



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2018.0000136440**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1006564-47.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BAIDU BRASIL INTERNET LTDA., é apelado PSAFE TECNOLOGIA S.A..

**ACORDAM**, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, V. U.. Sustentaram oralmente o Dr. Braz Martins Neto e o Dr. Carlos Edson Strasburg Junior.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2018

**CESAR CIAMPOLINI**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial**

**Apelação nº 1006564-47.2015.8.26.0100**

Comarca: São Paulo – 11ª Vara Cível do Foro Central

MM. Juiz de Direito Dr. Eduardo Palma Pellegrinelli

Apelante: Baidu Brasil Internet Ltda.

Apelada: PSafe Tecnologia S/A

**VOTO Nº 18.000**

*Concorrência desleal. Sentença que julgou conjuntamente duas ações em que contendem Baidu e PSafe, empresas de tecnologia que desenvolveram, respectivamente, os aplicativos de segurança para celulares “Android” denominados “Du Speed Booster” e “PSafe Total”.*

*Primeira ação pela qual a PSafe visa à condenação da Baidu ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na suspensão da venda do aplicativo “Du Speed Booster” até que seja realizada a alteração necessária para que o PSafe Total não seja identificado como vírus, requerendo, ainda, condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.*

*Segunda ação, ajuizada quando já saneado processo da primeira, pela qual a Baidu pretende a condenação da PSafe a suspensão semelhante, até que o aplicativo “PSafe Total” deixe de indicar que seus*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*“softwares” representam risco e que são de baixa utilização, igualmente pleiteando indenização por danos materiais e morais.*

*Sentença de procedência da primeira ação e de improcedência da segunda. Apelação da Baidu.*

*Preliminar de nulidade da perícia. Inexistência de falhas na condução da prova pericial. Partes que puderam participar de forma ativa na fase probatória, acompanhando os trabalhos de renomado Professor que atuou como auxiliar da Justiça. Perito que, ademais, foi ouvido em audiência, respondendo a quesitos previamente deduzidos pelas partes. Perícia conduzida com extremo cuidado e especialíssima atenção pelo Juízo de origem.*

*Preliminar de julgamento “citra petita” que tampouco prospera. Âmbito de ambas as ações, como se depreende das respectivas iniciais e conforme ressaltado em ambos os saneadores, era, essencialmente, apurar-se concorrência desleal de parte a parte nos aplicativos que disponibilizam ao público consumidor no sistema “Android”.*

*Concorrência desleal da Baidu devidamente positivada no laudo pericial, que apurou que seu aplicativo emite alertas no sentido de que os da PSafe contém vírus, gerando riscos e devendo ser desinstalados, o que se revelou, aliás, tecnicamente falso. Aplicativo da PSafe que, por outro lado, apenas identifica, de forma tecnicamente veraz, que os “softwares” da Baidu geram riscos à privacidade do consumidor, não*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*sugerindo que contenham vírus.*

*Conduta da Baidu que, dessa forma, tinha por objetivo influenciar os consumidores dos aplicativos das partes, denegrindo a imagem da PSafe e induzindo a desinstalação de seu “software”. Evidente caracterização de concorrência desleal que, entre nós, além da disciplina específica da Lei 9.279/96, merece até mesmo reprimenda constitucional (art. 157, VI, da Constituição Federal). Doutrina e jurisprudência a respeito dessa espécie de concorrência desleal, consistente no denegrir o produto de concorrente.*

*Danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) corretamente estipulados, nos exatos termos dos arts. 208 a 210 da Lei 9.279/96 que traduzem o princípio da reparação integral, inscrito no art. 402 do Código Civil. Critério legal, ademais, alinhado com os próprios fundamentos da disciplina da repressão aos atos de concorrência desleal, como já apontava TULLIO ASCARELLI, porquanto tutelam a “probabilidade para quem explora a empresa de conseguir os resultados econômicos que podem resultar do desenvolvimento de sua atividade em regime de livre concorrência”.*

*Danos morais que, nos ilícitos relacionados à concorrência desleal e à propriedade industrial, se encontram “in re ipsa”. Doutrina de GAMA CERQUEIRA, DENIS BORGES BARBOSA e jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Ilícito lucrativo que,*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*ademais, merece reprimenda, por meio da fixação de indenização por danos morais. “Quantum” fixado que se revela adequado, diante do porte econômico da recorrente, da gravidade e extensão dos atos praticados, tendentes a diminuir a participação de mercado do “App” da apelada e danificar sua reputação perante os consumidores.*

*Manutenção da sentença recorrida, nos termos do art. 252 do RITJSP. Apelação a que se nega provimento.*

### **RELATÓRIO.**

Trata-se de julgar apelação de Baidu Brasil Internet Ltda. (“Baidu”) contra a r. sentença de fls. 1.352/1.375, que julgou conjuntamente duas ações em que contende, perante a MM. 11ª Vara Cível do Foro Central da Capital, com a apelada, PSafe Tecnologia S.A. (“PSafe”).

Pela primeira ação (proc. 1006564-47.2015.8.26.0100), a PSafe, ora apelada, como explica o relatório sentencial, visa à condenação da Baidu “*ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em suspender a venda do aplicativo 'Du Speed Booster', para equipamentos que operam no sistema 'Android', através da loja virtual 'Google Play', até que haja a alteração necessária para que o aplicativo 'PSafe Total' não seja identificado como vírus, bem como a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais (fls. 01/23).*” (fl. 1.352).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Prossegue o relatório:

“Alega a autora, em síntese, que atuaria no ramo de tecnologia da informação e forneceria o aplicativo *'PSafe Total'*, que seria um antivírus para equipamentos que operam no sistema *'Android'*. Por sua vez, a ré atuaria no mesmo segmento de mercado, comercializando o aplicativo *'Du Speed Booster'*. Entretanto, o aplicativo *'Du Speed Booster'* teria sido programado para indicar que o aplicativo *'PSafe Total'* conteria vírus de alto risco, o que induziria os usuários à desinstalação.

Assim consta do pedido, no essencial:

*'Ante o exposto, requer-se:'*

*a) inaudita altera parte, a antecipação de efeitos da tutela, determinando-se à Ré que:*

*1) sob pena de astreinte a ser arbitrada por V. Exa., no valor diário de R\$100.000,00 (cem mil reais), imediata e previamente suspenda a oferta de seu aplicativo, DU Speed Booster, da loja virtual da Google para celulares e outros dispositivos no Brasil com o sistema operacional Android, Google Play, para evitar maiores danos à imagem e atividade comercial da Autora; e, ainda*

*2) sob pena da mesma multa coercitiva acima mencionada, altere a configuração de seu aplicativo DU Speed Booster, providenciando a respectiva atualização dos exemplares já instalados e em uso no mercado, para não mais identificar o aplicativo da Autora, PSafe Total, como vírus e ao mesmo tempo para exibir mensagem de retratação nos respectivos aplicativos DU Speed Booster instalados, admitindo aos usuários que o alerta de que o PSafe Total contém vírus é falso e que os usuários devem reinstalar o aplicativo da Autora;*

*b) juntamente com a antecipação de efeitos da tutela pretendida no item - a , acima, a expedição de ofício para a administradora da mencionada loja virtual Google Play, a empresa Google do Brasil Internet Ltda., CNPJ 06.990.590/0001-23, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º 477,*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*andares 17 a 20, Torre Sul, CEP 04538-133, São Paulo SP, a fim de que ela auxilie no cumprimento da ordem, promovendo a suspensão do aplicativo, DU Speed Booster, veículo da prática de concorrência desleal pela Ré, de sua loja virtual Google Play;*

*c) a citação da Ré, para contestar a presente ação, sob pena de revelia; e*

*d) ao fim, seja confirmada a tutela antecipada e proferido julgamento de total procedência da presente ação, com a condenação da Ré a: (i) alteração definitiva de seu aplicativo DU Speed Booster, para não mais identificar o aplicativo da Autora, PSafe Total, como vírus e ao mesmo tempo para exibir mensagem de retratação nos respectivos aplicativos instalados, admitindo aos usuários que o alerta de que o PSafe Total contém vírus é falso e que os usuários devem reinstalar o aplicativo da Autora; (ii) pagamento de indenização por dano material em valor a ser determinado em fase de liquidação de sentença e moral no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); e (iii) pagamento de custas e honorários advocatícios" (fls. 21/22).*

A petição inicial foi instruída com documentos (fls. 24/55)." (fls. 1.352/1.354; itálico do original).

Pela segunda ação (proc. 1083082-78.2015.8.26.0100, proposta pela Baidu quando já saneado o processo daquela que lhe é movida pela PSafe, pretende a ora apelante a condenação da apelada a não mais praticar atos que indiquem *"que os aplicativos da autora representariam risco, que seriam de baixa utilização, sugerindo a remoção, mesmo quando utilizados, e que seja feita retratação pública, bem como a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais (fls. 01/33)." (fl. 1.356).*

Relatou o MM. Juiz *a quo*, Dr. EDUARDO



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**PALMA PELLEGRINELLI:**

“Alega a autora, em síntese, que atuaria no ramo de tecnologia e teria por objeto social o tratamento de dados digitais, o oferecimento de aplicativos aos usuários e o serviço de hospedagem na internet ('nuvem'). Dentre os aplicativos, a autora comercializaria o antivírus 'Du Speed Booster', o economizador de bateria 'Du Battery Saver', o navegador de internet 'Baidu Browser' e o 'DU Flashlight', que melhora o desempenho da lanterna do celular. Por sua vez, a ré atuaria no mesmo segmento de mercado, fornecendo serviço de segurança digital através de armazenamento na nuvem, além de comercializar aplicativo de antivírus. Entretanto, o aplicativo 'PSafe Total' teria sido programado para indicar que os aplicativos da autora representariam risco e que seriam de baixa utilização, sugerindo a remoção, mesmo quando utilizados.

