

Tribunal da Relação de Évora
Processo nº 1451/10.8TBSTR.E1

Relator: ABRANTES MENDES

Sessão: 13 Fevereiro 2014

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

DIREITOS DE AUTOR

PROGRAMA INFORMÁTICO

INDEMNIZAÇÃO AO LESADO

Sumário

1 - Toda a filosofia subjacente à defesa não só dos Direitos de autor como de toda a propriedade intelectual procura compatibilizar as vertentes preventiva e punitiva, não fazendo depender as acções legais de ressarcimento apenas dos resultados.

2 - O ilícito consuma-se no momento em que o R., conscientemente, opta por “fabricar” uma cópia ilícita em vez de, legalmente, adquirir o programa informático, momento em que já se está a preencher a noção de dano ou prejuízo, dado que “a substituição” de aquisição do programa legal pela produção da cópia “pirata”, gerou, desde logo, um dano no património da demandante (lucro cessante) dado que o ilícito praticado impediu a A. de usufruir o ganho decorrente da aquisição dos programas informáticos que deviam ter ocorrido em vez das “cópias piratas”.

3 - O valor indemnizatório a considerar é o correspondente ao valor das licenças que o R. deveria ter obtido e não obteve, detendo cópias ilícitas das mesmas.

4 - “O art. 661.º n. 2 do CPC é também aplicável ao caso de se ter logo formulado pedido específico, mas não se chegar a coligir dados suficientes para se fixar a quantidade da condenação”.

Sumário do relator

Texto Integral

Acordam os Juízes da Secção Cível do Tribunal da Relação de Évora Na acção de condenação com forma ordinária pendente no 2.º Juízo Cível do Tribunal Judicial de Santarém em que é autora M... e réu F... veio a demandante interpor recurso da sentença final proferida de fls. 285 a 296 que:

1. Condenou o réu F..., a inutilizar as reproduções, não autorizadas, de programas de computador (software) titulados pela autora M..., designadamente do Sistema Operativo “Microsoft Windows” e dos pacotes da aplicação “Microsoft Office”, em qualquer das suas variantes;
2. Condenou o réu F..., a abster-se de reproduzir, sem autorização, e comercializar, os programas de computador (software) titulados pela autora M..., designadamente do Sistema Operativo “Microsoft Windows” e dos pacotes da aplicação “Microsoft Office”, em qualquer das suas variantes;
3. Condenou o réu F..., a pagar à autora M..., a sanção pecuniária compulsória de 100,00€ (cem euros) por cada dia de utilização de reproduções, não autorizadas, de programas de computador (software) titulados pela autora M..., designadamente do Sistema Operativo “Microsoft Windows” e dos pacotes da aplicação “Microsoft Office”, em qualquer das suas variantes;
4. Absolveu o réu F..., do demais peticionado pela autora M...

*

O recorrente, nas conclusões das duntas alegações, sustenta, em síntese:

1. Tendo-se provado a reprodução ilegítima por parte do Recorrido de programas de computador de que a Recorrente é a legítima titular, tal implica, para a esfera patrimonial da Recorrente, a existência de um dano, consubstanciado num prejuízo, pois que a titular dos direitos (a Recorrente) deixou de auferir as receitas correspondentes a cada licença.
2. A mera reprodução dos programas de computador, independentemente do seu uso já carece de licença e já implica, por si só, o pagamento do respectivo preço de venda ao público, repercutindo-se na esfera patrimonial do titular dos direitos (a Recorrente) que se vê privada, no mínimo, do valor correspondente às licenças que deixou de comercializar e que correspondem às licenças que o Recorrido teria de adquirir para as poder licitamente usar.
3. Estando em causa um direito exclusivo, que é o direito de propriedade intelectual, a Recorrente, legítima titular dos direitos, que só autorizaria a utilização dos programas de computador mediante o pagamento de uma licença, terá um prejuízo pela utilização de programas, de forma gratuita que nunca autorizou.
4. Reconhecendo o tribunal recorrido que o Recorrido ao reproduzir e ao

utilizar cada programa de computador sem para tanto estar autorizado, teve como consequência que a Recorrente deixasse de emitir as respectivas licenças frustrando assim as suas expectativas comerciais, pois é na comercialização das licenças que a Recorrente vai buscar o lucro que compensa o investimento avultado que fez e vem fazendo na criação e produção desses programas de computador,

5. A Recorrente não vendeu ao Recorrido as licenças que suportariam a reprodução desses mesmos programas de computador, pelo que não recebeu os montantes correspondentes ao seu valor comercial. Por isso, não é possível vir aduzir que não existiu dano porque os programas em causa nunca chegaram a ser comercializados pelo Recorrido, apesar deste os ter reproduzido e os utilizar ilicitamente,

6. Não interessa saber o que é que o Recorrido venderia ou não, o que interessa relevar é que a Recorrente de certeza que não "vendeu" aqueles programas que o Recorrido concretamente usava, sem licença, e é consequentemente este facto o gerador de prejuízos para a Recorrente,

