

RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.220 - SP (2009/0043167-9)

RELATOR : **MINISTRO SIDNEI BENETI**
RECORRENTE : REDE BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA S/C LTDA
ADVOGADOS : ANA MARIA VIEIRA DE SOUZA
SILVIA GOMES DA ROCHA E OUTRO(S)
ADVOGADOS : SHYRLEI MARIA DE LIMA
FABIO MALUF TOGNOLA
RECORRIDO : CENTRO DE ESTRATÉGIA OPERACIONAL PROPAGANDA E
PUBLICIDADE S/C LTDA
ADVOGADO : VINÍCIUS BARJAS BALÉCHE E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1.- REDE BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA S/C LTDA. interpõe Recurso Especial com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Rel. Des. OCTAVIO HELENE), proferido nos autos de ação de indenização, assim ementado (e-STJ fls. 396).

O ora Recorrido, CENTRO DE ESTRATÉGIA OPERACIONAL PROPAGANDA E PUBLICIDADE E COMÉRCIO LTDA, moveu esta denominada "ação de abstenção de prática ilícita, cumulada com indenização por perdas e danos materiais" contra a ora Recorrente, REDE BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA S/C LTDA alegando que:

No dia 29.8.2000, pelo preço de R\$ 80.000,00, cedeu a ré o direito de uso "de um *Software* de Ensino a Distância", "o qual seria utilizado pela Requerida como insumo para a comercialização de diversos cursos, por meio de um *website* que seria criado e mantido na rede mundial de computadores - *Internet*", contendo, o contrato, "vedação de cessão, alienação ou distribuição do referido *software*", tendo sido agregado ao programa um *Rastreador* de uso não autorizado; a seguir, celebraram-se contratos adicionais para o desenvolvimento de módulos agregados ao *software*, também não admitida a cessão, alienação ou distribuição, adquirindo, a Autora, por intermédio de licenças de uso intransferíveis, somando o preço de R\$ 41.000,00, módulos de: 1) "sistema de busca" - R\$

Superior Tribunal de Justiça

8.000,00; 2) "enciclopédia/verbetes" - R\$ 13.000,00; 3) "sistema de notícias" - R\$ 14.000,00; 4) "sistema de enquête" - R\$ 3.000,00; 4) "sistema especialista" - R\$ 3.000,00 - perfazendo, o valor do "Software de Ensino à Distância" e dos módulos adicionais o valor de R\$ 121.000,00 .

O Rastreador instalado constatou alguns meses depois o uso não autorizado do "Software de Ensino à Distância", mas, em dezembro de 2.000, foi desativado por Leonardo Simberg, ao assumir o cargo de Chefe de Tecnologia da Ré, e passaram, o *software* e os módulos, a ser utilizados, sem autorização da autora, em diversas universidades, como a "(I) Universidade Newton Paiva; (II) Universidade Veiga Filho; (III) Universidade do Amazonas (Unama); (IV) Universidade Potiguar; (V) Universidade Uniderp; (VI) Universidade do Sul (Unisul); (vii) Universidade Anhembi Morumbi; (VIII) Universidade Vila Velha; (IX) Universidade Unimonte", fato admitido pelo aludido Leonardo Simberg, em contra-notificação, e por constatações realizadas.

A Ré, juntamente com algumas universidades, contra-notificou a Autora informando que era ela "produto da associação de dez universidades", as quais, sendo "sócias-quotistas tinham o direito de usar o *Software* de ensino à distância (o qual tinha sido licenciado para uso pela Requerida)", sendo que "todas as demais sócias quotistas também faziam uso deste *software* , o qual tinha sido distribuído pela requerida, pois somente assim a Requerida conseguiria atender os seus fins sociais".