Assim consta do pedido, no essencial:

*' Do exposto, a Autora requer a Vossa Excelência que:*

*a) Defira, por conexão e risco de decisões contraditórias, a distribuição do presente feito por dependência ao processo nº 1006564-47.2015.8.26.0100, em trâmite perante esse MM. Juízo da 11ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo;*

*b) Defira, inaudita altera parte, a antecipação da tutela específica (art. 461, § 3º, CPC), ordenando que, no prazo de 24h (vinte e quatro horas) e sob pena de multa diária no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais),*

*(i) a Ré suspenda a oferta de seu aplicativo antivírus PSafe Total da loja virtual da Google (Google Play) para equipamentos que operam no sistema Android, até que cumpra integralmente todos os comandos da tutela antecipada, sendo a Google notificada para realizar a remoção do aplicativo da Google Play, até que se comprove judicialmente o cumprimento da tutela antecipada concedida, ou seja, até que seja comprovado em juízo (i) que o aplicativo PSafe Total não mais indica os aplicativos da Autora como aplicativos com qualquer espécie de risco; (ii) que o*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
**São Paulo**

*aplicativo PSafe Total não mais indica os aplicativos da Autora como aplicativos de baixa utilização para remoção, quando os aplicativos são utilizados; e (iii) seja realizada a retratação pública (em sua página de Facebook, blog e website - devendo o aviso ser mantido por pelo menos 5 (cinco) dias, atingindo o mesmo período no qual as versões com as características mencionadas foram disponibilizadas aos usuários até a data da cessão das condutas ilícitas pela Ré), com a seguinte mensagem: PSafe, por meio desta, desculpa-se com seus usuários pela indevida indicação como risco ou para remoção dos aplicativos da empresa Baidu, ou mensagem com efeito semelhante, a ser determinada por V. Exa.:*

*(ii) a Ré não indique ao usuário, através do PSafe Total ou de qualquer outro meio análogo, a baixa utilização de quaisquer aplicativos da Autora, quando isso efetivamente não ocorrer, para fins de sugerir que sejam desinstalados;*

*(iii) a Ré não indique ao usuário, através do PSafe Total ou de qualquer outro meio análogo, a suposta existência de riscos na utilização do antivírus da Autora, o DU Speed Booster, e*

*(iv) este juízo determine, inaudita altera pars, que seja procedido procedimento de vistoria, com nomeação imediata de um perito judicial, para que realize o download e guarda da atual versão do aplicativo PSafe Total ou, alternativamente, seja a Ré obrigada a depositar nos autos a versão do seu aplicativo de antivírus que contenha a informação de que o antivírus da Autora é suspeito, bem como que indica que os aplicativos de autoria da Autora seriam raramente utilizados;*

*b.1) No intuito de se evitarem maiores danos às atividades e à imagem da Autora, requer a expedição de ofício para a empresa responsável pela loja virtual Google Play qual seja, Google do Brasil Internet Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob o n° 06.990.590/0001-23, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n° 3.477, 17° a 20 andares, Torre Sul, CEP 04538-133 para que suspenda imediatamente a oferta do aplicativo PSafe Total, de titularidade da Ré.*

*c) Determine a citação postal da Ré, para que, querendo, apresente defesa e acompanhe o feito até seus ulteriores termos, sob pena de revelia, juntando, para tanto, diligência de Oficial de Justiça (doc. 19);*

*d) Julgue procedentes os pedidos ora formulados para confirmar, se for o caso, a*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*tutela antecipada concedida, tornando definitiva as obrigações da Ré definidas nos itens 'i' e 'ii' acima, bem como condena-la ao pagamento de indenização por danos materiais (emergentes e lucros cessantes), a ser apurado em liquidação de sentença, e morais, no valor mínimo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)" (fls. 31/32).*

A petição inicial foi instruída com documentos (fls. 34/234).

Foi concedida a tutela antecipada (fls. 237/244), cujos limites foram consensualmente adequados pelas partes (fls. 323 e 325/326).

O réu compareceu espontaneamente ao processo." (fls. 1.356/1.358; itálico do original).

A princípio, na primeira ação, aquela movida pela PSafe contra a Baidu, deferiu-se-lhe tutela antecipada, nos termos requeridos na inicial, *“para determinar que a parte requerida suspenda a oferta do aplicativo, 'DU Speed Booster', da loja virtual da Google para aparelhos celulares com sistema operacional Android, 'Google Play', até que haja a alteração da configuração do aplicativo mencionado, com a consequente atualização dos aplicativos em uso no mercado, justamente para não identificar o aplicativo da parte autora, 'PSafe Total', como vírus ou outra ameaça qualquer aos aparelhos. Concomitantemente, deve a parte requerida exibir mensagem de retratação, informando aos consumidores que o aplicativo da concorrente, a princípio, não contém vírus ou outra ameaça virtual, ficando, inclusive, a critério de cada cliente a possibilidade de reinstalação”* (fl. 57).

Ingressando a ré nos autos, a r. decisão foi alterada em parte (fls. 126/127), mas, ao depois, ripristinada, diante



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

do descumprimento, pela Baidu, da determinação do Juízo (fls. 183/185).

Esclareça-se que, mais adiante, as partes se compuseram nos autos, ajustando recíprocos comportamentos no curso do processo, o que foi homologado judicialmente, substituindo-se a tutela antecipada então em vigor pelo convencionado (fls. 579/580).

A contestação da Baidu à ação que lhe move a PSafe está a fls. 192/226, negando ela a prática de atos concorrenciais desleais e, subsidiariamente, impugnando as verbas indenizatórias pretendidas.

A contestação da PSafe à ação que lhe move a Baidu (fls. 343/373), por igual, nega a prática de concorrência desleal e impugna os pedidos indenizatórios contrapostos.

Copio o teor do r. despacho saneador proferido na primeira ação:

“2) A preliminar confunde-se com o mérito e com ele deve ser apreciada.

No mais, o cumprimento, ou não, da tutela antecipada, não pode verificado somente com as atas notariais juntadas, demandando conhecimento técnico, pois há controvérsia quanto à versão utilizada em cada aparelho e a opção de atualização pelos usuários antigos, não



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

se sabendo as qualificações técnicas do aparelhos apresentados aos tabeliães.

Considerando o conteúdo acima do item '2' e o que consta na contestação, fixa-se como ponto controvertido: a) o cumprimento da tutela antecipada; b) o apontamento do programa PSafe Total como vírus, por programação do réu ou, ao contrário, por conflito de programação ou verdadeiro risco do software do autor; c) a existência de ato de concorrência desleal; d) os danos e sua extensão.

3) Considerando a necessidade de realização da perícia técnica, nomeio JOSÉ PIO TAMASSIA SANTOS, com endereço na Praça da República nº 465, Conjunto 81, São Paulo/SP, telefone (11) 3337-1707, e-mail pio@pobox.com.

Apresentem as partes quesitos e indiquem assistentes técnicos, querendo.

Arbitro os honorários provisórios da expert do juízo em R\$ 5.000,00, que deverão ser depositados pelo autor no prazo de dez dias. Desde logo autorizo o levantamento dos honorários provisórios, por ocasião do início dos trabalhos, a título de adiantamento de despesas, sem prejuízo de oportuna revisão do valor arbitrado quando da efetiva entrega do laudo.

Laudo em trinta dias.

Intimem-se." (fls. 448/449; negrito do original).

Com a propositura da segunda ação, novo saneador, por igual irrecorrido, foi exarado, *verbis*:

"Vistos.

1. Relatório

Para a melhor compreensão da controvérsia serão elaborados



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

relatórios distintos para as duas ações conexas (processos n. 1006564-47.2015.8.26.0100 e n. 1083082-78.2015.8.26.0100).

1.1. Dos autos n. 1006564-47.2015.8.26.0100

Trata-se de ação promovida por PSAFE TECNOLOGIA S/A em face de BAIDU BRASIL INTERNET LTDA., visando a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em suspender a venda do aplicativo 'Du Speed Booster', para equipamentos que operam no sistema 'Android', através da loja virtual 'Google Play', até que haja a alteração necessária para que o aplicativo 'PSafe Total' não seja identificado como vírus, bem como a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais (fls. 01/23).

Alega a autora, em síntese, que atuaria no ramo de tecnologia da informação e forneceria o aplicativo 'PSafe Total', que seria um antivírus para equipamentos que operam no sistema 'Android'. Por sua vez, a ré atuaria no mesmo segmento de mercado, comercializando o aplicativo 'Du Speed Booster'. Entretanto, o aplicativo 'Du Speed Booster' teria sido programado para indicar que o aplicativo 'PSafe Total' conteria vírus de alto risco, o que induziria os usuários à desinstalação.

Assim consta do pedido, no essencial:

*'Ante o exposto, requer-se:*

*a) inaudita altera parte, a antecipação de efeitos da tutela, determinando-se à Ré que:*

*1) sob pena de astreinte a ser arbitrada por V. Exa., no valor diário de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), imediata e previamente suspenda a oferta de seu aplicativo, DU Speed Booster, da loja virtual da Google para celulares e outros dispositivos no Brasil com o sistema operacional Android, Google Play, para evitar maiores danos à imagem e atividade comercial da Autora; e, ainda*

*2) sob pena da mesma multa coercitiva acima mencionada, altere a configuração de seu aplicativo DU Speed Booster, providenciando a respectiva atualização dos*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*exemplares já instalados e em uso no mercado, para não mais identificar o aplicativo da Autora, PSafe Total, como vírus e ao mesmo tempo para exibir mensagem de retratação nos respectivos aplicativos DU Speed Booster instalados, admitindo aos usuários que o alerta de que o PSafe Total contém vírus é falso e que os usuários devem reinstalar o aplicativo da Autora;*

*b) juntamente com a antecipação de efeitos da tutela pretendida no item - a , acima, a expedição de ofício para a administradora da mencionada loja virtual Google Play, a empresa Google do Brasil Internet Ltda., CNPJ 06.990.590/0001-23, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º 477, andares 17 a 20, Torre Sul, CEP 04538-133, São Paulo SP, a fim de que ela auxilie no cumprimento da ordem, promovendo a suspensão do aplicativo, DU Speed Booster , veículo da prática de concorrência desleal pela Ré, de sua loja virtual Google Play;*

*c) a citação da Ré, para contestar a presente ação, sob pena de revelia; e*

*d) ao fim, seja confirmada a tutela antecipada e proferido julgamento de total procedência da presente ação, com a condenação da Ré a: (i) alteração definitiva de seu aplicativo DU Speed Booster, para não mais identificar o aplicativo da Autora, PSafe Total , como vírus e ao mesmo tempo para exibir mensagem de retratação nos respectivos aplicativos instalados, admitindo aos usuários que o alerta de que o PSafe Total contém vírus é falso e que os usuários devem reinstalar o aplicativo da Autora; (ii) pagamento de indenização por dano material em valor a ser determinado em fase de liquidação de sentença e moral no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); e (iii) pagamento de custas e honorários advocatícios" (fls. 21/22).*

A petição inicial foi instruída com documentos (fls. 24/55).