7. Uma vez que o Recorrido não tinha qualquer licença que lhe permitisse ter feito as cópias de uma obra beneficiária de um direito absoluto, o da Recorrente, para ressarcimento do prejuízo advindo dessa violação, há que regressar ao momento em que o titular do direito lesado teria outorgado uma licença ao lesante,

8. Sendo que, no caso em apreço, conhecendo-se e encontrando-se provado o custo efectivo das licenças originais que deveriam ter sido solicitadas pelo Recorrido á Recorrente, e não foram, para que as pudesse utilizar, pode-se considerar estar encontrado um dos componentes do critério de determinação do montante da indemnização tal como referido no artº 211 ° n. 2 do COAOC,

9. Os lucros cessantes para efeitos de aplicação do n. 2 do art. 211º do COAOC ao caso em apreço, e á falta de demais valores que se pudessem apurar consubstancia-se nas receitas que deixaram de ser auferidas pela Recorrente na venda daquele software e que correspondem à soma dos preços de venda ao público de cada programa de computador multiplicado pelo número de cópias ilegalmente reproduzidas,

10. Assim, no âmbito da actual redacção introduzida pela Lei 16/2008 de 1 de Abril, na impossibilidade de se fixar, o montante do prejuízo por ele efectivamente sofrido deve o tribunal estabelecer uma quantia fixa com o recurso à equidade, tendo como critério orientador e limite mínimo o valor das remunerações que teriam sido auferidas caso o Recorrido tivesse solicitado autorização não permitindo a actual lei fixação de "quantum" inferior às mesmas.

11. Dotando a lei. mais concretamente o na 5 do artº 211 ° do CDADC de

meios subsidiários para contabilização do valor mínimo de indemnização seria possível ao tribunal a quo, por aplicação desta disposição, e tendo em conta a prova produzida nos autos e dada como provada, calcular, pelo menos, o valor da indemnização mínima e condenar o Recorrido, no montante apurado, correspondente à soma dos valores dos preços de venda ao público dos originais daqueles programas.

12. Assim, se se entender ser impossível fixar, nos termos dos n. 2 e 3 do artº 211º do CDADC, o montante do prejuízo efectivamente sofrido pela lesada, ora Recorrente, então deverá ser aplicado, sem mais, o disposto no n. 5 do mesmo artº 211º do CDADC.

13. Não se provando, em concreto o montante dos encargos suportados com a protecção do direito de autor e na investigação e cessação da conduta lesiva do direito da Recorrente, mas tendo provado que esta teve custos na protecção do seu direito e suportou gastos com o processo cujo montante exacto não foi possível apurar deverá o Tribunal recorrer à equidade para, acrescentando ao valor das licenças estabelecer o montante indemnizatório.

14. Tendo sido peticionado a aplicação do disposto no artº 211º -A do CDADC relativamente à condenação do Recorrente na publicação da decisão às suas expensas e não tendo o tribunal fundamentado a razão da absolvição do R. relativamente a esta pretensão, deve a mesma ser

suprida pelo tribunal, nos termos do artº 666º n. 2 do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade da sentença (artº 668º n. 1 b) e d) do Código de Processo Civil).

Termos em que se deve dar provimento ao presente recurso e ordenar:

- a) o suprimento da nulidade de falta de fundamentação relativamente à absolvição do Recorrido no que respeita à publicação da sentença, tal como prevê o artº 211º - A do CDADC e foi peticionado pela Recorrente;
- b) a alteração da conclusão n. 4 da decisão proferida por outra em que se reconheça a obrigatoriedade do Recorrido a indemnizar a Recorrente pelos danos causados pela violação do seu direito no montante que resultar da aplicação do disposto no artº 211º n. 2 do CDADC ou, caso não se entenda, por aplicação do critério mínimo previsto no n. 5 da mesma disposição legal acrescido do valor que, por recurso à equidade se entenda justo para compensar a Recorrente dos encargos suportados na protecção do seu direito e na investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito.

Com o provimento do recurso deve, conseqüentemente, ser revogada a decisão proferida sobre custas, devendo as mesmas serem custeadas integralmente pelo Recorrido.

*

Por seu turno, o R. F... veio, na resposta às alegações da recorrente e ao abrigo do disposto nos art. 684.º A e 685.º do CPCivil, requerer a ampliação do âmbito do recurso interposto, onde, depois de sustentar a improcedência da apelação interposta, vem defender a alteração da matéria de facto no sentido de serem dadas como assentes as matérias constantes dos quesitos 11.º e 13.º da base instrutória e ainda a eliminação do facto assente em 1.20 da sentença proferida.

*

São válidos os pressupostos formais da instância.

*

Tudo visto e ponderado, cumpre decidir:

Sendo o objecto do recurso delimitado pelas conclusões das alegações apresentadas pelos recorrentes (art.684.º n.3, 690.º n.3 e 660.º n.2, todos do Código de Processo Civil), a questão a dirimir prende-se, fundamentalmente, em saber se a douda sentença proferida padece dos vícios apontados, nomeadamente, de nulidade por de falta de fundamentação relativamente à absolvição do Recorrido no que respeita à publicação da sentença (tal como prevê o artº 211º - A do CDADC) e pelo facto de não ter condenado o recorrido a indemnizar a Recorrente pelos danos causados pela violação do seu direito. Naturalmente que, a serem aceites as razões invocadas pela recorrente, não deixaremos de nos pronunciar sobre a ampliação do recurso suscitada pelo recorrido nos termos do disposto no art. 636.º n. 2 do CPCivil.