Argumentando tratar-se de uso abusivo do *software* e módulos, e configuração de pirataria, a Autora, fundada nos arts. 2º, 12, 9º e 103 da Lei 9.609/98 e subsidiariamente na Lei 9610/98, e dando à causa o valor de R\$ 121.000,00 (fls. 17), pediu:

"(..) A condenação da requerida para que:

"a) abstenha-se de transferir o Software de Ensino a Distância a qualquer outro terceiro, limitando o seu uso à forma contratada, ou seja, Po e ale exclusivamente, sob pena de multa diária a ser fixada por este MM. Juízo;

"b) desinstale todas as cópias do Software de Ensino a Distância que foram por ela fornecidas para suas universidades controladores, ou para quaisquer outras universidades e/ou

Superior Tribunal de Justiça

entidades, declarando expressamente a respectiva destruição, sob as penas da lei;

"c) abstenha-se de introduzir ao Software de ensino a Distância qualquer alteração, modificação, decompilação, entenharia reversa ou qualquer outra prática que resulte em derivação de obra, as quais não sejam previa e expressamente autorizadas pela Requerente;}

"d) atribua à requerente, no uso do Software de Ensino a Distância os créditos referentes a sua autoria;

"e) pague à Requerente, a título de indenização por perdas e danos ocasionadas pela distribuição ilegal e desprovida da devida licença de uso/distribuição no âmbito dos direitos autorais e de propriedade intelectual da Requerida (pirataria de software), nos termos das Leis 9609/98 e 9610/98, quantia a ser fixada por V Exa com estrita observância da sistemática de cálculo constante do artigo 103 da Lei 9610/98;

"f) pague à Requerente uma indenização a ser arbitrada por este MM. Juízo, decorrente dos danos causados pelas alterações por ela introduzidas ao Software de ensino a distância, ao arreio da lei e do contrato de licença firmado;

"g) arque com as demais cominações de estilo e de sucumbência".

A sentença, proferida pelo Juiz GUILHERME SANTINI TEODORO (fls. 296/298) julgou procedente a ação, condenando a ré (fls. 298):

"(1) a abster-se de transferir o programa para terceiros, sob pena de multa de R\$ 5.000,00 por cada violação;

"(2) a desinstalar todas as cópias que forneceu para suas sócias ou para outras pessoas no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00;

"(3) a abster-se de introduzir no programa qualquer tipo de alteração não autorizada pela autora, sob pena de R\$ 5.000,00 por cada violação e

"(4) a atribuir para a autora a titularidade dos direitos sobre o programa de computador de ensino à distância no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

"Também condeno a ré a pagar para a autora indenização equivalente ao valor de três mil licenças de uso do programa em questão com correção monetária e juros de mora à taxa legal

Superior Tribunal de Justiça

desde a citação.

"Custas, despesas processuais corrigidas e honorários advocatícios arbitrados em dez por cento da condenação serão pagos pela ré".

2.- O acórdão ora recorrido (ReI. Des. OCTÁVIO HELENE, v.u., fls. 395/401) negou provimento à apelação da ora Recorrente, sob a seguinte Ementa (fls. 395):

"EMENTA: Propriedade intelectual - Programa de "software" - Cessão com exclusividade de modo a ser intransferível/ - Apelante que alega a possibilidade de transferência ou cessão a outras empresas associadas e a terceiros - Ilicitude contratual; desativação, para que isso fosse feito, de programa de rastreamento do "software" - Ação procedente para cessar a transferência e arbitrar indenização - Sentença mantida - Recurso improvido".

