃO Nº 103408479.2015.8.26.0100**

**COMARCA: SÃO PAULO**

**APELANTE: FREDERICO GEORGES DE BARROS DAY**

**APELADA: EDIÇÕES GLOBO CONDE NAST S/A**

**JUIZ PROLATOR: PEDRO CORRÊA LIAO**

**DIREITOS AUTORAIS. GRAFITE.** Caso em que se discute a lesão pelo aproveitamento, como imagem de fundo grafitada em local público, de ensaio fotográfico (moda). Sentido de acessoriedade que retira a ilicitude do emprego da obra para finalidade específica. Rejeição do dano moral que se preserva.

**DIREITO MORAL DO AUTOR.** A atribuição da paternidade da obra artística a outrem é modalidade de dano moral in re ipsa. A ausência de citação do nome do autor pode ser relevada em determinadas circunstâncias, sendo, contudo, inadmissível que se atribua a outrem a produção própria. Testemunhar o seu trabalho como obra de terceiro perturba o íntimo do artista (inclusive MICHELANGELO passou pela experiência), o que permite qualificar o episódio como sentimento ruim e indutor da lesão compensatória.

**HONORÁRIOS.** Reforma parcial. Sucumbência recíproca. Apesar de correta a incidência do art. 21, deve ser fixada a verba honorária em 10% do valor da condenação, para cada qual, devido ao trabalho desenvolvido de acordo com as circunstâncias previstas no artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil.

- Provimento em parte.

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por FREDERICO GEORGES DE BARROS DAY contra a sentença de fls. 322/330 que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer cc danos materiais e morais contra EDIÇÕES GLOBO CONDE NAST S/A por entender que no ensaio fotográfico o qual apareceu de fundo o grafite do requerente, com citação errônea de seu nome, não viola direitos



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

autorais, vez que a proteção legal conferida está condicionada à possibilidade de identificação de sua autoria, situação incorrente na espécie. Alega que as obras do Beco do Grafite foram indevidamente utilizadas pela apelada em sua revista, servindo de fundo para fotos de modelos com roupas e acessórios, havendo uma espécie de sincronismos vestidos com os murais, demonstrando um suposto intuito lucrativo; que a sua assinatura não soube ser lida pela apelada e que conta com a proteção da Lei de Direitos Autorais, não se aplicando ao caso o art. 45, I da Lei 9.610/98; que a pesquisa realizada para a obtenção da escoreita autoria teria sido pífia; que a fonte que afirmou ser de terceiros a obra em questão, por erro de digitação, trocou os nomes dos artistas e respectivas obras, mas que caberia à apelada conferir; juntou acórdão e sentença de caso análogo. Contrarrazões (fls. 400/409).

É o relatório.

O direito de uso, fruição e disposição das obras intelectuais, dentre elas o grafite, é assegurado de modo exclusivo ao autor, nos termos do art. 28 da Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610/98), que decorre do art. 5º, XXVII, da CF. A Lei atribui ao autor soberania para decidir o destino de sua obra, cabendo a ele autorizar ou não a utilização por terceiros ou a determinação de condicionantes para o uso, como, por exemplo, a estipulação de determinada contraprestação pela utilização.

Existe uma polêmica sobre fotografar obra de arte e há quem sustente ser livre, a não ser que se façam fotografias para criação de um álbum de cunho comercial, como reunião de peças de um pintor ou escultor reunidos em um livro; quando não houver essa exploração direta, o desenho e a fotografia não são considerados “reproduções” (JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito de autor e direitos conexos, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 491, item 339-III).

Esse Desembargador Relator julgou caso análogo (apelação



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

n. 1001669-19.2015.8.26.0011) entendendo que não havia dano em ensaio fotográfico que não citou o nome de artista que pintou a imagem de fundo, senão vejamos:

**Direito do autor. Grafite. Caso em que se discute a lesão pelo aproveitamento, como imagem de fundo, da obra 'PANDA', grafitada em local público, do ensaio fotográfico (moda) denominado "Mochileira". Sentido de acessoriedade que retira a ilicitude do emprego da obra para finalidade específica. Danos materiais e danos morais inexistentes. Não provimento.**

Ocorre que na hipótese dos autos, há um dado diferente do julgado acima, e portanto, o deslinde não pode ser o mesmo. A Revista VOGUE utilizou a imagem de fundo pintada pelo autor, localizada no "Beco do Batman", conforme fotografia de fl. 99 e citou como autores do grafite Mea e Deddo Verde, quando o correto seria NdRua:



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO



De fato, não há se falar em **dano material**. O grafite do autor embelezou a fotografia, não há dúvida e o produto final não foi criado para o varejo, mas, sim, com propósito de divulgação artística. Não é a essência do ensaio fotográfico e há uma variação estética na colocação das modelos e isso deixa o grafite como cenário de fundo. Pode ser afirmado que qualquer outra ilustração naquela paisagem faria o mesmo sentido e isso é decisivo, ou seja, a



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**acessoriedade** em relação aos objetos alí descritos como alvo das revelações.