A respeitável decisão de fls. 57 concedeu a tutela antecipada '*... para determinar que a parte requerida suspenda a oferta do aplicativo, 'DU Speed Booster', da loja virtual da Google para aparelhos celulares com sistema operacional Android, 'Google Play', até que haja a alteração da configuração do aplicativo mencionado, com a consequente atualização dos aplicativos em uso no mercado, justamente para não identificar o aplicativo da parte autora, 'PSafe Total', como vírus ou outra ameaça qualquer aos aparelhos. Concomitantemente,*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*deve a parte requerida exibir mensagem de retratação, informando aos consumidores que o aplicativo da concorrente, a princípio, não contém vírus ou outra ameaça virtual, ficando, inclusive, a critério de cada cliente a possibilidade de reinstalação.'*

Outrossim, a respeitável decisão de fls. 126/127 alterou o conteúdo da tutela de urgência *'...para que, com base na isonomia, a ré adeque o seu alerta nos termos supra (ainda que se valendo de palavras não exatamente iguais). Concedo o prazo de 5 (cinco) dias inclusive para que comprove que também disponibilizou a versão alterada de seu programa para a atualização dos atuais clientes. Na inércia, incorrerá em multa diária de R\$ 20.000,00 que poderá ser majorada. Por ora, limito a multa em R\$ 300.000,00.'*

Ademais, foi proferida a respeitável decisão de fls. 183/185, que determinou, em síntese:

*'Diante do manifesto descumprimento da liminar, e das alegações coerentes contidas acima, REVIGORO a decisão de fls. 57 'para determinar que a parte requerida suspenda a oferta do aplicativo, 'DU Speed Booster', da loja virtual da Google para aparelhos celulares com sistema operacional Android, 'Google Play', até que haja a alteração da configuração do aplicativo mencionado, com a consequente atualização dos aplicativos em uso no mercado, justamente para não identificar o aplicativo da parte autora, 'PSafe Total', como vírus ou outra ameaça qualquer aos aparelhos. Concomitantemente, deve a parte requerida exibir mensagem de retratação, informando aos consumidores que o aplicativo da concorrente, a princípio, não contém vírus ou outra ameaça virtual, ficando, inclusive, a critério de cada cliente a possibilidade de reinstalação.'*

Por ocasião da resposta foi alegado, em síntese: que não teriam sido praticados atos de concorrência desleal; subsidiariamente, que não haveriam danos morais e, ainda, que eventual indenização não poderia ser fixada no valor pretendido pelo autor (fls. 192/226).

Houve réplica (fls. 384/398).

O feito foi saneado (fls. 448/449).

As partes apresentaram quesitos e indicaram assistentes técnicos (fls.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

480/483 e 486/487).

Foi determinada a alteração da tutela antecipada (fls. 493/500), cujos limites foram consensualmente adequados pelas partes (fls. 577 e 579/580).

1.2. Dos autos n. 1083082-78.2015.8.26.0100

Trata-se de ação promovida por BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. em face de PSAFE TECNOLOGIA S/A, visando a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em suspender a venda do aplicativo '*PSafe Total*', para equipamentos que operam no sistema '*Android*', através da loja virtual '*Google Play*', até que o referido aplicativo deixe de indicar que os aplicativos da autora representariam risco, que seriam de baixa utilização, sugerindo a remoção, mesmo quando utilizados, e que seja feita retratação pública, bem como a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais (fls. 01/33).

Alega a autora, em síntese, que atuaria no ramo de tecnologia e teria por objeto social o tratamento de dados digitais, o oferecimento de aplicativos aos usuários e o serviço de hospedagem na internet ('nuvem'). Dentre os aplicativos, a autora comercializaria o antivírus '*Du Speed Booster*', o economizador de bateria '*Du Battery Saver*', o navegador de internet '*Baidu Browser*' e o '*DU Flashlight*', que melhora o desempenho da lanterna do celular. Por sua vez, a ré atuaria no mesmo segmento de mercado, fornecendo serviço de segurança digital através de armazenamento na nuvem, além de comercializar aplicativo de antivírus. Entretanto, o aplicativo '*PSafe Total*' teria sido programado para indicar que os aplicativos da autora representariam risco e que seriam de baixa utilização, sugerindo a remoção, mesmo quando utilizados.

Assim consta do pedido, no essencial:

*'Do exposto, a Autora requer a Vossa Excelência que:*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*a) Defira, por conexão e risco de decisões contraditórias, a distribuição do presente feito por dependência ao processo nº 1006564-47.2015.8.26.0100, em trâmite perante esse MM. Juízo da 11ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo:*

*b) Defira, inaudita altera parte, a antecipação da tutela específica (art. 461, § 3º, CPC), ordenando que, no prazo de 24h (vinte e quatro horas) e sob pena de multa diária no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais),*

*(i) a Ré suspenda a oferta de seu aplicativo antivírus PSafe Total da loja virtual da Google (Google Play) para equipamentos que operam no sistema Android, até que cumpra integralmente todos os comandos da tutela antecipada, sendo a Google notificada para realizar a remoção do aplicativo da Google Play, até que se comprove judicialmente o cumprimento da tutela antecipada concedida, ou seja, até que seja comprovado em juízo (i) que o aplicativo PSafe Total não mais indica os aplicativos da Autora como aplicativos com qualquer espécie de risco; (ii) que o aplicativo PSafe Total não mais indica os aplicativos da Autora como aplicativos de baixa utilização para remoção, quando os aplicativos são utilizados; e (iii) seja realizada a retratação pública (em sua página de Facebook, blog e website - devendo o aviso ser mantido por pelo menos 5 (cinco) dias, atingindo o mesmo período no qual as versões com as características mencionadas foram disponibilizadas aos usuários até a data da cessão das condutas ilícitas pela Ré), com a seguinte mensagem: PSafe, por meio desta, desculpa-se com seus usuários pela indevida indicação como risco ou para remoção dos aplicativos da empresa Baidu, ou mensagem com efeito semelhante, a ser determinada por V. Exa.;*

*(ii) a Ré não indique ao usuário, através do PSafe Total ou de qualquer outro meio análogo, a baixa utilização de quaisquer aplicativos da Autora, quando isso efetivamente não ocorrer, para fins de sugerir que sejam desinstalados;*

*(iii) a Ré não indique ao usuário, através do PSafe Total ou de qualquer outro meio análogo, a suposta existência de riscos na utilização do antivírus da Autora, o DU Speed Booster, e*

*(iv) este juízo determine, inaudita altera parte, que seja procedido procedimento de vistoria, com nomeação imediata de um perito judicial, para que realize o download e guarda da atual versão do aplicativo PSafe Total ou, alternativamente, seja a Ré obrigada a depositar nos autos a versão do seu*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*aplicativo de antivírus que contenha a informação de que o antivírus da Autora é suspeito, bem como que indica que os aplicativos de autoria da Autora seriam raramente utilizados;*

*b.1) No intuito de se evitarem maiores danos às atividades e à imagem da Autora, requer a expedição de ofício para a empresa responsável pela loja virtual Google Play qual seja, Google do Brasil Internet Ltda., inscrita no CNPJ/MF sob o n° 06.990.590/0001-23, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n° 3.477, 17º a 20 andares, Torre Sul, CEP 04538-133 para que suspenda imediatamente a oferta do aplicativo PSafe Total, de titularidade da Ré.*

*c) Determine a citação postal da Ré, para que, querendo, apresente defesa e acompanhe o feito até seus ulteriores termos, sob pena de revelia, juntando, para tanto, diligência de Oficial de Justiça (doc. 19);*

*d) Julgue procedentes os pedidos ora formulados para confirmar, se for o caso, a tutela antecipada concedida, tornando definitiva as obrigações da Ré definidas nos itens 'i' e 'ii' acima, bem como condena-la ao pagamento de indenização por danos materiais (emergentes e lucros cessantes), a ser apurado em liquidação de sentença, e morais, no valor mínimo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)' (fls. 31/32).*

A petição inicial foi instruída com documentos (fls. 34/234).

Foi concedida a tutela antecipada (fls. 237/244), cujos limites foram consensualmente adequados pelas partes (fls. 323 e 325/326).

O réu compareceu espontaneamente ao processo.

Por ocasião da resposta foi alegado, em síntese: que não teriam sido praticados atos de concorrência desleal, sendo que os alertas emitidos pelos aplicativos da ré seriam diversos daqueles emitidos aplicativos do autor; subsidiariamente, que não haveriam danos morais e, ainda, que eventual indenização não poderia ser fixada no valor pretendido pelo autor (fls. 346/373).

A contestação foi instruída com documentos (fls. 374/594).

Houve réplica (fls. 603/615).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

É o relatório. Passo a decidir.

## 2. Fundamentação

2.1. Não foram alegadas outras preliminares.

2.2. Não há questões processuais pendentes.

2.3. Assim, tem-se que estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

2.4. Como se observa da análise das petições iniciais e das contestações, as partes divergem sobre: (1) se os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foram programados especificamente para indicar que os aplicativos da parte adversa contém vírus, representam alto risco, consomem muita energia ou sejam de baixa utilização; (2) se os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foram programados especificamente para recomendar a desinstalação dos aplicativos da parte adversa; (3) se a forma de programação dos aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes configura concorrência desleal; (4) se, em razão da forma de programação dos aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes, houve a prática de ato ilícito; (5) se cada uma das partes sofreu danos materiais, bem como a sua extensão; (6) se cada uma das partes sofreu danos morais.

Dessa forma, é necessária a produção de provas.

## 3. Dispositivo

Diante do exposto:

a) dou o feito por saneado;

b) fixo como pontos controvertidos:

b-1) se os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foram programados especificamente para indicar que os aplicativos da parte adversa contém vírus, representam alto risco, consomem muita energia ou sejam de baixa utilização;



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

b-2) se os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foram programados especificamente para recomendar a desinstalação dos aplicativos da parte adversa;

b-3) se a forma de programação dos aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes configura concorrência desleal;

b-4) se, em razão da forma de programação dos aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes, houve a prática de ato ilícito;

b-5) se cada uma das partes sofreu danos materiais, bem como a sua extensão;

b-6) se cada uma das partes sofreu danos morais.

c) determino a produção de prova pericial e nomeio como perito o Professor Routh Terada.

Fixo os honorários periciais em R\$ 60.000,00.

Em 05 (cinco) dias, cada uma das partes deverá comprovar o pagamento de metade dos honorários periciais (R\$ 30.000,00), conforme foi acordado em audiência.

