



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL XI - PINHEIROS
5ª VARA CÍVEL
RUA JERICÓ S/N, São Paulo - SP - CEP 05435-040

SENTENÇA

CONCLUSÃO

Em **30 de agosto de 2016**, faço estes autos conclusos a(o) MM. Juiz(a) de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, Dr(a). **Luciana Bassi de Melo** Eu, _____, Celso Tristão de Lima Júnior, Assistente Judiciário.

Processo nº: **1007409-55.2015.8.26.0011**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Indenização por Dano Material**
 Requerente: **Camila Pavanelli e outro**
 Requerido: **Lew'lara/TBWA Publicidade Propaganda Ltda. e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Luciana Bassi de Melo**

Vistos.

ALEXANDRE TADEU ALVES e CAMILA PAVANELLI

ajuizaram ação indenizatória cumulada com obrigação de fazer em face de **LEW LARA/TBWA PUBLICIDADE PROPAGANDA LTDA.** e **NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.**, alegando que são artistas plásticos e grafiteiros, assinando os trabalhos com os pseudônimos de “Chivitz” e “Minhau”, sendo ambos reconhecidos internacionalmente. No mês de Maio de 2012, a convite do empresário João Paulo Diniz elaboraram uma obra de arte (pintura – grafite) na fachada do restaurante ECCO, situado à rua Amauri, nº 244, nos Jardins – São Paulo. Destacaram que foram remunerados pela realização do trabalho, sem que tivessem cedido qualquer direito para uso comercial das pinturas realizadas, estando tais desenhos protegidos pela Lei de Direitos Autorais. Destacam que as rés não poderiam fazer uso das obras protegidas para fins publicitários e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL XI - PINHEIROS
5ª VARA CÍVEL
RUA JERICÓ S/N, São Paulo - SP - CEP 05435-040

finalidade lucrativa em propaganda, como a da Nissan, objeto destes autos. Com isso, requerem sejam as rés condenadas na obrigação de cessar imediatamente a exibição das imagens indicadas no comercial realizado na venda o automóvel da Nissan, sob pena de multa diária, sem prejuízo das sanções previstas no artigo 105, da Lei de Direitos Autorais; que sejam solidariamente condenadas a pagar aos autores pelas perdas e danos sofridos a quantia de R\$100.000,00 (cem mil reais), divididos em partes iguais aos autores; também, a condenação solidária no pagamento de danos morais em quantia a ser arbitrada pelo Juízo, além de se retratarem publicamente, com a divulgação através da mídia de grande veiculação à identidade dos autores dos desenhos, arcando, com custas, despesas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15%.

Citadas, as rés contestaram.

A LEW LARA TBWA PUBLICIDADE LTDA. ("LEW Lara TBWA" – fls. 168/188), preliminarmente, alegando ilegitimidade passiva de parte e requerendo a denúncia da lide à Reccorte Produções de vídeos e filmes Ltda. No mérito, advoga que não houve intenção em fazer uso da obra dos autores para agregar valor à peça publicitária e que quando do encaminhamento pela Reccorte do "briefing" para a produção do filme a obra sequer existia. A rua foi escolhida por seu charmosa, agradável e com a fiação subterrânea, sem poluição visual. Ressalta que a obra não ocupou posição de destaque no comercial e figurou no filme por tempo aproximado de três segundos. Aduz que a Lei de Direitos Autorais traz restrições em quaisquer obras mas também permite a exibição de pequenos trechos de obras preexistentes. Aponta que os requerentes não trouxeram provas que tenham sofridos danos a sua reputação, imagem ou à obra perante o público. Ressalta que se qualquer indenização fosse cabível não seria no valor pleiteado pelos autores. Pugna pela improcedência da ação.

A NISSAN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LOTDA. (fls. 229/242), preliminarmente, alegou ilegitimidade passiva de parte. No mérito, esclarece que não houve intenção deliberada de fazer uso da obra dos requerentes com a finalidade de agregar valor à publicidade. Reforça os mesmos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL XI - PINHEIROS
5ª VARA CÍVEL
RUA JERICÓ S/N, São Paulo - SP - CEP 05435-040

argumentos da corré quanto à escolha da referida rua por ser charmosa, com fios subterrâneos, bem cuidada e outros e, ainda, que em nenhum momento a localidade foi escolhida por conta da obra dos requerentes. A obra dos autores restou filmada em plano de fundo. Os danos materiais e morais são indevidos. Pugna pela improcedência dos pedidos.

