

RECURSO ESPECIAL Nº 1.217.171 - RJ (2010/0189767-2)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : MADEIL
ADVOGADOS : ANTÔNIO DE FIGUEIREDO MURTA FILHO E OUTRO(S) - RJ059164
JOÃO MARCOS PAES LEME GEBARA E OUTRO(S) - RJ103741
CONRADO STEINBRUCK FRAZAO E OUTRO(S) - RJ175914
GABRIEL MONNERAT CYRINO DA GAMA E SILVA E OUTRO(S) -
RJ224464
RECORRIDO : X P E P A E
OUTRO NOME : X P E P A L
ADVOGADO : DIOGO ALBUQUERQUE MARANHÃO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) -
RJ122809

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DIREITOS AUTORAIS. SEGREDO DE JUSTIÇA. DECISÃO LIMINAR COMO OBJETO DO APELO ESPECIAL. SÚMULA N. 735/STF. PROCESSO CIVIL MODERNO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROTEÇÃO AO BEM JURÍDICO. NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA. DEPOIMENTO PESSOAL: MEIO DE PROVA. INTERROGATÓRIO LIVRE: PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ, SEM EFEITO PROBANTE.

1. Propriedade industrial e direitos autorais são institutos distintos, disciplinados em instrumentos normativos diversos: Lei n. 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e a Lei n. 9.610/1998, que disciplina os direitos autorais e conexos.

2. Admite-se o processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico; e a análise de sua necessidade e interesse, em regra, requer o revolvimento do contexto fático probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, à luz do enunciado da Súmula 7/STJ.

3. Esta Corte, em sintonia com o disposto na Súmula n. 735/STF, entende incabível o recurso especial, via de regra, para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, sendo possível a análise do apelo nos casos de violação direta do dispositivo legal que disciplina o deferimento da medida.

4. O processo civil moderno interpreta a cláusula do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF/88) como elemento que legitima o exercício da jurisdição, não apenas sob o enfoque individualista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo.

5. A antecipação de tutela, nos moldes do disposto no art. 273 do CPC/1973, constitui relevante instrumentário de que dispõe o magistrado para que propicie resposta jurisdicional oportuna, adequada e efetiva à proteção do bem jurídico tutelado, abreviando, ainda que em caráter provisório, os efeitos práticos do provimento definitivo.

6. A tutela antecipatória, diversa da cautelar, representa a própria realização do direito material (e não mera garantia de utilidade e eficácia do próprio processo). Por esse motivo, para ser concedida, insuficiente a mera plausibilidade do direito – expressa na fórmula *fumus boni iuris* – que é suficiente para a tutela cautelar (duplamente instrumental); exigindo, pois, *prova inequívoca* das alegações em que se fundamenta o demandante.

7. Não estará configurada a *prova inequívoca*, que autoriza a antecipação da tutela, quando a formação da convicção depender ainda da coleta de outros elementos probatórios não trazidos na inicial, reclamando, portanto, cognição mais aprofundada e cuidadosa.

8. O *depoimento pessoal* e o *interrogatório livre* são meios de se ouvir o que as partes têm a dizer sobre os fatos da causa, podendo interferir no convencimento do juiz. O depoimento pessoal é meio de prova destinado a provocar a confissão do adversário. O interrogatório livre não é meio de prova, mas expediente do juiz para aclarar pontos duvidosos ou obscuros das alegações e das provas.

9. No caso dos autos o *interrogatório* utilizado pelo juízo de piso, conforme declarado pelo próprio acórdão, não é meio de prova, mas instrumento de que se valeu o juiz para conferir direção ao processo, sendo insuficiente à concessão da antecipação de tutela, uma vez que a convicção estaria fundada exclusivamente em elementos formados pelo próprio requerente – sem o crivo do contraditório – e na dependência de outros elementos probatórios não trazidos na inicial.

10. Recurso especial provido para cassar a tutela antecipada deferida na origem.

VOTO-VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Na origem, M A DE I L interpôs agravo de instrumento contra decisão que antecipou os efeitos da tutela pleiteada por X P E P A E., no bojo de ação de obrigação de não fazer, cumulada com pedido de indenização, sob o argumento de violação de direito da autora e danos à imagem de sua marca.

Narrou a agravante, ora recorrente, que a autora acusou a empresa ré de veicular, em anúncios postados em seu endereço eletrônico, exemplares contrafeitos dos CDs "Xuxa Talk Me", "Xuxa Especial 20 Anos", além do filme "Amor Estranho Amor", aduzindo também que a requerida não teria adotado nenhuma medida preventiva ou fiscalizadora para inibir tal prática cometida por seus usuários.

Superior Tribunal de Justiça

Informou que o feito foi convertido em diligência, e então houve oitiva dos representantes da autora, sem a presença da ré, e que não teria sido reduzido a termo tal depoimento. Aduziu que o conteúdo do que foi coletado pelo juízo, “informalmente”, foi o fundamento para a concessão da tutela antecipada.

Impugnou o fato de ter sido dispensada pelo juízo a juntada de documento essencial à comprovação do direito afirmado pela agravada/autora, qual seja, o contrato de concessão de direitos autorais relativos aos produtos reclamados.

Defendeu a incompetência do juízo cível para o processamento da demanda, porquanto o pedido formulado na peça inicial diz respeito à violação a direito de propriedade intelectual, devendo ser distribuída a um dos juízos das varas empresarias, em razão da competência ditada pela matéria.

Afirmou a existência de erro quanto à valoração da prova, dada a impossibilidade, no âmbito do processo, de considera como *prova inequívoca* aquilo que fora consignado em “oitiva informal” de uma das partes, sem a presença da adversa, além da redução a termo sem que fosse disponibilizado nos autos o “depoimento”.

Contestou, com base no *princípio do esgotamento da marca* (art. 132, III, da Lei n. 9.279/1996), assim como no direito de propriedade, albergado pelo Código Civil, a assertiva do juízo de origem no sentido de que seria indispensável a anuência da agravada para a comercialização de produtos ligados à sua marca.

Concluiu que atua como provedora de espaço de **comércio eletrônico**, a serviço de qualquer pessoa interessada em vender seus bens a outros usuários da *internet*, desde que nos termos e condições impostas, promovendo a expansão do espectro de adquirentes em relação a meios convencionais, como os *classificados* de jornal, por exemplo.

Analisado o agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento ao recurso, ratificando a decisão agravada, conforme a ementa que se segue (fls. 318-319):

Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de não fazer, com pedido cumulativo de indenização. Veiculação em site da agravante, na internet, com a venda de produtos inidôneos da agravada. Pirataria e venda de bens, cujo direito de comercialização pertence apenas à agravada.

Medida liminar que determinou a retirada dos respectivos anúncios, em cinco dias, sob pena de multa diária. É competente o juízo cível para processar e julgar a demanda, pois seu objeto diz respeito a direito autoral e não a propriedade intelectual ou nome comercial, como alegado pela agravante. Assim, aplica-se também a regra de competência territorial do parágrafo único, do art. 100, do CPC, sendo competente o juízo da Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca. É válido o depoimento pessoal do representante da agravada, colhido pelo juízo a quo para lastrear sua

Superior Tribunal de Justiça

decisão antecipatória dos efeitos da tutela. O juiz pode determinar as provas que entender necessárias ao julgamento da lide, podendo, a qualquer momento e de ofício, ordenar o comparecimento pessoal das partes, a teor do dispõe o art. 342, do CPC. Tem o juiz o poder geral de cautela, que o autoriza a determinar providências cautelares, de ofício, como ocorrido no caso.