A argumentação do acórdão recorrido foi lançada nos termos cujos excertos principais se transcrevem (e-STJ fls.398/401):

1. Cuida-se de ação de abstenção de prática ilícita, cumulada com pedido indenizatório, julgada procedente Diz a autora, recorrida, que licenciara o uso de "Software de E Learning" a apelante quando, em Dezembro de 2 000, sem aviso ou autorização, preposto da apelante desativou o mecanismo de identificação de uso não autorizado do programa, o que fez com que, desde então, universidades e faculdades que integravam o capital social da apelante, dentre outras, começaram a se utilizar de cópias não licenciadas e alteradas do programa, em computadores diferentes daqueles dois nos quais foi instalada a licença, com violação dos direitos de propriedade intelectual da recorrida Informa a inicial, que, notificada, a apelante, por preposto, reconheceu a desativação, tal preposto, era coordenador de tecnologia da recorrente Também, foi feita a notificação das faculdades que se utilizaram do programa, que reconheceram o seu uso, dizendo a apelante que para atender seus fins sociais, distribuía o programa as suas sócias e que tal direito de uso decorria da condição destas, de sócias da recorrente Na resposta, a recorrente reconhecia a distribuição dos "software" a terceiros, entendendo que a distribuição se mostrava lícita porque as beneficiárias eram sócias e, nessa condição, poderiam fazer uso do aludido "software" A r

Superior Tribunal de Justiça

sentença, julgando antecipadamente a lide, deu pela procedência entendendo que a ré, apelante, não poderia ceder os programas a terceiros sem autorização, mesmo a empresas sócias da recorrente, com personalidade jurídica distinta que com ela não se confundem.

Reconhecida a violação dos direitos decorrentes da propriedade intelectual, a r sentença determinou a abstenção da cessão de tais programas a terceiros, além de arbitrar indenização, esta, na forma do artigo 103, da Lei 9 610/98.

Inconformada, apela a vencida alegando, em preliminar, o cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, pois pretendia fazer prova testemunhai para demonstrar que a apelante era pessoa jurídica composta por sócias quotistas, não existindo sem o concurso de tais sócios No mérito, insiste em afirmar que as sócias quotistas poderiam fazer uso comum do "software", o que não caracterizaria violação de licença de uso e, por fim, a condenação deveria se limitar ao número de sócios quotistas da recorrente. Recurso bem processado

2. Como posta a questão no relatório, entendo que, não ocorreu o alegado cerceamento de defesa, possível o julgamento antecipado da lide com os documentos que instruíram o processo, sendo a questão de fato e de direito, fato demonstrado com documentos que foram juntados O que se evidencia da prova documental, é que a licença era intransferível - o "software" - Também se demonstrou o uso do "software" pelas faculdades integrantes do capital social da recorrente, além de uso por outras faculdades - nesse sentido, "e-mails diversos enviados pelo mecanismo rastreador do 'software', demonstravam essa situação" Igualmente, se demonstrou a desativação não autorizada do mecanismo rastreador do mesmo "software" Então, desnecessária a reclamada dilação probatória - oitiva de testemunhas para demonstrar situação já evidenciada -, que o programa foi utilizado por empresas sócias da recorrente Ora, essa situação, foi admitida pela própria apelante, restando o exame meritório desse fato demonstrado, qual seja, se lícito ou não, o uso do programa, depois de desativado o mecanismo rastreador do programa por preposto da recorrente, uso pelas empresas dela sócias e por terceiros Em outras palavras A apelante, admitindo o uso dos programas, sustenta que esse uso não se mostra ilícito pela qualidade das usuárias, suas sócias O âmbito da demanda ficou limitado a matéria de direito, qual seja, se tinha ela recorrente, ou não, o direito de, livremente, distribuir o "software" a toda e

Superior Tribunal de Justiça

qualquer integrante de seu capital social e demais entidades congêneres que participavam ou auxiliavam-na na prestação de seu fim social, na persecução de seu objetivo. Esse, o objeto da demanda, desnecessária, sendo assim, a produção de prova testemunhai, - desnecessária a produção de qualquer prova em audiência -.

O alegado cerceamento de defesa, questão preliminar, pelo meu voto, fica afastado. Enfrento o mérito do apelo.