Realizada audiência de conciliação, esta restou infrutífera, conforme se observa da Certidão de fls. 288.

Denunciada à lide á RECCORTE PRODUÇÕES DE VÍCEOS E FILMES EIRELLI – EPP (fls. 312), esta contestou o feito (fls. 331/356), alegando a legitimidade das corrés Lew Lara e Nissan do Brasil. No mérito, advoga que apresentou uma série de fotos a corré Lew Lara de locais onde poderiam ocorrer as filmagens do veículo Nissan e que as fotos, em especial, a do local dos fatos já constavam do banco de dados da requerida e tinha sido tirada antes da realização do grafite dos autores, quando a fachada do restaurante ECCO não possuía qualquer ilustração. Ressalta que a seleção do local ocorreu a partir dessas fotos oriundas do banco de dados da denunciada. Aduz que as obras de arte urbana, assim como as arquitetônicas, incorporam-se à imagem da cidade e passam a fazer parte dela, justamente por estarem estampadas em locais públicos. Destaca que o grafite dos autores jamais contribuiu para aumentar o lucro de venda do automóvel da corré Nissan, como também nunca fez parte da intenção dos réus divulgar o trabalho dos autores. Inexistem os danos pleiteados. Pugna pela improcedência da ação.

Houve réplica (fls. 396/398 e 399/408).

Juntou-se documentos (fls. 409/425) e manifestaram-se as partes (fls. 428/433 e 434/436).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Configura-se a hipótese de julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL XI - PINHEIROS
5ª VARA CÍVEL
RUA JERICÓ S/N, São Paulo - SP - CEP 05435-040

A preliminar de ilegitimidade passiva das partes deve ser rejeitada e, isto porque, uma vez que as partes estão ligadas por contrato para realização de um trabalho comum, cada uma com sua participação e responsabilidade, devem integrar o polo passivo da presente ação porque responsáveis pelo resultado do contratado entre elas, a saber o comercial que aparece a obra em discussão.

Assim, rejeita-se a preliminar.

No mérito, buscam os autores a retratação e indenização por parte das rés porque, segundo apontam, elas teriam usado obra por eles realizada (“grafite”) em comercial de veículo automotor da corré Nissan do Brasil que tem finalidade lucrativa, sem qualquer autorização para a exposição de trabalho de sua autoria e também sem qualquer contraprestação pelo uso da imagem que foi estampada no restaurante ECCO situado à rua Amauri, nº 244, nos Jardins – São Paulo.

No tocante às obras intelectuais, o direito de uso, fruição, destacando-se, na hipótese dos autos, o “grafite”, está assegurado de modo exclusivo pelo artigo 28 da Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais), que decorre do artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal.

Há quem sustente a liberdade de fotografar e usar uma obra de arte, uma vez exposta em local público, desde que não haja exploração direta, com fins lucrativos, o desenho e a fotografia não seriam considerados reproduções, segundo o magistério de **José de Oliveira Ascensão** – Direito de autor e direitos conexos – Coimbra – 1992 – p. 491 – item 338-III (citados na Apelação Cível nº 1001669-19.2-15.8.26.0011, Rel. Des. **Enio Zulliani**).

A obra não deixa de ser um patrimônio daquele que a criou, integrando valores importantíssimos, conforme reconhecido pelo E. Tribunal de Justiça na proteção dos direitos de seus criadores. Entretanto, tarefa difícil é convencer o artista que sua obra poderá ser utilizada de forma livre para um determinado fim.

Uma vez utilizada determinada obra em uma amostragem diversa daquela em que foi realizada pelo autor, a dificuldade em apontar a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL XI - PINHEIROS
5ª VARA CÍVEL
RUA JERICÓ S/N, São Paulo - SP - CEP 05435-040

ilicitude as vezes existe, entretanto, a análise da regra dos três passos, apontada no artigo 46, inciso VIII, da Lei de Direitos Autorais é de suma importância para esta apuração. Edita referido artigo:

"Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

...