O depoimento pessoal colhido não depende da assinatura do escrivão para a sua validade, pois segundo o princípio da instrumentalidade do processo, o ato atingiu a sua finalidade, não havendo qualquer nulidade que o vicie. É possível o acautelamento de documento nas mãos da própria autora, quando as providências cautelares exijam que o documento deva ser mantido em sigilo. No entanto, a qualquer momento, a autora pode ser chamada a exibí-lo em juízo, sempre que for necessário ao julgamento da causa. É vedado à parte negar-se ao cumprimento da medida antecipatória da tutela, ao argumento da impossibilidade de fazê-lo, vez que faz parte do risco da atividade que exerce a proteção dos direitos autorais e da imagem dos proprietários dos produtos vendidos em seu sítio na internet. Recurso a que se nega provimento.

Foi interposto recurso especial com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional e alegação de violação aos arts. 91, 113, 155, 250, parágrafo único, 273, 333, I, 342, 344 e 396, todos do CPC/1973.

Nas razões do apelo, em suma, a recorrente reitera a incompetência do juízo cível.

Afirma ser ilegal a oitiva informal do representante da parte recorrida, fundamento da antecipação dos efeitos da tutela, em flagrante desrespeito ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Contesta a decretação de segredo de justiça para o caso e afirma que a *função social do contrato* utilizada pelo acórdão para justificar a decretação não teria o condão de sustentar a medida. Argumenta que a requerida é pessoa jurídica distinta da pessoa física pública, cuja imagem se pretende-se preservar (Maria da Graça Xuxal Meneguel). Somado a isso, afirma que o princípio geral da função social não compõe o rol taxativo do art. 155 do CPC/1973, que discrimina as hipóteses de segredo de justiça.

Requer, ao final, seja determinada a juntada aos autos do contrato de cessão de direitos autorais do filme "Amor Estranho Amor".

Na sessão de julgamento ocorrida em 17/9/2019, o eminente relator, Ministro Marco Buzzi, proferiu seu voto dando parcial provimento ao recurso. Reformou as decisões originárias para restringir a extensão da tutela antecipada deferida, condicionando seus efeitos à apresentação pela autora das URLs/links dos anúncios ofensivos, devendo ser retificada a ordem judicial com especificação clara do conteúdo apontado como violador de direito. Outrossim, determinou a apresentação em juízo, para conhecimento da recorrente, do

contrato de cessão de direitos autorais, objeto da lide.

Na ocasião, para análise mais detida da questão, pedi vista dos autos.

Este é o relatório, em complemento ao elaborado pelo cuidadoso relator.

2. No que respeita à alegação de **incompetência do juízo**, argumenta a recorrente que a questão posta é atinente à propriedade industrial, e não a direitos autorais, o que atrairia a competência de vara especializada para o tema na Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

Contudo, penso, assim como o douto Ministro relator - e defendido pelo acórdão de origem -, que a lide estrutura-se, eminentemente, nos argumentos relativos ao direito autoral da recorrida, em tese, documentados em contrato de cessão de direitos autorais, que embasam o pedido de retirada de comercialização do site da recorrente dos produtos a que se refere aquele pacto.

De fato, como bem pontuou o eminente Ministro Marco Buzzi, propriedade industrial e direitos autorais são institutos distintos e, como não poderia deixar de ser, disciplinados em instrumentos normativos diversos, quais sejam, Lei n. 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e a Lei n. 9.610/1998 disciplina os direitos autorais e conexos.

Por outro lado, anoto que a contrafação (*pirataria*) é **causa de pedir** do pleito principal, atinente à retirada de circulação de produtos do *site* de vendas da recorrente, porque alegadamente falsificados e para os quais não houve autorização da autora para que fossem comercializados.

Com efeito, o pedido de indenização pelo prejuízo que a autora diz ter sofrido com as negociações de produtos *piratas* não foi formulado em face da recorrente por ter sido ela o **agente da reprodução não autorizada**, não há essa acusação nos autos.

Nessa linha, a meu ver, a questão meritória da ação originária consiste na investigação da **responsabilidade da recorrente**, na qualidade de provedora de espaço de comércio eletrônico, pelos danos advindos da **intermediação de negociações**, que, porventura, tenham como objeto produtos de contrafação.

Assim, seja para solução de **questão relativa a direito autoral**, seja para o processamento de demanda que investiga **responsabilidade civil**, não seria competente o juízo de nenhuma Vara Empresarial.

Correta, pois, a decisão impugnada, nesse particular.

3. Noutro ponto, quanto à impugnação à decretação do **segredo de justiça** pelo juízo *a quo*, acompanho, igualmente, o eminente Ministro relator, por não verificar

nenhuma irregularidade na combatida providência capaz de motivar a suspensão da medida por esta Corte.

No rumo dos fundamentos do acórdão recorrido, a doutrina e a jurisprudência desta Casa já assentaram que a **necessidade de defesa da intimidade** pode ser considerada causa de exceção à publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, da CF/1988), já que **exemplificativo** o rol das hipóteses de segredo de justiça do diploma processual de 1973 (art. 155 do CPC)

Essa a lição de Egas Dirceu Moniz de Aragão, para quem a Constituição Federal de 1988 teria aumentado o poder discricionário dos juízes, que era menos amplo, e assim restringiu a incidência do princípio da publicidade dos atos processuais “em defesa da intimidade”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18).

Na jurisprudência, confira-se:

PROCESSO CIVIL. SEGREDO DE JUSTIÇA. ART. 155 DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO. INFORMAÇÕES COMERCIAIS DE CARÁTER CONFIDENCIAL E ESTRATÉGICO. POSSIBILIDADE.

- O rol das hipóteses de segredo de justiça contido no art. 155 do CPC não é taxativo.

- **Admite-se o processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico.**

Agravo a que se nega provimento.

(*AgRg na MC 14.949/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 18/06/2009*)

Ademais, conforme assinalado, a análise da necessidade e do interesse no segredo de justiça demanda, em regra, o revolvimento do contexto fático probatório dos autos, providência inviável no âmbito de recurso especial, à luz do enunciado da Súmula n. 7/STJ.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INSTRUMENTO. SEGREDO DE JUSTIÇA. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. CABIMENTO EXCEPCIONAL. TRIBUNAL A QUO ENTENDEU PELA DESNECESSIDADE DE SEGREDO DE JUSTIÇA, POIS A EXIBIÇÃO DA APÓLICE DE SEGURO É INCAPAZ DE CAUSAR PREJUÍZO À PARTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O eg. Tribunal estadual, à luz das provas carreadas aos autos, afastou a necessidade de segredo de justiça, assentando que a apresentação de documentos - apólices de seguros de responsabilidade civil por danos causados a terceiros - seria incapaz de causar prejuízo à ora agravante. Por sua vez, a pretensão de revisar tal entendimento, sob alegada ofensa ao art. 155 do

Superior Tribunal de Justiça

CPC/73 e ao art. 206 da Lei 9.279/96, demandaria revolvimento fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, conforme Súmula 7/STJ.

