

OBRAS FOTOGRÁFICAS – OMISSÃO OU SUBSTITUIÇÃO DO NOME DO AUTOR-FOTÓGRAFO PELAS EXPRESSÕES “REPRODUÇÃO”, “DIVULGAÇÃO” OU “ARQUIVO PESSOAL”: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

*Carmela Dell’Isola**

SUMÁRIO: Introdução 1. Direitos autorais: aspectos gerais; 2. A fotografia e o Direito Autoral; 3. Noção das expressões: “Reprodução”, “Divulgação” e “Arquivo Pessoal”; 4. Direitos de autor decorrentes da obra fotográfica; 4.1. Fotografia anônima; 4.2. Obra fotográfica criada sob contrato de trabalho e prestação de serviços; 5. Limitações aos direitos do fotógrafo; 6. Violações e sanções; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

Introdução

No mercado da comunicação as obras intelectuais ocupam lugar de destaque. Os veículos constantemente utilizam criações para alcançar os objetivos previstos em suas programações ou pautas editoriais, permitindo, dessa feita, que alcancem resultado econômico e político, extremamente rentável e atraente.

Na mídia impressa – jornal e revista – ou na internet é constante o uso de fotografias. Com certa frequência, em substituição ao crédito do autor, são levadas a efeito publicações acompanhadas, apenas, do nome da agência detentora dos direitos patrimoniais do autor ou expressões como “Reprodução”, “Divulgação” ou “Arquivo Pessoal”.

Para muitos tal prática passa despercebida, ou é, até mesmo, considerada normal. No entanto, para os criadores da obra fotográfica é motivo de indignação e preocupação, agravada pelas novas tecnologias, pela globalização e pelo crescimento vertiginoso do mercado em questão.

O objetivo desse estudo, portanto, é analisar, sob a ótica do Direito de Autor, a tutela do uso do nome do criador da obra fotográfica frente à mencionada prática utilizada, de forma considerável, pelos veículos de comunicação.

* Professora Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Advogada.

Para atingir o proposto o estudo inicia com uma visão genérica a respeito da proteção do Direito de Autor, para depois apresentar a evolução do sistema de proteção da fotografia naquele campo e, ainda, as noções que alicerçam as expressões “Reprodução”, “Divulgação” e “Arquivo Pessoal”.

A seguir, por representar a coluna vertebral da problemática apresentada, analisaremos os Direitos de Autor decorrentes da obra fotográfica, inclusive quando se trata de fotografia anônima e criada sob Contrato de Trabalho e Prestação de Serviços,

Em decorrência das particularidades da obra fotográfica e da proteção jurídica concedida, no final, estudaremos as limitações aos direitos do fotógrafo e, também, as violações e sanções aplicáveis à matéria autoral.

Na síntese conclusiva procuraremos, embasados na doutrina, jurisprudência e legislação própria, apresentar as diretrizes que prevalecem no tratamento jurídico em decorrência da prática suscitada.

1. Direitos autorais: aspectos gerais

As criações do intelecto, conforme sua natureza, são protegidas pelo Direito, sob o termo propriedade intelectual. A tutela se manifesta em dois grupos distintos: (a) o da propriedade industrial que tem como objeto, basicamente, as marcas, patentes e modelos de utilidade; e (b) o do direito autoral¹ que protege as manifestações expressadas no campo literário, artístico e científico.

A fotografia, em particular, reconhecida atualmente como obra intelectual, recebe proteção na esfera do Direito Autoral. Por esta razão, antes de adentrarmos nas questões específicas decorrentes do uso da obra fotográfica nos moldes suscitados, faremos, primeiramente, uma breve exposição a respeito dos aspectos principais do direito de autor.

Com relação ao conceito de direito autoral, podemos entendê-lo como “o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extra pecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, do autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado”² ou, ainda, como ramo do Direito Privado, “regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”³.

A natureza jurídica do direito de autor é explicada pelo desenvolvimento de diversas

¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira In *Direito Autoral*. Renovar: Rio de Janeiro, 1997, p. 15 e 16, adverte que a expressão “direito autoral” contém tanto os direitos de autor como os direitos conexos, querendo, portanto, explicitar que as expressões “direito autoral” e “direitos de autor” não são sinônimas, mas a última compõe a primeira, ao lado dos chamados direitos “vizinhos” ou conexos aos de autor. No entanto, os instrumentos legislativos, de âmbito nacional e internacional, e a doutrina em geral, adotaram a utilização das expressões de forma indiscriminada, postura que adotaremos nesse estudo.

² Cf. CHAVES, Antonio. *Direitos de Autor. Princípios Fundamentais*. Forense: Rio de Janeiro, 1987, p. 17.

³ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994, p. 8.

teorias, entre elas: da propriedade; da personalidade; dos bens jurídicos imateriais; dos direitos sobre bens intelectuais; e da nominada tese dualista. Hoje, prevalece o entendimento sustentado pela última (teoria dualista).

A concepção dualista, desenvolvida na Alemanha no século XIX, defendida pelo francês Henri Desbois⁴, se firma na orientação de que nos direitos de autor se enfeixam dois direitos diversos, independentes, e distintos um do outro. O direito moral, intransferível e irrenunciável, e o direito patrimonial, negociável.

Observa Hermano Duval⁵ que o direito autoral é constituído “de um lado, direito pecuniário, distribuindo-se nos direitos fundamentais de a) reprodução, b) representação e c) execução pública; doutro lado, direito moral do autor, desdobrando-se nos direitos de publicação e modificação da obra, reivindicação do nome, respeito e arrependimento”.

Os atributos de caráter moral vêm designar o aspecto pessoal do autor com relação à sua criação. O autor da obra se reveste da prerrogativa de defender sua criação como elemento da sua própria personalidade. Trata-se de “direito pessoal, perpétuo, inalienável e imprescritível”⁶ e, por esta razão, o direito moral “não pode ingressar no comércio jurídico, mesmo que se queira o criador, pois dele não pode dispor”.⁷

Em ampla síntese, o direito moral diz respeito ao “direito à paternidade, isto é, o direito de ter o seu nome incluído na obra e respeitado nessa obra; o direito de arrependimento, ou seja, o direito de retirar a obra de circulação; o direito de modificação, isto é, o direito de alterar a obra, quando lhe aprouver”.⁸

Embora esteja atrelado ao direito moral, o direito do autor de natureza patrimonial reveste-se de características completamente diversas daquele. As faculdades patrimoniais que têm o autor referem-se às vantagens econômicas derivadas da exploração da obra. De forma exclusiva, ao autor é reservada a possibilidade de utilizar, fruir e dispor da obra, ou autorizar sua utilização ou fruição por terceiro, no todo ou em parte.