A tese da recorrente vem fundada no convencimento segundo o qual, a despeito de ter firmado um contrato por força do qual adquiriu uma licença de uso intransferível de "software de E-Learning", poderia, a despeito disso, transferi-la a qualquer de suas associadas ou sócias para a instalação do programa em seus computadores possibilitando o uso por parte de tais entidades. E assim, dele fizeram uso a "Universidade Anhembi-Morumbi", a "Unisul" - Universidade de Santa Catarina -, em suas atividades pedagógicas. Mas isso, na prática, seria a negação do direito de propriedade sobre os programas de computador, ficando a empresa que criasse tais programas restrita a comercialização de poucos deles, seria um socialismo incidente sobre a propriedade intelectual. Mas, não é assim. A Lei 9.609/98 e, igualmente, com a aplicação à matéria, a Lei 9.610/98, estabelecem que o "Software" é passível de licença de uso. Então, licenciado o uso de um "software", em caráter intransferível, situação referida no processo, a licença é para integrar ao patrimônio do adquirente, se o adquirente for uma pessoa jurídica, a licença de uso passa a integrar seu patrimônio próprio, distinto do patrimônio dos acionistas, isso pela personalidade que têm as sociedades.

Em suma entendeu a recorrente, de modo equivocado, que a sua personificação jurídica somente seria oposta por aqueles que não participassem ou de alguma forma tivessem interesse na sociedade que alega ter mantido com as demais beneficiárias do programa. Mas, se esse entendimento fosse razoável, até para o conforto da recorrente, caberia a ela discutir essa situação com a recorrida e não, por seu preposto, desativar o mecanismo rastreador instalado no programa, nem mesmo a recorrente, assim agindo, estava certa da licitude de seu ato, mantendo esse procedimento mesmo depois de notificada pela recorrida para que se abstinisse dessa prática.

Por fim, a indenização é devida. O artigo 103, da Lei 9.610/98, estabelece que, "quem editar obra literária, artística, ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que

Superior Tribunal de Justiça

se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendidos", esclarecendo o seu parágrafo-único que, "não se conhecendo o número de exemplares que constituíram a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos" Desconhecendo-se o número das cópias do "software" utilizados em desconformidade com o contrato de exclusividade, impõe-se a aplicação daquele dispositivo legal para que seja aferida a indenização devida, como fez a r sentença recorrida.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, afastada a questão preliminar alegada - cerceamento de defesa -, mantida a r sentença recorrida

3.- Embargos Declaratórios foram integralmente rejeitados (e-STJ fls. 437).

4.- A recorrente alega ofensa aos arts. 330, I, 331, 333, I, 460, 463, II, 535, I, do Código de Processo Civil, 103, *caput*, Parágrafo único, da Lei n. 9.609/1998, 884 do Código Civil de 1916, sustentando que:

a) o Acórdão seria nulo, pois apesar de interpostos os Embargos Declaratórios, o Tribunal de origem manteve-se silente quanto: - *ao fato de a recorrente ser co-autora e titular do software objeto do litígio que elidiria o fato ilícito gerador da indenização pleiteada pela recorrida; e - o fato de a recorrida informar na petição que a recorrente cedeu o programa para suas 10 (dez) sócias, requerendo a condenação neste limite* (e-STJ fls. 430);

b) *rejeitar os embargos de declaração em face da possibilidade de modificação do julgado, é negar vigência ao artigo 463, inciso II, do CPC* (e-STJ fls. 435);

c) o indeferimento da produção de provas pericial e testemunhal ofendeu os princípios do contraditória, ampla defesa e do devido processo legal, porque *não há nos autos elementos que demonstrem que o programa de computador utilizado pela recorrente e suas sócias é de autoria da recorrida* (e-STJ fls 437);

d) *tratando-se de questão de ordem patrimonial decorrente de relação contratual privada, não pode o órgão julgador retirar dos litigantes o direito subjetivo de transigirem* (e-STJ fls. 453);