Determino que as partes, também em 05 (cinco) dias, indiquem assistentes técnicos e apresentem quesitos.

Após, intime-se o perito para apresentar o laudo em 30 (trinta) dias.

São quesitos do Juízo:

1) os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes atuam em relação aos aplicativos da parte adversa da mesma forma com que atuam em relação aos aplicativos similares de outras empresas?

2) os critérios que direcionam o funcionamento dos aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes em relação aos aplicativos da parte adversa são objetivos e também são aplicados de forma indiscriminada em relação aos aplicativos similares de outras empresas?

3) os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foi



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

programados especificamente para prejudicar, obstar ou atrapalhar o funcionamento dos aplicativos da parte adversa?

4) os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes atua de forma irregular em relação aos aplicativos da parte adversa? Em caso positivo, de que forma?

5) os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foi programados especificamente para indicar que os aplicativos da parte adversa contém vírus?

6) os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foram programados especificamente para indicar que os aplicativos da parte adversa representam alto risco?

7) os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foram programados especificamente para indicar que os aplicativos da parte adversa consomem muita energia?

8) os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foram programados especificamente para indicar que os aplicativos da parte adversa são de baixa utilização?

9) os aplicativos para sistema *Android* de cada uma das partes foram programados especificamente para recomendar a desinstalação dos aplicativos da parte adversa?

d) torno sem efeito a nomeação de perito realizada pela respeitável decisão de fls. 448/449 dos autos n. 1006564-47.2015.8.26.0100. Intime-se o perito por e-mail;

e) observo que a eventual necessidade da produção de prova oral será analisada após a produção da prova técnica;

f) determino que os processos tramitem de forma conjunta, nos autos n. 1006564-47.2015.8.26.0100 (por ser o mais antigo), observando que serão julgados por uma única sentença;

g) por fim, observo que esta decisão é proferida nos autos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

1006564-47.2015.8.26.0100 e nos autos n.  
1083082-78.2015.8.26.0100.

Intime-se." (fls.695/704; destaques do original).

Laudo pericial a fls. 862/905. Resposta a quesitos complementares a fls. 1.047/1.048. O perito foi ouvido em audiência (fls. 1.108/1.110).

Apresentadas razões finais, a ação movida pela PSafe contra Baidu foi julgada procedente e a ação contraposta foi julgada improcedente, consoante está no seguinte dispositivo:

"Diante do exposto, julgo improcedente o pedido formulado nos autos n. 1083082-78.2015.8.26.0100 e julgo procedente o pedido formulado nos autos n. 1006564-47.2015.8.26.0100, para:

- a) determinar a extinção dos dois processos nos termos do art. 487, I, do CPC;
- b) condenar a BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em alterar de forma definitiva o aplicativo '*Du Speed Booster*'; de forma que não emita alertas que identifiquem o aplicativo '*PSafe Total*' como sendo ou contendo vírus e que represente alto risco, bem como alertas recomendando a desinstalação do aplicativo '*PSafe Total*';
- c) condenar a BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em veicular em seu site e em todas as redes sociais das quais faz parte, mensagem de retratação, informando que eram tecnicamente incorretos os alertas emitidos no sentido de que o aplicativo '*PSafe Total*' é ou contém vírus e representa alto risco, bem como o alerta no



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

sentido de recomendar a sua desinstalação;

- d) condenar a BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. ao pagamento de indenização em razão dos danos materiais causados à PSAFE TECNOLOGIA S/A, consistente na diminuição da receita obtida com o aplicativo *'Psafe Total'*, no Brasil, no período de doze meses. Para tanto deverá ser identificada a diferença da referida receita nos doze meses anteriores e posteriores ao primeiro alerta falso emitido pelo aplicativo *'Du Speed Booster'*, o que deverá ser apurado na fase de liquidação de sentença. O valor apurado deverá ser acrescido de correção monetária pelos índices da Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contados da data desta da elaboração dos cálculos em liquidação de sentença, além de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação;
- e) condenar a BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. ao pagamento de indenização por lucros cessantes, que deverão corresponder ao valor que seja mais favorável à PSAFE TECNOLOGIA S/A, dentre os seguintes: *'os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido'* ou *'os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito'*, o que deverá ser apurado na fase de liquidação de sentença. O valor apurado deverá ser acrescido de correção monetária pelos índices da Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contados da data desta da elaboração dos cálculos em liquidação de sentença, além de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação;
- f) condenar a BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 440.000,00, acrescido de correção monetária pelos índices da Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contados da data desta decisão, além de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação;



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

- g) com fundamento no – art. 85, § 2º, do CPC, condenar a BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. ao pagamento das custas e das despesas processuais relativas aos dois processos, bem como dos honorários advocatícios em favor do advogado contratado por PSAFE TECNOLOGIA S/A, fixados em 15% do valor total da condenação. Observo que em relação às custas e às despesas processuais, haverá a incidência de correção monetária pelos índices da tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça, a partir de cada adiantamento, bem como de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da condenação. Em relação aos honorários advocatícios, haverá a incidência de correção monetária pelos índices da tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça, a partir da data da propositura da ação, bem como de juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado;
- h) determinar que cópia desta sentença seja transladada para os autos do processo n. 1083082-78.2015.8.26.0100, cuja extinção deverá ser anotada no sistema SAJ.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.” (fls. 1.373/1.375; grifo, negrito e itálico do original).

Embargos de declaração da Baidu (fls. 1.382/1.389) foram rejeitados, por infringentes (fl. 1.393).

Apelação a fls. 1.396/1.444, pela inversão do resultado, com preliminares de nulidade, por conter o laudo vícios insanáveis e por ter havido julgamento *citra petita*. No mérito, a Baidu reitera suas alegações feitas ao longo do processo no sentido de que quem infringiu obrigações concorrenciais foi a PSafe, não ela; subsidiariamente, cuida das verbas indenizatórias, que diz indevidas,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

ou, ao menos, elevadas, merecendo redução.

Contrarrazões a fls. 1.477/1.510.

É o relatório.

### FUNDAMENTAÇÃO.

As alegações da Baidu acerca de falhas na condução da prova pericial já haviam sido feitas anteriormente, merecendo adequada resposta na r. sentença. Após ressaltar que se seguiu, na instrução, o devido processo legal, e que, “*aliás, as partes foram chamadas a contribuir para ao estabelecimento de limites minimamente razoáveis para a tutela de urgência, bem como nos rumos da fase probatória*”, o MM. Juiz **a quo** assim repeliu as alegações de nulidade da perícia:

“Tendo em vista a relevância e a especificidade dos fatos controvertidos, este magistrado não se contentou com os ótimos peritos que previamente habilitados, buscando a nomeação de um dos maiores especialistas na área, com fortes vínculos acadêmicos, valendo salientar que o Professor Doutor Routo Terada é Professor Titular do Departamento de Ciências da Computação do Instituto de Matemática e Estatística (IME) da Universidade de São Paulo (USP).

Portanto, o perito nomeado tem reputação absolutamente ilibada e conhecimentos técnicos dificilmente superáveis.

Entretanto, ao se optar por não nomear um 'perito profissional', é



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

evidente a necessidade de adaptação às peculiaridades da atuação como Auxiliar do Poder Judiciário, o que foi a preocupação constante deste magistrado (sempre com a participação das partes).

Nesse sentido, foi realizada prova pericial (fls. 862/905), as partes apresentaram quesitos complementares (fls. 998/1.019 e 1.033/1.037), que foram respondidos (fls. 1.047/1.048), após o que houve nova manifestação das partes (fls. 1.053/1.056 e 1.057/1.070).

Outrossim, foi designada audiência especificamente para que o perito judicial prestasse esclarecimentos (fls. 1.084 e 1.091), sendo que as partes formularam perguntas em forma de quesitos (fls. 1.092/1.096 e 1.097/1.100) e a audiência foi realizada (fls. 1.108/1.110).

Por ocasião da audiência (gravada em sistema audiovisual), este magistrado e as partes tiveram ampla liberdade para fazer perguntas e pedir esclarecimentos ao perito judicial, sendo que o ato apenas foi encerrado quando todos já estavam satisfeitos.

Entretanto, já na audiência, a BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. externou a intenção de fazer prevalecer a visão particular do seu assistente técnico, tendo formulado o seguinte requerimento, *verbis*:

*'Gostaríamos que o Sr. Perito, na medida da sua possibilidade, repetisse o teste do 'dummy browser' nas condições realizadas pelo assistente técnico da BAIDU, conforme descrito a fls. 106 e seguintes. Gostaria que o perito realizasse mais um teste que seria confirmar que, uma vez excluída a 'black list' do aplicativo 'Psafe Total', se este continuaria a indicar os aplicativos da BAIDU como aplicativos de risco. Por fim, requeiro que todas as intimações sejam realizadas em nome do Dr. Luiz Antonio Varella Donelli (OAB/SP:248.542) e do Dr. Antônio Carlos Cantisani Mazzuco (OAB/SP 91.293)' (fls. 1.108/1.109).*

Após a manifestação da parte adversa, tal requerimento foi indeferido, *verbis*:

*'Como se observa dos autos, foi nomeado perito judicial, que apresentou laudo respondendo aos quesitos formulados pelo Juízo e pelas partes. Em seguida, foram formulados quesitos complementares, que foram novamente respondidos pelo perito*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*judicial. Tendo persistido a irresignação das partes, foi designada audiência específica para que o perito prestasse novos esclarecimentos, sendo que mais uma vez foram elaborados inúmeros quesitos, nos termos do art. 435 do CPC/73. E nesta data, o perito judicial respondeu todas as indagações, tendo explicado detalhadamente suas conclusões técnicas. Como demonstrado ao longo da audiência (assim como nas manifestações processuais anteriores), há divergência entre as conclusões técnicas alcançadas pelo perito judicial e àquelas alcançadas pelo assistente técnico da BAIDU, o que poderá ser melhor demonstrado nas alegações finais e será analisado por ocasião da sentença. Entretanto, não é possível que as partes continuamente formulem novos quesitos, com o nítido objetivo de suprir a ausência de quesitos anteriores, bem como para buscar que o perito judicial venha a concordar com o assistente técnico. Portanto, indefiro o requerimento formulado pela BAIDU. Em razão dos esclarecimentos prestados pelo perito judicial, homologo a prova pericial. Outrossim, determino o encerramento da fase probatória. Considerando a complexidade dos fatos, determino que as partes apresentem alegações finais escritas, pelo prazo comum de 15 dias, tendo por termo inicial o dia 30 de maio de 2016. Após, tornem os autos conclusos para sentença. Expeça-se guia para o levantamento dos honorários periciais. Altere-se o cadastro no Sistema SAJ, conforme requerido pela BAIDU, em relação aos dois processos'(fls.1.109/1.110).*

Aliás, durante a audiência a BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. insistiu para que o perito judicial justificasse as conclusões alcançadas por seu próprio assistente técnico, o que foi indeferido.