Mas vejamos a factualidade dada como assente.

1.1. A autora é a maior produtora mundial de programas de computador (software), sendo a legítima titular dos correspondentes direitos, designadamente do sistema operativo “Microsoft Windows” (nas suas variantes, designadamente Windows 95, Windows 98, Windows NT, Windows ME, Windows 2000, Windows XP, e Windows Vista) e dos pacotes da aplicação “Microsoft Office” (designadamente os programas “Word”, “Access”, “Excel”, “Power Point”, “Front Page”, “Publisher” e “Outlook”) - (cfr. alínea A) dos factos assentes);

1.2. A autora retira lucro da comercialização dos programas de computador que cria e produz (cfr. resposta ao quesito 7º da base instrutória);

1.3. Os programas de computador da autora são distribuídos no território nacional através de dois canais: o primeiro a que denomina de “Retalho” e o segundo que se denomina de “OEM” (cfr. alínea C) dos factos assentes);

1.4. O primeiro canal de distribuição, conhecido por “Retalho” compreende o licenciamento, através de distribuidores e agentes, directamente ao utente final dos produtos Microsoft contidos em embalagens únicas (cfr. alínea D) dos factos assentes);

1.5. Esses programas, nos formatos DVD, CD-Rom ou outro suporte digital cuja instalação num computador a M... autoriza vêm acompanhados de um contrato de licença (apresentado em papel ou formato electrónico) com os termos e as condições de autorização concedidas pela M... para o uso do produto, assim como os manuais de instruções e uma ficha de registo, também esta em formato de papel ou electrónico, pela qual é concedido ao utilizador o benefício de vários serviços decorrentes do seu registo online quanto aos produtos adquiridos, entre os quais as actualizações (cfr. alínea E) dos factos assentes);

1.6. O segundo canal de distribuição, o da licença "OEM" (acrónimo de "Original Equipment Manufacturer) é o canal pelo qual a M... fornece através dos distribuidores autorizados alguns dos seus produtos ao "integrador" ou "assemblador" do computador, permitindo a instalação de produtos Microsoft directamente no disco rígido dos computadores (cfr. alínea F) dos factos assentes);

1.7. Estes produtos são identificados com a sigla "OEM" e são fornecidos em confecções especiais (singulares ou múltiplas) com o objectivo de estes produtos serem comercializados ao utente final exclusivamente com a aquisição do computador nos quais são pré-carregados (cfr. alínea G) dos factos assentes);

1.8. Esta relação contratual encontra-se regulada pelo "Contrato de licença para Produtos do Sistema OEM Microsoft" o qual se encontra impresso na embalagem do produto (cfr. alínea G-1);

1.9. Este tipo de programa não pode ser adquirido pelo utente final isoladamente, sem adquirir igualmente o computador onde o programa se encontra instalado (cfr. alínea H) dos factos assentes);

1.10. Todos os programas "OEM" da autora são recebidos pelo adquirente final com os seguintes elementos:

a) licença de uso do utente final (End User License Agreement - EULA) que, na sua versão mais recente é fornecida em formato electrónico;

b) o certificado de autenticidade (Certificate of Authenticity - COA) do produto Microsoft OEM que, nas versões mais recentes é fornecido sob a forma de etiqueta adesiva que o revendedor, após a instalação do programa no computador terá de o colar no chassis do PC antes da venda conforme está bem explícito nas referidas etiquetas;

c) documentação que, nas versões mais recentes, é fornecida em formato electrónico;

d) a ficha de registo que, nas versões mais recentes, é fornecida em formato electrónico (cfr. alínea I) dos factos assentes);

1.11. Elementos esses que estão contidos numa embalagem selada - que

apenas deve ser aberta pelo “integrador” ou “assemblador” no momento do seu pré-carregamento no computador sobre o qual o programa será instalado e ao qual o programa se considera doravante incindivelmente ligado - e devem ser entregues ao adquirente e utilizador final, inseridos numa embalagem do computador sobre o qual o programa foi instalado ou em formato electrónico no próprio equipamento nos casos dos elementos referidos em a), c) e d) (cfr. alínea J) dos factos assentes);

1.12. O réu é um comerciante em nome individual em cujo estabelecimento comercial, denominado “...”, se dedica ao comércio de computadores e software e de soluções de informática em geral, assim como procede a reparações de computadores (cfr. alínea B) dos factos assentes);

1.13. No dia 15 de Fevereiro de 2010, um colaborador da autora visitou essa loja do réu, sita na Avenida..., onde se apresentou como potencial cliente, solicitando orçamento para aquisição de um computador, perante o que o réu lhe apresentou um orçamento para venda de um computador, no qual não é feita menção a software, informando que o mesmo seria dotado de pré-instalação de um sistema operativo Windows para o qual dispunha de licença e de uma cópia do programa Office 2007, pré-instalada sem custos adicionais (cfr. resposta aos quesitos 3º, 4º, 18º, 19º e 20º da base instrutória);