Superior Tribunal de Justiça

e) não foi observado o mandamento do artigo 460 do CPC, proferindo julgamento *ultra petita*, motivo pelo qual deve se reformada a sentença, observando-se o limite proposto pelo autor, qual seja a condenação em 10 (dez) licenças de uso (e-STJ fls. 455);

f) a recorrida não conseguiu se desvencilhar satisfatoriamente de seu ônus probatório de confirmar que o programa de computador é de propriedade autoral sua, bem como que houve 43 (quarenta e três) cessões ilícitas do software (e-STJ fls. 456);

g) ainda que fossem considerados os direitos de propriedade sobre o software desenvolvido, no caso não haveria que se falar em aplicação do artigo 103, parágrafo único, da Lei n. 9.610, de 1998, pois não houve qualquer venda ou mesmo contrafação do produto final (e-STJ fls. 461); e

h) a condenação imposta resulta em enriquecimento ilícito, uma vez que da relação contratual estabelecida em R\$121.000,00 (cento e vinte e um mil reais) irá auferir o valor de R\$360.000.000,00 (trezentos e sessenta milhões de reais)

5. - Contrarrazoado (e-STJ fls. 587/606), o Recurso Especial (e-STJ fls. 411/463) não foi admitido (e-STJ fls. 609/613), tendo provimento o Agravo de Instrumento 1.055.283/SP, para melhor exame das questões suscitadas (e-STJ fls. 639).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.220 - SP (2009/0043167-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

7.- Não prosperam as alegações preliminares, que visam à anulação do processo, rejeitando-se, pois, todas elas.

Superior Tribunal de Justiça

a) Inconsistente a alegação de nulidade do processo, fundada em haver sido ele sentenciado em julgamento antecipado da lide, sem ensejo de produção de prova testemunhal e pericial.

Os julgadores de 1º e 2º Graus deram-se por satisfeitos com os elementos documentais existentes para a formação da convicção a respeito dos fatos, interpretando, evidentemente, as provas trazidas para os autos à luz do princípio da livre convicção e expondo os argumentos segundo a persuasão racional.

Atente-se a que a argumentação do Acórdão a respeito é bem fundamentada, como se vê dos termos desse mesmo Acórdão acima, de modo que a matéria resta, a rigor, fora do âmbito de possibilidade de análise por parte deste Tribunal, ante o disposto nas Súmulas STJ n.ºs 7 e 5.

b) Ademais, lembre-se que havia nos autos documentos suficientes, especialmente os atinentes à contratação sem direito a cessão, e, ainda, a informação, em contra-notificação judicial, de então chefe técnico da Ré, a fundamentar a conclusão de que determinou esta o desligamento do rastreador de uso e passou a utilizar o *software* em outras universidades a ela, ré, ligadas.

Note-se que o só fato de contratar o *software*, com acréscimo dos módulos, fatos admitidos, inclusive documentalmente, pela Ré, já vem contra a alegação de que estaria esta usando apenas um próprio *software*, em pretensa utilização lícita. Sintomático, a respeito, o fato de a Ré não haver dado maiores detalhes a respeito do alegado desenvolvimento de *software* próprio - silenciando, por exemplo, a respeito de elementos que indigitassem pretensa criação (e não mera adaptação), como nomes de técnicos, horas de trabalho, equipamentos utilizados, documentos aquisitivos, organogramas, cronogramas, ordens de serviço e o mais que fosse.

Diante desses dados documentais, não havia como desfazerem-se as conclusões de uso ilícito, a produzir dano, por mais que outras provas se deferissem, tornando-se, esse desfazimento, missão impossível para eventual prova testemunhal ou pericial.