2. Agravo interno desprovido.

(*AgInt no AREsp 1301454/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018*)

4. Seguindo no exame do apelo, assim como o fez o zeloso voto precedente, deve ser registrado o entendimento deste Tribunal, orientado pelo enunciado da Súmula 735/STF, no sentido de não ser cabível o recurso especial, em regra, para reexaminar decisão que defere ou indefere antecipação de tutela, em razão de sua incontroversa precariedade. Nestes termos, a interposição do pleito excepcional apenas é possível para **análise de violação do dispositivo legal que disciplina o deferimento da medida antecipatória.**

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO. ARTIGO 557, DO CPC. JULGAMENTO COLEGIADO. SUPERAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. QUESTÕES DE MÉRITO. PRECIPITAÇÃO. SÚMULA N. 284-STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. SÚMULA N. 98-STJ. PARCIAL PROVIMENTO.
(...)

2. Esta Corte, em sintonia com o disposto na Súmula 735 do STF (Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar), entende que, via de regra, não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, sujeita à modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmada ou revogada pela sentença de mérito. Apenas violação direta ao dispositivo legal que disciplina o deferimento da medida autorizaria o cabimento do recurso especial, no qual não é possível decidir a respeito da interpretação dos preceitos legais que dizem respeito ao mérito da causa. Precedentes.

3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar os pressupostos de fato necessários ao deferimento de liminar ou antecipação de tutela (Súmula 7).

4. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório". Súmula n. 98, desta Corte.

5. Agravo regimental parcialmente provido.

(*AgRg no Ag 658931/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 31/08/2011*)

Na linha do consolidado entendimento, também penso não ser o caso de incidência da Súmula n. 735/STF, por tratar-se a hipótese, exatamente, da situação excepcional autorizadora.

É que, a meu juízo, a questão controvertida principal deste recurso está justamente em **definir a presença dos requisitos do art. 273 do CPC/1973**, indispensáveis à concessão da antecipação dos efeitos da tutela, que, no caso concreto, consistiu na

Superior Tribunal de Justiça

determinação à recorrente de retirada do seu *site* das ofertas de comercialização de produtos em relação aos quais a recorrida alega ser cessionária dos respectivos direitos autorais.

5. No mérito do recurso, a questão central consiste em averiguar se a decisão que deferiu a medida antecipatória com base no **depoimento pessoal da autora** - e que o considerou *prova inequívoca* do direito alegado -, violou ou não o dispositivo previsto no art. 273 do CPC/1973.

Vale a transcrição de trechos da petição inicial da ação de obrigação de não fazer e indenização ajuizada pela recorrida, que auxiliam na elucidação necessária dos fatos (fls. 66-83):

A presente demanda tratará de dano a imagem de marca e de pirataria, sendo certo que todas as medidas foram tomadas pela autora no sentido de conscientizar o réu da ilicitude das práticas verificadas e denunciadas através de notificações extrajudiciais, porém, não surtiram efeitos.

A exposição dos fatos demonstrará com exatidão que a autora vem tentando, infrutiferamente, combater a flagrante comercialização de produtos piratas através do *sítio* do réu.

(...)

O *sítio* do réu tem levado a milhares de pessoas a opção de se efetuar a compra de um produto contrafeito com um simples click, por exemplo, do CD "Xuxa Talk To Me", não obstante a apresentadora nunca tenha gravado qualquer CD em inglês!

(...)

No caso em questão qualquer pessoa pode, hoje, acessar, *sítio* do réu e efetuar a compra de um Compact Disc pirata falado em inglês com a marca da autora (Xuxa), ou ainda, do filme Amor Estranho Amor, em DVD, causando flagrante prejuízo já que sequer existiu um original do primeiro e o segundo nunca foi fixado no suporte em que vem sendo comercializado (DVD) . O filme nunca foi fixado em formato que não seja o VHS.

Ademais, a comercialização do filme é exclusiva da autora, a única detentora aos direitos patrimoniais da obra.

A autora nunca autorizou qualquer comercialização ou reprodução do filme, e diferentemente não o fez quanto ao réu, que não tem, nem nunca teve autorização para vendê-lo.

(...)

A veiculação e venda indevida do CD com a marca Xuxa, "Xuxa Talk To Me" - certamente gera danos irreparáveis à autora e à sociedade, afinal, trata-se de um crime. O prejuízo á autora é evidente e pode ser ainda maior.

Requer-se, assim, a antecipação da tutela específica de obrigação de não fazer, devendo o réu, incontinenti, abster-se de anunciar, veicular, ofertar, reproduzir, permitir ou intermediar qualquer compra e venda do CD "Xuxa Talk To Me" e do conteúdo do filme "Amor Estranho Amor" ou de qualquer produto pirata, através do *sítio* mercadolive.com.br. e qualquer outro sob sua administração.

(...)

Requer-se que:

a) seja concedida, liminarmente, tutela específica de obrigação de não

Superior Tribunal de Justiça

fazer, devendo o réu, incontinenti, abster-se de anunciar, veicular, ofertar, reproduzir, permitir ou intermediar qualquer compra e venda do CD "Xuxa Talk To Me", "Xuxa Especial 20 anos" e do conteúdo do filme "Amor Estranho Amor" (mesmo que esteja com outra nomenclatura), através do sítio jnercadoivre.com.br. E qualquer outro sob sua administração, sob pena de pagamento,

c) seja o réu condenado, em definitivo, a se abster de anunciar, veicular, ofertar, reproduzir, permitir ou intermediar qualquer compra e venda do CD "Xuxa Talk To Me", "Xuxa Especial 20 anos" e do conteúdo do filme "Amor Estranho Amor" (mesmo que esteja com outra nomenclatura) através do sítio mercadolivre.com.br. e qualquer outro sob sua administração, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

d) o réu seja obrigado a criar um filtro para evitar a oferta, anúncio e venda de produtos piratas com a marca Xuxa, isto é, que crie mecanismos que impeçam o livre comércio de produtos piratas com a marca da autora, sob pena de aplicação de multa diária por cada produto ofertado e comercializado no sítio mercadolivre.com.br;

e) o réu seja condenado a ressarcir a autora pelas perdas e danos causados pela violação do direito patrimonial de obra de autor, em quantia a ser arbitrada em fase de liquidação de sentença nos moldes do capítulo IV da inicial;

f) o réu seja condenado a ressarcir a autora pelo dano à imagem da marca Xuxa, em quantia a ser arbitrada em fase de liquidação.

