



FODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n.º 278.622-4/7-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que são apelantes e reciprocamente apelados MELO PAPAIZ TRADING LTDA. E DERICK FERNANDO NOGUEIRA DE SOUZA (MENOR REPRESENTADO POR SEUS PAIS):

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR SORTEADO QUE DECLARARÁ VOTO. ACÓRDÃO COM O REVISOR. DECLARARÁ VOTO VENCEDOR O 3º JUIZ, DES. SILVÉRIO RIBEIRO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OLDEMAR AZEVEDO (Presidente, sem voto), A. C. MATHIAS COLTRO e SILVERIO RIBEIRO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2008.

DIMAS CARNEIRO
Relator



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Apelação Cível com Revisão nº 278.622.4/7-00
5ª Câmara de Direito Privado

VOTO Nº 4208

COMARCA DE SÃO PAULO

APELANTE E APELADO: MELO PAPAIZ TRADING LTDA E OUTRO

APELADO E APELANTE: DERICK FERNANDO NOGUEIRA DE SOUZA (MENOR REPRESENTADO PELOS PAIS) E OUTRO

INDENIZAÇÃO - USO INDEVIDO DA IMAGEM DE MENOR - FOLHETO DE PROPAGANDA DE LOJA DE BRINQUEDOS - DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO - DANO MATERIAL DECORRENTE DO LUCRO OBTIDO COM AS IMAGENS NÃO AUTORIZADAS - PROCEDÊNCIA PARCIAL MANTIDA - APELO E ADESIVO DESPROVIDOS

Vistos.

Ação indenizatória decorrente do uso indevido da imagem de menor em folheto de propaganda das lojas "Rihappy Brinquedos" julgada parcialmente procedente para condenar a ré no pagamento de R\$6.000,00 a título de dano material.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Apelação Cível com Revisão nº 278.622.4/7-00
5ª Câmara de Direito Privado

Apelo interposto pela ré que insiste na improcedência da demanda. Adesivamente, o autor pleiteia indenização também por danos morais.

Recursos contra-arrazoados.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do douto Relator Sorteado.

Correta a r. sentença ao impor ao réu indenização material pelo uso desautorizado de imagem. Correto também o r. decisório ao negar indenização por dano moral, o qual inexistiu na espécie, máxime *venia*.

Com efeito, as imagens foram utilizadas para venda de brinquedos, sem expor as crianças fotografadas a qualquer vexame, ridículo, ou constrangimento, conforme é incontroverso nestes autos e se verifica através do exame das referidas fotografias.

Não emerge prejuízo moral do simples uso desautorizado de imagem, respeitado o entendimento do culto Relator acolhendo o parecer ministerial, limitando-se tal situação a justificar a indenização bem fixada, pelo lucro obtido com as imagens sem a devida autorização.

Nesse sentido:

**INDENIZAÇÃO – Dano material –
Configuração – Uso não consentido de foto para fins
comerciais – Locupletamento indevido – Pagamento a
ser feito pela utilização da imagem – Recurso**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelação Cível com Revisão nº 278.622.4/7-00
5ª Câmara de Direito Privado**

parcialmente provido. (Apelação Cível n. 75.669-4 – São Paulo – 4ª Câmara de Direito Privado – Relator: Fonseca Tavares – 15.04.99 – V.U.).

INDENIZAÇÃO – Responsabilidade civil – Direito de imagem – Violação – Dano moral não comprovado – Indenização devida, no entanto, pelo uso indevido de imagem – Recurso provido para esse fim JTJ 228/35.

Em face do exposto, voto pelo desprovimento de ambos os recursos.