⁴ Henri Desbois defendeu a teoria dualista com a publicação da obra “*Le Droit d’Auteur*”, em 1950.

⁵ In *Violações dos Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1985, p. 267.

⁶ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor na obra feita sob encomenda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 23.

⁷ Cf. BITTAR, Carlos. In, op. cit., p. 47.

⁸ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito de Autor nos meios modernos de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 16.

⁹ No âmbito internacional, o Brasil subscreveu a diversas Convenções e Acordos, dentre elas destacamos: (a) Convenção de Berna (Suiça), assinada em 09.09.1886. Trata da proteção dos direitos autorais de obras artísticas e literárias e foi incorporada ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto legislativo nº 94, de 04 de dezembro de 1974, promulgada pelo Decreto nº 75.699, de 06 de março de 1975; (b) Convenção de Roma, concluída em 26.10.1961. Tutela os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, principalmente os direitos conexos. Em nosso ordenamento, foi recepcionada pelo Decreto Legislativo nº 26/1964 e promulgada pelo Decreto nº 57.125, de 19.10.1965; (c) Convenção de Genebra, de 29.10.1971, trata especificamente da proteção concedida aos produtores de fonogramas contra cópias de suas obras não autorizadas. Em nossa legislação, a Convenção foi aprovada pelo Presidente Ernesto Geisel pelo Decreto Legislativo nº 59, de 30.06.1975, e promulgada pelo Decreto nº 76.906, de 24.12.1975; e (d) Acordo Geral das Tarifas e Comércio – GATT, a partir de 1994 passou a prever regras que tutelam as questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio no “TRIP’S Agreement”. O Acordo foi internalizado pelo Presidente Itamar Franco pelo Decreto Legislativo nº 30, promulgado pelo Decreto nº 1355, de 30.12.1994.

No plano legislativo, o Brasil⁹ contempla o Direito Autoral no âmbito constitucional, entre os direitos e garantias fundamentais, nos incisos XXVII e XXVIII, do artigo 5º. Na esfera infraconstitucional, a Lei nº 9.610/98, denominada Lei de Direitos Autorais, tutela o direito de autor e os direitos que lhe são conexos.

Recepcionada a teoria dualista pelo nosso ordenamento¹⁰, a tutela dos Direitos Autorais incide sobre bem imaterial fruto da atividade criativa do autor, nos domínios literários, artísticos e científicos, expressados por qualquer meio, tangível ou intangível, e deve se revestir de originalidade. A proteção é adquirida pelo criador da obra intelectual com a exteriorização da criação, sem que para tanto haja necessidade de registro¹¹.

2. A fotografia e o Direito Autoral

A inclusão da fotografia na área do Direito Autoral sofreu resistências que entraram pelo século XX. Nascida no século XIX, da cooperação da ciência e de novas necessidades de expressão artística, a proteção jurídica da fotografia foi objeto de assentadas discussões.

Naquela época, constituída doutrina do Direito de Autor, questionava-se, sob o argumento de que a fotografia representava um simples resultado de uma operação mecânica e química, se poderia ser considerada como um autêntico meio de expressão artística individual, trabalhada criticamente pelo fotógrafo.

Na doutrina francesa, destaca-se o entendimento de Henri Desbois¹² que, por considerar a fotografia uma intrusa, rechaça sua proteção no campo do Direito Autoral. No Brasil, tal hostilidade é manifestada por Pontes de Miranda¹³ ao observar que a “fotografia é a reprodução pela luz, pelos raios Röntgen, pelo calor. O elemento criativo é ínfimo, de ordinário; mas pode existir”.

É inegável, no entanto, que o fotógrafo, mesmo utilizando-se de instrumentos, participa e contribui pessoalmente na obtenção do resultado desejado. Nessa esteira, Pontes de Miranda reconhece, posteriormente, que seria injusto “...negar-se ao fotógrafo qualquer criação artística.”¹⁴

Esclarece Hermano Duval¹⁵ que “o conteúdo artístico exigível está na escolha do assunto, na composição de sua imagem, no jogo de sombra e luz, na perspectiva, no ângulo, no desequilíbrio de seus elementos, no relevo, movimento, em suma, numa série de requisitos técnico-artísticos que tornam o esforço intelectual despendido, digno de proteção contra o plágio e a contrafacção.”

⁹ O artigo 22, da Lei de Direitos Autorais, assim dispõe: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”.

¹¹ Artigo 18 da Lei nº 9.610/98.

¹² Apud SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. *A fotografia e o Direito de Autor*. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1990, p. 22.

¹³ In *Tratado de direito privado*. V. XVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 133.

¹⁴ In op. cit., p. 133.

¹⁵ In *Direitos autorais nas invenções modernas*. Rio de Janeiro: Andes, 1956, p. 68.

Durante séculos o homem criou obras através da literatura, do teatro, da pintura e da música. Com as novas invenções, o homem passou a manifestar suas criações com o auxílio da técnica, cronologicamente: fotografia, cinema, disco, rádio e televisão. Este fato foi determinante para que concepções de criação fossem revistas e, por inovar essa nova era, justifica-se a resistência sofrida pela fotografia.

É oportuno ressaltar que, na década de 50, Antonio Chaves prolatou, entre nós, a primeira sentença relativa aos direitos do fotógrafo¹⁶. Ainda na vigência do Código Civil anterior, sem proteção no ordenamento jurídico ou decisão anterior dos nossos Tribunais, o julgador procurou respaldo na Convenção de Berna¹⁷ e julgados do repertório “*Le Droit d’Auteur*”. Ao reconhecer que a obra fotográfica deve ser protegida pelo Direito Autoral, ressalta que “a proteção é adquirida sem formalidades; a obra de um amador é protegida exatamente como a de um profissional; toda pessoa que quiser reproduzir uma fotografia tem a obrigação de se informar e de procurar obter a autorização do autor”.

A legislação brasileira recepcionou a obra fotográfica no campo do Direito Autoral. Primeiramente, pela Lei nº 5.988/73, artigo 6º, de forma condicionada, onde a proteção da fotografia era determinada “pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução possam ser consideradas criação artística”¹⁸.