Ao analisar o pedido liminar, o juízo da 7ª Vara Cível, considerando presentes os requisitos do art. 273 do CPC/1973, concedeu a antecipação de tutela, nos moldes postulados, determinando que a ré retirasse de seu *site* os anúncios em que constassem produtos apontados na inicial, sob pena de multa diária no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais). Outrossim, quando da decisão agravada concessiva da tutela, informou o julgador a conversão do feito em diligência, para proceder à oitiva dos responsáveis pela empresa autora, nos seguintes termos (fls. 126-129):

Para melhor exame da tutela postulada, e para evitar uma decisão contrária ao bom direito, converti o julgamento em diligência para proceder o oitiva dos responsáveis pela empresa, para tanto procedi diligência direta e oitiva para posterior decisão. Passei a ouvir informalmente o senhor Hercculano Torres, diretor do Dpto financeiro da empresa autora, respondendo por esta (CPF 03255484715): que jamais celebrou a empresa autora qualquer tipo de contrato comercial de qualquer ordem com a empresa ré, que jamais autorizaram ou (concordaram com qualquer forma de comercialização da marca ou mercadoria ligada a empresa autora. Que qualquer produto ligado a marca XUXA carece de anuência direta dos autores, tendo este exclusividade para a comercialização dos mencionados produtos, para que ocorra a venda de qualquer produto ligado a marca é indispensável a ciência e anuência dos autores. Que o direito de comercialização de qualquer material musical da marca XUXA carece de outorga dos autores para comercialização. Que todos os direitos ligados ao produto constante de fls. 35 (filme amor estranho amor) foram comprados pelos autores, sendo exibido ao Magistrado e entregue neste ato. Neste contrato foi comprado e cedido os direitos patrimonial do autor e obra cinematográfica

aos autores, com absoluta exclusividade. Sendo que jamais efetuou contrato para a comercialização do aludido filme. A negociação do filme gera prejuízos incomensuráveis a marca e a imagem da autora, motivo pelo qual efetuaram a compra. Tal fato deprecia profundamente exploração comercial e futuro da marca em questão. Que jamais produziram o filme constante de fls. 39, bem como nunca exploraram comercialmente o mesmo. Que o boneco de fls. 50 não produzido pelos autores, bem como não foi outorgado a terceiros a produção. Que, pela falsificação grosseira, tem diariamente sofrido graves prejuízos econômicos e morais a marca. Neste ato, exibiu contrato de comercialização de bonecos (sendo acostado aos autos), no qual exigem os autores uma série especificações como elementos essenciais para negociarem a marca. Ao passo que os produtos negociados no site da ré são de qualidade e teor comprometedores. Que notificaram a empresa ré, que manteve os produtos no ar à venda.

(...)

Passo ao exame:

1 - Concedo a permanência do contrato em questão com os autores, bem como determino o máximo sigilo, recomendando ao cartório as providências de praxe.

2- Passo ao exame da tutela antecipada em questão.

Trata-se de pedido de antecipação de tutela, sendo indispensável a presença dos requisitos do art. 273 do CPC.

Em especial, cabe destacar que a prova inequívoca é aquela de conteúdo absolutamente incontestável, que se revela de pronto com todos os seus elementos, o que ocorre no caso em tela.

Em especial por comprovar o depoimento colhido os graves prejuízos causados aos autores diante da comercialização e exploração irregular de um produto de sua exclusividade.

Ademais, a maior parte dos bens vendidos no site da ré não são autênticos, o que, gera diariamente dano inegável aos autores.

(...)

Ademais, presente o fundado receio de dano irreparável, mormente pelos riscos sofridos, quer seja pelo prejuízo diário, quer seja pela comercialização de produtos de péssima qualidade, quer seja pelos riscos causados por estes ao consumidor e a imagem da autora.

(...)

Por fim, alguns itens devem ser esclarecidos.

Conforme fls. 21 e seguintes, a autora detêm a exclusividade da negociação dos produtos, corroborado pelo depoimento prestado.

Acerca do ponto, dispôs o tribunal fluminense (fls. 322-323):

Afastada a preliminar de incompetência, **deve-se afastar também a alegação de nulidade do depoimento pessoal do representante da agravada**. Em primeiro lugar, ao contrário do que afirma o agravante, o depoimento colhido foi reduzido a termo, a fls. 62/67, não havendo qualquer nulidade que o vicie.

Clara é a possibilidade de o juiz colher as provas que entender necessárias ao deslinde da controvérsia, como consta no texto do art. 130, do CPC, que segue transcrito, *in verbis*:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as

diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Também pela leitura do art. 342, do CPC, verificamos a legalidade do depoimento colhido:

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Por outro lado, ao juiz é conferido o poder geral de cautela, permitindo-lhe que, sem ouvir o réu, determine as medidas cautelares necessárias ao processo, como é o caso do depoimento pessoal imprescindível ao deferimento da medida antecipatória da tutela. Tal prerrogativa encontra-se positivada no art. 804, do CPC.

Nesse contexto, descabe argumentar que o depoimento pessoal da agravada foi colhido sem a presença do escrivão (art. 140, III, do CPC), uma vez que o processo civil moderno rege-se, entre outros, pelo princípio da instrumentalidade das formas e no caso em exame a prova colhida atingiu a sua finalidade.

(...)

Com relação ao contrato de cessão de direitos autorais, ressalte-se que o seu conteúdo não é desconhecido, posto que o depoimento pessoal do representante da agravada o reproduz. Por outro lado, o juiz determinou o acautelamento do referido contrato com a agravada, em face do sigilo necessário à proteção dos direitos autorais, porém tal procedimento possibilita que a autora seja chamada a exhibir o documento, sempre que necessário à solução da demanda.

Releva notar, ademais, que se deve afastar a tese da impossibilidade de cumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela, pois a administração das informações que publica em seu sítio na internet são de inteira responsabilidade da sociedade -agravante.

Acrescente-se que se trata de risco do negócio que escolheu explorar, não podendo o agravante furtar-se ao cumprimento da decisão, quando sua atividade comercial está causando prejuízos à imagem e à marca da agravada.

Assim, presentes todos os requisitos do art. 273, do CPC, com acerto concedeu o juiz a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

apelo.

Por essas razões, voto no sentido de negar-se provimento ao apelo.

É necessária a transcrição do art. 273 do diploma processual pretérito, de modo a facilitar a compreensão da controvérsia:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Apenas a título informativo, saliente-se que o Livro V, Parte Geral, do CPC de 2015 destinou-se à inédita tutela provisória, em substituição à tutela antecipada (art. 273 do CPC/1973) e às medidas cautelares (Livro III do CPC/1973).

Superior Tribunal de Justiça

Como de conhecimento, a nova sistemática processual aboliu o 'processo cautelar', (artigos 796 a 889 do CPC/1973), passando a tutela provisória a ser gênero do qual são espécies a 'tutela de urgência' e a 'tutela de evidência' (artigo 294, 'caput' do CPC/2015). A 'tutela provisória de urgência' tem natureza 'antecipada' ou 'cautelar' e caráter 'antecedente' ou 'incidental' (artigo 294, parágrafo único do CPC/2015).

Abaixo, os dispositivos em comento:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

6. É bem verdade que o processo civil moderno não negligencia a cláusula do *devido processo legal*, constitucionalmente assegurada (art. 5º, LIV), interpretada não apenas sob o enfoque individualista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como elemento que legitima o exercício da jurisdição.

Na linha desse raciocínio, oportuno referir que a impossibilidade, ou mesmo a dificuldade de **exercício do contraditório** ou **apresentação de defesa** é, sem dúvida, o mais repudiado e duramente combatido prejuízo verificável num processo, por atingir diretamente as partes e a própria jurisdição, que longe de aperfeiçoar-se, nesse caso, se realizaria de maneira defeituosa.

Sobre a questão, valiosa lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Professor-Doutor da Universidade de São Paulo:

A nosso entender, a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este. **Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova).** Por isso, a **racionalidade do direito processual não há de ser a racionalidade**

tecnológica-estratégica, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material da decisão quanto a concordância dogmática da decisão.