1.14. Aquando de uma anterior visita idêntica, efectuada em 18 de Novembro de 2009, por outro colaborador da autora, o réu lhe propôs a venda de um computador, com um programa Windows e um programa Office, pré-instalados sem custos adicionais (cfr. resposta ao quesito 6º da base instrutória);

1.15. Em 2 de Junho de 2010, no computador identificado como PC03, que é a máquina de apoio à área de assistência técnica do réu, encontrado na bancada técnica do respectivo estabelecimento comercial, encontravam-se instalados sem quaisquer licenças e/ou com chaves conhecidas da “pirataria informática” os seguintes programas: uma cópia do programa Windows XP Professional Português e uma cópia do programa Office Enterprise 2007 Inglês (cfr. alínea L) dos factos assentes e resposta ao quesito 12º da base instrutória);

1.16. No Disco de Rede foram encontrados instalados sem quaisquer licenças e/ou chaves conhecidas na “pirataria informática” os seguintes programas de computador e chaves de instalação do mesmo: duas cópias do programa Office Enterprise 2007 e uma cópia do programa Frontpage 2003 Português (cfr. alínea M) dos factos assentes);

1.17. Neste disco de rede foram ainda encontrados cracks (chaves de instalação da “pirataria informática”) para os programas de computador Windows Vista, Windows 7 e Windows XP (cfr. alínea N) dos factos assentes);

1.18. Esse disco de rede tinha ainda armazenados backups de computadores de clientes - que incidem sobre volumosas pastas de arquivo, normalmente

com sub-pastas, sem que haja acesso ou utilização dos seus conteúdos mas mero armazenamento, até em formato não executável - visando a salvaguarda da respectiva informação enquanto os serviços do réu procedem aos trabalhos requisitados e a prevenção da possibilidade de perda dos dados, procedimento este que é do conhecimento dos clientes e na maioria das vezes por eles solicitado (cfr. resposta aos quesitos 23º, 24º e 25º da base instrutória);

1.19. Em 15 CD's/DVD's, alguns dos quais acondicionados numa bolsa de transporte existente no estabelecimento do réu, encontravam-se instalados programas "não licenciados ou conhecidos na pirataria" (cfr. alínea O) dos factos assentes e resposta ao quesito 27º da base instrutória);

1.20. O réu tinha conhecimento do referido em 1.16. a 1.7., inclusive, e 1.19., bem como de que no PC04 se encontrava instalada uma versão não licenciada do programa Windows 7 Ultimate Português e outra do programa Office Enterprise 2007 Inglês, e de que no PC02 se encontrava instalada uma versão não licenciada do programa Office Enterprise 2007 Inglês e um programa Windows 7 Ultimate Português de cuja licença de utilização não era possuidor (cfr. resposta ao quesito 29º da base instrutória);

1.21. Pelo estabelecimento do réu têm passado e passam pessoas que fazem aí os seus estágios curriculares, durante os quais usam esse disco de rede para essa finalidade de armazenamento de conteúdos de clientes (cfr. resposta ao quesito 26º da base instrutória);

1.22. Em 2010, os preços de venda ao público, sem IVA, dos programas de computador a seguir indicados eram os seguintes:

- Windows XP Professional Português - 344,56€;
- Windows 7 Ultimate Português - 244,91€;
- Office Enterprise 2007 Português - 332,52€;
- Office Professional 2003 Português - 559,29€;
- Frontpage 2003 - 216,15€;
- Windows Small Business Server 2000 Português - 528,15€;
- Windows Server 2003 Enterprise Edition Inglês - 528,15€;
- Windows Vista Português - 244,91€;
- Windows XP Professional Inglês - 344,56€;

(cfr. resposta ao quesito 28º da base instrutória);

1.23. Na campanha de sensibilização efectuada pela autora nos anos de 2009 e de 2010, foram fornecidas aos revendedores informações sobre os procedimentos correctos para a venda de software original e sobre os riscos de possíveis acções judiciais relativas à venda de computadores com, software incluído sem a respectiva licença (cfr. resposta ao quesito 2º da base instrutória);

1.24. A autora suporta o custo de investimentos feitos com a protecção do

direito de autor, designadamente formação de parceiros, contratação de pessoal exclusivamente para a área de licenciamento, educação, publicidade e colaboração com associações de protecção dos direitos de propriedade industrial, de valor não apurado (cfr. resposta ao quesito 31º da base instrutória);

1.25. A autora suporta o custo da investigação da reprodução e venda de versões não licenciadas de programas de computador que cria, produz e comercializa, e os custos inerentes à preparação e instauração de acções judiciais contra os autores desses factos, bem como, em caso de improcedência das acções, das custas judiciais e honorários a advogados (cfr. resposta ao quesito 32º da base instrutória).

