

**DIREITO AUTORAL - PROGRAMA DE COMPUTADOR - UTILIZAÇÃO SEM LICENÇA - VISTORIA
- BUSCA E APREENSÃO - PERÍCIA - REPRODUÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA - INDENIZAÇÃO -
CRITÉRIO DE FIXAÇÃO - ART. 102 DA LEI 9.610/98**

- Não comprovadas a reprodução e a divulgação dos programas de computador, mas a mera utilização desprovida de licença, não resta configurada a figura da edição fraudulenta, o que afasta a aplicação da sanção imposta pelo parágrafo único do art. 103 da Lei 9.610/98.

- Estabelece o art. 102 da Lei 9.610/98, além da apreensão das obras utilizadas sem autorização, uma indenização, que deve ser o valor do programa indevidamente utilizado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.03.105293-5/001 - Comarca de Sete Lagoas - Relator: Des. ALVIMAR DE ÁVILA

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1.0672.03.105293-5/001, da Comarca de Sete Lagoas, sendo apelantes 1^{as}) Microsoft Corporation e outra, 2^{as}) Felt Eletricidade Industrial Ltda. e outras e apeladas Felt Eletricidade Industrial Ltda. e outras, acorda, em Turma, a Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Presidiu o julgamento o Desembargador Domingos Coelho (Vogal), e dele participaram os

Desembargadores Alvimar de Ávila (Relator) e Saldanha da Fonseca (Revisor).

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado na íntegra pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 14 de setembro de 2005. -
Alvimar de Ávila - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Alvimar de Ávila* - Trata-se de dois recursos de apelação, interpostos nos autos da ação ordinária: o primeiro, por Microsoft Corporation e outra, e o segundo, por

Felt Eletricidade Industrial Ltda. e outras, contra decisão que julgou parcialmente procedente o pedido inicial (f. 374/380).

As primeiras apelantes alegam que deve ser majorada a multa de 10%; que deve ser determinada a abstenção do uso irregular dos programas de computador pertencentes às autoras, com cominação de pena pecuniária diária; que a indenização do valor de mercado dos programas irregulares acrescida de apenas 10% é ínfima diante do proveito econômico obtido pelas rés ao longo do tempo em que violaram os direitos autorais; que deve ser fixada indenização com base no proveito econômico auferido pelas rés (f. 384/396).

As segundas apelantes suscitam, preliminarmente, inépcia da inicial, uma vez que não foi instruída com o documento indispensável à propositura da ação, qual seja o laudo pericial, o que acarretou, ainda, cerceamento de defesa. No mérito, alegam que deve o laudo ser desconstituído por não terem os peritos apresentado suas credenciais para a realização da perícia; que não houve identificação das máquinas; que os peritos ignoraram a identificação e a apresentação individual dos códigos das licenças de todos os programas encontrados nos micros; que a indenização foi fixada com base em dados imprecisos e altamente questionáveis; que, mantida a indenização, deve ser observado o valor da versão de cada programa; que não auferiram lucros com o uso dos programas, sendo apenas usuárias dos mesmos; que o art. 103 da Lei 9.610/98 só se aplica aos casos em que a violação não pode ser quantificada; que houve sucumbência recíproca; que devem ser consideradas as licenças apresentadas na contestação quando da apuração do valor devido a título de indenização do valor unitário de cada programa utilizado irregularmente (f. 398/417).

As partes apresentaram contra-razões, às f. 420/429 e 430/456.

Conhece-se dos recursos por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Os recursos serão conjuntamente analisados para um desenvolvimento lógico e organizado da fundamentação.

Como dito quando do julgamento do Agravo de Instrumento 403.621-9, nos autos da ação cautelar em apenso, a hipótese dos autos versa sobre tema relacionado ao Direito da Informática, tendo tratamento legal disciplinado pelas Leis 7.646/87 e 9.609/98; a primeira já revogada pela segunda, ambas conhecidas como leis do *software*, que devem ser aplicadas em consonância com a Lei 5.988/73, que regula os direitos autorais no Brasil, já que a denominada pirataria de *software* nada mais é do que violação de direitos autorais, através de utilização ou reprodução de cópias de programas de computador sem autorização ou licença do titular de direitos autorais do mesmo programa, que detém os direitos sobre a obra criada e deve autorizar toda e qualquer utilização da mesma.

Preliminarmente, as segundas apelantes alegam inépcia da inicial, bem como cerceamento de defesa.

Data venia, a toda evidência, a alegação não merece prosperar. É que as recorrentes se insurgem contra a ausência do laudo pericial quando do ajuizamento da ação principal. Ocorre que a produção da citada prova havia sido requerida nos autos da ação cautelar e ainda não tinha sido concluída na data do ajuizamento da ação principal.