Outrossim, por ocasião das alegações finais, a BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. afirmou que *'o Sr. Perito, ao responder às perguntas do MM. Juízo a quo, considerou tão somente os documentos presentes na ação proposta pela Psafé (proc. n.º 1006564-47.2015.8.26.0100) para embasar as suas respostas, o que, evidentemente, causou um enorme desequilíbrio nesse trecho do Laudo Pericial'*(fls. 1.174).

Entretanto, tal afirmação contém meias verdades, sendo evidente que a parte se valeu apenas dos fatos que lhe convinham, na tentativa de invalidar a prova técnica.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Ocorre que, em que pese ao se manifestar por escrito o perito judicial (por inexperiência) não tenha se atentado ao fato de que haviam dois processos apensos, antes da audiência analisou absolutamente todas as alegações das partes e todos os documentos que constavam dos autos n. 1083082-78.2015.8.26.0100, sendo que tais elementos não alteraram as conclusões da prova técnica.

Ora, em apertada síntese, o objetivo da prova técnica era analisar se os aplicativos de cada uma das partes havia sido programado para produzir alertas falsos e prejudiciais aos aplicativos da parte adversa, análise esta que foi plenamente realizada pelo perito judicial desde o início dos trabalhos técnicos.

É fundamental salientar que os trabalhos periciais foram norteados pela decisão saneadora, que foi proferida de forma conjunta para os dois processos, já considerando todos os pedidos e todos os fatos alegados nos dois autos.

Posteriormente, a partir de tudo que constava dos autos n. 1083082-78.2015.8.26.0100, o perito judicial conferiu as suas análises, sendo que os resultados permaneceram inalterados.

Assim, é possível concluir que apesar do perito inicialmente não ter atentado para a existência dos autos em apenso, realizou os trabalhos técnicos norteados pela decisão saneadora, que já havia considerado os dois processos, de forma que nenhum elemento ou nenhuma perspectiva deixaram de ser considerados.

Vale destacar que, em audiência, questionado por este magistrado e pelas partes, o perito judicial afirmou categoricamente que examinou todos os documentos e todas as informações técnicas que constam dos autos da ação conexa, sendo que tal análise confirmou todas as conclusões que já tinham constado do primeiro laudo escrito (cf. minutos 22/25 e 37/38 da mídia digital).

Portanto, é inquestionável que a prova pericial considerou todos os



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

elementos que constam dos autos dos dois processos, tendo sido produzida de forma equânime para as duas partes, não havendo qualquer nulidade.” (fls. 1.359/1.362; grifo, negrito e itálico do original).

Tem razão o MM. Juiz.

Como se anota em contrarrazões, na audiência em que foi ouvido, o perito, respondendo a quesitos próprios previamente deduzidos pelas partes (fls. 1.092/1.096 e 1.097/1.100), bem assim submetendo-se, ao que se depreende da r. sentença e, por que não, das próprias razões de apelação, com sinceridade, modéstia, mas também com firmeza, ao crivo do contraditório, mormente a cerrado interrogatório feito pelos patronos da Baidu, na audiência, dizia, o ilustre professor que funcionou como auxiliar da Justiça, Dr. Renato Terada, assim respondeu ao MM. Juiz acerca de ter examinado os documentos juntos aos autos pela Baidu:

“92. Juiz – E me diz uma coisa professor, depois que você viu esse quesito aqui, o senhor chegou a olhar esses documentos que a Baidu juntou?

93. Perito – Sim, exatamente a resposta ao quesito 3, quesito 1, anterior, o quesito 2 também. Eu examinei os mais antigos.

94. Juiz – Tá. A partir desses documentos que estavam lá nesse outro processo, o senhor chegou a alguma conclusão diversa da que o senhor explicou agora?

95. Perito – Não, não. Está corroborando.” (fls. 1.159/1.160).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Mais adiante, como também apontam as contrarrazões, explicando que, de fato, a princípio não examinou documentos juntos aos autos pela Baidu, mas o fez posteriormente, sem alterar seu convencimento técnico, disse o perito, em resposta ao que lhe indagaram o MM. Juiz e o advogado da PSafe:

“162. Perito – Não eu apenas gostaria de deixar bem claro que o fato de não ter analisado os autos da autoria da Baidu foi uma falha minha, peço desculpas por essa interpretação errada daquela frase conjunta, porque foi realmente uma falha minha.

163. Juiz – A questão mais importante é: hoje, o senhor já analisou?

164. Perito – Já, já analisei.

165. Juiz – Então por mais que a primeira vez que o senhor tenha respondido os quesitos o senhor não tenha analisado os documentos da ação conexa, hoje o senhor olhou os documentos e as conclusões se mantiveram?

166. Perito – Hoje está sanado.

167. Juiz – E as conclusões se mantiveram?

168. Perito – Deixando bem claro e peço desculpas por essa minha falha que não foi intencional.

169. Juiz – Claro.

170. Decoussau – Excelência, Vossa Excelência complementou agora ao final, se após essa análise o perito se sentia confortável e ratificava todas essas conclusões, pelo que nós entendemos sim, só pra fazer constar.

171. Perito – Sim.” (fls. 1.164/1.165).

Rejeito, deste modo, a preliminar de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

nulidade da perícia. Poucas vezes, no Foro, se vê perícia tão cuidadosa e atentamente conduzida pelo Juízo.

A outra preliminar (de julgamento *citra petita*) não merece melhor sorte.

Ao contrário do alegado pela Baidu, o MM. Juiz analisou amplamente as indigitadas condutas da PSafe, fundamentando o decreto de improcedência da segunda ação na circunstância de que, na perícia, não se apurou comportamento desta que caracterizasse concorrência desleal, com transcrição de parágrafos do laudo (fls. 1.363/1.364).

Mais, consignou-se na r. sentença:

“Por sua vez, na audiência de fls. 1.108/1.110, ao responder às perguntas das partes e deste magistrado, o perito judicial foi categórico ao afirmar ter identificado comportamento irregular dos aplicativos da BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. em relação aos aplicativos da PSAFE TECNOLOGIA S/A, sendo que o comportamento inverso não foi identificado.

É importante destacar as seguintes informações prestadas pelo perito judicial, conforme consta da mídia digital que contém a gravação da audiência:

- 12 versões do aplicativo da BAIDU emitem alertas de que os aplicativos da PSAFE contem vírus, geram risco e recomendam a desinstalação;
- os alertas emitidos pelos aplicativos da BAIDU em relação aos



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

aplicativos da PSAFE são tecnicamente falsos;

- os alertas emitidos pelos aplicativos da BAIDU em relação aos aplicativos da PSAFE não são emitidos em relação a outros aplicativos, sendo, portanto, específicos para os aplicativos da PSAFE;

- 05 versões dos aplicativos da PSAFE alertam que os aplicativos da BAIDU geram risco à privacidade;

- o aplicativo da PSAFE não sugere que o aplicativo da BAIDU contém vírus;

- os alertas emitidos pelos aplicativos da PSAFE em relação aos aplicativos da BAIDU são tecnicamente verdadeiros, em razão da característica dos acessos solicitados;

- os alertas emitidos pelos aplicativos da PSAFE em relação aos aplicativos da BAIDU também são emitidos em relação a 40 outros aplicativos que geram potencial risco à privacidade, de forma que tais alertas não são específicos para os aplicativos da BAIDU;

Como se observa, as análises realizadas pelo perito judicial demonstraram que os aplicativos da BAIDU emitiam alertas específicos em relação aos aplicativos da PSAFE, os quais não eram emitidos para outros aplicativos em condições similares, sendo que tais alertas eram tecnicamente falsos.

Por sua vez, as análises realizadas pelo perito judicial também demonstram que os aplicativos da PSAFE emitiam em relação aos aplicativos da BAIDU alertas que foram considerados tecnicamente corretos (por gerar risco à privacidade), sendo que, por aplicação de critérios objetivos e preestabelecidos, os mesmos alertas eram emitidos em relação a diversos outros aplicativos.

Portanto, não foi provado eventual comportamento irregular dos aplicativos da PSAFE TECNOLOGIA S/A em relação aos aplicativos da BAIDU.

Por outro lado, foi provado que a BAIDU BRASIL INTERNET



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

LTDA. intencionalmente programou o aplicativo 'Du Speed Booster' para emitir alertas tecnicamente falsos em relação aos aplicativos da PSAFE, no sentido de que gerariam risco e conteriam vírus, sugerindo ademais, a desinstalação.

Neste ponto, é importante destacar que as opiniões técnicas de fls. 1.020/1.022, 1.038/1.045, 1.071/1.082 e 1.083 não contém elementos capazes de infirmar as conclusões alcançadas pelo perito judicial.

À evidência, o comportamento deliberado da BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. tinha o objetivo de influenciar os consumidores dos aplicativos das partes, denegrindo a imagem da PSAFE e induzindo a desinstalação dos aplicativos.

Tal comportamento caracteriza a concorrência desleal." (fls. 1.365/1.366; **negrito do original**).

De resto, o âmbito de ambas as ações, reciprocamente ajuizadas pelas partes, como está nas respectivas iniciais e foi ressaltado em ambos os saneadores, nos tópicos em que delimitam o âmbito da prova pericial, era, essencialmente, apurar-se concorrência desleal de parte a parte nos aplicativos que disponibilizam ao público consumidor para uso no sistema "Android". E isto, inegavelmente, foi, de modo exaustivo, versado na fundamentação da r. sentença, com reflexo coerente no dispositivo de fls. 1.373/1.375, antes transcrito, que solveu ambas as ações.

Rejeito, pelo exposto, também a segunda preliminar do apelo.

No mérito, mantenho a r. sentença na forma



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, adotando *per relationem* seus fundamentos.