Tudo visto, cumpre decidir:

Conforme resulta da leitura do petitório, encontramos no domínio da responsabilidade civil por factos ilícitos (art. 483.º e seguintes do CCivil) em que a demandante M..., imputando ao R. a violação dos seus direitos enquanto autora e comercializadora de programas de computador, formula um pedido de condenação do R. F... nos seguintes termos:

- a) Abster-se de reproduzir, sem autorização, software da autora e a comercializá-lo;
- b) Indemnizar a autora dos prejuízos sofridos computados em 68.826,00€;
- c) Inutilizar as cópias ilegais de programas de computador da titularidade da autora que o réu tenha na sua posse;
- d) Pagar à autora sanção pecuniária compulsória, no valor de 500,00€ por cada dia de utilização dos programas de computador ilegitimamente reproduzidos, a partir da notificação da sentença.
- e) A expensas do R., publicitação da sentença final, em meio de comunicação a indicar pela autora.

Conforme decorre da leitura da douda sentença recorrida, apenas foi parcialmente atendida a pretensão deduzida em juízo pela autora uma vez que o R. foi condenado a :

- a) Inutilizar as reproduções, não autorizadas, de programas de computador (software) titulados pela autora, designadamente do Sistema Operativo “Microsoft Windows” e dos pacotes da aplicação “Microsoft Office”, em qualquer das suas variantes;
- b) Abster-se de reproduzir, sem autorização, e comercializar, os programas de computador (software) titulados pela autora, designadamente do Sistema Operativo “Microsoft Windows” e dos pacotes da aplicação “Microsoft Office”, em qualquer das suas variantes;
- c) Pagar à autora, a sanção pecuniária compulsória de 100,00€ (cem euros)

por cada dia de utilização de reproduções, não autorizadas, de programas de computador (software) titulados pela autora M..., designadamente do Sistema Operativo "Microsoft Windows" e dos pacotes da aplicação "Microsoft Office", em qualquer das suas variantes;

Do cotejo comparativo entre o pedido formulado e a procedência parcial do mesmo, resulta, desde logo, a constatação que, certamente por lapso do ilustre julgador, não foi determinada, tal como peticionada "in fine", a publicitação (a expensas do R.) em meios da comunicação social da condenação proferida, de acordo com o art. 211.º - A do Código dos Direitos de Autor, na redacção introduzida pela Lei n. 16/2008 de 1 de Abril, ou seja :

Publicidade das decisões judiciais

1 — A pedido do lesado e a expensas do infractor, pode o tribunal ordenar a publicitação da decisão final.

2 — A publicitação prevista no número anterior pode ser feita através da divulgação em qualquer meio de comunicação que se considere adequado.

3 — A publicitação é feita por extracto, do qual constem elementos da sentença e da condenação, bem como a identificação dos agentes.

Face ao contexto agora exposto, naturalmente que assiste razão à recorrente neste ponto muito concreto desde, como é óbvio, que seja confirmada, ainda que parcialmente, a condenação proferida em 1.ª instância.

Relativamente à discordância manifestada pela recorrente quanto à douta sentença proferida de fls. 497 a 531 dos autos, no essencial, centra-se a mesma no juízo absolutório quanto ao pedido de indemnização formulado sob o art. 86.º, ponto 2 da petição inicial, pedido este que a demandante, no art. 69.º do mesmo petitório, "desdobra" nos seguintes termos:

a) Valor das licenças correspondente a cada programa encontrado ilegal reproduzido;

b) Lucro obtido pelo infractor;

c) Lucros cessantes e Danos emergentes;

d) Encargos suportados pela A. com a protecção do seu direito;

e) Encargos suportados pela A. com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito;

f) Danos não patrimoniais causados pela conduta do R A autora acaba por não concretizar qualquer pretensão neste particular..

Da leitura da parte final das conclusões relativas às douts alegações oferecidas pela recorrente M..., retira-se que a mesma defende, para além da parte respeitante à não determinação da publicação da decisão a que, atrás, aludimos, " a alteração da conclusão n. 4 da decisão proferida por outra em que se reconheça a obrigatoriedade do Recorrido a indemnizar a Recorrente pelos danos causados pela violação do seu direito no montante que resultar da

aplicação do disposto no art. 211 ° n. 2 do CDADC ou, caso não se entenda, por aplicação do critério mínimo previsto no n. 5 da mesma disposição legal acrescido do valor que, por recurso à equidade se entenda justo para compensar a Recorrente dos encargos suportados na protecção do seu direito e na investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito “.

Circunscritas as questões a dirimir, entendemos, salvo o devido respeito, que toda a problemática suscitada desenvolve-se em torno da interpretação a conferir ao instituto da responsabilidade civil na perspectiva do disposto no art. 211.º do Código dos Direitos de Autor e Direitos Conexos, na redacção introduzida pela Lei n. 16/2008 de 1 de Abril, sendo, desde já, de referir que nenhum reparo merece a decisão recorrida no que diz respeito ao ordenamento jurídico aplicável e que, por razões de economia processual, não deixamos de dar aqui por integralmente reproduzido.