(*Efetividade e processo de conhecimento*. Revista de Processo, ano 24, n. 96, out-dez/1999, pp. 60/61)

De outra parte, a antecipação de tutela, nos moldes do disposto no art. 273 do CPC/1973, constitui relevante instrumentário de que dispõe o magistrado para que propicie resposta jurisdicional oportuna e adequada que, efetivamente, confira proteção ao bem jurídico tutelado, abreviando, ainda que em caráter provisório, os efeitos práticos do provimento definitivo.

O professor Humberto Theodoro Júnior salienta, aliás, “que a antecipação de tutela, como aliás se passa com todas as medidas de urgência, inclusive as cautelares, não é uma simples faculdade exercitável pelo juiz, a seu bel prazer. Presentes os requisitos legais, a parte tem o direito subjetivo processual a sua obtenção e, conseqüentemente, ao juiz cabe o dever de deferir-la”. Adverte o culto processualista, no entanto, que configura arbitrariedade tanto o deferimento de antecipação de tutela fora dos parâmetros legais, quanto sua não concessão quando presentes os requisitos prescritos pelo art. 273 e seus parágrafos. (*Código de Processo Civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 317)

É Antonio Carlos Marcato quem afirma, ao analisar a natureza da antecipação de tutela regulada pelo art. 273 do CPC, que, apesar de não consensual, predomina o entendimento de que não se trata de cautelar, pois não se limita a conservar situações para assegurar a efetividade do resultado final, implicando, sim, antecipação do próprio resultado. Preleciona:

Muito mais do que se preocupar com as diferenças existentes entre tutela cautelar e tutela antecipada, mais útil para o sistema é considerá-la como espécie do gênero *tutela de urgência*.

A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a um resultado qualquer, mas a um resultado útil no tocante à satisfação do direito lesado ou ameaçado. Mas também se inclui nesse contexto o direito à cognição adequada a assegurar o contraditório real e a ampla defesa.

(MARCATO, Antonio Carlos (Org.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 829-832)

Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco observou que a técnica engendrada pelo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. “Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória

conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor". (A reforma do Código de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 141).

É igualmente significativo o pensamento do saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, para quem reside na regra do mencionado art. 273 "(...) uma das mais importantes inovações da reforma processual. Daí o relevo que passa a ter sua correta aplicação, para que não se repitam os equívocos e abusos ocorridos na prática com a cautelar inominada, com a qual, aliás, não se confunde a tutela do art. 273" (*Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 197).

Também a saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover realiza pontual reflexão segundo a qual, tendo naturezas distintas, as tutelas *cautelar* e *antecipatória* sujeitam-se a pressupostos diversos, "importando salientar que a segunda, **precisamente por representar a própria realização do direito material afirmado pelo demandante** (e não mera garantia de utilidade e eficácia do próprio processo), **não se contenta com a mera plausibilidade do direito** – expressa na fórmula *fumus boni iuris* – que é suficiente para a tutela cautelar (duplamente instrumental); exige, pois, *prova inequívoca* das alegações em que se fundamenta o demandante (art. 273, *caput*, do CPC)" (*Antecipação de tutela no inquérito civil à luz das garantias constitucionais fundamentais do contraditório e da prova inequívoca*. Biblioteca Digital de Produção Intelectual da USP. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. n. 8, 2010, pp. 233-251).

Cândido Dinamarco situa a *prova inequívoca*, tal como Pellegrini, como algo superior ao *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar. Sobre o ponto, o jurista mineiro Ernane Fidélis dos Santos é mais incisivo, e afirma que convencimento de verossimilhança nada mais é do que um "**juízo de certeza**, de efeitos processuais provisórios sobre os fatos em que se funda a pretensão em razão da **inexistência de qualquer motivo de crença em sentido contrário**. Provas existentes, pois, que tornam o fato, pelo menos provisoriamente, indene de qualquer dúvida". E conclui: "Não havendo a prova concludente, mas sendo fortes os motivos da crença, a verossimilhança não deixa de existir, mas, neste caso, o juízo de máxima probabilidade cede lugar à simples possibilidade, mera aparência que pode revelar o *fumus boni iuris*, informador apenas da tutela cautelar (*Novos perfis do processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 30).

Numa posição mais radical, na doutrina nacional, processualistas como Calmon de Passos, defendendo que a antecipação da tutela, para que seja deferida, deve ser "obedecido, no procedimento em que se postula a antecipação, o princípio do contraditório. Não sendo possível sua concessão sem audiência da parte contrária, que deve responder no prazo que se prevê para a cautelar". (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 11).

Neste ponto, novamente Ada Pellegrini, atenta à forma como são inferidos os elementos de convicção do juiz, afirmou, em parecer que tratou do instituto no Inquérito Civil, à luz das garantias fundamentais, referenciado acima, que a *prova inequívoca* que autoriza a antecipação da tutela não estará configurada "– tanto mais quando apta a gerar importantíssimas repercussões na vida e patrimônio do demandado – quando a formação da convicção depender ainda da colheita de outros elementos probatórios não trazidos na inicial, reclamando, portanto, cognição mais aprofundada e cuidadosa". (*Op. cit.*)

No mesmo rumo de entendimento, Ernane Fidélis dos Santos, tendo em mente que a *provisoriamente* da tutela não autoriza o descuido com as atividades instrutórias da cognição sumária, elucida:

(...) antecipação pode ser dada a qualquer momento do processo, ficando a critério do juiz ouvir ou não o réu, antecipadamente, se requerida como liminar, mas, **se não houver a prova inequívoca, isto é, a que, desde já e por si só, permita a compreensão do fato como juízo de certeza**, pelo menos provisória, não será possível, mormente quando o entendimento do juiz depende da colheita de outros elementos probatórios, para, depois, em análise do conjunto, extrair a conclusão. (*Op. cit.*, p. 31).

Assim foi o julgamento proferido por esta Turma:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. CONCESSÃO DE LIMINAR PARA DETERMINAR A SUBSTITUIÇÃO, EM PRAZO RAZOÁVEL, DAS EMBALAGENS DE PRODUTOS POSSÍVEIS DE SEREM CONFUNDIDAS COM AS UTILIZADAS POR MARCA CONCORRENTE. POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE.

1. A antecipação de tutela, nos moldes do disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, constitui relevante instrumentário de que dispõe o magistrado para que, existindo prova inequívoca e verossimilhança das alegações, dentro de seu prudente arbítrio, preste tutela jurisdicional oportuna e adequada que, efetivamente, confira proteção ao bem jurídico tutelado, abreviando, ainda que em caráter provisório, os efeitos práticos do provimento definitivo.

2. A decisão recorrida reconheceu expressamente que "uma primeira análise das embalagens dos sabonetes comercializados pelas partes permite constatar a existência de uma grande semelhança no conjunto visual dos produtos, a qual tem inegável potencial de levar à confusão, induzindo o consumidor a adquirir um pelo outro", e, portanto, limita-se a impor à ré, no prazo de 90 dias, alterações nas embalagens de sua nova linha de sabonetes. A providência liminar, ademais, em caráter provisório, não tutela a marca, mas sim faz cessar a possível concorrência desleal, evitando eventual utilização indevida de elementos que têm função "para-marcárias", que a doutrina denomina "Trade Dress".