A concorrência desleal, com efeito, está positivada no laudo, quando afirma que “*o histórico dos autos (...) indica que o aplicativo PSafe (Autora/Requerente), PSafe Total, foi prejudicado, obstado e atrapalhado pelo aplicativo da Baidu (Ré/Requerida), DU Speed Booster, ao longo do ano 2015*” (laudo, fl. 871). Mais, “*o aplicativo da Baidu recomenda que o aplicativo da PSafe deve ser desinstalado*” (laudo, fl. 872).

A respeito, quando examinei anteriormente a preliminar acerca de julgamento ofensivo ao princípio da adstrição ou congruência, transcrevi longo trecho da r. sentença, mostrando os procederes das partes, também identificados pelo perito (quando ouvido em audiência): enquanto o **App** da Baidu emite alertas no sentido de que os da PSafe contém vírus, gerando riscos, devendo ser desinstalados, o que é tecnicamente falso, o fato é que o PSafe apenas adverte que os da Baidu geram riscos à privacidade do consumidor, não sugerindo que contenham vírus. Mais, as advertências da Baidu dirigem-se especificamente à PSafe, ao passo que as desta são feitas à generalidade de aplicativos que têm a mesma finalidade. E ainda: o perito afirmou ser veraz a advertência da PSafe, quanto a riscos de privacidade no uso do aplicativo Baidu, assim como no de outros aplicativos, de outras empresas concorrentes.

Correta, pois, a conclusão sentencial no



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

sentido de que “*o comportamento deliberado da BAIDU BRASIL INTERNET LTDA. tinha objetivo de influenciar os consumidores dos aplicativos das partes, denegrindo a imagem da PSAFE e induzindo a desinstalação dos aplicativos*” (fl. 1.366).

A concorrência desleal, que se registra desde tempos imemoriais, quando o homem passou a praticar atos de comércio, entre nós reprimida constitucionalmente (Lei Maior, art. 157, VI), segue a evolução e a modernização das atividades lucrativas. Pode, a exemplo de outras manifestações da malícia humana, caracterizar-se pelas mais variadas formas.

Dissertando a respeito, justamente, da evolução histórica da repressão aos atos de concorrência desleal e sua ligação com o próprio Direito Comercial, leiam-se as considerações de FÁBIO KONDER COMPARATO:

“Analisada à luz de seu desenvolvimento histórico, pode-se dizer que a evolução do Direito Comercial desdobrou-se em quatro etapas. Na primeira fase de sua história – o chamado período italiano, que vai dos albores do século XII até as primeiras sínteses doutrinárias de Stracca e Scaccia – o direito Comercial apresenta-se num invólucro corporativo, como o estatuto próprio dos mercadores matriculados nas Corporações de Ofícios. A esta primeira fase sucede o chamado período mercantilista, que se desenvolve até a codificação napoleônica, período no qual o Estado faz-se também comerciante, substituído à tutela das corporações medievais a sua atuação onipresente. A Revolução Francesa e a obra institucionalizadora de Bonaparte inauguram o terceiro período, com o triunfo do liberalismo



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

econômico, prolongado até o término da Grande Guerra de 1914-1918, que representou o verdadeiro encerramento do século XIX. A partir de então, entramos na fase atual de economia dirigida, não só no plano nacional, como também no campo das relações internacionais.

Conforme salientou Ascarelli, não se poder dizer que nos dois primeiros períodos da evolução histórica do Direito Comercial o problema da disciplina da concorrência não se pusesse. O que sucedia é que esta disciplina era feita num momento anterior ao exercício de atividade econômica, precisamente no momento em que os candidatos ao exercício da mercancia requeriam sua matrícula nas Corporações de ofícios, ou rogavam a autorização estatal para se estabelecerem. E a História nos ensina que a disciplina assim feita nem sempre estava isenta de protecionismos e favoritismos, e que o critério político-pessoal quase sempre sobrepairava sôbre o critério objetivo de regulamentação das atividades econômicas.

Mas é a partir do liberalismo econômico que a necessidade de uma disciplina específica da concorrência no mercado apresenta-se como problema à espera de solução jurídica. Pôsto o princípio da liberdade de acesso ao mercado, mister se fazia impedir que esta liberdade degenerasse em licença, com prejuízo da própria concorrência. Se o jôgo era doravante livre, necessário se fazia, para que esta liberdade perdurasse; que as regras do jôgo fossem respeitadas.

Nascia daí um conjunto de normas específicas, no bôjo do Direito Comercial, cujo fundamento era a princípio a defesa dos interesses dos próprios comerciantes.

O Direito Comercial atual, conservando e aperfeiçoando êste conjunto de normas herdadas do liberalismo econômico tem no entanto procurado dar-lhes novo significado e alcance: o legislador hodierno preocupa-se antes de tudo com a proteção do próprio consumidor, e não apenas com a disciplina da liberdade dos



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

concorrentes.

Ora, este conjunto de normas disciplinares da concorrência é de dois tipos. Procura-se de um lado, atribuir a certos comerciantes o direito de exploração exclusiva de determinados bens econômicos de sua criação ou aquisição, com a concessão de privilégios: é o chamado direito da propriedade industrial. Porfia-se, de outro lado, em estabelecer medidas disciplinadoras da concorrência, através da repressão à prática de atos ditos de concorrência desleal. (...)" (Concorrência Desleal, pág. 913/915; destaquei).

A doutrina, aliás, conhece a hipótese dos autos.

MARIO CASANOVA, Professor da Universidade de Gênova, explica que a concorrência entre comerciantes é, por princípio, livre, corolário da liberdade de iniciativa na economia privada. Na Itália, como aqui (Lei Maior, art. art. 170, IV), a livre concorrência é assegurada pela Constituição, nos limites da lei. Dentre estes, que as partes e lei podem, e devem impor, está a proibição de concorrência desleal. Esta, por sua vez, pode ser vista sob muitos matizes (*v. g.*, uso de nome ou marca de modo a estabelecer-se confusão, imitação servil de produtos ou de seus atributos exteriores), dentre eles “*a concorrência desleal por denigração*” (*denigrazione*), que “*pode consistir na difusão de notícias como, também, na difusão de avaliações desabonadoras*” seja de seus produtos, seja da própria atividade de um concorrente. Esse descrédito comercial, “*reflete-se no destino da empresa, incapacitando-a ou ameaçando seu aviamento*”, posto que difundidos



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

ao conhecimento do público e não apenas a pessoas isoladas, em conversas ocasionais de índole reservada (Concorrenza, in Novissimo Digesto Italiano, ed. de 1957, vol. III, pág. 997).

JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, após  
 expor conceitos similares, explica:

“Difícil, porém, é indicar todas as modalidades de que pode revestir-se esta forma de concorrência desleal; como diz CHEVENARD, *' toute la sphère d'activité d'une maison de commerce ou d'une fabrique peut être l'objet des insinuations d'un concurrent que calomnierait aussi bien son personnel que ses procédés professionnels.*

Mias comum, no comércio e na indústria, é o denegrimto dos produtos concorrentes, apresentados como de qualidade inferior ou defeituosos, com o fim de prejudicar a sua venda. A solução destes casos, entretanto, é delicada sendo necessário estabelecer limites entre o denegrimto e o direito que assiste a todo industrial ou comerciante de enaltecer os próprios produtos e artigos e de criticar as mercadorias de seus concorrentes. ALLART entende que as alegações relativas à má qualidade dos produtos de um concorrente dão sempre lugar à ação por concorrência desleal. CHEVENARD, entretanto, reputa excessiva essa tese, sustentando que, em princípio, a crítica justificada da mercadoria de um competidor constitui, em muitos casos, uma 'necessidade profissional' e não ato de concorrência desleal. Para este autor, a crítica deixa de ser lícita *' lorsqu'elle est tendancieuse et haineuse, lorsqu'elle est faite sans intérêt direct et immédiat, ou qu'elle porte sur des faits faux.* Ao nosso ver, entretanto, a questão depende das circunstâncias de fato, não se podendo estabelecer regra geral aplicável a todos os casos.” (Tratado da Propriedade Industrial, 3ª ed., atualizada por NEWTON



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

SILVEIRA e DENIS BORGES BARBOSA, vol. II, tomo II, págs. 285/286).

LUIZ DA CUNHA GONÇALVES em seu monumental Tratado, aborda a questão da responsabilidade civil na concorrência desleal:

“Sob o aspecto mais restrito, a doutrina da concorrência ilícita não é mais do que uma aplicação especial da teoria da responsabilidade civil extracontratual. Verificam-se naquela todos os elementos desta teoria: o facto ilícito, por dolo, culpa ou abuso do direito, a imputabilidade, o prejuízo, a relação de causalidade. A ilicitude não está em *fazer concorrência*, pois esta é absolutamente livre e lícita, mas sim *nos meios por que é feita*.” (Tratado de Direito Civil, 2ª ed. Portuguesa, 1ª brasileira, vol. XII, tomo II, pág.1.001; destaques do original).

E exemplifica, logo a seguir (pág. 1.002), dentre os casos de concorrência desleal, “[as] *falsas afirmações feitas no exercício do comércio ou da indústria, com o fito de desacreditar o estabelecimento, os produtos, os serviços ou a reputação dos concorrentes*.”. Noutras palavras, referências fraudulentas (“*cavilosas*”) a produtos alheios (pág. 1.010).

PONTES DE MIRANDA, discutindo as antigas repercussões penais da *denigrazione*, a modalidade de concorrência desleal de que ora se cuida, escreve:

“Os elementos do suporte fático ressaltam: ato de afirmação (ou de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

negação, que é afirmação de fato negativo), significação que raspe (de-tero, tero), deteriore, diminua a reputação ou outro bem da vida ao concorrente; finalidade de vantagem indevida; publicidade, qualquer que seja, e. g., pela imprensa, pelo rádio, pela televisão, pela propagação oral ou em cartaz (...)

Desvia o fio da questão dizer-se que o detrimento há de ser à reputação ou aos negócios ou à clientela. Outrossim, responder-se que não se pensa em ofensa a direito, por se tratar de ação que não corresponde a direito, mas a situação jurídica. (...) A crítica da pessoa dos concorrentes OU a crítica dos produtos e artigos, dentro dos limites que distinguem a crítica e a ofensa, tanto é permitida quanto vedada a crítica que ultrapasse os limites, ou pelo fato de consistir em enunciados falsos, ou por ser sem ânimo de simples crítica, para detrimento do concorrente, em sua pessoa ou em seus bens. O industrial, o comerciante, ou outra pessoa, que exerça atividade de que resulte ou possa resultar alguma propriedade industrial, pode, com dados verdadeiros e publicáveis, comparar os produtos ou artigos, que se expõem ou se vão expor, em competição. Se algum dado é falso, ou se de tal modo se faz a crítica que se deprecia no conceito público, sem total razão, o produto ou artigo do outro, ou dos outros concorrentes, a concorrência desleal caracteriza-se." (Tratado de Direito Privado, Tomo XVII, § 2.098; grifei).