Na verdade, a ilustre julgadora “a quo”, perante a factualidade dada como assente, não tem qualquer tipo de dúvida de que a actuação do demandado foi manifestamente ilícita. Porém, com recurso à configuração dos pressupostos da responsabilidade civil, em particular, quanto à inexistência de elementos comprovativos quer de lucros cessantes quer de danos emergentes, acaba por considerar não ser devida qualquer indemnização à autora, sendo-nos permitido transcrever uma passagem da dita sentença que atesta o juízo agora plasmado. Escreve a ilustre Magistrada: “ A mera cópia sem qualquer utilização posterior, constituindo um ato ilícito, não apresenta qualquer virtualidade de agressão do património da autora, a qual apenas se verifica num segundo momento, ou seja, o lucro cessante apenas se concretiza se e quando o utilizador deixa de comprar no mercado “legal” para comprar no mercado “negro” ao réu. . . . Sendo certo que a reprodução e utilização dos programas sem licença afectou interesses da autora, sendo, por isso, ilícita, também é verdade que não se demonstrou que o réu e/ou os seus clientes teriam adquirido as licenças dos programas originais e que a autora as teria vendido. E só nessa medida é que se verificaria a frustração de acréscimo patrimonial, que constitui o fundamento de facto alegado pela autora para integrar e quantificar os danos patrimoniais que invoca “.

Com o respeito devido, não acompanhamos o juízo agora enunciado.

Com efeito, perante a factualidade dada como assente sob os pontos 1.15 a 1.20 e 1.24 e 1.25, dúvidas algumas subsistirão (e a própria julgadora também assim o entende) que a actuação do R., porque violadora, entre outros preceitos legais, do disposto no art.º 5º do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20/10, da Lei n.º 109/2009 de 15/09 e da Lei n.º 16/2008, de 01 de Abril (que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/48/CE de 29 de Abril) e do Código do Direito de Autor e dos Direitos - D.L. n.º 332/97, de 27

de Novembro), é geradora de responsabilidade civil, já que de acordo com o art.º 483º do Código Civil que "aquele que com dolo ou mera culpa violar ilicitamente o direito de outrem... fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação".

Como ensina o Prof. Gomes da Silva , O dever de prestar e o dever de indemnizar, I, pág. 245 «... elementos fundamentais da responsabilidade são o dano e a relação em que ele se encontra com o responsável. (...) A responsabilidade é, por conseguinte, a obrigação nascida de um prejuízo e tem por objecto a reparação deste. O intuito com que a lei o estabelece não é o de intimar os indivíduos nem o de reprimir os factos ilícitos: é apenas o de satisfazer a justiça comutativa, reparando danos causados. O prejuízo, por conseguinte, é o fulcro de toda a responsabilidade».

No dizer do Prof. Pereira Coelho, O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade, pág. 250. «por dano pode entender-se (...) o prejuízo real que o lesado sofreu in natura, em forma de destruição, subtracção ou deterioração de um certo bem corpóreo ou ideal», a mesma noção corresponde, ao fim e ao cabo, a todo o prejuízo, desvantagem ou perda que é causada nos bens jurídicos, de carácter patrimonial ou não, de outrem Vaz Serra, BMJ 84-8..

Se, no que concerne aos chamados danos patrimoniais, o princípio a atender é o da reconstituição natural (reposição da coisa no estado em que se encontrava ao tempo da lesão), um

tal princípio tem a sua sede no art. 562º do CCivil que impõe aos responsáveis a obrigação de reconstituir a situação que existiria se não houvesse ocorrido o evento danoso., determinando o art. 563.º do mesmo Código que a «obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão» - causalidade adequada.

Dando aqui por integralmente reproduzidos os considerandos avançados pela douta sentença recorrida a propósito dos pressupostos da responsabilidade civil, a nossa profunda discordância reside no facto de se ter concluído que a autora M... não logrou fazer prova do dano ou prejuízo invocado, fazendo-se depender uma tal conclusão da circunstância de a actividade ilícita do R. (cópias ilegais de programas informáticos) não ter merecido a consequente comercialização, essa sim, geradora de prejuízos.

Existe neste entendimento, salvo melhor opinião, manifesto erro ao não ser levado em conta o momento em que o R., conscientemente, opta por "fabricar" uma cópia ilícita em vez de, legalmente, adquirir o programa informático.

Nesse preciso momento, o da consumação do ilícito, já se está a preencher a noção de dano ou prejuízo, dado que "a substituição" de aquisição do programa legal pela produção da cópia "pirata", gerou, desde logo, um dano

no património da demandante (lucro cessante) dado que o ilícito praticado impediu a A. de usufruir o ganho decorrente da aquisição dos programas informáticos que deviam ter ocorrido em vez das “cópias piratas”.

Segundo a posição recorrida, e com recurso aos ensinamentos do direito penal, a verificação do ilícito apenas na perspectiva de um crime de resultado e não já na ideia de um crime de perigo quando, na verdade, toda a filosofia subjacente à defesa não só dos Direitos de Autor como de toda a propriedade intelectual procura compatibilizar as vertentes preventiva e punitiva, não fazendo depender as acções legais de ressarcimento apenas dos resultados. E se não temos qualquer tipo de constrangimento em acentuar a vertente punitiva das estatuições legais para este tipo de ilícitos, é porque temos de estar atentos às recomendações da própria Comissão Europeia que na sua comunicação de 30 de Novembro de 2000 já alertava para os perigos da contrafacção e pirataria considerando-os “ . . . um fenómeno de dimensão internacional que tem repercussões importantes no plano económico e social, no bom funcionamento do mercado interno e também em termos de defesa do consumidor . . . o que conduz, por conseguinte, à perda de confiança dos operadores no mercado interno e a um decréscimo de investimentos”.

