

Processo 583.00.2003.032073-4

Ação Indenizatória (Ordinária) nº 583.00.2003.032073-9 Autor: Gelre Informática S/C Ltda. Réu : Catho On Line S/C Ltda. Vistos. 1. Trata-se de Medida Cautelar de produção antecipada de prova e Ação Indenizatória por danos materiais e morais relacionados com concorrência desleal e violação das normas de direito autoral. A ré foi citada (fl. 44) e ofertou contestação (fls. 48/63), alegando, preliminar, a legitimidade ativa da autora e, no mérito, em síntese, que não praticou nenhum ato ilícito. Réplica (fls. 83/99).

O feito foi saneado, deferindo-se, neste caso, apenas a prova pericial que já estava sendo realizada nos autos da medida cautelar em apenso (03.014038-2). 2. Com todo o respeito à convicção pessoal do eminente procurador da ré, a pretensão indenizatória deve ser acolhida. A preliminar de ilegitimidade ativa “ad causam” da autora já foi afastada, inclusive com manutenção da decisão em segunda instância (verificar agravo de instrumento em apenso), uma vez que demonstrada a cessão de direito do uso do domínio em favor da autora, bem como ser ela a responsável pelo conteúdo e desenvolvimento do site. No mérito, a ré não tem outra sorte.

A prova pericial realizada deixa claro que a autora GELRE INFORMÁTICA S/C LTDA. e a ré CATHO ON LINE S/C LTDA. são empresas concorrentes de um mesmo mercado de auxílio à colocação de profissionais, tendo as próprias mensagens e relatórios da CATHO ON LINE mencionado a primeira (GELRE) como empresa que seria sua concorrente. Deste trabalho também é possível verificar que gerentes e funcionários da CATHO planejaram a captura de dados no site da GELRE, divulgado na Internet através do domínio www.gelre.com.br, desenvolvendo diversos programas pra capturar currículos em sites concorrentes.

O próprio nome dado a alguns destes programas indica com clareza o conhecimento sobre a ilicitude do ato que praticavam, uma vez que os programas desenvolvidos para acessar de forma anormal os sites dos concorrentes, capturando dados que não estariam disponíveis da mesma forma se o acesso tivesse ocorrido como um cliente-usuário, possuem os seguintes nomes: “rouba.phtml”, “rouba.php”, “rouba2.php” e “pesquisar.php”, dentre outros. E se tal não bastasse, os próprios funcionários da ré CATHO se auto intitulavam em mensagens eletrônicas e

outros arquivos “hacker” ou “cracker”, afirmando que a sua função era “roubar currículos” (conferir “in fine” fl. 167 dos autos da medida cautelar em apenso).

Não há dúvida ainda de que as mensagens foram realizadas e planejadas por meio dos gerentes das rés, com pagamento de “bônus” aos profissionais e colaboradores da CATHO pela “captura” de dados em sites concorrentes. Estes mesmos dados eram registrados nos computadores da CATHO, onde foram aproveitados mediante um processo denominado pela CATHO de “conversão”, e, então inclusos em seu banco de dados, eram utilizados em um procedimento intenso de “Permission Marketing” para envio de malas diretas eletrônicas e nas ações comerciais da CATHO ON LINE.

Em correspondências eletrônicas registradas nos próprios computadores da CATHO, nos dias 04 de março de 2002 e 05 de março de 2002, o funcionário Adriano Arruda informa ao gerente geral da CATHO ON LINE que já haviam sido convertidos até aqueles momentos, respectivamente, 59.953 e 68.066 currículos da autora GELRE. E no dia 15 de abril de 2002, MEIRINHO informa a ADRIANO ARRUDA que foram capturados 175.362 currículos da GELRE e da CURRICULUM, bem como que está enviando a esses endereços eletrônicos as mensagens de “Permission Marketing”, procurando tratar do bônus proporcional à quantidade de currículos capturados.

Os documentos eletrônicos encontrados nos computadores da CATHO também descrevem em detalhes os procedimentos realizados por seus funcionários para “capturar” dados de currículos de seus concorrentes, sendo certo que as ações realizadas, tanto manualmente, quanto através de software, não respeitaram os limites funcionais estabelecidos pelas páginas dos sites ditos “concorrentes”.