A respeito do assunto, citamos o seguinte trecho e recente decisão da lavra do eminente Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, no RESp 1.343.961/RJ, DJe 06.10.2015:

*“De fato, o dispositivo legal, ao estabelecer aquela hipótese de limitação, apresenta critérios, cuja satisfação deve ser observada, para que, então, se conclua pela não violação do direito autoral, ainda que tenha ocorrido a reprodução da obra sem consentimento de seu titular. O primeiro dos critérios é o que diz respeito ao tamanho da reprodução da obra que se permite reproduzir sem autorização. Assim é que somente pequenos trechos de obras existentes poderão ser reproduzidos legalmente. A locução pequenos trechos, como não poderia ser diferente, pareceu aos operadores da norma um tanto quanto subjetiva, a ponto de retirá-la qualquer utilidade prática. Por esse motivo, logo a doutrina cuidou de dar objetividade à expressão, revelando seu real significado: pequenos trechos são aqueles que possuem caráter acessório em relação ao todo que é exposto. Aqui, menos importa, na verdade, o tamanho, a quantidade do que se reproduz, e mais a qualidade do que se expõe.”*

Um outro artigo da Lei 9610/98, poderá ser mencionado (art. 48), porque permite a “representação” (a legislação anterior permitia “reprodução”) de obras situadas permanentemente em logradouros públicos. EDUARDO VIEIRA MANSO dizia que “a obra de arte que estiver nesses locais pode ser livremente reproduzida, pois é presumível que seu autor, ao entregá-la ao povo, abandonou seus direitos patrimoniais sobre ela” (*Direito autoral*, José Bushatsky editor, SP, 1980, p. 300, item 177). O grafite está situado no local público conhecido como “Beco do Batman” (Rua Gonçalo Afonso e Rua Medeiros de Albuquerque, Vila Madalena), palco de inúmeras manifestações artísticas, conforme descrito pelo site oficial de turismo da Cidade de São Paulo

(<http://www.cidadedesapaulo.com/sp/br/o-que-visitar/atrativos/pontos-turisticos/3924-beco-do-batman>, acessado em 10.3.2015, 12h47):

*“Sua história começou na década de 1980, quando foi encontrado nas paredes do bairro um desenho do homem-morcego dos quadrinhos. O acontecimento atraiu estudantes de artes plásticas, que começaram a fazer desenhos de influência cubista e psicodélica*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*nas paredes do Beco, formando a galeria de paredes totalmente cobertas.*

*Atualmente, os desenhos são renovados constantemente por grafiteiros e a comunidade ajuda a conservar as paredes que são disputadíssimas pelos artistas. O Beco tornou-se um ponto turístico obrigatório para os amantes das artes urbanas. A cada visita, uma nova pintura é encontrada no local, o que faz que o visitante retorne mais de uma vez para apreciar as obras.”*

O ilustre JOSÉ CARLOS COSTA NETTO atuou como Advogado antes de ser empossado Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, emitindo pareceres que foram publicados pela Editora Gen-Forense (*Estudos e Pareceres de Direito Autoral*, 2015), sendo que no céebre caso da Estátua do Cristo Redentor, escreveu (pg. 71):

*“É nítido que a legislação brasileira vigente, ao alterar a expressão anterior “reprodução” para “representação”, visou suprimir, das utilizações permitidas para obras intelectuais situadas permanentemente em logradouro público, a modalidade (“reprodução”) anteriormente liberada. Assim, apenas a representação da obra – pelos meios indicados – estaria retirada da órbita dos direitos autorais a serem regularmente exercidos pelo autor; em outras palavras, a ninguém estaria vedado representar em uma pintura ou em um desenho a obra de escultura protegida e a ninguém estaria vedada a sua representação, também por meio fotográfico ou audiovisual”.*

A distinção de “reprodução” e “representação” embora possa parecer simples, possui particularidades que justificam algumas palavras. Reproduzir é distribuir cópias em larga escala e fica mais grave quando se faz com o intuito de lucro. Para reproduzir não há como dispensar autorização do autor. Representar, contudo, significa utilizar em perspectiva ou desenhar, fotografar para deleite ou para **finalidade ilustrativa** e deverá ser entendido que ilustrar uma campanha publicitária explorando a obra situada em local público, como um calendário<sup>1</sup> ou qualquer outro peça informativa sem superposição de fotos ou arranjos, constitui uso indevido, caso se for realizada sem licença do autor. Aqui, como se disse, a reportagem de cunho informativo, embora possa ter conteúdo publicitário ou artístico, não procurou sugar a essencialidade da obra ou extrair da

<sup>1</sup> Consta do livro de HERMANO DUVAL (*Violação dos direitos autorais*, Borsoi, 2ª tiragem, 1985, p. 210), que o mural de Portinari “Descobrimento do Brasil”, na sede do Banco Português do Brasil, no Rio, foi transformado em capa de cartão de Boas Festas e Feliz Ano Novo, do próprio Banco, sem licença do pintor.