Superior Tribunal de Justiça

Do fato de haver a ré especificado provas a produzir não resulta o direito a elas. A especificação de provas é manifestação unilateral da parte. Daí não se segue devam elas ser produzidas, com os retardamentos que impõem ao processo. As provas somente são direito da parte quando efetivamente necessárias, o que compete ao Juízo avaliar. A este, ao Juízo, incumbe não só evitar a produção de provas inúteis, mas também sentenciar de pronto, quando haja no processo elementos de convicção suficientes, como os que havia no caso.

c) Não há, portanto, que se reabrir a fase de instrução, arredando-se, pois, a pretensão anulatória do recurso e a alegação de defeito no mais que adequado julgamento antecipado da lide, sem mais produção de provas, de forma que não houve afronta nenhuma aos arts. 330, I, 331 e 333, I, do Cód. de Proc. Civil ou ao art. 103, § único, da Lei 9610/98.

8.- Na questão de fundo, o Acórdão recorrido, analisando as provas, concluiu pela procedência dos fundamentos do pedido inicial, ou seja, considerou que, realmente, a autora contratou o fornecimento de *software* inicial e acréscimos à ré, para uso exclusivo dela própria, não lhe dando autorização para multiplicar esse uso a numerosas universidades, com seus cursos de ensino à distância.

Essa conclusão a que chegou o Acórdão, mantendo a sentença, nem mesmo tangenciou ofensa ao art. 20 do Cód. Civil, que estabelece a diferença entre a pessoa natural e a pessoa jurídica, mas, ao contrário, é prestigiada pela não confusão entre pessoas jurídicas diversas.

Nem poderia a ré ser equiparada a empregadora, para fins de supressão de direitos autorais decorrentes da multiplicação do uso, com pretense fundamento no art. 4º da Lei 9.609/98, visto que, de um lado, claramente contratante de prestação de serviços e de outro cedente às universidades envolvidas.

Na consideração dos elementos trazidos aos autos, o Acórdão evidentemente considerou os parâmetros dos diversos dispositivos legais que regem a interpretação da vontade dos contratantes, indicados pela recorrente (CC/1916, art. 85, CC/2002, arts. 112, 113, 422 e outros pertinentes à interpretação), não se podendo, por invocação de norteadores genéricos da perquirição da vontade, finalidade, boa ou má-fé,

Superior Tribunal de Justiça

exigir que o julgamento houvesse longamente exposto cada uma das passagens do raciocínio fático subjacente à conclusão acolhida, até porque, se exigência de tal minucioso detalhamento se fizesse, cada caso julgado teria de estender-se à exposição de cada pormenor da trilha da formação da vontade do julgamento, interminabilizando cada julgamento, à exaustão expositiva apta à satisfazer a *dúvida metódica universal* dos céticos - o que, como há séculos se demonstrou em Lógica, é tarefa impossível.

Realmente, e isso é o bastante, o julgamento correspondeu, o julgamento, ao que foi a conclusão dos julgadores diante dos elementos fáticos e contratuais, de forma que inviável o reexame a esta altura, incidindo, pois, as vedações das já referidas Súmulas 5 e 7 deste Tribunal.

9.- As condenações constantes da sentença e mantidas integralmente pelo Acórdão ora recorrido merecem análise especial, ao fim da qual de rigor a conclusão de acolhimento, em parte, do Recurso Especial ora em exame.

a) Os comandos e as multas diárias constantes dos quatro primeiros preceitos do *decisum* (fls. 33 deste Recurso e fls. 298 dos autos originários) foram prospectivos à sentença, para o caso de descumprimento desta, isto é, comandos para o futuro, não tendo imposto pagamentos pretéritos, mas apenas, como se disse, tão somente cominado obrigações negativas, de (1) abstenção de transferência a terceiros, (2) desinstalação de cópias fornecidas a sócias e outras pessoas; (3) abstenção de introdução de alterações não autorizadas; (4) atribuição da titularidade dos direitos sobre o programa. Como se vê, a Ré ficou com a verdadeira disponibilidade de não arcar com os valores das multas fixadas, bastando ele cumprir o julgado, porque impostas apenas para o caso de descumprimento das obrigações, como verdadeiros instrumentos de coação indireta ao cumprimento do julgado, ou, em outras palavras, com a natureza de "*astreinte*".