As exigências impostas à obra fotográfica não se aplicavam às demais criações, tais como: livros, folhetos, conferências, composições musicais, desenhos, pinturas, esculturas. A tais particularidades, insurge-se Newton Paulo Teixeira dos Santos ao afirmar que “É sem dúvida uma discriminação, que, como todas, não pode prevalecer.”¹⁹

Em seguida, a atual Lei de Direitos Autorais - Lei nº 9.610/98, no item VII, artigo 7º, reafirma tutela à obra fotográfica. Triunfa no novo texto legal, agora de maneira mais ampla e mais completa, a proteção da fotografia sem condições especiais.

3. Noção das expressões: “Reprodução”, “Divulgação” e “Arquivo Pessoal”

Antes de adentrarmos nos aspectos específicos dos direitos decorrentes da obra fotográfica, faremos, nesse momento, uma breve exposição referente às expressões - “Reprodução”, “Divulgação” e “Arquivo Pessoal”.

A expressão “Reprodução”, textualmente prevista pela Lei consoante disposto no artigo 5º, inciso VI, da Lei de Direitos Autorais, consiste na “cópia de um ou vários

¹⁶ Revista Forense. Vol. 180, 1958, p. 58 a 61.

¹⁷ Convenção, revista em Bruxelas, 1948, art. 2º, alínea 1ª, prevê as obras fotográficas e as reproduzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia.

¹⁸ Artigo 6º, Lei nº 5.988/73: “São obras intelectuais as criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas, tais como: VII – As obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha do seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística.”

¹⁹ In, op. cit., p. 30.

exemplares de uma obra, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”.

Reprodução, direito patrimonial do autor, indica o direito de cópia da obra, obtida mediante autorização prévia e expressa do autor. A partir de uma matriz, a reprodução se constata com a multiplicação de exemplares da obra artística, científica e literária. Nessa base, a publicação de uma fotografia acompanhada da indicação “Reprodução”, significa que aquela foi copiada da obra original.

A “Divulgação”, segundo José de Oliveira Ascensão²⁰, equivale à publicação da obra. A obra artística, científica e literária torna-se acessível ao público, por qualquer modalidade de utilização (exposição, representação, etc.), desde que autorizada pelo autor (direito patrimonial).

A publicação, prevista no artigo 5º, inciso I, da Lei de Direitos Autorais, corresponde ao “oferecimento da obra ao conhecimento do público, com consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito do autor, por qualquer forma ou processo”. Logo, a palavra “Divulgação” utilizada com a veiculação de uma fotografia, representa, simplesmente, a presunção de que o fotógrafo autorizou que a obra fotográfica fosse levada ao conhecimento público.

Por fim, a expressão “Arquivo Pessoal”, em que pudemos constatar nessa oportunidade, não há definição jurídica. Significa, no nosso sentir, que aquele que veicula a fotografia sob tal nomenclatura, é portador da obra fotográfica em questão.

Em apertada síntese, constata-se que, “Arquivo Pessoal” (sem conotação jurídica), “Reprodução” e “Divulgação”, representam a utilização da obra intelectual, correspondente ao direito patrimonial do autor.

4. Direitos de autor decorrentes da obra fotográfica

1- A lei vigente, por seu artigo 7º, ao exemplificar quais criações do espírito são tidas como obras intelectuais e, por conseguinte, protegidas pela lei, destaca, no inciso VII, “as obras fotográficas e as produzidas por qualquer meio análogo ao da fotografia”.

Com relação à produção da obra fotográfica, é natural que haja a interferência da pessoa humana, ou seja, é indispensável a intervenção do fotógrafo. Observa Eliane Y. Abrão²¹ que “... atrás de toda a fotografia haverá um dedo humano acionando um botão, e neurônios comandando um cérebro portador das idéias que se exteriorizam.”

²⁰ ASCENÇÃO, José de Oliveira, op. cit, p. 119, observa que: “Na versão lata, publicação equivale a divulgação: consiste em tornar público.”

²¹ In *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. Editora do Brasil: São Paulo, 2002, p. 113.

²² Conforme artigo 11, da Lei nº 9.610/98.

O fotógrafo, pessoa física criadora da obra protegida, é autor da obra fotográfica²², enquadrada na categoria das obras artísticas, protegida pela Lei de Direitos do Autor.

2- A Lei de Direitos do Autor reconhece os direitos morais do criador da obra em seu artigo 24. O inciso II do referido dispositivo estabelece como direito moral do autor “o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra”.

Como modalidade fundamental do direito moral, o direito “ao nome é a prerrogativa que tem o autor de ser reconhecido como autor da obra”²³. Direito personalíssimo figura como direito à paternidade da obra, vincula a criação ao seu autor por toda sua vida, persiste à sua morte e se sobrepõe ao chamado domínio público.

Nessa base, o mencionado diploma legal disciplina, especificamente, a respeito de obra fotográfica. Prevê em seu artigo 79, §1º, que “a fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor”.

A posição legal é categórica. Revela preceito em defesa de direito pessoal, ou seja, direito do fotógrafo de ter seu nome vinculado à sua própria criação.

A fotografia quando utilizada por terceiro, mediante autorização do autor, implica no direito do fotógrafo ter seu nome mencionado junto à obra fotográfica de forma legível. É o inalienável direito que tem o autor sobre a obra, decorrente do chamado direito à paternidade.

Carlos Alberto Bittar, ainda quando em vigor a Lei nº 5.988/73, observava que “em qualquer uso de fotografia, é necessário, na divulgação, indicar-se, de forma legível, o nome do autor (o denominado “crédito”) (§ 1º).”²⁴

Observa Eliane Y. Abrão²⁵ que “o legislador considera a ausência de crédito não apenas uma violação de direito autoral, mas uma ofensa reparável através da estimativa econômica dos danos morais e à divulgação maciça da verdadeira identidade do autor.”

A jurisprudência é dominante no sentido de que é devida indenização ao autor que tiver seu nome omitido ou alterado, quando da utilização da fotografia, mesmo que não reste comprovado prejuízo.

“Direito Autoral. Fotografia. Modificação da obra e omissão do nome do autor. Nos termos do art. 126 da Lei 5988, de 1973, o Autor tem direito a ser indenizado por danos morais e a ver divulgada sua identidade, independentemente da prova tópica de haver sofrido prejuízo econômico.” Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 99501, j. 28.04.84.

²³ Cf. DUVAL, Hermano. In op. cit., p. 284.

²⁴ In *Direito de Autor*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1994, p. 72.

²⁵ In op. cit., p. 78.

