



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

Registro: 2016.0000055632

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2117137-47.2015.8.26.0000, da Comarca de Itu, em que é agravante MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA., é agravado DANIELE DA SILVA SOUZA & CIA LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARLOS ALBERTO GARBI (Presidente sem voto), FABIO TABOSA E CAMPOS MELLO.

São Paulo, 3 de fevereiro de 2016

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

Voto: 04.347

Agravo de Instrumento nº 2117137-47.2015.8.26.0000

Comarca Itu – 1ª Vara Cível

Juíza: Andrea Leme Luchini

Agravante: MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda

Agravado: Daniel da Silva Souza &Cia Ltda

Interessado Dias & Dias Ciclo Ltda ME

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MARCA – Ação cominatória de abstenção de uso de marca c.c. pedido de indenização por danos morais – Insurgência contra decisão que concedeu antecipação de tutela, voltada à retirada de anúncios pela corré MercadoLivre de sua plataforma de internet e não divulgação de novas publicações pela corré, que envolvam a marca da autora - Ausência de prova inequívoca da verossimilhança da alegação exordial – Não preenchimento dos requisitos previstos no art. 273 do CPC – Inviabilidade de concessão da antecipação da tutela. – Recurso provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão copiada a fls. 90/91 que, nos autos de ação cominatória de abstenção do uso de marca, cumulada com pedido de indenização por danos morais, concedeu antecipação de tutela para determinar que a corré Dias & Dias Ciclo Ltda ME se abstenha de utilizar a marca GTSM1 e que a corré MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda retire todos os anúncios efetuados pela ré Dias & Dias Ciclo Ltda ME que envolvam a marca GTSM1 em sua plataforma, bem como se abstenha de divulgar novas publicações nesse sentido, tudo, sob pena de multa diária de R\$ 700,00 (setecentos reais).

Recorre a corré MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda, pleiteando a reforma parcial da decisão agravada, de modo o exigir da agravante a retirada do ar somente dos anúncios especificados pela autora. Alega que é tecnicamente impossível a realização de controle prévio do conteúdo veiculado em seu website, o que, além do mais, constitui verdadeira censura.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

Nega também a possibilidade técnica de rastrear todos os anúncios da corré que contenham a marca da agravada, conforme determinou a decisão recorrida. Assevera que a retirada de anúncios é possível, porém é necessária a especificação dos itens a serem removidos, por meio da indicação do endereço de rede (URL), sob pena de nulidade por representar um comando *contra legem*. Afirma que é um provedor de internet, e que em seu website apenas disponibiliza espaços para anúncios elaborados pelos próprios anunciantes, que respondem pelo seu conteúdo, nos termos e condições gerais de uso expressamente aceitos no inicio da contratação. Aduz que os termos e condições de uso contém disposição sobre a proibição de anúncios que violem direito à propriedade intelectual. Enfatiza que antes da propositura da presente ação, mediante a exibição da documentação necessária, prontamente, retirou de seu website 15 anúncios da corré que foram especificamente indicados pela autora, e solicitou a ela que enviasse a documentação necessária para a sua inclusão no Programa de Proteção à Propriedade Intelectual (PPPI), o qual permitiria o contato mais rápido entre as empresas, com o intuito de remover mais facilmente os anúncios da corré, mas não foi atendida neste ponto. Discorre sobre os termos legais que regem a sua atividade na internet. Sustenta a existência do periculum in mora reverso, pois pode vir a ser condenada ao pagamento de multa pelo descumprimento de obrigação tecnicamente impossível. Requer a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso para, reformando em parte a decisão recorrida, exigir da agravante que remova do seu website apenas os anúncios solicitados pela agravada, por meio da indicação da respectiva URL, afastando-se, ainda, o dever de realização de monitoramento prévio de anúncios.

Recurso tempestivo, devidamente instruído e preparado, processado com a concessão do efeito suspensivo, nos termos do despacho de fls. 290.

Contraminuta a fls. 294/325.

É a síntese do necessário.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

O recurso comporta provimento.