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

parte retratada um trecho coincidente da mensagem. Na verdade e com todo o respeito que se tributa ao titular do direito invocado, o que se buscou, naquela fotografia, foi diferenciar a linguagem ilustrativa pelo colorido do grafite, como se fosse um arranjo que serviu de contraste e isso permite inserir o episódio no conceito de “representação”.

Não se fez associação da obra com a roupa vestida pela modelo.

Assim, muito embora o autor defenda a aplicação do art. 78 Lei de Direitos Autorais, que pressupõe a onerosidade da reprodução, fato é que *“a intensa profusão de obras artísticas, pinturas e desenhos, embelezam as cidades, frequentemente viram ícones representativos destas. Desprendem-se, no sentido patrimonial, da figura de seu criador, da figura do artista, que, quando vende seu trabalho com a finalidade de embelezar os logradouros públicos, o faz sabendo dessas consequências, que acabam transformando a obra original em parte do acervo cultural, histórico e paisagístico do país, de maneira geral.”* (declaração de voto vencido do Min. RAUL ARAÚJO, no REsp 951.521/MA, j.22.3.2011)

Destaca-se, ainda, que o recorrente deixou de provar os danos supostamente experimentados em razão da utilização do grafite. Assim, conquanto se admita na esteira dos arts. 29, 50 e do próprio 78 da mesma Lei, que a utilização de obras artísticas tenha como finalidade a obtenção de lucro, não há garantia de que a obra parcialmente reproduzida tenha, de fato, gerado algum prejuízo financeiro para o apelante.

Como bem assinalado em julgado da lavra do Min.MARCO AURÉLIO BELIZZE, no REsp 1.523.084/MG, DJe 03.2.2016:

*“A presunção de onerosidade na exploração do direito autoral atua, apenas, naquelas hipóteses em que a exploração não autorizada somente pode ser indenizada quando haja intuito de lucro. Nos termos do art. 46, II, da Lei n. 9.610/1998, por exemplo, não constitui ofensa*





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*aos direitos autorais "a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro". Assim, eventual presunção ope legis de que há intuito de lucro, serve apenas para inverter o ônus da prova, conferindo àquele que reproduziu sem autorização a responsabilidade de comprovar que não agiu com a intenção de auferir vantagens financeiras, sob pena de ter-se por configurado o ato ilícito. A existência ou inexistência de intuito lucrativo serviria, assim, apenas para delinear a existência da violação ao direito autoral, isto é, do próprio ato ilícito. O dano material experimentado pelo titular do direito autoral violado é outra coisa, é outra coisa completamente diferente. Constitui premissa básica no estudo da responsabilidade civil, aliás, a compreensão de que dano e ato ilícito não se confundem, sendo possível admitir a existência de ato ilícito sem que haja dano e vice-versa."*

De outro turno, presente o **dano moral**. Conforme artigo 24 da 9610/98: *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; (...).* A atribuição da paternidade da obra artística a outrem é modalidade de dano moral in re ipsa. Isso é, basta a conduta para que exsurja o dever de indenizar.

Para reconhecer a ilicitude, recomendado o exame da regra ou teste dos três passos (*three-step test*), que se encontra no art. 46, VIII, da Lei 9610/98, do seguinte teor: *"a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores."* O intuito do legislador foi o de equilibrar a utilização, que é expressão de cultura, ainda que para fins outros que não propriamente o de estudar a arte, sem provocar prejuízo injustificado ao titular da obra.

Quando se faz um ensaio no "Beco do Batman" está sendo valorizado o grafite que aparece e todos sabem que essa modalidade de arte sofreu discriminações antes de ser reconhecida como obra de direito autoral. Quando o uso não explora ou não abusa da imagem retratada ou dos versos recitados, o legislador prioriza o aspecto social da arte revelada, prejudicando o



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

personalíssimo (o direito do autor). É uma opção do legislador e cumpre respeitá-la, desde que não se ultrapasse o ponto em que se situa o abuso. Não há como não considerar abusiva a conduta de atribuir a paternidade de obra a terceiro, mormente quando, como no caso dos autos, seria possível fazê-lo com segurança. Tal ofende os direitos personalíssimos. A ausência de citação do nome do autor poderia nem mesmo ser considerada abusiva, mas a atribuição de obra própria a terceiro acarreta violação à esfera íntima do artista. O ressentimento narrado enquadra-se naquelas sensações que trazem em seu bojo lesividade capaz de autorizar o reconhecimento indenização extrapatrimonial.