“Direito Autoral – Violação – Ocorrência – Artigo 6º, VII da Lei Federal nº 5988/73 – Utilização de fotografia em publicidade – Omissão quanto ao nome do autor da obra fotográfica – Dano moral que independe da prova de prejuízo – Ação Procedente – Verba devida – Recurso provido. O direito moral do autor é inalienável e irrenunciável como decorre do artigo 28 da Lei Federal nº 5.988/73. Basta a só violação desse direito, independentemente da prova de prejuízo, para ser ressarcido o verdadeiro desprezo, a desonestidade de publicar-se obra sem indicação de seu autor.” Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Álvaro Lazzarini, Apelação Cível nº 199.429-1, j. 22.02.94.

“Fotografia. Divulgação em revista. Usurpação do nome de seu autor. Autor de perdas e danos. Sendo fato certo que a fotografia era de autoria do Demandante e foi divulgada na revista da Ré, como de autor outro, cabe-lhe a indenização a que se refere o artigo 667, par. 1, do Cód. Civil. (...)” Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Thompson Flores, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 75627, j. 26.10.73.

Verifica-se que, pelos termos da lei, é obrigatória a menção ao nome do autor, e não das demais pessoas, físicas ou jurídicas, que sejam titulares de direitos patrimoniais sobre a obra²⁶. A imposição se observa quanto à indicação do nome do autor, mas não alcança eventual agência que comercializou a respectiva fotografia e, por esta razão, passou a ser titular daqueles direitos.

Ainda que o parágrafo único, do artigo 11, da Lei de Direitos Autorais disponha no sentido de que: “A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta lei”, observa Eduardo Pimenta que “a autoria deve ser de uma pessoa física, cabendo apenas a empresa singular ou coletiva que organizou a realização da obra intelectual, o exercício dos direitos autorais patrimoniais.”

Assim, a agência não é autora da obra e, portanto, não tem direito autoral moral de ter seu nome divulgado conjuntamente com a obra. Ademais, “os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis”, conforme previsto no artigo 27, e confirmado pelo artigo 49, inciso I, ambos da Lei de Direitos Autorais.

Nota-se que não há procedimento pelo qual o autor possa alienar, ceder ou licenciar à agência ou ao veículo, ou mesmo renunciar seu direito moral de ter seu nome indicado como autor da obra, em toda e qualquer utilização.

A legislação específica não prevê alternativas ou possibilidades que justifiquem, em regra, a omissão ou substituição do nome do autor da obra, seja na forma de “Reprodução”, “Divulgação” ou “Arquivo Pessoal”.

3 - A respeito dos direitos patrimoniais do autor, o artigo 28, da Lei de Direitos de Autor, prevê que “cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”.

²⁶ In *Código de Direitos Autorais e Contratos Internacionais*. Rio de Janeiro: Lejus, 1998, p. 61.

Os direitos patrimoniais, conforme Luiz Francisco Rebello²⁷, se “traduz na faculdade de o autor fruir e utilizar a obra, ou autorizar a sua fruição, utilização e exploração econômica por terceiro, no todo ou em parte”.

A princípio, apenas ao autor é conferido o direito de utilização da obra, sob qualquer forma, assegurado pelo prazo de 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação²⁸.

A utilização da obra fotográfica, por qualquer modalidade, bem como por qualquer outra pessoa, física ou jurídica, que não o próprio autor, depende de sua autorização prévia e expressa, conforme previsto nos artigos 29, 49, inciso II, e 50, todos da Lei de Direitos de Autor.

A propósito das modalidades de uso da obra, cumpre atentar que incide no sistema autoral o princípio da individualização das formas. A obra intelectual pode ser utilizada em finalidades diversas, de maneira independente, sem que com isso perca a sua condição. Neste contexto, nos termos do artigo 31 da Lei nº 9.610/98, o contrato deve dispor de maneira específica cada modalidade de uso da obra, autorizada pelo autor, já que as formas de utilização são independentes entre si e não se comunicam.

Observa Eliane Y. Abrão²⁹ que, em caráter excepcional, a Lei de Direitos de Autor³⁰ dispensa autorização do fotógrafo ou do titular derivado, quando a obra se destinar: “a) ao uso para produzir prova judicial ou administrativa; b) à reprodução em um só exemplar para fins privados; c) ao uso para fins de imitação burlesca (paródia ou caricatura); d) para fins de crítica, como corolário de outra garantia constitucional, a da livre expressão do pensamento”.

Com reserva às exceções apontadas, a utilização da fotografia, por qualquer modalidade, sem a autorização prévia e expressa do autor, constitui violação dos seus direitos.

Constata-se que a legislação prevê a necessidade de autorização expressa, de forma que não se admite a autorização tácita. Trata-se de providência formal legalmente prevista para a utilização da obra criada por outrem.

Diante do exposto, qualquer forma de utilização de obra fotográfica, deve ser autorizada pelo fotógrafo, prévia e expressamente, ou, pela eventual agência quando titular dos direitos patrimoniais.

4.1. Fotografia anônima

O criador intelectual, independentemente do motivo, pode preferir que sua identidade não seja revelada. O autor tem ampla liberdade quanto à sua identificação, podendo fazer

²⁷ In *Introdução ao Direito de Autor*. Vol. I. Publicações Dom Quixote: Lisboa, p. 133.

²⁸ Nestes termos dispõe o artigo 44, da Lei de Direitos Autorais: “O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográfica será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação”.

²⁹ In op. cit., p. 114.

“uso do nome, completo ou abreviado até às iniciais, do pseudônimo ou até de um sinal convencional”³¹. O autor, assevera José de Oliveira Ascensão,³² “tem o direito ao nome; mas não tem a obrigação do nome.”

A hipótese que se coloca refere-se à publicação de obra fotográfica da qual o veículo desconhece a autoria. Trata-se de obras anônimas que, pela Lei de Direitos Autorais, artigo 5º, inciso VIII, “b”, se verifica “quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido”.

A autoria de obra fotográfica anônima, de autor desconhecido, é atribuída nos termos do artigo 13, combinado com o artigo 12, da Lei de Direitos Autorais, àquele que tiver indicado tal qualidade na sua utilização - não havendo prova em contrário³³ e em conformidade com o uso. Assim, é autor de obra fotográfica anônima aquele que, quando da sua utilização, puder ser assim identificado³⁴.

Nesse contexto, fica afastada a obrigatoriedade de se indicar o nome do fotógrafo, por absoluto e incontestável desconhecimento do autor da obra.