Aliás, esse fato é confessado pelas próprias apelantes, que afirmam ter sido a presente ação ajuizada em 27.02.03 e o laudo pericial juntado à cautelar em 20.03.03. Ora, sendo assim, por óbvio, não havia que se exigir das apeladas a juntada da prova quando da distribuição desta demanda.

Ademais, a ação cautelar foi preparatória e, por meio dela, pretendiam as primeiras apelantes verificar se seus programas de computador estavam sendo utilizados sem a necessária autorização, com a realização de vistoria e busca e apreensão.

Também inexistiu o alegado cerceamento de defesa, porquanto, conforme considerações anteriores, a perícia fora realizada nos autos da medida cautelar, sendo certo que os esclarecimentos formulados por todas as partes foram satisfatoriamente respondidos pelos peritos.

Além do mais, as segundas apelantes não requereram sequer a realização de nova perícia, tendo, no entanto, produzido provas documentais.

Assim, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa das segundas recorrentes, uma vez que o julgador permitiu a mais ampla dilação probatória na espécie e só não foram produzidas outras provas por desídia das próprias partes.

Com essas considerações, rejeitam-se ambas as preliminares.

Passa-se, então, à análise do mérito.

As segundas apelantes apresentam uma série de argumentos na tentativa de desconstituir a bem elaborada prova pericial.

O primeiro deles é direcionado à qualificação dos técnicos nomeados pelo juízo para a realização da perícia, não merecendo acolhida.

Os dados curriculares do perito Marcos Rodrigues Borges, apresentados às f. 478/481 (ação cautelar), comprovam sua formação em curso superior, qual seja Processamento de Dados pela Faculdade de Ciências Gerenciais e demonstram, de forma inequívoca, a capacitação e a competência do técnico, bem como sua vasta experiência como perito oficial, inclusive em processos envolvendo pirataria de *software*, como o presente.

Não foi apresentada qualquer prova que desabonasse o currículo do perito, sendo que foram apresentadas somente alegações.

Por outro lado, o perito Luiz Henrique Faria apresenta formação técnica, com experiência em informática.

Vê-se que os dois profissionais juntos são perfeitamente capazes e habilitados para a realização da perícia em questão, e a mera alegação de falta de credenciamento destes é insuficiente para afastar todos os dados comprovados no processo.

Ao contrário do afirmado pelas empresas réis, o laudo pericial é substancioso, preciso, detalhado e organizado, e fornece ao julgador todas as informações e dados técnicos relevantes ao deslinde da causa.

A alegação de que não foram apontadas as especificações técnicas das máquinas das segundas apelantes também não é suficiente para afastar a perícia realizada, já que irrelevante para o fim a que se prestou.

É que os técnicos cuidaram de arrolar todos os computadores vistoriados e apresentaram o nome da máquina na rede, bem como a unidade e o setor onde estavam localizadas (f. 427/238 - ação cautelar), o que foi suficiente para identificá-las. Durante a realização da perícia, os *experts* puderam verificar quais eram os programas de computador instalados em cada máquina e, a partir daí, constataram as irregularidades constantes do laudo.

As empresas réis alegam que deveria ter havido a especificação técnica das máquinas para que se verificasse se os programas encontrados pelos peritos eram compatíveis com as mesmas. No entanto, a prova de que determinados computadores não suportavam os programas das autoras deveria ter sido produzida pelas segundas apelantes.

Logo, mais uma vez, a perícia mostra-se consistente e precisa.

Quanto às licenças dos programas de computador utilizados pelas empresas réis, os peritos, no ato da vistoria, confrontaram os programas encontrados com as licenças apresentadas e alcançaram um total, que representa a quantidade de programas instalados nas máquinas e que não estavam acompanhados da respectiva licença. Esse número é certo e determinado, conforme quadros constantes da f. 338.

Ademais, foram encontrados 18 *compact disc* falsificados, relacionados à f. 339.

Está comprovada, através do laudo pericial, a prática da chamada pirataria de *software*, na qual ficou pontificado o uso de cópias irregulares de programas de computador nas dependências das empresas réis.

Merecem destaque e são abaixo transcritos os arts. 102 e 103 da Lei 9.610/98, preceitos legislativos aplicáveis aos casos de pirataria de *software*:

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

Primeiramente, quanto ao disposto no art. 102 supra-referido, vale enfatizar que tal preceito foi preservado, haja vista a concessão da liminar de vistoria e busca e apreensão concedida na ação cautelar. Cabe-nos, assim, examinar a aplicação do art. 103 do diploma referido.

Dentre as sanções civis contidas no Capítulo II da Lei 9.610/98, encontra-se aquela que coíbe a edição fraudulenta, ou seja, o ato da pessoa física ou jurídica que, sem autorização do titular, se investe nos direitos de editor.