3. Dessarte, como o artigo 209, § 1º, da Lei 9.279/96 expressamente prevê a possibilidade de o juiz, em casos de violação de direitos de propriedade industrial ou prática de atos de concorrência desleal, "nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar

liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje", a revisão da decisão recorrida encontra óbice intransponível na Súmula 7/STJ.

4. Ademais, "[e]sta Corte, em sintonia com o disposto na Súmula 735 do STF (Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar), entende que, via de regra, não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, sujeita à modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmada ou revogada pela sentença de mérito. Apenas violação direta ao dispositivo legal que disciplina o deferimento da medida autorizaria o cabimento do recurso especial, no qual não é possível decidir a respeito da interpretação dos preceitos legais que dizem respeito ao mérito da causa". (AgRg no Ag 658.931/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011) 5. Recurso especial não conhecido.

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1306690/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

No mesmo sentido:

Ação de rescisão de contrato de arrendamento mercantil. Tutela antecipada. Pagamento do Valor Residual Garantido - VRG a descaracterizar o contrato para compra e venda a prestação. Constatação da ausência de prova inequívoca e da verossimilhança das alegações. Precedente da Corte.

1. **Já decidiu a Corte que "a construção legal impôs condições rigorosas para o deferimento da tutela antecipada, assim a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, o que significa que não basta a existência do fumus boni iuris e do periculum in mora, que embasam o deferimento da liminar nas cautelares em geral. É claro que o convencimento da verossimilhança diz respeito ao sentimento íntimo de convicção do Juiz, com o que não há critério objetivo algum para a verificação da sua presença, ainda que para tanto possa ser útil a jurisprudência, particularmente aquela dos Tribunais superiores, especialmente as súmulas. Mas, a "prova inequívoca" exige evidência, elementos probatórios robustos, cenário fático indene a qualquer dúvida razoável"** (REsp nº 131.853/SC, da minha relatoria, DJ de 08/02/99).

(...)

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 410229/MT, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 02/12/2002)

7. Nesse cenário, entendo que, na hipótese, não está presente o requisito da *prova inequívoca*, indispensável para a concessão da tutela pleiteada, conclusão que se alcança, aliás, considerando-se a própria natureza da prova utilizada.

De fato, o *depoimento pessoal* e o *interrogatório livre*, no diploma processual vigente à época, eram os *meios previstos para se ouvir as partes* acerca dos fatos da causa. Embora estivessem regulados, ambos, na mesma Seção dedicada às *provas*, a doutrina já

distingua os institutos, principalmente pela natureza e finalidade. O primeiro como típico meio de prova e o segundo destinado ao exercício dos poderes instrutórios do juiz.

Diego Crevelin de Sousa, em recente artigo publicado na Coluna *Garantismo Processual* da Revista Brasileira de Direito Processual, pontua que os institutos têm entre si dois pontos em comum que merecem destaque: "são meios de se ouvir o que as partes tem a dizer sobre os fatos da causa e podem interferir no convencimento do juiz. Desta forma, cabe ao legislador garantir os meios e aos intérpretes do direito o seu adequado manejo, consoante o *modelo constitucional de processo*, com o objetivo de assegurar a eficácia desses institutos e a efetividade do processo (*Interrogatório livre: o ornitorrinco (?) inconstitucional (!) do procedimento civil brasileiro*). Disponível: emporiododireito.com.br/leitura/5-interrogatorio-livre-o-ornitorrinco-inconstitucional-do-procedimento-civil-brasileiro).

No caso sob análise, anote-se que o acórdão fluminense vale-se do art. 342 do CPC/1973 para fundamentar a oitiva do representante da empresa recorrida. A doutrina especializada entende que tal dispositivo regulamentava o *interrogatório*, enquanto que o *depoimento pessoal* estaria previsto no art. 343 e seguintes do CPC, e esclarece que se trata de institutos diversos, cuja natureza jurídica, finalidade e momento de produção eram distintos (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. pp. 388 e 401).

Segundo preleciona João Batista Lopes, o "depoimento pessoal" é meio de prova destinado a provocar a confissão do adversário. Já o **interrogatório livre**, ou informal, como prefere o professor, **não é meio de prova**, mas expediente do juiz para aclarar pontos duvidosos ou obscuros das alegações e das provas (*A prova no direito processual civil*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 103).

Interessante é a colocação de José Miguel Garcia Medina, para quem tanto o *depoimento pessoal* quanto o *interrogatório informal*, são modalidades de *interrogatório*:

Prevê o CPC, nos arts. 342 e 343, duas modalidades de interrogatório: **(a) o que pode ser determinado ex officio pelo juiz, em qualquer momento processual, a fim de obter esclarecimento acerca dos fatos da causa (art. 342);** e (b) o depoimento pessoal, que é o interrogatório requerido pelo adversário, com o intuito de obter a confissão (provocada, cf. art. 349, caput)".

(*Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2. tiragem. São Paulo: RT, 2011. p. 341)

Nessa mesma linha de entendimento, a doutrina faz a distinção dos institutos quanto à natureza, sustentando que o "depoimento de parte" é meio de prova, voltado precipuamente à obtenção da *confissão*, enquanto o "interrogatório livre" é poder do juiz, voltado apenas à obtenção de esclarecimentos necessários à informação adequada dos

fatos da causa, **sem valor probante**. Assim, o depoimento da parte é meio de prova e **interrogatório livre é meio de *clarificação***. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de direito processual civil*. V.2. RT. 2015, p. 330).

Tomando por base a classificação por natureza e finalidade, a mesma doutrina criticava o CPC de 1973 pela previsão, indiscriminada, no bojo do *depoimento pessoal* (arts. 342 e 343), como se ambos fossem meios de prova, e, portanto, festejou a correção promovida pelo Código de 2015, que assentou o *interrogatório livre* no plano dos *poderes e deveres do juiz*, mantendo apenas o *depoimento da parte* no plano do direito probatório. "Como se a novel legislação tivesse se curvado à natureza das coisas, pondo tudo nos devidos lugares". (*Op. cit.* pp. 388-432).

Nesse passo, penso que é possível afirmar que o *interrogatório* utilizado pelo juízo de piso, conforme declarado pelo próprio acórdão, não é meio de prova, mas instrumento de que se vale o juiz para conferir direção ao processo.

É elemento que compõe o rol dos *poderes instrutórios do juiz*, servindo ao esclarecimento dos fatos para formação da convicção.

Neste sentido é a posição de Marinoni e Arenhart, pois "o interrogatório livre é uma forma de esclarecimento de que se vale o juiz para melhor se inteirar dos fatos. Enquanto o depoimento pessoal tem nítido objetivo probatório. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v.1. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 150-151).

Assim, de fato, a meu juízo não se sustenta o preenchimento do requisito de *prova inequívoca*, condição intransponível para a concessão da tutela antecipada, conforme alhures esclarecido.