O caso dos autos, parece claro, enquadra-se perfeitamente no conceito de concorrência desleal por denegrição (ou denegrimiento), diante dos fatos apurados pericialmente, antes expostos. Afinal, não há conduta mais prejudicial à empresa que oferece aos seus consumidores *software* de segurança que ter seus produtos identificados como *vírus*, isto é, como vulnerabilidades, riscos à própria segurança que, de fato, é o elemento motivador de sua



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

instalação. Mais ainda, confirmado pericialmente que tais avisos são tecnicamente falsos, não se está no campo do “*direito que assiste a todo industrial ou comerciante de enaltecer os próprios produtos e artigos e de criticar as mercadorias de seus concorrentes*” (GAMA CERQUEIRA), mas, sim, face a ato “*de afirmação (...) de significação que raspe, deteriore, diminua a reputação ou outro bem da vida ao concorrente*” (PONTES DE MIRANDA).

Não consta haja, nos Pretórios pátrios, caso julgado idêntico ao presente, de denegrição no comércio da *internet*, mas o fato é que é já estiveram sob escrutínio da Justiça, especialmente nas Câmaras de Direito Empresarial deste Tribunal, alegações de prejuízo a comerciante por campanha difamatória por outdoors e pela Imprensa escrita (Ap. 0020617-36.2004.8.26.0100, FRANCISCO LOUREIRO); anúncios mendazes veiculados por concorrente (Ap. 1008020- 92.2016.8.26.0004, CLÁUDIO GODOY); ações em tema de franquia, com alegação de imputações difamatórias feitas por franqueados a franqueadora (AI 2191592-46.2016.8.26.0000, FORTES BARBOSA; AI 2114920-60.2017.8.26.0000, ARALDO TELLES); reclamações por propaganda comparativa excessiva, a importar injúria à marca concorrente (Aps. 0008221-49.2012.8.26.0002, RICARDO NEGRÃO, 1077476-06.2014.8.26.0100, ÊNIO ZULIANI, 0006405-72.2014.8.26.0063, HAMID BDINE; AI 226357-14.2014.8.26.0000, FÁBIO TABOSA); também de propaganda comparativa, tentando-se vincular concorrente à prática permanente de preços superiores (AI 2178286-78.2014.8.26.0000,



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

PEREIRA CALÇAS).

Não se pode negar, assim, que este recurso em julgamento – em cuja instrução apurou-se que o aplicativo da Baidu aconselhava o usuário a desinstalar o *App* da PSafe, com inverídica alegação de estar infectado por vírus e outros *malwares* (abreviação de *malicious softwares*) – tem base fática assemelhada à dos outros, acima mencionados, em que alegações de atitudes desonestas e difamatórias a comerciantes, seus produtos e suas marcas, feitas por concorrentes, foram trazidas a este Tribunal de Justiça.

Assim sendo, reitero, mantenho a bem lançada e muito cuidadosa sentença de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos, especialmente pela acurada apreciação que fez da prova. Correto o julgamento pela procedência da primeira ação e improcedência da segunda, ao que tudo indica aforada pela Baidu, *data venia*, permita-se-me o emprego do jargão forense, como como "fogo de encontro".

E o faço também no que tange à fixação das verbas indenizatórias feita pelo MM. Juiz *a quo*.

Com efeito, os danos materiais foram estipulados nos exatos termos dos arts. 208 a 210 da Lei 9.279/96.

A esse respeito, na doutrina:



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

“Nesse diapasão, as regras dos arts. 186, 178 e 927 do Código Civil estão em consonância com a norma insculpida no art. 208 da Lei de Propriedade Industrial, na qual o prejudicado tem o direito de receber indenização por atos de violação de direitos de propriedade industrial e concorrência desleal, que deverá considerar os benefícios que teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

O art. 208 traduz o princípio da reparação integral, na forma prevista no Código Civil, tratando-se de norma de caráter geral. O art. 402 do mencionado *Codex* estatui que 'salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar', sendo que o artigo seguinte prevê que 'ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Além do dano patrimonial emergente, o Código Civil vislumbra a possibilidade da parte lesada ser indenizada na quantia que razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, nos lucros cessantes. Dessa forma, ao determinar a reparação do dano por meio de indenização correspondente aos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido, o art. 208 acabou por contemplar, exclusivamente os lucros cessantes.

Entretanto, é de suma importância ressaltar que a norma do art. 208 não limita a indenização por danos patrimoniais, no âmbito da propriedade industrial, aos lucros cessantes, visto que o *caput* do art. 209 ressalva ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causador por ato de violação de direitos de propriedade industrial a atos de concorrência desleal. Ademais, o já comentado art. 207 prevê a possibilidade de o prejudicado intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Civil. (...)” (Comentários à Lei de Propriedade Industrial, Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos, 3ª ed., pág. 487; grifei).

Voltando, aliás, aos fundamentos da disciplina da repressão aos atos de concorrência desleal, é evidente que solução diversa não poderia ter sido adotada pela Lei de Propriedade Industrial. Afinal, já ensinava o ilustre TULLIO ASCARELLI que “o que a repressão aos atos de concorrência desleal quer tutelar não é em absoluto o aviamento ou a clientela como causa reservada; é a probabilidade para quem explora a empresa de conseguir os resultados econômicos que podem resultar do desenvolvimento de sua atividade em regime de livre concorrência”.

Veja-se, nesse sentido, aliás, v. acórdão da lavra do Desembargador MAURÍCIO PESSOA:

“Ação de procedimento ordinário, com pedidos cumulados de abstenção de uso e preceito cominatório, de reparação das perdas e danos havidos, materiais e morais – Autora titular da marca 'Compugeo', com registro obtido junto ao INPI – Utilização indevida da marca pela ré em seu sítio eletrônico e em sítio de buscas – Comprovação – Possibilidade de confusão entre as marcas atuantes no mesmo seguimento e desvio de clientela – Concorrência desleal – Danos materiais (dano emergente e lucros cessantes) e morais devidos – Responsabilização do sítio de buscas ('Google') pela permissão de veiculação do anúncio – Argumento que configura inovação recursal que não pode ser conhecida – Sentença de procedência – Recurso



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

conhecido em parte e nesta desprovido.” (Ap. 1002472-94.2014.8.26.0606; grifei).

Portanto, *data venia* da recorrente, evidente que a indenização por danos materiais – incluídos as perdas e danos e os lucros cessantes – foi fixada em extensão e de modo apropriados.

Quanto aos danos morais, ressalto, de início, que nos atos ilícitos relacionados à concorrência desleal, estes se encontram *in re ipsa*.

**Doutrina JOÃO DA GAMA CERQUEIRA:**

“A simples violação do direito obriga à satisfação do dano, na forma do art. 159 do CC, não sendo, pois, necessário, a nosso ver, que o autor faça a prova dos prejuízos no curso da ação. Verificada a infração, a ação deve ser julgada procedente.” (ob. cit., vol. II, tomo II, pág. 217/219).

Na jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal:

“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO – Empresa autora que postulou a abstenção do uso de sua marca 'Habib's' como palavra-chave para direcionamento a links patrocinados de empresa concorrente em sites de buscas na Internet, e a reparação dos danos materiais e morais sofridos – Sentença de parcial procedência – Insurgência da demandante contra o indeferimento dos pleitos indenizatórios formulados –



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Responsabilidade da ré pelos atos de concorrência desleal praticados – Uso parasitário da marca configurado – Imperiosa não só a condenação da requerida à abstenção definitiva do uso da marca 'Habib's' como palavra-chave para remissão a anúncios em sites de pesquisas, mas também ao pagamento de indenização por danos morais – Pessoa jurídica passível de sofrer prejuízos de ordem extrapatrimonial – Inteligência da Súmula 227 do STJ – Ilícito lucrativo que merece reprimenda, através da fixação de indenização por danos morais – Prejuízos de ordem patrimonial in re ipsa, e serem liquidados por arbitramento segundo os critérios do artigo 210 da LPI – Ação procedente – Recurso provido.” (Ap. 1111766-13.2015.8.26.0100, FRANCISCO LOUREIRO; grifei).

“Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência Suficiência dos elementos trazidos aos autos para a formação da convicção do juízo Aplicação do artigo 330, I, do Código de Processo Civil Arguição rejeitada. Propriedade industrial. Ação de preceito cominatório cumulada com indenização fundada em propriedade industrial. Marca. Comprovação da titularidade do registro da marca pela autora. Propriedade da marca conferida pelo efetivo registro junto ao INPI. Empresas que exercem atividades no mesmo segmento empresarial. Impossibilidade de coexistência. Inteligência dos artigos 124, XIX e 129 da Lei nº 9.279/96. Violação dos direitos de propriedade de marca devidamente registrada. Incontroversa. Reconhecimento do pedido de abstenção de uso na sentença. Recurso da requerida que não se insurge contra a condenação à abstenção de uso da marca. Concorrência desleal. Configuração. Dever de indenizar caracterizado. Dano 'in re ipsa', reparável desde que constatada a violação do direito do titular do privilégio. Danos materiais. Apuração em regular liquidação de sentença. Dano moral. Configuração. Inequívoco o dano moral decorrente dos efeitos que a contrafação irradia ferindo o direito de propriedade de titular do



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

registro, repercutindo no bom nome da empresa no seguimento de mercado em que atua. Artigo 209 da Lei nº 9.279/96. Precedentes. Indenização. Arbitramento. Manutenção. Observância das peculiaridades do caso concreto do princípio da razoabilidade e da finalidade desestimuladora de condutas como as da espécie, sem causar o enriquecimento ilícito do lesado. Ação procedente. Apelação desprovida.” (Ap. 4005324-43.2013.8.26.0002, JOSÉ REYNALDO; grifei).