Ainda que nem mesmo levássemos em conta que a comunicação entre os funcionários da CATHO, ou mesmo com terceiros, utilizava expressões como “estar hackeando” e “invadindo” os sites das empresas concorrentes, a denotar o conhecimento da ilicitude, o site da GELRE apresenta aos seus usuários as instruções para utilização e uma série de menus, botões e hiperlinks que determinam as ações que os usuários poderiam realizar; regras estas, que foram totalmente e deliberadamente desrespeitadas pelos funcionários da CATHO para obter informação que

normalmente não lhes era franqueada. O site da GELRE não facultava via Internet a qualquer usuário a sua base de currículos. Ela publica na Internet apenas uma série de páginas WEB, estas sim, que podem ser utilizados pelo usuário interessado para fazer acesso aos currículos conforme as regras operacionais ali definidas.

Em outras palavras, cada página contém filtros, regras, instruções, orientações, mensagens, sinais, links, menus, campos e botões que estabelecem o “que”, “como”, “quando” e “quanto” pode ser feito por cada usuário em função de suas características, incluindo questões como estar ou não associado ao site etc. Esta fronteira, estabelecendo o que está “fora” e “dentro” do site, ou que seria de acesso autorizado para os visitantes, não foi respeitada pelos técnicos da CATHO, que, mediante acesso indevido, exploravam o que denominavam “vulnerabilidades” ou “falhas de segurança” dos sites concorrentes, copiando por programas idealizados para tal fim muitos ou todos os currículos existentes na base de dados destes concorrentes, utilizando, depois, estes dados para fins comerciais.

Em 5 de abril de 2001, os funcionários LEONARDO DIAS, ADRIANO ARRUDA, FELIPE BUENO e ADRIANO MEIRINHO, trocam diversos e-mails com o título “CUIDADO HACKERS!!”, combinando entre si um “discurso pronto”, para o caso de alguém telefonar e reclamar que a CATHO ON LINE estaria “vasculhando os sites etc etc”: “devemos dizer que estamos consultando somente currículos para a Case Consultores pois as consultoras precisam de currículos para contratar.

Se eles quiserem a CATHO deixa de contratar os profissionais que estão com o CV no site deles.”, pretendendo, assim, simular operação de recrutamento em benefício dos profissionais cadastrados nos concorrentes, mas que não ocorriam, pois os dados serviriam para ações comerciais da CATHO ON LINE. Diante de fatos tão bem demonstrados em face da prova antecipada que determinou a apreensão dos dados existentes nos computadores da ré CATHO ON LINE parece até irônico que esta defenda a inexistência de ilicitude, como se tivesse respeitados os limites impostos pela GELRE para utilização de suas páginas. Não houve – como parece sugerir a ré CATHO – apenas acesso à página eletrônica da GELRE, quando então tomou conhecimento das informações ali contidas.

Os programas desenvolvidos pela CATHO para se aproveitar de falhas de segurança dos concorrentes, possibilitavam o acesso de uma única vez a todo o banco de dados, o que nunca foi disponibilizado desta forma ou em uma única consulta, com transferência de dezenas de milhares de currículos em uma única noite, sem qualquer filtro, o que não é usual ou fora autorizado.

A própria existência de documentos internos da ré CATHO demonstrando o conhecimento sobre a ilicitude do ato, com simulação de um discurso único entre os funcionários para esconder o uso – igualmente demonstrado por documentos eletrônicos da própria ré – comercial que faziam dos dados ilicitamente capturados, indica efetiva captura não autorizada da base de dados da autora GELRE pela ré CATHO e prática de concorrência desleal.

Desnecessário mencionar que o comprovado envio de “Permission Marketing” e o próprio aumento da base de dados da CATHO com a utilização destes currículos capturados da GELRE, servem para aumentar a visibilidade de mercado, com reflexo direto nos lucros que foram obtidos pela CATHO nos inúmeros aproveitamentos comerciais que negocia com seus clientes.