Os direitos patrimoniais sobre obra fotográfica anônima, em consonância ao disposto no artigo 40, da Lei de Direitos Autorais, são exercidos por aquele que a publicar³⁵.

Diante do que se apresenta, sendo fotografia de autoria desconhecida, não há obrigação de se lançar o nome do fotógrafo ou de sua autorização (prévia e expressa) para publicá-la, já que os direitos patrimoniais serão exercidos por aquele que a publicar.

Na hipótese do autor se tornar conhecido, reservados os direitos morais, este assumirá o exercício dos direitos patrimoniais sobre a obra, devendo “honrar os contratos e compromissos patrimoniais firmados por quem publicou a obra”³⁶. A partir deste fato, ficam ressalvados os direitos adquiridos por terceiros, em conformidade com o disposto no artigo 40, parágrafo único, da Lei de Direitos Autorais.

4.2. Obra fotográfica criada sob contrato de trabalho ou prestação de serviços

A iniciativa de uma obra intelectual, por vezes, pode se originar de terceiro que não seja o autor. Aquele solicita a obra, sob encomenda, e a criação é regulada por contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

³⁰ A Lei nº 9.610/98 ao estabelecer no Capítulo IV as limitações aos direitos autorais, prevê no art. 46 as hipóteses em que não se constitui ofensa aos direitos autorais.

³¹ Cf. ASCENÇÃO, José de Oliveira, op. cit., p. 117.

³² In *Direito Autoral*. Op. cit., p. 117.

³³ A prova contrária se dá por uma das modalidades de identificação: nome civil, completo ou abreviado, podendo se dar por suas iniciais, pseudônimo ou outro sinal convencional.

³⁴ Conforme disposto no artigo 11 da Lei de Direitos Autorais, só pode ser autor da obra pessoa física. Assim, no caso da obra anônima ser utilizada por pessoa jurídica, esta será a titular dos direitos sobre a obra e não autora da obra.

³⁵ Conforme item I, artigo 5º, da Lei de Direitos Autorais, considera-se “publicação: o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo.”

³⁶ Cf. CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direitos Autorais*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 108.

A obra sob encomenda pode ser entendida como sendo “aquela produzida por outrem, para um terceiro, pessoa física ou jurídica, mediante contrato de prestação de serviços ou de trabalho, ou, ainda, por decorrência de dever funcional”.³⁷

A Lei de Direitos de Autor vigente³⁸ deixou de tratar a respeito da titularidade dos direitos autorais da obra realizada sob encomenda, por contrato de trabalho ou de prestação de serviços. Dispõe apenas, no artigo 46, inciso I, alínea “c”, que “não constitui ofensa aos direitos autorais, a reprodução de retratos, ou de outra forma de representação de imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros”.

Nesse contexto, as regras de direitos autorais (morais e patrimoniais) devem ser respeitadas e pertencem, exclusivamente, às pessoas físicas criadoras da obra, salvo estipulação contratual em sentido contrário (aplicável somente aos direitos patrimoniais). Em assim sendo, o encomendante poderá reproduzir a obra, independentemente da autorização do encomendado, sem que ofenda os direitos autorais.

Em razão da omissão legislativa, o assunto é tratado pela doutrina no sentido de que a titularidade dos direitos patrimoniais decorrentes da obra sob encomenda seja disciplinada contratualmente. Observa Carlos Fernando Mathias de Souza³⁹ que “Não parece difícil concluir-se que a redação dos contratos continuará sendo de capital importância para a precisa fixação dos direitos de autor referentes às chamadas obras de encomenda em todas as suas modalidades, inclusive na referente ao software”.

As partes podem, ao celebrarem o contrato de trabalho ou de prestação de serviço, o autor pode ceder ou licenciar os direitos patrimoniais sobre as obras que serão criadas em decorrência da respectiva relação contratual. A disposição deve ser imprescindivelmente prévia e expressa.

Com relação aos direitos do autor decorrentes da criação nascida sob contrato de trabalho, Carlos Alberto Bittar⁴⁰ enfatiza que “Em nada altera os princípios e orientações expostos a vinculação laboral do criador com o encomendante (empresa ou pessoa que dirige o seu serviço), preservando-se àquele, no regime unionista, os direitos morais sobre sua criação e, transferindo-se, por força da remuneração do trabalho intelectual, direitos patrimoniais correspondentes à utilização consentânea com a finalidade de sua atividade”, especifica adiante, que da relação empregatícia “de um lado, remanescem na esfera do autor os direitos morais e todos os demais direitos patrimoniais não alcançados por sua atuação específica”...”a menos que os transfira por meio de contratos adequados, que, de

³⁷ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. Editora Brasília Jurídica, 1998, p. 39.

³⁸ As criações realizadas sob contrato de trabalho e prestação de serviços eram tratadas pela Lei nº 5.988/73, nos artigos 36 e 37. Ao empregador, comitente ou encomendante eram conferidos os direitos patrimoniais da obra produzida em cumprimento de dever funcional, contrato de trabalho ou prestação de serviços e da obra sob encomenda.

³⁹ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de Souza. *Direito Autoral*. Op. cit., p. 42.

⁴⁰ In *Direito de Autor*. Op. cit., p. 39.

qualquer modo, serão sempre entendidos nos seus estritos limites, obedecidos sempre os direitos morais”.

A 5ª. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, aos 15.03.1979, na Apelação nº 275.587, Relator Desembargador José Cardinalli, reconheceu numa obra criada em decorrência de contrato de trabalho, a irrenunciabilidade dos atributos morais.

“A Lei nº 5.988, de 1973, que regula os direitos autorais, distingue os direitos morais dos direitos patrimoniais, dispondo que são inalienáveis e irrenunciáveis os primeiros, entre os quais insere os de reivindicar a paternidade da obra e de ter seu nome indicado como sendo o do autor; na utilização da obra – arts. 25, incs. I e II, e 28. Tratando-se, porém, de obra produzida em cumprimento a contrato de trabalho, autorizando que convenção das partes disponha sobre os direitos patrimoniais, apenas esses direitos é que podem ser transmitidos à empregadora, seja ela pessoa física ou jurídica.”

Sobre o assunto, destaca-se, ainda, o entendimento levado a efeito quando do julgamento do Recurso Especial nº 1997/0014764-9 – 4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, que teve como relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Direito Civil. Direito Autoral. Fotografia. Publicação sem autorização. Impossibilidade. Obra criada na constância do contrato de trabalho.

(...)

A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o revogado art. 649 do Código Civil impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra.”