Quer dizer: cumprindo o julgado pela ré, não se cogita de multas a pagar; não cumprindo, arca ela, a ré, com as multas "*astreintes*", que devem ser evidentemente elevadas para que se cumpram, a responsabilidade pela obrigação é totalmente da ré, que sabia o valor da multa, de modo que, se descumprida, por decisão sua, alguma das

Superior Tribunal de Justiça

obrigações, arca com as conseqüências pecuniárias.

b) A indenização correspondente ao valor de três mil licenças de uso do programa (dispositivo condenatório, fls. 32/33 deste Recurso e fls. 298 dos autos originários) realmente merece reparo.

Com efeito, limitou-se a sentença, confirmada sem alterações pelo Acórdão recorrido, a dispor que "para arbitramento da indenização, em obediência ao art. 3º da Lei 9609/98, deve-se aplicar o art. 103 da Lei 9610/98. Porque ignorado o número de cópias ilícitas do programa de computador, a indenização equivalerá ao valor de três mil licenças de uso do programa em questão" (fls. 32/33 destes autos e fls. 298/299 dos autos originários).

Não foram violados os arts. 460, 463, II, nem 330, I, do Cód. de Proc. Civil, como alega a recorrente, pois, bem lida a inicial, buscou ela a indenização pelo uso ilícito, não formulando pedido numérico relativamente às universidades que constam da inicial), ou a outras trinta e três, como vem em reportagem jornalística (fls. 267), ou ao número de quarenta e três, a que se refere o Recurso Especial. Nem se teria que enfiar nos autos discussão numérica, para admitir violação ao art. 333, I, do Cód. de Proc. Civil.

O que a petição inicial pediu foi a indenização do que resultou do uso ilícito da propriedade intelectual da autora. A mensuração é matéria de liquidação.

Firmaram-se a sentença e o Acórdão, é certo, no número de três mil licenças, para o cálculo da indenização, tomando o produto ilícito como indeterminado - permita-se a comparação popular, algo à moda do travesseiro de penas aberto ao vento, em que não se podem calcular as unidades lançadas a irrecolhibilidade. Foi esse o critério utilizado pela sentença e pelo Acórdão, ao aplicar-, como se disse, o art. 103, § ún., da Lei dos Direitos Autorais.

Mas o caso é diferente da situação a que se dirige o dispositivo legal. Este, com efeito, constitui parâmetro de cálculo que atua como presunção legal de número básico, para o caso de patentear-se a impossibilidade, ou dificuldade extrema assemelhada à impossibilidade, de estabelecer o número de cópias ilícitas. É número naturalmente elevado, com a finalidade, inclusive, de punir fortemente a solércia e a raposia do infrator do direito

Superior Tribunal de Justiça

autoral, que multiplica, imensuravelmente, a contrafação, às dezenas, centenas ou milhares incontáveis.

Não incide, contudo, esse critério em casos em que se pode estabelecer a quantidade do uso ilícito. A violação do direito gera direito a indenização na exata proporção da violação. Se for mais que isso, haverá enriquecimento sem causa, que sistema jurídico nenhum legitima. A reparação do dano não pode desbordar em fonte de ganho ilícito, por mais que o lesado mereça proteção jurídica, diante da violação de seu direito.

Nesse ponto, aplicando, para a fixação do valor do dano, o art. 103, § ún., da Lei dos Direitos autorais (Lei 9610, de 19.2.1998), o Acórdão recorrido sem dúvida violou esse preceito legal.

Nesse sentido, aliás, recente julgado desta 3ª Turma (RESp 1.016.087-RS, DJI 6.4.2010, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI).

A mensuração do dano, com efeito, no caso, era e é perfeitamente possível, de forma que não há como fazer-se na forma do aludido art. 103, § ún., da Lei dos Direitos autorais.