DIMAS CARNEIRO
Relator Designado

5ª CÂMARA – SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
APELAÇÃO Nº 278.622 4/7-00 – VOTO Nº 13649
COMARCA: SÃO PAULO (12ª VARA – PROC Nº 879691/1999)
APELANTE(S): MELO PAPAIZ TRADING LTDA E OUTRO
APELADO(S): DERICK FERNANDO NOGUEIRA DE SOUZA (MENOR REP/PAIS) E OUTRO
NATUREZA DA ACÃO: USO INDEVIDO DE IMAGEM E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

DECLARAÇÃO DE VOTO

EMENTA: INDENIZAÇÃO – USO INDEVIDO DE IMAGEM DE CRIANÇA EM JORNAL PUBLICITÁRIO E RÓTULO DE PRODUTOS – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO E NÃO COMPROVADO TER SIDO TÁCITA – INDENIZAÇÃO DEVIDA TAMBÉM POR DANOS MORAIS – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE DEVE SER IMPUTADO À REQUERIDA – SÚMULA 326 DO COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO DA REQUERIDA IMPROVIDO E PROVIDO PARCIALMENTE O ADESIVO

Recursos contra a respeitável sentença de fls. 157 e seguintes, que julgou parcialmente procedente ação de indenização, condenando a requerida ao pagamento de indenização por dano material no valor de R\$ 6.000,00, além das despesas processuais e honorários advocatícios.

Recorre a Melo Papaiz Trading, pretendendo a reforma do *decisum*, com a improcedência do pedido ou a condenação do autor no ônus da sucumbência (fls. 165/168).



O autor apresentou recurso adesivo, visando a fixação de indenização também por danos morais (fls. 175/187).

Regularmente processados os apelos, com apresentação das contra-razões.

É o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Segundo consta Derik Fernando Nogueira de Souza ajuizou ação de indenização, alegando residir com sua mãe no Estado de Minas Gerais, onde também reside sua avó e, no mês de novembro de 1998, quando estava na residência desta última, conheceu uma pessoa que trabalhava para a requerida, tendo ela o convidado a acompanhá-lo num passeio, sendo autorizado pela avó e, no retorno, o menor relatou que Eduânia o havia fotografado.

Posteriormente, seu pai, que reside em São Paulo, ao examinar um folheto das lojas Rihappy Brinquedos, constatou que o modelo fotográfico de uma das fantasias era Derick e, adquirindo tal “Fantasia de Sultão”, constatou a imagem de Derick no rótulo da mesma, bem como em outra denominada “Fantasia de Cowboy”, tudo sem a devida autorização.

Desta forma pleiteou indenização por danos morais e materiais.



Na contestação a requerida sustentou que a imagem do autor foi apenas para divulgação de produtos relacionados com crianças, sem conotação sensual, não tendo sido ele exposto de “forma vexatória, de modo ridículo ou ofensiva a sua dignidade moral, na sua decência”, sendo que a utilização das imagens decorreu de autorização tácita.

Acrescentou que, “na época em que a representante da ré procurou o autor para reprodução e veiculação da sua imagem para publicidade, levou para os responsáveis um pedido escrito que autorizava a reprodução e divulgação de imagem para assinarem, sendo que se prontificaram a assinar e devolver tal documento”, não o fazendo, todavia.

Argumentou a requerida ,também, que o autor é pessoa “estranha ao público consumidor” e, por isso, sua imagem “se encontra em segundo plano, sobressaindo outro elemento, ou seja, a divulgação das fantasias, objetivo este pretendido para aumentar as vendas dos produtos comercializados pela ré”, justificando-se “os meios empregados, tendo sido presumido sua autorização” (SIC).

Do acima relatado, aliado à juntada aos autos do exemplar do jornal de divulgação, bem como dos rótulos de produtos, resta evidente que a requerida utilizou indevidamente a imagem do autor, já que ausente autorização para tanto, sendo impertinente a alegação de ter ocorrido consentimento tácito,

sobre o qual nenhuma prova foi trazida e que pudesse indicar sua caracterização.

A respeito e como se sabe, “Provar é convencer, é persuadir alguém de alguma coisa”, conforme José Mendonça ¹, disto resultando deverem ser trazidos a juízo todos os fatos e provas que possam influir na decisão da causa, cabendo ao autor, em regra, o ônus da prova, já que “A mera alegação da parte não faz direito: nada alegar e, não provar o alegado, são coisas semelhantes” ².