VIII - 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".

Conforme nos ensina **Maristela Basso**, as limitações aos direitos autorais para serem legítimas devem passar pelo crivo da regra do "Teste dos Três Passos", que estabelece as seguintes condições: *"i) as limitações/exceções aos direitos do autor devem ter um escopo de aplicação restrito (casos especiais); ii) não podem conflitar com a exploração normal da obra, e iii) não podem prejudicar injustificadamente os interesses legítimos dos titulares de direitos autorais"* (Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Ministro Carlos Fernando Mathias de Souza – 1ª edição – 2010 – São Paulo – p. 404/405).

A citada regra é de suma importância para a compreensão do pedido dos autores. Claro está que o legislador objetivou equilibrar a utilização, que é expressão de cultura, ainda que não seja para estudar a obra de arte, sem provocar prejuízo injustificado ao titular da obra em debate. Quando se realizou o comercial do automóvel da Nissan, na rua do restaurante ECCO com os grafites dos autores, claro está que se valorizou a obra lá existente. É de conhecimento dos operadores do direito que esta modalidade de arte sofreu sérias discriminações antes de se firmar como obra de direito autoral.

Entretanto, quando o uso não explora ou não há o abuso da imagem retratada, como na hipótese em tela, duração de mais ou menos 30 (trinta) segundos, o legislador prioriza o aspecto social da arte revelada, prejudicando o personalismo, no caso o direito do autor.

No caso dos autos, o local para a realização do comercial



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL XI - PINHEIROS
5ª VARA CÍVEL
RUA JERICÓ S/N, São Paulo - SP - CEP 05435-040

do referido automóvel, as fotos da rua mencionada, já faziam parte do acervo da corré Reccorte Produção, como comprovado nos autos (fls. 373/374) e, como destacado, o local foi escolhido pela sua beleza, sem poluição visual, fiação embutida e à época da escolha os desenhos não existiam, portanto, não se pode atribuir às corrés que escolheram o local em face do visual existente, o que não encontra contraprova nos autos.

Outro ponto relevante que deve ser mencionado é o artigo 48, da Lei dos Direitos Autorais:

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

Questão incontroversa é a obra dos autores, estampada na parede do restaurante ECCO, na modalidade “grafite” visível a qualquer pessoa que por aquela localidade passar. Portanto, permanentemente exposta. Lícita, assim, sua reprodução como realizada no comercial em comento, independentemente de autorização dos autores. Nem se alegue, com a tese da utilização comercial da imagem, a aferição de lucro.

A imagem dos trabalhos realizados pelos autores veio a compor o filme realizado pelas corrés, integrando como parte do cenário escolhido para a filmagem do comercial e não parece ter servido, sob qualquer perspectiva, como atrativo de público ou fator de aumento de vantagem para a aquisição do objetivo do filme, qual seja, a venda do automóvel da marca Nissan.

Destaco que a reprodução da obra dos autores se deu dentro dos limites do artigo 48, citado, afastando-se assim a pretensão de reparação avençada pela violação do direito patrimonial de autor que não se vislumbra.

Sobre o tema, nos ensina **Fábio Ulhoa Coelho** que:

“Quando não se compatibilizam os interesses privados do 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL XI - PINHEIROS
5ª VARA CÍVEL
RUA JERICÓ S/N, São Paulo - SP - CEP 05435-040

titular do direito autoral e independentemente do pagamento de qualquer remuneração” (Curso de Direito Civil – Vol. 4 – 4ª ed. – São Paulo – Saraiva – 2012).

No tocante a reparação patrimonial, merece destaque a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AgRg no Recurso Especial nº 1,523.084/MG, de lavra do Ministro **Marco Aurélio Bellizze**:

“Conquanto se admita, com fundamento nos arts. 29, 50 e 78 da Lei 9.610/1998, que a utilização de obras artísticas se presume onerosa, nem mesmo assim se pode afirmar que o titular do direito autoral violado estará dispensado de comprovar, em eventual ação indenizatória, os danos materiais supostamente experimentados.