Apenas os direitos patrimoniais podem ser negociados entre as partes, haja vista que os direitos autorais morais são inalienáveis e irrenunciáveis, permanecendo com o encomendado. Desse modo, ensina Carlos Alberto Bittar⁴¹ que “a convenção sobre o direito de paternidade é nula de pleno direito”, e adiante assenta que “mesmo que o autor conclua com terceiro a cessão total de seus direitos patrimoniais, restará sempre intacto o seu direito moral sobre a obra”.

Chega-se, pois, à conclusão de que ao se utilizar obra fotográfica contratada sob encomenda, por contrato de trabalho⁴² ou prestação de serviços, o nome do fotógrafo deve ser mencionado como autor da obra. Com relação aos direitos patrimoniais, se previamente convencionado em contrato, poderá ser cedido ao encomendante.

⁴¹ In *Direito de Autor na Obra feita sob encomenda*. Op. cit., p. 97.

5. Limitações aos direitos do fotógrafo

Neste contexto, mostra-se perfeitamente cabível explanar, ainda que de forma estreita, a respeito do direito de imagem daqueles que integram a fotografia utilizada pelo veículo. O direito de imagem impõe, efetivamente, restrições ao uso da atividade fotográfica.

O direito de imagem, considerado um dos direitos da personalidade, foi alçado à condição de direito fundamental pela Constituição Federal⁴². Consiste na “projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias etc.) ou moral (aura, fama, reputação etc.) do indivíduo (homem, mulher, criança ou bebê) no mundo exterior”.⁴³

A composição fotográfica, em particular, pode representar a imagem física do retratado. A imagem da pessoa é inviolável, sendo-lhe assegurada proteção à sua reprodução por qualquer forma de representação.

Em regra, a utilização da imagem-retrato só é permitida mediante autorização da pessoa fotografada, pois, conforme Carlos Alberto Bittar⁴⁵, “ninguém pode ser fotografado sem a sua autorização, ou contra a sua vontade, ou sem o seu consentimento”.

A difusão de imagens não consentida limita o fotógrafo no exercício de seus direitos de criação e, a princípio, gera a obrigação de indenizar, podendo incidir tanto em dano material como em dano moral⁴⁶.

Com relação à matéria, é expressivo o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, X.

I. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.

II. - R.E. conhecido e provido” (RE 215.984/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.6.2002).

⁴² Cumpre frisar que, em razão da Emenda Constitucional nº 45 a justiça do trabalho é competente para dirimir questões de direitos autorais decorrentes do contrato de trabalho, ou de relação laboral.

⁴³ “Art. 5º X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. “

⁴⁴ Cf. DUVAL, Hermano. *Direito à Imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 105.

⁴⁵ In *O Direito de Autor nos meios modernos de comunicação*. Op. cit., p. 60.

⁴⁶ Nos termos da Constituição Federal, art. 5º, V, é “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da

Importante frisar, no entanto, que a proteção ao direito de imagem não é absoluta; casos há em que este direito é relativizado, sem a imposição do dever de obter autorização do fotografado e indenização por aquele que promove a veiculação de imagem alheia.

No campo das exceções, afirma-se a existência do consentimento, expresso ou tácito, daquele que tem sua imagem propagada. “A intromissão ilegítima que ofenda a imagem de qualquer pessoa é rompida com o consentimento que a pessoa outorgue para que sua imagem seja difundida”.⁴⁷

O consentimento tácito que se apresenta, por exemplo, quando o fotografado faz pose para a câmera, descaracteriza eventual violação ao direito de imagem do retratado e, por conseguinte, exclui o dever de indenizar.

Nesse sentido, destacamos a ementa a seguir:

“Direito de Personalidade – Direito à própria imagem – Violação – Descaracterização.

*Ementa oficial: Não constitui ofensa do direito à própria imagem a reprodução de fotografia, para fins publicitários, havida com o consentimento do interessado, ainda que tácito, podendo ser assim considerado ante o silêncio deste, corroborado por indícios e circunstâncias que autorizem presumir sua aquiescência.” Tribunal de Alçada Cível de Minas Gerais, Relator Juiz Tenisson Fernandes, 3ª Câmara, Apelação nº 146.845-7/01, j. 4.5.94.*⁴⁸

Por outro lado, o consentimento para veiculação de imagem para uma finalidade ou produto específico (exemplo: reprodução em determinada edição de certa revista ou jornal) não autoriza a divulgação da mesma imagem em outros veículos de comunicação ou produtos, conforme o caso.

As imagens de interesse geral podem ser difundidas sem que com isso caracterize violação de direitos de imagem do fotografado. Além das imagens de artistas ou políticos, imagens de qualquer pessoa que desperte o interesse público em outras áreas da atividade humana.

A imagem da pessoa notável deve ser preservada, mas verifica-se uma diminuição em seu direito em face de sua notoriedade, que leva o interesse público a obter maiores informações. Neste sentido observa Zulmar Antônio Fachin⁴⁹ que “às pessoas públicas não é dado o poder de exercer rígido controle de sua imagem, que, em princípio, pode ser livremente captada e reproduzida. Deve-se, porém, considerar que a imagem doméstica, ou seja, captada em recinto privado, como o domicílio do sujeito, ou seu local de trabalho, depende, para a lícita publicação, do consentimento do retratado”.

indenização por dano material, moral ou à imagem”; e art. 5º, X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁴⁷ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. Editora Lejus, 1999, p. 389.

⁴⁸ Publicada na RT 715/248.

⁴⁹ In *A Proteção Jurídica da Imagem*. São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 1999, p. 114.

Nesse caso, o fotógrafo não depende de autorização do fotografado (pessoa notória) para difundir sua obra, pois assevera Carlos Alberto Bittar⁵⁰ que se “se tratar de foto para notícia de jornal, em que, p.ex., a pessoa notória pode ser colhida pela objetiva do repórter para a composição de texto jornalístico, dentro, aliás, dos permissivos da informação”.

É oportuno acentuar a questão do uso de obra fotográfica com imagens de pessoas em locais públicos, fotografadas com foco aberto ou destacadas pelo zoom.

Como se sabe, “a imagem diz respeito àquela representação gráfica em que a própria pessoa se reconhece e é reconhecida por outras pessoas”.⁵¹ Ou seja, no sentido jurídico, a imagem está sempre ligada a uma representação gráfica da figura humana, feita através de qualquer meio mecânico de reprodução.

Nessa base, a difusão da imagem de indivíduo obtida em qualquer evento ou lugar público, prescinde do consentimento quando o retratado aparece no contexto geral como elemento figurativo.