Não se conclua do fato de haver a recorrente, sem dúvida que com malícia, desativado o rastreador de uso, que não seja mensurável a quantidade de uso. Essa mensuração apenas se tornou mais dificultosa, mas prosseguia e prossegue sendo possível. Lembre-se que não se esta diante de situação de grandes números incomensuráveis, de dados não amealháveis integrantes de universo indeterminado. No caso, tem-se, sempre, um limitado número de universidades que se utilizaram do *software* e módulos por cessão ilícita.

Perfeitamente calculável, portando, o numero de usos ilícitos, para fim da precisão do valor da indenização.

10.- As ponderações trazidas pelo voto proferido pela E. Minª NANCY ANDRIGHI no presente julgamento, no tocante à necessidade de inserir multa devido ao uso em contrafação, devem ser acolhidas, porque se tal multa não se aplicasse haveria, em verdade, tão-somente a condenação ao pagamento do valor correspondente ao uso efetivo,

Superior Tribunal de Justiça

sem sancionamento punitivo da contrafação realizada e relembrando-se que esta, no caso, ocorreu de forma especialmente grave, visto que desativado, pela infratora, o aparelho de contagem dos usos realizados.

Razoável que essa multa corresponda a 10(dez) vezes o números de exemplares fraudulentamente utilizados, como anotado pelo voto da E. Ministra NANCY ANDRIGHI.

Com a inserção dessa multa ao voto do Relator do presente, desaparece a divergência parcial, relativamente ao voto da E. Ministra NANCY ANDRIGHI, harmonizando-se, os votos do Relator e de S. Exa. e formando-se, portanto, ante a concordância do E. Min. MASSAMI UYEDA, suficiente maioria de votos neste julgamento (vencidos em parte os E. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, que também fixava multa punitiva, mas no valor menor de 5 vezes o número de usos fraudulentos, e o E. Min. PAULO FURTADO, que não acrescia essa multa punitiva, visto que acompanhou sem ressalvas a versão originária do voto do presente Relator).

11.- Não há contudo como realizar o cálculo do valor da condenação neste julgamento, visto que, como se assinalou acima (n. 9, "b", parág. 3º), as partes não forneceram, nas petições que trouxeram aos autos, informações seguras a respeito da quantidade de usos indevidos, que se equipara à quantidade de universidades que fizeram uso do *software* e *modems*.

Os números que trouxeram absolutamente não "fecham", como se assinalou anteriormente (n. 9, letra "b", parte final, supra).

A solução processual para o caso é a remessa à liquidação, que deve fazer-se por arbitramento (CPC, art. 475, "c" e "d"), não se cogitando de reabrir procedimento ordinário por intermédio da pesada liquidação por artigos, ante a desnecessidade de as partes destacarem e provarem fatos novos (CPC, art. 475, "e" e "f"), lembrando-se que estabelecer o número de universidades não exige nova dilação probatória no processo - mas, sim, e tão somente, lida com matéria cujos dados já nele se encontram, mas não podem ser objeto de contagem neste julgamento, não sendo este Tribunal dedicado à análise e soma de dados

Superior Tribunal de Justiça

fáticos.

Simple arbitramento, pois, definirá a quantidade de universidades que utilizaram ilicitamente o *software* e módulos, incidindo sobre cada um deles o valor da licença atualizado (R\$ 121.000,00 à época da distribuição da petição inicial).

À baixa dos autos à Comarca de origem, o Juízo nomeará perito arbitrador e regulará a liquidação por arbitramento.

12.- Pelo exposto: dá-se provimento em parte ao Recurso Especial, mantendo-se os termos do dispositivo da sentença de 1º Grau (fls. 298), exceto no tocante ao item 4, 2º parágrafo, substituído por multa de 10 (dez) vezes o número de usos fraudulentos, e mantida, também a sucumbência a cargo da ré.

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