Aliás, o próprio ordenamento jurídico nacional aplicável, com especial ênfase no art. 211.º do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC), não deixa de contemplar os perigos atrás mencionados, adequando o regime aplicável à especial complexidade da matéria, sobretudo, quanto à alegação e prova dos factos constitutivos dos direitos invocados pela parte lesada. Na verdade, embora inquestionável a actualidade do disposto no art. 342.º n. 1 do CCivil, importa, no entanto, atender à disciplina legal decorrente do n. 5 do art. 211.º do CDADC “ Na impossibilidade de se fixar, nos termos dos números anteriores, o montante do prejuízo efectivamente sofrido pela parte lesada, e desde que este não se oponha, pode o tribunal, em alternativa, estabelecer uma quantia fixa com recurso à equidade, que tenha por base, no mínimo, as remunerações que teriam sido auferidas caso o infractor tivesse solicitado autorização para utilizar os direitos em questão e os encargos por aquela suportados com a protecção do direito de autor ou direitos conexos, bem como com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito”.

apelidada pelo Conselheiro Abrantes Geraldês como solução pragmática que parte da constatação da enorme dificuldade de cumprimento de prova relativamente a factos situados na esfera de terceiros que podem assumir múltiplas formas e ocorrer em diversas escalas (local, regional, nacional ou global) - “Indemnização por Infracção aos Direitos de Propriedade Intelectual”, C.E.J. 2010.

Também no dizer de Ana Sofia Monteiro Gaspar, no trabalho também

denominado “Indemnização por Infracção aos Direitos de Propriedade Intelectual” Universidade Católica Portuguesa, Mestrado Forense., o preceito legal atrás transcrito “ . . pretende dar resposta àquelas situações em que não seja possível através dos diversos mecanismos de alegação de prova apurar o montante indemnizatório . . .” acabando a mesma ilustre jurista por defender que a obrigação de indemnizar provém da chamada Lizenzanalogie, segundo a qual “ . . o titular do direito violado tem direito, segundo este regime, a um mínimo indemnizatório, correspondente ao valor da licença que deveria ter sido solicitada pelo infractor “ - pgs. 13 e 20.

Essa é, precisamente, a situação que se verifica no caso concreto por força do circunstancialismo dado como provado sob os pontos 1.15 a 1.20 e 1.22, sendo pois o valor indemnizatório a considerar o correspondente ao valor das licenças que o R. deveria ter obtido e não obteve, detendo cópias ilícitas das mesmas. E, assim sendo, nos cálculos aritméticos a que procedemos, encontra-se apenas um valor total de € 9.116, 67, sendo 3.214, 99 respeitantes aos factos 1.15 a 1.17 e 1.20, e 5.901, 68 relativos aos programas encontrados nos CD mencionados na alínea O) da Especificação (o R., na douda contestação, não contesta o conteúdo dos mesmos CD mas apenas que sejam de sua propriedade, o que não logrou fazer prova nos termos do disposto no art. 342.º n. 2 do CCivil).

No que concerne às indemnizações peticionadas a título de encargos suportados pela A. com a protecção do seu direito e com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito, se é verdade que a demandante não fez prova dos quantitativos suportados a esse título, não deixa de ser inequívoca a matéria dada como assente nos pontos 1.24 e 1.25, ou seja:

1.24 A autora suporta o custo de investimentos feitos com a protecção do direito de autor, designadamente formação de parceiros, contratação de pessoal exclusivamente para a área de licenciamento, educação, publicidade e colaboração com associações de protecção dos direitos de propriedade industrial, de valor não apurado (cfr. resposta ao quesito 31º da base instrutória);

1.25 A autora suporta o custo da investigação da reprodução e venda de versões não licenciadas de programas de computador que cria, produz e comercializa, e os custos inerentes à preparação e instauração de acções judiciais contra os autores desses factos, bem como, em caso de improcedência das acções, das custas judiciais e honorários a advogados (cfr. resposta ao quesito 32º da base instrutória).

E, assim sendo, parece-nos, salvo o devido respeito que deveria a ilustre julgadora “a quo” ter atendido ao que dispõe o art. 661.º n. 2 do CPCivil: “ Se não houver elementos para fixar o objecto ou a quantidade, o tribunal

condenará no que vier a ser liquidado, sem prejuízo da condenação imediata na parte que seja líquida “.