Não existe, com efeito, uma relação lógica e necessária entre a premissa indicada (presunção de onerosidade na exploração da obra) e a conclusão pretendida pela recorrente de que a vítima do ato ilícito em questão está dispensada de provar o dano.

Observe-se que, ainda que se possa presumir que a exploração da obra ocorreu a título oneroso, isto é, com o intuito de obtenção de lucro, não há garantia de que, em função desse objetivo, tenha advindo, de fato, algum incremento patrimonial. E mesmo neste caso, não há como se afirmar, apenas porque a exploração da obra rendeu lucros, que o titular do direito autoral violado tenha experimentado algum prejuízo material.

*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 nº 9.610/1998, por exemplo, não constitui ofensa 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 do 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.

No caso dos autos não é nem mesmo necessário estabelecer se os arts. 29, 50 e 78 da Lei 9.610/1998 inauguram algum tipo de presunção



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL XI - PINHEIROS
5ª VARA CÍVEL
RUA JERICÓ S/N, São Paulo - SP - CEP 05435-040

de onerosidade na exploração da obra, porque isso, repita-se, não é o mesmo que presumir a efetiva lucratividade dessa exploração. Ademais, mesmo que referida presunção pudesse ser levada a esse extremo, não há uma correspondência necessária entre as vantagens eventualmente obtidas com a exploração da obra e a desvantagem experimentada pelo titular do direito autoral a qual, nesses termos, deve ser provada como de resto ocorre em todas as espécies de dano material”.

No conjunto probatório não se vislumbra a violação do direito autoral, ausente também o direito à indenização extrapatrimonial, porquanto em segundo plano o trabalho dos autores, que está exibido em local público, sem a indicação da autoria, não acarreta qualquer violação a esfera íntima dos artistas.

Simplesmente pelo fato da obra ter sido mostrada no filme, ainda que por mais ou menos 30 (trinta) segundos, em que pese tenha causado algum desagrado aos autores, não importa ofensa a um direito personalíssimo. O alegado prejuízo moral foi relegado a extrema sensibilidade ou suscetibilidade dos autores, dando ênfase demasiado na situação dos autos, em que parte de sua obra grafitada, diga-se em local público, serviu de fundo para o filme do automóvel da Nissan do Brasil.

Impossível se cogitar de lesão ao direito moral dos autores, aliás, como bem destacou o Desembargador **ÊNIO SANTARELLI ZULIANI**, quando do julgamento da Apelação Cível nº 1001669-10.2015, “... *embora em proporção diminuta, a autoria da obra, o que significa que não se procurou utilizar obra alheia negando a paternidade*”.

E, ainda, no mesmo julgado:

“Para que não parem dúvidas, o eminente SÉRGIO CAVALIERI leciona que para se ter 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)”.

Isto posto, **JULGO IMPROCEDENTE** a ação ajuizada por **ALEXANDRE TADEU ALVES** e **CAMILA PAVANELLI** em face de **LEW LARA/TBWA PUBLICIDADE PROPAGANDA LTDA., NISSAN DO BRASIL**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL XI - PINHEIROS
5ª VARA CÍVEL
RUA JERICÓ S/N, São Paulo - SP - CEP 05435-040

AUTOMÓVEIS LTDA. e de **RECCORTE PRODUÇÕES DE VÍCEOS E FILMES EIRELLI – EPP**, e **JULGO EXTINTO** o feito, com exame do mérito, nos moldes do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando os autores, solidariamente, nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa para cada uma das corrés – Lew Lara/TBWA e Nissan do Brasil, atualizados a partir da sentença e,

JULGO PREJUDICADA a denúncia da lide, em face de **RECCORTE PRODUÇÕES DE VÍDEOS E FILMES EIRELLI – EPP**, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenando a litisdenunciante **LEW LARA PUBLICIDADE LTDA. (“Lew Lara TBWA”)**, nas despesas e custas processuais da denúncia mais honorários advocatícios que fixo no percentual de 10% sobre o valor da causa, atualizado a partir da sentença.

P.R.I.

São Paulo, **30 de agosto de 2016.**