A obra do autor estava identificada pelo símbolo de um pássaro (que é sua assinatura / marca registrada conhecida no meio dos grafiteiros), sendo que esse signo não constitui algo de conhecimento público a ponto de presumir que a ré conhecesse essa particularidade. A ré é especializada em moda e não em arte de rua, sendo que foi por isso que procurou descobrir o autor, tentando obter respostas por meio de Daniel Medeiros (grafiteiro) questionando a autoria dos grafites. Contudo, o próprio Daniel declarou (fls. 394) que *os artistas foram corretamente identificados. Porém o equívoco de colocar os créditos corretamente, não cabem a mim. Tendo em vista não participei de qualquer revisão, ou prévia da publicação. E não assumo a responsabilidade da edição final* (SIC). O grafiteiro Daniel enumerou 07 (sete) nomes de grafiteiros, mas no e-mail que lhe foi enviado havia 09 (nove) imagens.

Existia uma dúvida sobre a identidade do autor do grafite que apareceu no fundo. O melhor a ser feito era ou explicar que não foi descoberto o autor ou deixar em branco, sendo que o pior foi, nesse clima de incerteza, indicar outro como autor. O fato é que não existe motivo para excluir a responsabilidade pelo erro que, pela dimensão citada, não foi totalmente isento de culpa.

Até MICHELANGELO testemunhou algo semelhante com o trabalho realizado por encomenda eclesiástica (uma Pietá de mármore em que a



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

musculatura do corpo de Cristo ganhou contornos típicos e próprios do artista italiano), porque consta que ao entrar um dia na capela onde a obra estava exposta escutou de pessoas que admiravam o trabalho que teria sido produto não dele (Michelangelo), mas, sim de “Gobbo, de Milão”. No livro de Giorgio Vasari (*Vida de Michelangelo Buonarroti*, tradução de Luiz Marques, Editora Unicamp, 2011, p. 85) está escrito: “Michelangelo ficou quieto, mas lhe pareceu estranho que seus trabalhos fossem atribuídos a outros. Uma noite trancou-se na capela com uma luzinha e, tendo trazido os cinzeiros, ali entalhou seu nome”. Seria essa a única obra assinada (o nome foi escrito de través em uma cinta de que o peito de Nossa Senhora se cinge e fez constar: **Michael. Angelus. Bonarotus. Florent. Faciebat** – p. 282, nota 113).

SÉRGIO CAVALIERI leciona que para caracterizar o dano moral indenizável é preciso que exista uma agressão à dignidade humana, não servindo contrariedades, dissabores passageiros, mal estar do cotidiano e outros aborrecimentos e irritações que devemos tolerar diante da difícil convivência social (*Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, n. 40, p. 57). Esse episódio não é digerível e não se pode obrigar o artista a ter tolerância, ainda que não exista intenção (dolo) no ato de errar o nome do artista.

Passa-se ao valor do dano moral. A indenização pelo dano moral deve obedecer aos parâmetros criados pela jurisprudência, no sentido de não enriquecer ou empobrecer os envolvidos, mas com força suficiente para dissuadir o ofensor de novas infrações, sob pena de compensar para quem age illicitamente em relação ao uso de direito alheio. Nesse contexto, fixa-se o dano moral em R\$20.000,00, que será corrigido a partir da publicação desta decisão.

Por fim, quanto às **verbas honorárias** fixadas na sentença tais devem ser reformadas. Apesar de incidir a regra do art. 21 do CPC, deve ser fixada a verba honorária em 10% do valor da condenação, para cada qual, devido ao trabalho desenvolvido. A referida quantia atende aos preceitos legais relativos à



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

matéria e ainda remunera satisfatoriamente o trabalho dos nobres patronos, de acordo com as circunstâncias previstas no artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil.

Isso posto, dá-se provimento em parte ao apelo para que a ré seja condenada ao pagamento de dano moral no importe de R\$20.000,00 (vinte mil reais) com juros de mora desde o evento danoso (publicação da obra – súmula 54 do STJ) e correção monetária do arbitramento (publicação desta decisão - súmula 362 do STJ).

**ÊNIO SANTARELLI ZULIANI**

Relator