Há duas formas de se impor a sanção civil ao editor fraudulento: quando se sabe o número de exemplares e quando se desconhece essa quantidade. Na primeira hipótese, o fraudador perderá, obviamente, os exemplares que forem apreendidos, sendo-lhe imposta, ainda, a obrigação de pagar o preço daqueles que já tiver vendido (art. 103, *caput*). Entretanto, se há o desconhecimento do exato

número de cópias, deverá o transgressor, além dos apreendidos, pagar o valor de três mil exemplares (art. 103, parágrafo único).

No caso em tela, não cuidaram as autoras de demonstrar que houve edição fraudulenta de obra literária, artística ou científica, nos termos do art. 103 da Lei 9.610/98.

Não foram comprovadas a reprodução e a divulgação dos programas de computador, funções estas inerentes à edição, mas a mera utilização desprovida de licença, razão pela qual não restou configurada a figura da edição fraudulenta, o que afasta a aplicação da sanção imposta pelo parágrafo único do art. 103 da Lei 9.610/98.

O art. 102 prevê expressamente a situação em que a obra for “de qualquer forma utilizada”, não se restringindo à atividade da edição fraudulenta como faz o art. 103. Por isso, ocorrendo o mero uso, aplica-se aquele em detrimento deste.

Contudo, estabelece o art. 102, além da apreensão das obras utilizadas sem autorização, uma indenização. E sobre essa indenização entende-se que deve ser somente o valor dos programas indevidamente utilizados, ou seja, aquilo que o comprador deveria ter pagado e que o titular dos referidos direitos deveria ter recebido pelos produtos pirateados.

Com relação ao proveito econômico, não assiste razão às autoras. A uma, por inexistir proveito econômico direto, como, por exemplo, a venda de *softwares* copiados clandestinamente, já que não comprovada a reprodução dos programas; a duas, por não existir prova do proveito econômico indireto, uma vez que, em que pese serem os programas utilizados na gerência dos negócios, tal proveito funcional tem que se corporificar, comprovadamente, através de alguma forma de proveito financeiro, cuja prova é de difícil confecção.

No que tange ao *quantum* da indenização, há que ser apurado o valor de mercado de cada programa de computador indevidamente utilizado, e não o valor da versão atual do programa.

A sentença não decidiu se o valor de cada programa a ser indenizado deverá ser o preço de varejo ou o preço de fábrica, motivo pelo qual a questão não será analisada nesta oportunidade, sob pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição, e deverá ser resolvida na fase de liquidação de sentença.

Não merece prosperar o pedido de consideração das licenças apresentadas com a contestação para dedução do valor devido a título de indenização, uma vez que as rés não comprovaram que aquelas se referem aos programas encontrados no ato da perícia.

Alegam as rés, segundas apelantes, que houve sucumbência recíproca, pelo que se faz necessária a divisão das custas/despesas processuais e dos honorários advocatícios.

Razão lhes assiste. Na petição inicial, foram formulados os pedidos de indenização com base no art. 103 da Lei 9.610/98 e no proveito econômico auferido pelas rés, além de que as rés se abstenham de continuar utilizando os programas irregulares. Entretanto, as autoras não obtiveram êxito no pleito relativo à indenização com base no proveito econômico.

Assim sendo, verifica-se que não há que se falar em decadência de parte mínima do pedido, devendo ser rateados, proporcionalmente, os ônus da sucumbência.

Finalmente, para que não parem dúvidas, já que não foi expressamente consignado na r. sentença monocrática, entende-se prudente acrescentar que os programas de computador indevidamente utilizados pelas rés devem ser definitivamente entregues às autoras e, na impossibilidade, as rés devem se abster de continuar a utilizá-los, sob pena de multa diária de R\$ 200,00, que deverá ser corrigida a partir da data do julgamento.

Pelo exposto, rejeitam-se as preliminares e dá-se parcial provimento a ambos os recursos, para reformar parcialmente a r. decisão recorrida, julgando-se parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar as rés a pagar às autoras indenização no valor unitário de mercado dos programas utilizados ilegalmente, quantia a ser apurada em liquidação de sentença por arbitramento, decotada a multa de 10%; para determinar que as rés entreguem definitivamente às autoras os programas indevidamente utilizados e, na impossibilidade, que se abstenham de continuar a utilizá-los, sob pena de multa diária de R\$ 200,00; e para distribuir os ônus da sucumbência, devendo as rés arcar com 80% e as autoras com 20% do total determinado pela sentença.

Custas recursais do primeiro recurso, em 80% pelas apelantes (Microsoft Corporation e outra) e em 20% pelas apeladas (Felt Eletricidade Industrial Ltda. e outras). Do segundo recurso, 50% para cada parte.

-:-:-