Sobre o ponto, para o seu desfecho, vale a transcrição de mais uma passagem da sempre lembrada Professora Ada Pellegrini, importada do trabalho aqui referido, pela lucidez e direção das palavras:

Contraditório e "prova inequívoca" para o fim de antecipação de tutela

Confrontando-se o requisito legal da "prova inequívoca" (CPC, art. 273, "caput"), de um lado, e a exigência constitucional do contraditório como fator de eficácia da prova (CF, art. 5º, LV), **de outro lado, é lícito concluir, conforme já adiantado, que a antecipação de tutela não pode ser concedida quando a convicção esteja fundada exclusivamente em elementos formados pelo próprio requerente – sem o crivo do contraditório – e na dependência de outros elementos probatórios não trazidos na inicial.**

Não é preciso sequer encampar a tese de que a "prova inequívoca" é aquela necessária para o decreto de procedência da demanda (tese

defendida por Calmon de Passos) para repudiar a antecipação de tutela (com efeitos irreversíveis) fundada tão somente em elementos de prova formados pelo próprio Ministério Público e que, por si só, jamais autorizariam um decreto judicial que impusesse a satisfação do direito alegado pelo demandante. Portanto, tenho como certo que a "prova inequívoca" necessária e suficiente para a antecipação de tutela é exclusivamente aquela formada em contraditório.

(Antecipação de tutela no inquérito civil à luz das garantias constitucionais fundamentais do contraditório e da prova "inequívoca". Biblioteca Digital de Produção Intelectual da USP. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. n 8, 2010, pp. 233-251.)

8. No caso em julgamento, além do mais, impende assinalar que o direito alegado pela autora, ora recorrida, teria meio próprio de demonstração, aliás, difícil de ser contradito, do qual não se utilizou a titular.

Conforme anotei em outras oportunidades, são obras intelectuais, e protegidas, as criações do espírito, expressas por qualquer meio, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro: obras fotográficas; obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência. Essa a disposição encontrada no artigo 7º e seus incisos da Lei n. 9.610/1998. *(REsp 1343961/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 9/11/2015).*

Nessa extensão, a Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/1998), em consonância com toda regulação da matéria em nível internacional, considera elemento essencial do direito de autor o poder que tem o criador sobre sua criatura e a competência para decidir o destino de sua obra. Nessa linha, caberá sempre ao autor a autorização ou proibição de sua utilização por terceiros ou a determinação de condicionantes para tanto.

Carlos Alberto Bittar e Bittar Filho ensinam que o direito de autor, "estruturado para reger as relações jurídicas decorrentes da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas, das artes, da literatura e das ciências, reveste-se de sistematização própria, em função da existência de vínculos pessoais e patrimoniais entre o autor e a obra, edificada à luz de duas noções fundamentais: a da intangibilidade do liame subjetivo e a da exclusividade do titular para a utilização econômica da obra". *(Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.166)*

Com efeito, da criação intelectual emergem direitos morais e patrimoniais para o autor, sendo os primeiros os direitos de personalidade e intelectualidade, surgindo no momento exato em que o ato criativo é materializado, estabelecendo-se, a partir de então, um vínculo indissolúvel entre criador e criatura. Irredutível a um valor econômico, os direitos

morais, inalienáveis e irrenunciáveis, estão disciplinados no artigo 27, Lei 9.610/1998.

Com efeito, nascidos com a criação da obra e perenemente relacionados com o seu autor, os direitos denominados morais são intangíveis espraiando-se pela vida do criador e, mesmo após a morte, na defesa dos laços pessoais que ligam o homem às emanações de cunho estético de seu intelecto. (*Idem*. p.166)

No tocante aos direitos patrimoniais, são eles os que concedem ao autor o direito de utilizar, de fruir e de dispor da obra literária, artística ou científica, na sua totalidade ou parte, regulando as relações jurídicas de utilização econômica das obras intelectuais.

Uma vez mais, Carlos Bittar orienta que é por meio dos direitos patrimoniais que se realiza a participação do autor na utilização econômica da obra, que conferem ao autor “os proventos pecuniários correspondentes a cada distinto processo, mas sempre sob a égide do princípio basilar que nela impera, a saber, o da autorização do autor para cada uso possível”. (*Op. Cit.* p. 167)

Nesse ponto, diga-se que a transferência de direito patrimonial de autor só se faz expressamente, presume-se onerosa e possui três tipos de contratos estabelecidos em lei, a licença, a cessão e a concessão.

A cessão tem eficácia translativa, porque retira aquela parcela do direito do domínio do autor e passa para o cessionário.

Nessa linha, por meio do contrato de cessão de direitos autorais é que se realiza a transferência dos direitos referentes a uma obra ou a conjunto de obras intelectuais. Em geral, o cedente é o próprio autor original da obra (titular originário), mas é possível que ele seja um terceiro que adquiriu os direitos autorais de outra forma - como por herança ou até mesmo por um contrato de cessão de direitos autorais anterior.

Neste contrato, estarão previstas as modalidades em que ocorre a transferência dos direitos autorais. Pode-se transferir a totalidade ou apenas parte dele, bem como transferi-los apenas para finalidades específicas previstas no contrato (ex.: exposição em galeria de arte, exibição do filme num festival, dentre outros).

É o pacto, ainda, a forma de documentar-se o preço a ser pago pelo cessionário, o meio de pagamento, o prazo de duração da cessão e o local de validade do contrato.

A Lei de Direito Autoral, no art. 49, II, estabelece que a cessão só se dará por escrito quando for total e definitiva, exatamente a extensão alegada pela recorrida, o que leva a reconhecer não apenas a conveniência, mas a indispensabilidade da documentação da cessão por meio do contrato, fazendo-se, assim, prova de sua ocorrência e regularidade.

Confira-se o teor do diploma legal:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

(...)

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

Portanto, diante do exposto, decorre que o contrato de cessão, ao mesmo tempo que constitui os direitos do cessionário, faz prova de sua existência.

Como se sabe, o negócio jurídico ocorre por meio de forma livre ou especial. A forma livre é a regra. a forma especial, a exceção e estará prevista em lei. Esse o comando do art. 107, do CC/2002:

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Nessa linha, os atos solenes somente admitem ser comprovados mediante a exibição do documento exigido pela lei para sua formação.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que, em relação aos negócios jurídicos solenes, a prova é o próprio instrumento eleito pela lei, elevado à categoria de substância para a comprovação do negócio (solenidade *ad substantiam* ou *ad probationem*). (*Instituições de direito civil*. v. I, 6.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 376)

Na hipótese dos autos, a lei exige forma especial para a cessão total dos direitos autorais, conforme visto, e sua falta implica nulidade do negócio transmissivo.

Em casos como este, o legislador exigiu forma especial por considerar que a cessão envolve ato de disposição total de um bem patrimonial, impondo-se, portanto, seja dinâmica a forma de conhecimento da extensão dos direitos objeto da transferência, delimitando-o para segurança da relação contratual. (DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. edição. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.427-428).

De fato, a relevância da forma se evidencia se se considerar que essa possibilidade de transmitir a totalidade dos direitos patrimoniais só o contrato de cessão possui, legitimando o cessionário a defender aquilo que a ele cedidos. Este é o efeito típico, imediato do contrato (BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. Ed. Revista dos Tribunais. 1992. São Paulo).

9. A par de envolver o recurso interposto, tirado de tutela antecipada, questão de natureza processual, cumpre anotar, por fim, que o mérito da demanda é bastante

interessante, e oportunamente será objeto de exame na instância ordinária.