Leiam-se, ainda, os fundamentos de v. acórdão relatado, sempre neste Tribunal, pelo Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI:

“(…) Em relação aos danos morais, tão-somente o uso indevido da marca gerou abalo à honra objetiva dos autores. Isto significa dizer que o dano, neste caso, apresenta-se in re ipsa. Decorre do próprio fato, a partir do qual são extraídas as consequências danosas. Qualquer uso que não seja aquele tutelado pelo titular da marca ou nome empresarial representa prejuízo à imagem construída pela empresa. É uso que não nasceu da vontade da empresa e dos valores por ela construídos e, por consequência, deve ser indenizado, sem exigência da prova dos danos. Exigir esta prova representaria, em última análise, retrocesso consubstanciado na transformação dos danos morais expressamente reconhecidos em favor da pessoa jurídica, a partir da edição da Súmula nº 227, do Superior Tribunal de Justiça em danos patrimoniais, o que não poderia ser admitido.

E, por isso, conclui Antonio Jeová Dos Santos: 'Para aqueles que entendem que o dano moral das pessoas jurídicas, para ser reparado, há de ter prova robusta do prejuízo, parece que ainda não ficou estreme de qualquer dúvida a diferença ontológica entre o dano moral



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

e o material. A prova do prejuízo é exatamente o dano material, já que o dano moral ocorre in re ipsa, prescindindo de prova direta. E se a pessoa jurídica foi uma entidade filantrópica, de fins beneficentes ou qualquer outra que não tenha o lucro como seu objetivo primordial? Como fazer para aceitar o ressarcimento, demonstrando que ditas pessoas jurídicas comprovem o prejuízo? Mais parece esse entendimento uma volta ao passado, em que depois de o dano moral ser inadmitido, com muito sacrifício, passou-se a dizer que o dano moral, com repercussão no âmbito patrimonial, é que seria objeto de ressarcimento' (Dano Moral Indenizável, Ed. Jus Podivm, 5ª ed., p. 115).

Importante notar que, atualmente, a noção de prejuízo moral não se restringe apenas à dor ou qualquer outro sofrimento. Esta corrente de entendimento foi superada.

Evidentemente a pessoa jurídica não pode sofrer danos que são inerentes à pessoa natural, como ocorre com a lesão da integridade física, da liberdade individual etc. ou qualquer outra interferência no estado de ânimo. Todavia, como afirma a doutrina de Renato Sconamiglio, remanesce sempre uma esfera mais ampla, da honra, da reputação e da imagem, na qual é possível verificar em favor das pessoas jurídicas uma tutela da personalidade (Responsabilità Civile e Danno, ed. G. Giappichelli Editore Torino, p. 343). Por isso parte da doutrina distingue o dano moral, *stricto sensu*, do dano não patrimonial (Guido Alpa, in La Responsabilità Civile. Parte Generale, UTET, Torino, p. 690), para o qual não se exige prova de repercussão econômica, mas a ofensa aos seus interesses e bens socialmente apreciáveis em acepção mais ampla.

A reparação dos danos morais, entre nós, trata de lesões extrapatrimoniais, que, muitas vezes, não podem ser comprovadas.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

Daí a razão pelo acolhimento da presunção, somente no que tange às consequências nocivas do ato ilícito cometido. Como bem esclarece Yussef Said Cahali, com amparo na lição de Walter Moraes: 'No dano moral pode haver dor e muitas vezes o haverá. Porém, o entendimento de que a ideia de dor está na essência do conceito, a própria doutrina francesa se encarregou há muito de afastá-la. Ora, superada a ideia de dor, concebido o dano moral objetivamente como lesão extrapatrimonial geralmente irreparável, segundo a visão doutrinária mais moderna, não há entrave a que se atribua também à pessoa jurídica o correspondente direito de indenização. O lugar jurídico mais característico dos danos morais é, reconhecidamente, a área dos direitos de personalidade. Dos valores que a doutrina sói denominar 'bens de personalidade', alguns há que compõem também a estrutura das pessoas jurídicas. Não a vida, o corpo, o psiquismo. [...] Mas ela pode defender sua dignidade (honra), sua liberdade, sua intimidade (privacidade), sua identidade (nome e outros sinais de identificação), sua verdade, sua autoria em obra intelectual' (Dano Moral, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 348).

Não se pode olvidar que a lesão aqui tratada é o uso indevido das marcas dos autores, que integram, segundo a aplicação do art. 52, do CC, direito da personalidade da empresa. É o quanto basta, portanto, para reconhecer o dano *in re ipsa*. Exigir a prova de prejuízos decorrentes desse uso levaria, como dito, ao reconhecimento da reparação por dano patrimonial, sendo certo que o rompimento da exclusividade do nome da empresa, ato por si só considerado, já representou dano moral aos autores, que ficaram privados da tutela de sua identidade no mercado, tutela esta que garantiria o cumprimento de seus valores empresariais junto aos clientes e fornecedores, base, portanto, do estabelecimento empresarial. (...)

Não é por outra razão que a Primeira Câmara Reservada de Direito



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Empresarial já pacificou a questão, visto que, em voto relatado pelo Desembargador Pereira Calças, em embargos infringentes (EI nº 0158873-75.2012.8.26.0100/50001, dj 06.05.15), concedeu-se reparação por dano moral no caso de violação de marca que sequer havia sido registrada. Nesse sentido igualmente o excelente voto do D. Desembargador Claudio Godoy (TJSP, Ap. nº 0084071-12.2012.8.26.0002, dj 24.06.2015).

Não se pode olvidar, ainda, que o infrator se utiliza da marca alheia com o fim de obter lucros, que, muitas vezes, são maiores até mesmo do que a reparação concedida. Deixar de presumir o dano nessas hipóteses representa assegurar ao autor do ilícito o lucro indevido. Diante deste quadro, surgiu a teoria dos ilícitos lucrativos, que busca minimizar os prejuízos sofridos pela vítima, através da reparação dissuasória, sabido que o ofensor, geralmente, se vale da pouca significância das reparações concedidas para potencializar seus lucros, circunstância que é considerada pelo ofensor, visto que os lucros auferidos podem ser 'superiores aos eventuais prejuízos a serem ressarcidos, o que pressupõe uma visão econômica desta dinâmica' (Daniel de Andrade Levy, Responsabilidade Civil De um Direito dos Danos a um Direito das Condutas Lesivas, Ed. Atlas, 2012, p. 108).

O dano sofrido pelo titular da marca utilizada indevidamente alcança ainda outra dimensão. É que se coloca a marca em ambiente não adequado ao padrão de consumo desejado e praticado pelo seu titular, desvalorizando o signo em face dos seus consumidores. É o que ocorre no caso, quando se verifica que a ré coloca no mercado produtos estranhos à linha de atuação dos autores.

Não se cuida de admitir a indenização punitiva, mas, em face da realidade que se apresenta, deve-se admitir que o dano efetivamente



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

ocorreu, não só pelo uso indevido da marca e a colocação do produto no mercado, como também pela contrafação. São atos que, pela sua natureza, ofendem direitos intangíveis da titular da marca, independentemente da prova de qualquer diminuição patrimonial da vítima. Outra solução assegura o que a doutrina moderna denomina ilícito lucrativo.” (Ap. 0020074-77.2011.8.26.0006, CARLOS ALBERTO GARBI; grifei).

Ainda que não comungue do pensar do ilustre Desembargador GARBI no que tange ao caráter punitivo da indenização por danos morais (que, penso, *data venia*, também têm tal natureza), cito o douto voto de S. Exa. para ressaltar a aplicabilidade, entre nós, da percuciente tese do **ilícito lucrativo**, que muito bem se adequa aos atos de concorrência desleal.

Invoquem-se, alfim, precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DIREITO MARCÁRIO. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. AUSENTE. SÚMULA 284/STF. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. CONTRAFAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. DANO *IN RE IPSA*. (...)

5- Os danos suportados pela recorrida decorrem de violação cometida ao direito legalmente tutelado de exploração exclusiva das marcas por ela registradas.

6- O prejuízo suportado prescinde de comprovação, pois se



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

consustancia na própria violação do direito, derivando da natureza da conduta perpetrada. A demonstração do dano se confunde com a demonstração da existência do fato – contrafação –, cuja ocorrência é premissa assentada pelas instâncias de origem. Precedentes.

7- A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de entender cabível a compensação por danos morais experimentados pelo titular de marca alvo de contrafação, os quais podem decorrer de ofensa à sua imagem, identidade ou credibilidade.

8- Recurso especial não provido.” **(REsp 1.661.176, NANCY ANDRIGHI; grifei).**

“PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. USO INDEVIDO DA MARCA. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. (...)”

3. Segundo o entendimento desta Corte, é desnecessária a prova concreta do prejuízo nos casos de uso indevido da marca. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.” **(AgRg no REsp 1.164.687, ANTONIO CARLOS FERREIRA; grifei).**

Assim sendo, diante da existência de dano moral indenizável, imperioso destacar que seus critérios de fixação “*devem visar (...) à máxima eficácia do remédio jurídico, (...) asseguradas as garantias do devido processo legal*” (DENIS BORGES BARBOSA, Por uma Visão Imparcial das Perdas e Danos em Propriedade Industrial, pág. 24; grifei).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Portanto, considerando-se o porte econômico da recorrente, uma das maiores e mais rentáveis companhias de *internet* do mundo; a gravidade e extensão dos atos praticados, tendentes a diminuir a participação de mercado do *App* da apelada e danificar sua reputação; a necessidade de se coibir o ilícito lucrativo; isto considerado, tenho que o quantum fixado é razoável e encontra-se alinhado com os objetivos da Lei 9.279/96.

É certo, ademais, que tal valor não destoa do decidido pelo Tribunal em caso similar, em que fixada, contra Ragi Refrigerantes e outros, indenização da magnitude de R\$ 1.000.000,00, em decorrência da realização de "*campanha difamatória*" em que se "*denegria a imagem da autora em diversos veículos midiáticos, a exemplo de outdoors, jornais impressos e programa de TV*" por meio de "*denúncias que, ademais, se revelaram levianas, eis que desprovidas de lastro probatório*" (Ap. 0020617-36.2004.8.26.0100, FRANCISCO LOUREIRO; julgado antes citado).

Posto isso, como dito, mantenho a r. sentença recorrida.

Majoro os honorários advocatícios fixados na origem de 15% para 20% do valor atualizado da condenação, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC/2015.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**DISPOSITIVO.**

**Nego provimento** à apelação.

Consideram-se, desde logo, prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais, implícita ou explicitamente, influentes na elaboração deste voto. Na hipótese, de apresentação de embargos de declaração, em que pese este prévio prequestionamento, ficam as partes intimadas a manifestar, no próprio recurso, querendo, eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste egrégio Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

**CESAR CIAMPOLINI**  
Relator