Antonio Jeová dos Santos⁵² exemplifica a questão levando em consideração que “numa partida de futebol, a torcida é filmada ou fotografada em ângulo aberto. A pessoa que estiver em primeiro plano é mero acessório, com relação ao todo e ao objetivo da foto”.

Por outro lado, com base no exemplo suscitado, se o retrato veiculado fosse especificamente de um torcedor de futebol em uma partida, sua fisionomia fosse passível de identificação, pode ensejar indenização pelo uso indevido de sua imagem. O fotógrafo, muitas vezes, para obter esse tipo de imagem utiliza o zoom. A pessoa é individualizada, identificada no contexto geral e, por esta razão, a veiculação da sua imagem depende de seu consentimento.

Assim, para que o fotógrafo possa difundir sua obra sem autorização do fotografado, não basta que o retrato tenha sido obtido apenas em local ou evento público, também é necessário que o retratado apareça como simples elemento do acontecimento.

A respeito da matéria, destacamos algumas ementas de interesse do Superior Tribunal de Justiça:

“A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa.

A sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a

⁵⁰ In *O Direito de Autor nos meios modernos de comunicação*. op. cit. p. 60.

⁵¹ Cf. SANTOS, Antonio Jeová. In, op. cit., p. 382.

⁵² In op. cit. p. 395.

⁵³ In *Direito de Autor: Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 314.

que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida.

É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente à sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito a própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se à existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como referencial o interesse público, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente.” Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, Recurso Especial nº 58101/SP, j. 16/09/97.

“O uso não autorizado de uma foto que atinge a própria pessoa, quanto ao decoro, honra, privacidade, etc, e, dependendo das circunstâncias, mesmo sem esses efeitos negativos, pode caracterizar-se o direito à indenização pelo dano moral, independentemente da prova do prejuízo. Hipótese, todavia, em que o autor da ação foi retratado de forma acidental, num contexto em que o objetivo não foi a exploração de sua imagem. Descabimento da indenização.” Relator Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma, Recurso Especial nº 85905/RJ, j. 13/12/99.

“(…) Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo que se cogitar de prova da existência de prejuízo ou dano. Em outras palavras, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. (...)” Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma, Recurso Especial nº 45305/SP, j. 02/09/99.

“(…) A utilização, com intuito comercial, da imagem de atleta, fora do contexto do evento esportivo não está por ele autorizada. Dever de indenizar que se impõe.” Relator Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, AGA nº 141987/SP, j. 18/05/98.

Denota-se das ementas dos julgados trazidas à colação que o tema não é pacífico perante nossos Tribunais, havendo decisões casuísticas.

A jurisprudência atual, no entanto, inclina-se no sentido de não responsabilizar o fotógrafo ou o veículo quando se publica fotografia de ambiente público com foco aberto. Neste caso, o fotógrafo não sofre limitação para difundir sua obra.

Por outro lado, os Tribunais tendem a condenar quando é publicada a imagem individual de alguém, utilizando-se do zoom, sem autorização, mesmo se este estiver em local público. Frise-se, neste particular, que a indenização é devida ainda que a publicação da fotografia não lhe tenha causado dano moral.

Além da questão da imagem, o uso de fotografia pelo seu autor pode sofrer restrição quando obtida por reprodução. Ensina Antônio Chaves⁵³ que “tratando-se, por exemplo, de reprodução, pela fotografia, de um quadro, de uma escultura, não poderá ser posta à venda sem o consentimento do autor da obra de arte”.

Assim, por envolver direito de terceiro, a limitação que se impõe para o uso da foto pode ser resolvida com prévio consentimento do autor da obra a ser reproduzida.

6. Violações e sanções

As violações de direitos de autor podem ocorrer tanto no aspecto moral como patrimonial, ou em ambos concomitantemente. Em geral, as violações atinentes aos direitos morais do autor referem-se à paternidade, integridade e publicação da obra. A omissão do nome do autor, sujeita o infrator a responder por danos morais e divulgar sua identidade, nos termos previstos no artigo 108, da Lei de Direitos Autorais.⁵⁴

Com relação à questão, destaca-se, quando em vigor a Lei nº 5.988/73, a seguinte ementa:

“Violação - Ocorrência - Artigo 6º da Lei Federal n. 5988/73 - Utilização de fotografia em publicidade- Omissão quanto ao nome do autor da obra fotográfica - Dano moral que independe da prova de prejuízo - Ação procedente - Verba devida - Recurso provido O direito moral do autor é inalienável e irrenunciável como decorre do artigo 28 da Lei Federal n. 5.988/73. Basta a só violação desse direito, independente da prova de prejuízo, para ser ressarcido o verdadeiro desprezo, a desonestidade de publicar-se obra sem indicação de seu autor”. (Apelação Cível n. 199.429-1 - São Paulo - Relator Alvaro Lazzarini - 22.02.94)

Com efeito, é necessária e imprescindível a indicação do nome do fotógrafo. Na esfera patrimonial, a inobservância da autorização prévia e expressa do autor para a utilização da obra poderá ensejar a aplicação das sanções civis previstas nos artigos 102 e 103, da Lei de Direitos de Autor⁵⁵.

Nestes termos destaca-se o entendimento jurisprudencial, abaixo transcrito:

⁵⁴Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

(...)

II – tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo da comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;

III – tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior”.

⁵⁵Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer

“Direito Autoral – Obra fotográfica – Reprodução não autorizada – Violação dos direitos do autor – Art. 122 – Lei 5.988/73.

Obra artística fotográfica. Reprodução sem autorização do autor. Liquidação de sentença. Perdas e danos.

Se o ofendido tem o direito de apreender os exemplares reproduzidos, suspender a divulgação ou a utilização da obra, sem prejuízo à indenização por perdas e danos, é razoável, entender-se que ele tem direito de receber do infrator, a esse título, indenização correspondente a 20% do custo total das publicações, ou seja, o lucro que ele, autor da obra fraudada, auferiria se tivesse veiculado a matéria. A reparação, nesses casos, tem efeito de sanção civil, e não faz sentido pretender-se pagar apenas o preço de mercado da fotografia. Sentença mantida.” Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. Sampaio Peres, 2ª Cam. Cível, AC nº 1890/89, j. 22.08.89

Com relação à infração concomitante dos direitos patrimoniais e morais, através da publicação não autorizada e sem crédito, o entendimento jurisprudencial tem sido unânime no sentido de reparar o autor por ambas as infrações. Ressaltam-se, então, as decisões abaixo transcritas:

“Direitos Autorais. Ação de Indenização. Publicação de fotografias em livro e revista, sem autorização e correta indicação de autoria. (art. 51 da Lei 5.988/73). Pretensão reparatória que independe da natureza das fotos (documental ou artística) ou de quem as produziu (fotógrafo profissional ou não). Proibição genérica ao enriquecimento sem causa. Recurso da Autora provido. Não acolhimento do apelo das Rés.