É que a jurisprudência desta Casa, ainda incipiente, é verdade, em matéria de responsabilidade civil relacionada a fatos ocorridos na rede mundial de computadores, tem considerado como norte para seu estudo o critério da *diligência média*. Este, para aferição da responsabilidade civil dos intermediários de compras pela *internet*, pauta-se no comportamento padrão esperado pela sociedade, o raciocínio para a definição da responsabilização tem como medida o *grau de diligência comum*.

Nessa linha, Carlos Roberto Gonçalves afirma que o *previsível* é avaliado a partir da consideração de atenção exigível do homem médio, que a obrigação de diligência tem por paradigma um nível de diligência considerado normal, conforme a sensibilidade da sociedade (*Direito civil brasileiro. Responsabilidade civil. v. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010*).

No rumo desse raciocínio, parece-me que a diligência média é ótimo parâmetro para a aferição da responsabilidade de *sites* que, como o Mercado Livre, ora recorrente, intermedeiam negociações diversas, em sua maioria, compra e venda de bens.

A questão principal é atribuir ou não responsabilidade objetiva aos provedores que não possuem controle editorial dos atos praticados por terceiros.

Demócrito Reinaldo Filho, quanto à questão, já anunciou que o provedor de conteúdo somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de informações colocadas no ar por terceiros, quando tomar conhecimento de que as informações são danosas, ou que o espaço locado está sendo utilizado para fins ilícitos, e, sendo regularmente cientificado, não empregar qualquer meio para inibir tal prática (*Responsabilidade por publicações na internet. Rio de Janeiro: Forense, 2005*).

A propósito, apesar de o caso dos autos ser anterior à vigência da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), ainda assim é valiosa a observação de que, para essa lei o provedor de aplicações de *internet* não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdos produzidos por terceiros, salvo se após ordem judicial específica, não adotar providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como danoso (art. 19).

No direito comparado, a matéria já merece atenção há algum tempo.

Nos EUA, após divergências jurisprudenciais, o *Communications Act* (Lei das Comunicações) de 1934 foi alterado em 1996 pelo *Communication Decency Act* – CDA (Lei de Decência nas Comunicações), com acréscimo do 47 U.S.C. § 230, que excluiu a responsabilidade do provedor de internet pela inclusão de informações por terceiros, mesmo que danosas a outrem. Ainda nos Estados Unidos, o *Digital Millennium Copyright Act* – DMCA (Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital), de 1998, isenta de responsabilidade os

Superior Tribunal de Justiça

provedores de serviços de internet por violações de direitos autorais praticadas por seus usuários. (ROHRMANN, Carlos Alberto. *O governo da internet: uma análise sob a ótica do direito das telecomunicações*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. vol. 6. Belo Horizonte: Del Rey, 2001).

Na União Europeia, a Diretiva 2000/31/CE (sobre comércio eletrônico) em seu art. 15, com o título *Ausência de Obrigação Geral de Vigilância*, prevê que os Estados-Membros não imporão aos provedores a necessidade de controlar e monitorar o conteúdo de informações transmitidas ou armazenadas por terceiros, pois não se trata de uma obrigação geral de vigilância; bem como não haverá a obrigação geral de procurar ativamente circunstâncias e fatos que indiquem ilicitudes. Os Estados-Membros poderão estabelecer a obrigação dos provedores de prestar imediatamente informações às autoridades competentes, a pedido destas, sobre ilícitos e identificação dos usuários.

Nessa trilha, o Superior Tribunal de Justiça, em uma das oportunidades em que pôde apreciar a questão, afirmou que não é atividade intrínseca do provedor de conteúdo (intermediário de compras) a fiscalização prévia da origem de todos os bens anunciados, conforme acórdão da Terceira Turma, cuja ementa se reproduz:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÃO. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE CONTEÚDO. FORNECIMENTO DE LOCALIZADOR URL. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DO REQUERENTE. MULTA DIÁRIA. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO.

1. Ação ajuizada em 08/06/2015. Recurso especial interposto em 29/08/2016 e atribuído a este gabinete em 28/09/2016.

2. Esta Corte fixou entendimento de que "(i) não respondem objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários;

(iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no site, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso".

3. Sobre os provedores de aplicação, incide a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção.

4. Necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente. Precedentes deste STJ.

5. A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais

questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinarem a remoção de conteúdo na internet. 6. Em hipóteses com ordens vagas e imprecisas, as discussões sobre o cumprimento de decisão judicial e quanto à aplicação de multa diária serão arrastadas sem necessidade até os Tribunais superiores.

7. O Marco Civil da Internet elenca, entre os requisitos de validade da ordem judicial para a retirada de conteúdo infringente, a "identificação clara e específica do conteúdo", sob pena de nulidade, sendo necessária a indicação do localizador URL.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1629255/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 25/08/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE CONTEÚDO DA INTERNET. DECISÃO MANTIDA.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, não se constitui atividade intrínseca do serviço prestado pelo provedor de conteúdo da internet a fiscalização prévia das informações postadas no site por seus usuários, portanto, não se aplica à hipótese a responsabilidade objetiva prevista no art. 927 do CC/2002, tampouco o art. 14 do CDC, por não se tratar de produto defeituoso.

2. Não se conhece de questão jurídica ventilada tão somente em sede de agravo interno, que revela inadmissível inovação recursal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 484.995/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe 10/02/2015)

CIVIL E COMERCIAL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. SITE VOLTADO PARA A INTERMEDIÇÃO DE VENDA E COMPRA DE PRODUTOS. VIOLAÇÃO DE MARCA. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO EXAURIMENTO DA MARCA. APLICABILIDADE. NATUREZA DO SERVIÇO. PROVIDORIA DE CONTEÚDO. PRÉVIA FISCALIZAÇÃO DA ORIGEM DOS PRODUTOS ANUNCIADOS. DESNECESSIDADE. RISCO NÃO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REMOÇÃO IMEDIATA DO ANÚNCIO. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER.

1. O art. 132, III, da Lei nº 9.279/96 consagra o princípio do exaurimento da marca, com base no qual fica o titular da marca impossibilitado de impedir a circulação (revenda) do produto, inclusive por meios virtuais, após este haver sido regularmente introduzido no mercado nacional.

2. O serviço de intermediação virtual de venda e compra de produtos caracteriza uma espécie do gênero provedoria de conteúdo, pois não há edição, organização ou qualquer outra forma de gerenciamento das informações relativas às mercadorias inseridas pelos usuários.

3. Não se pode impor aos sites de intermediação de venda e compra a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos anunciados, na medida em que não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado.

4. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito

Superior Tribunal de Justiça

ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

5. Ao ser comunicado da existência de oferta de produtos com violação de propriedade industrial, deve o intermediador virtual de venda e compra agir de forma enérgica, removendo o anúncio do site imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço virtual por meio do qual se possibilita o anúncio para venda dos mais variados produtos, deve o intermediador ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um dos usuários, a fim de que eventuais ilícitos não caiam no anonimato. Sob a ótica da diligência média que se espera desse intermediador virtual, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1383354/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 26/09/2013)

10. Por todo o exposto, rogando as mais respeitosas vênias ao ilustre relator, dou provimento ao recurso especial para cassar a tutela antecipada deferida na origem.

É o voto.