Neste aspecto, não temos qualquer dúvida em seguir a jurisprudência constante do Ac. STJ de 6.07.1978, BMJ n. 279, pg. 190 e ss onde expressamente se refere que “ O art. 661.º n. 2 é também aplicável ao caso de se ter logo formulado pedido específico, mas não se chegar a coligir dados suficientes para se fixar a quantidade da condenação (Código de Processo Civil anotado, Prof. Alberto dos Reis, vol. V, pg. 71 e Conselheiro Jacinto Bastos, Notas ao Código de Processo Civil, vol. 3, pags. 232 e 233) “. Como lapidarmente se aponta no Ac. STJ de 29.01.1998, BMJ n. 473-445, sendo Relator o Conselheiro Sousa Inês, “ a mais elementar razão de sã justiça, de equidade, veda a solução de se absolver o réu apesar de demonstrada a realidade da sua obrigação; mas também se revela inadmissível, intolerável, que o juiz profira condenação à toa”.

Ora, para o caso em apreço, perante a factualidade atrás enunciada, dúvidas não subsistem de que tem plena aplicação o já transcrito art. 211.º n. 5 do CDADC se bem que o montante indemnizatório a fixar neste particular, tenha de ter em atenção que toda a actividade desenvolvida pela demandante na defesa dos seus direitos não é apenas imputável ao demandado mas sim a todo o universo potencialmente “pirata”.

E, assim sendo, com recurso a juízos de equidade, parece-nos ajustado um montante indemnizatório de € 750,00.

Fixada, assim, a responsabilidade do R. F..., vejamos agora se lhe assiste razão quanto à pretensão deduzida em sede da ampliação de recurso que, oportunamente, deduziu, ou seja, no sentido de serem dadas como assentes as matérias constantes dos quesitos 11.º e 13.º da base instrutória e ainda a eliminação do facto assente em 1.20 da sentença proferida.

Questionam os quesitos agora mencionados:

Quesito 11.º: O computador identificado como PC02 não é do Réu ?

Quesito 13.º: Este computador Computador especificado em L). dispõe de licença do Windows XP válida e legal ?

Se se analisar a motivação das respostas proferidas pelo Tribunal à matéria da base instrutória constata-se que, relativamente, a estes 2 quesitos, foi entendido que a prova produzida não era segura nem credível, sendo certo que não é o simples depoimento que, a propósito do quesito 11.º, teve lugar que vai alterar o sentido da resposta já que no entender da ilustre julgadora, repete-se, houve total ausência de prova objectiva ou subjectiva credível - fls. 493.

Relativamente ao quesito 13.º acontece até que a Senhora Juiz, com base num critério objectivo e em comparação com uma outra situação em que o R.

possuía a competente licença de utilização, considerou não provada a matéria do quesito 13.º.

Assim, considerando que nos encontramos no domínio do princípio da livre apreciação da prova (art. 607.º n. 5 do CPCivil), não existe fundamento legal para promover a alteração das respostas aos quesitos mencionados.

Eo mesmo se diga da matéria de facto dada como assente sob o ponto 1.20 pois como decorre da mesma motivação (quesito 29.º), tal resposta é resultante de uma apreciação de toda a prova produzida (testemunhal, pericial e documental).

Como temos vindo a opinar neste tipo de problemática, é sempre uma tarefa difícil para o Tribunal superior perscrutar e sindicar esse processo de valoração, quando é certo que dispõe de menos elementos e meios menos “ricos” que aqueles de que dispôs o Tribunal “a quo”. Daí que deva haver alguma cautela e muito rigor na reapreciação da prova “oral” produzida na primeira instância, sobretudo, quando está em causa a respectiva audição. Importa, pois, de uma vez por todas, consignar que se está na presença de um complexo processo mental interpretativo, não susceptível (salvo em raras exceções) de conduzir a um resultado unívoco, sobretudo, quando a factualidade não evidencia a linearidade desejável, constituindo tarefa do julgador “ . . depois da prova produzida, tirar as suas conclusões, em conformidade com as impressões recém-colhidas e com a convicção que, através delas, se foi gerando no seu espírito, de acordo com as máximas de experiência aplicáveis” Lebre de Freitas, Código de Processo Civil anotado, vol. 2.º, pg.635..Por força do contexto agora explanado, não vislumbramos fundamento legal para alterar a factualidade dada como assente.

Em face de todo o exposto, pelas razões enunciadas, acordam os Juízes deste Tribunal da Relação de Évora, em julgar a apelação parcialmente procedente e, em consequência, revogam a decisão proferida no apenas no que respeita ao seu ponto 4. (absolvição do R.) e, em sua substituição:

a) Condenam o R. F... a pagar à A. M... uma indemnização no valor total de € 9.866, 67, sendo 9.116, 67 respeitantes aos factos 1.15 a 1.17, 1.19, 1.20 e 1.22 e alínea O) da Especificação, correspondendo € 750,00 a indemnização a título de encargos suportados pela A. com a protecção do seu direito e com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito.

b) Determinam a publicação da sentença condenatória nos termos do art. 211.º - A do Código dos Direitos de Autor, na redacção introduzida pela Lei n. 16/2008 de 1 de Abril,

As custas serão suportadas por A. e R. na proporção de vencidos.

Notifique e Registe.

Évora, 13 de Fevereiro de 2014

Sérgio Abrantes Mendes
Luís Mata Ribeiro
Sílvio José de Sousa