Desta forma, entende-se devida apenas a indenização por danos materiais, sendo adequado o valor fixado em primeiro grau de R\$ 6.000,00.

Cabe, todavia, apreciar a questão da indenização por danos morais requerida pelo autor e, no presente caso, entende-se devida.

É certo que as fotos utilizadas não retrataram o autor de “forma vexatória”, mas, considerando-se as premissas de não se tratar de modelo profissional e tendo inexistido a devida e necessária autorização para a publicidade das fotos, sendo a matéria de cunho comercial, conclui-se como sendo devida a indenização por danos morais, por violado o direito da

¹ A Prova Civil, Livraria Jacintho, 1940 – p 43

² ob cit. p. 64

personalidade, ainda mais considerando-se ser o autor menor de idade.

Neste sentido já se decidiu:

INDENIZAÇÃO - Dano moral - Direito da personalidade - Direito à própria imagem - Uso comercial de fotografia, sem autorização do fotografado, que não é modelo profissional - Assentimento tácito não comprovado - Violação caracterizada - Verba devida - Ação julgada procedente - Recurso não provido - Voto vencido. A exploração comercial de fotografia, sem autorização do fotografado, constitui violação do direito à própria imagem, que é direito da personalidade, e, como tal, figura dano moral indenizável. Não se presume nunca a autorização tácita, de caráter gratuito, para uso comercial de fotografia, quando o fotografado não seja modelo profissional. (Apelação Cível n. 97.702-4 - Pompéia - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator: Cezar Peluso - 21.11.00 - M.V.)

DANO MORAL - Ação indenizatória - Direito à imagem - Publicação de fotografia sem autorização - Estado de desconforto, aborrecimento ou constrangimento que, independentemente do seu tamanho e do intuito comercial, é causado pela publicação da fotografia de alguém - Desnecessidade de ofensa para que exista reparação de dano - Inteligência do art. 5º, X, da CF (STF) - RT 802/145

AÇÃO INDENIZATÓRIA - Dano moral - Publicação de fotografia em jornal, com fins publicitários, cedida por terceiro, sem a autorização expressa do fotografado - Violação ao direito relativo à própria imagem - Verba devida - Inteligência do art. 5º, V e X, da CF e arts. 159 e 1.553 do CC (TJAC) RT 748/310

REsp 267529 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2000/0071809-2

Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088)

Órgão Julgador - T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento - 03/10/2000

DIREITO À IMAGEM. CORRETOR DE SEGUROS. NOME E FOTO. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. PROVEITO ECONÔMICO. DIREITOS PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. DANO. PROVA. DESNECESSIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. REDUÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. ART. 21, CPC. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I - O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo: moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia.

II - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização.

III - O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada

IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral.

V - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em

enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

VI - Diante dos fatos da causa, tem-se por exacerbada a indenização arbitrada na origem.

VII - Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial resta considerada.

VIII - No recurso especial não é permitido o reexame de provas, a teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ.

Em decorrência do exposto, deve ser fixado o *quantum* da indenização por danos morais, sempre atendendo à razoabilidade e peculiaridades de cada caso, entendendo-se adequado o valor de dez salários mínimos.

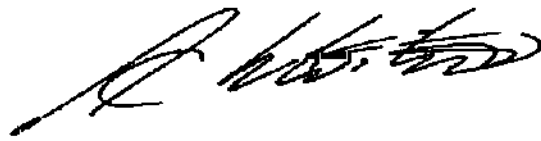
Por fim não se há falar em sucumbência recíproca, pois como já pacificou o Colendo Superior Tribunal de Justiça por meio da edição da Súmula 326, cujo enunciado vem a seguir transcrito,

“Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Assim, as verbas sucumbenciais permanecem tal qual estabelecidas na respeitável sentença, até e porque consentâneas com as diretrizes do artigo 20 do Código de Processo Civil.



Ante o exposto e por este voto, dá-se parcial provimento ao recurso adesivo, para fixar-se indenização por danos morais no valor de dez salários mínimos, negado provimento ao recurso da requerida.



A. C. Mathias Coltro
Relator