Mesmo que não estivéssemos diante de tão flagrante infringência a normas de direito positivo, vale salientar que o abuso de direito também serve exatamente como instrumento para a correção de injustiças sobre o abrigo de legalidade aparente. Seriam emanações diretas da noção de direito (principiológicas), ou de equidade – elemento substancial e essencial do próprio direito – as noções de enriquecimento sem causa, abuso de direito e imprevisão, a quem Bonnecase estabelecia uma certa hierarquia. Para ele, o enriquecimento sem causa manifesta a influência da noção de direito na ausência de um meio de direito positivo autorizando o restabelecimento do equilíbrio entre dois patrimônios; enquanto a noção de abuso de direito, ao contrário, é um instrumento de proteção em relação ao direito positivo, impedindo-o de se desviar de seu fim e de conduzir à injustiça debaixo de uma legalidade aparente; devendo a imprevisão ser aplicada apenas de forma excepcional.

Josserand, um dos mais ardorosos partidários da noção de relatividade dos direitos subjetivos, reconhece que essa limitação à exigibilidade da prestação decorre da própria vontade das partes, pois, implicitamente,

não haveria direito à prestação; e, conseqüentemente, não poderia haver exercício abusivo de um direito inexistente.

Em outras palavras, não há, sob qualquer ângulo que se examine a questão, como deixar de reconhecer a prática desleal realizada pela ré. Observando que no confronto dos 3,8 milhões de endereços da CATHO com os 499 mil da GELRE foram encontrados 272.479 endereços eletrônicos coincidentes, sendo certo que a própria preferência assinalada nos documentos eletrônicos da CATHO indica que estavam ali sendo extraídos do banco de dados da GELRE informações não disponíveis na CATHO – pois do contrário logo se desinteressaria pela prática ilícita –, hei por bem arbitrar como valor indenizatório devido à GELRE o montante de R\$ 13.623.950,00.

Para encontrar este valor este magistrado levou em conta o valor cobrado pela própria ré CATHO de R\$ 50,00 por mês por currículo inserido, sem nem mesmo levar em conta que a própria CATHO exige um período mínimo de cadastro de três meses, ou as inúmeras aplicações comerciais disponíveis à CATHO com a utilização da base de dados conquistada ilicitamente; sendo certo que nem mesmo é possível falar em baixo retorno de mala direta, porque não se trata de uma mala direta qualquer, mas de uma base acessada ilicitamente pela ré de pessoas já confessadamente procurando outra colocação profissional em site concorrente. Vale salientar, ainda, que no caso de arbitramento de indenização por prática de concorrência desleal deve se levar em conta o que efetivamente pretenderia a transgressora lucrar, sob pena de incentivarmos a própria atividade ilícita. Arbitrar valor menor, sem considerar o porte da ré CATHO e as inúmeras oportunidades comerciais que poderiam ser realizadas com a captura ilícita da base de dados da GELRE, seria verdadeiramente incentivar a prática desleal, sendo certo que o fato da ré CATHO ser uma das maiores, ou a maior, do setor, somente torna ainda mais reprovável seus atos, uma vez que a maior base de dados que já possuía já configurava concorrência suficiente às demais empresas do mesmo setor. 3.

Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a pretensão, CONDENANDO a ré a pagar à autora, pelos danos provocados pela prática de concorrência desleal e captura irregular da base de dados da autora, o valor de R\$ R\$ 13.623.950,00, devidamente atualizado desde a distribuição (março/2003) e com juros de mora de 1% ao ano desde a mesma época, por se tratar de prática de ato ilícito.

Responderá a ré ainda pelas custas e despesas processuais, inclusive honorários dos assistentes técnicos, estes fixados em 1/3 do valor fixado para o laudo do perito judicial, além de honorários advocatícios à procuradora da autora, que fixo, observando os parâmetros do parágrafo terceiro do artigo 20, do Código de Processo Civil, em 20% do valor da condenação, acrescidos de todos os seus consectários. P.R.I. São Paulo, 15 de agosto de 2009. LUÍS MÁRIO GALBETTI Juiz de Direito da 33ª Vara Cível de São Paulo