A Editora que, sem autorização e correta indicação de autoria, publica fotografias captadas por pessoa com a qual não mantém vínculo empregatício impõe-se carrear obrigação indenizatória, que se justifica pelo só interesse econômico despertado e pela efetiva vantagem financeira auferida com a divulgação, mostrando-se despidas de qualquer relevo para esse efeito a natureza das fotos, se documentais ou artísticas, e a qualidade de quem as produziu, se fotógrafo profissional ou não.” Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, Recurso Especial nº 1991/0008198-1, j. 20.10.93.

a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível”.

“Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos”.

“Apelação Cível. Reparação de danos patrimoniais e morais. Ilícito autoral. Supressão do nome do autor na publicação da sua obra. Inexistência de repasse de honorários. Sentença mantida. Recurso improvido.

O artigo 21 da LDA (Lei dos Direitos Autorais) enfatiza que o autor é o titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu. Assim, entende-se que o dano patrimonial deriva da utilização em caráter promocional da gravura e o moral da omissão do nome do autor. In casu, não houve prova da cessão da foto, nem tampouco de autorização do autor para sua divulgação, concluindo-se que nele se assegura não só o direitos a oposição a publicação não autorizada da fotografia, como a indenização do artista para a venda de sua imagem, devendo pois, a Ré satisfazer a indenização.” Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Rel. Des. Lúcio Vasconcellos de Oliveira, Apelação Cível nº 024979002136, j. 02.06.98.

As sanções impostas à matéria não se restringem apenas ao âmbito civil, alcançando também a esfera penal. A tipificação do crime de violação de direito autoral e às medidas processuais correspondentes estão previstas no diploma penal e processual penal, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.695/03.

Com efeito, a legislação brasileira possui preceitos e instrumentos suficientes e capazes para responsabilizar aquele que violar o direito de criação do autor, independentemente do meio pelo qual o ato ilícito tenha sido praticado.

7. Conclusão

Após toda discussão que envolveu o reconhecimento da fotografia como arte, no século XIX, esta passou a ser protegida pelo Direito de Autor como qualquer outra criação intelectual.

O ato de criar estabelece um estreito envolvimento entre o autor e sua obra, reconhecido pela ciência jurídica, adotado pelo nosso direito positivo, como o direito moral (direito de personalidade). Nesta seara, perpétuo, inalienável e irrenunciável, aquele direito fixa, entre outros, a paternidade do autor, que deve ter sua obra acompanhada de seu nome em qualquer publicação (crédito).

Com efeito, na esfera jurídica, não há justificativa para dispensar ou substituir o crédito da obra, exceto quando se tratar de obra anônima.

Por outro lado, no campo do direito patrimonial, a Constituição Federal definiu como direito exclusivo do criador intelectual explorar a obra economicamente, ressalvadas as hipóteses de limitações.

No mesmo sentido da regra constitucional, dispõe a legislação ordinária, Lei nº 9.610/

98. Assim o fotógrafo pode utilizar, fruir e dispor de sua obra, bem como ceder estes direitos para terceiro. Para que não haja violação do direito patrimonial, pois, a exploração da fotografia depende de autorização do autor, prévia e escrita.

O fotógrafo, por vezes, pode estar vinculado a um contrato, seja de trabalho, de prestação de serviços, etc. A natureza da relação contratual estabelecida não retira da obra fotográfica a proteção que lhe concede o Direito Autoral. Havendo ato de criação o autor goza de direitos próprios: (a) moral, que são conservados pelo fotógrafo-funcionário ou prestador de serviços; e (b) patrimonial, cedidos ao empregador ou contratante, no todo ou em parte.

Infelizmente, é comum encontrar obras fotográficas acompanhadas dos termos “Reprodução”, “Divulgação” ou “Arquivo pessoal”, o que viola frontalmente os direitos do autor-fotógrafo, no âmbito do direito moral e patrimonial, sendo cabível a aplicação da sanção civil e penal. A luta travada nos anos XIX pelo reconhecimento da fotografia como criação intelectual ganha, assim, novos capítulos.

8. Bibliografia

- ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. Editora do Brasil: São Paulo, 2002.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Renovar Rio de Janeiro, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1994.
- _____. *Direito de Autor na obra feita sob encomenda*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1977.
- _____. *O Direito de Autor nos meios modernos de comunicação*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1989.
- _____. *Direito de Autor na Obra Publicitária*. RT: São Paulo, 1981.
- _____. e BITTAR FILHO. *Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas atividades empresariais*. RT: São Paulo, 2001.
- CABRAL, Plínio. *A nova Lei de Direitos Autorais*. Sagra Luzzatto: Porto Alegre, 1998.
- CARBONI, Guilherme C. *O Direito de Autor na multimídia*. Quartier Latin: São Paulo, 2003.
- CHAVES, Antonio. *Direitos de Autor. Princípios Fundamentais*. Forense: Rio de Janeiro, 1987.
- COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. FTD: São Paulo, 1998.
- DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. Saraiva: São Paulo, 1998.

_____. *Direitos Autorais nas invenções modernas*. Andes: Rio de Janeiro, 1956.

_____. *Violações dos Direitos Autorais*. Editor Borsoi: Rio de Janeiro, 1985.

FACHIN, Zulmar Antônio Fachin. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. V. XVI. Borsoi: Rio de Janeiro, 1971.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. *Direito de Autor e as Obras de Arte Plástica*. RT: São Paulo, 1979.

PIMENTA, Eduardo Pimenta. *Código de Direitos Autorais e Contratos Internacionais*. Lejus: Rio de Janeiro, 1998.

_____. *Princípios de Direitos Autorais*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*: vol. I. Publicações Dom Quixote: Lisboa.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Vol. 180, 1958.

SAHAM, Regina. *Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo*. Atlas: São Paulo, 2002.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. Editora Lejus, 2ª edição, 1999.

SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. *A fotografia e o Direito do Autor*. Universitária de Direito: São Paulo, 1990.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. Editora Brasília Jurídica, 1998.