A antecipação da tutela é medida excepcional a ser concedida, segundo os termos do art. 273 do Código de Processo Civil, mediante a existência da prova inequívoca da verossimilhança da alegação exordial e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Sobre a prova inequívoca da verossimilhança da alegação encontra-se interessante citação *in* “Código de Processo Interpretado”, Carlos Henrique Abrão e Cristiano Imhof. Ed. Conceito Editorial, 1ª ed., pág. 630:

“Art. 273 do CPC. Requisitos para a concessão da antecipação da tutela. Pressupostos genéricos. ('prova inequívoca' e 'verossimilhança da alegação'). Pressupostos alternativos ('receio de dano irreparável ou de difícil reparação' ou 'abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu). TJGO: “Acerca de tais pressupostos, Leciona Calmon de Passos: “Reclama o 'caput' do art. 273 do CPC que o juiz, para antecipar a tutela, disponha, nos autos, de prova inequívoca que alicerce seu convencimento sobre a verossimilhança da alegação do autor (pressuposto comum básico) e a isso se soma uma das seguintes situações: a) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) fique caracterizado o abuso do direito de defesa; ou c) o manifesto propósito protelatório do réu. Há sempre uma exigência indispensável – a prova inequívoca da alegação do autor, apta para formar o convencimento do juiz sobre a verossimilhança do alegado, como fundamento do pedido. Denominamos esse pressuposto de comum, por não poder faltar jamais, devendo conjugar-se necessariamente com qualquer dos demais pressupostos, sempre presentes, portanto, em toda e qualquer modalidade de antecipação de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

*tutela. Os demais podem existir isolada ou cumulativamente, somando-se ao comum e básico, pouco importa. O que jamais pode estar ausente é a prova inequívoca, casada com qualquer dos pressupostos que denominamos de particulares ou específicos” (in Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. III. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p 22-23). Portanto, em apertada síntese, deverá o autor demonstrar nas suas alegações fáticas e jurídicas, por intermediário de prova inequívoca efetivamente hábil à formação de um juízo de aproximada verdade (verossimilhança), às quais deverão somar-se ao requisito específico definido como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou defesa temerária (caracterizada pelo abuso do direito de defesa e/ ou manifesto propósito protelatório do réu). Sendo assim, não basta para a obtenção da tutela antecipada a demonstração de perigo de dano (*periculum in mora*), de maneira a causar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao autor, caso não obtenha a tutela de plano; esse requisito (específico) haverá de conjugar-se com a demonstração de prova suficiente capaz de criar no julgador um juízo de verossimilhança, sob pena de não ser obtida a tutela antecipada pretendida”. (AI n.45874-6/180 (200501566133), rel. Des. Nelma Branco Ferreira Perillo, j. 7.8.2007)”*

No caso dos autos, não está presente a prova inequívoca do direito alegado.

De fato, são convincentes as alegações da agravada quanto à impossibilidade técnica de dar cumprimento à medida judicial, nos moldes como concedida.

É certo que se pode determinar à agravante que exclua de seu “site” de internet os anúncios feitos pela corré, que contenham a marca da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

agravada, contudo, tal determinação deve estar condicionada à indicação específica pela agravada, da URL respectiva.

Isto porque seria inviável a filtragem de tais anúncios apenas por recursos técnicos, já que a criação de um filtro para localização da “marca”, eventualmente poderia atingir anúncios lícitos e, ainda, uma simples inserção de um “ponto”, ou outro sinal gráfico qualquer à marca pelo usuário, permitiria que o anúncio não fosse localizado, retirando efetividade da medida concedida.

Também o fato de haver indicação do usuário, não é suficiente para a garantia da efetividade, pois bastaria, para que os anúncios voltassem a ser exibidos, que eles fossem inseridos por um novo usuário cadastrado.

Ao contrário, com a indicação da URL, o anúncio indevido tem total condição de ser removido, como já ocorreu.

Note-se, ademais, que com relação à retirada de conteúdo exibido via internet, a própria Lei 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, contém disposição acerca da necessidade de *identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material* (art. 19, §1º-A).

De outra parte, também é fato controvertido a obrigação da agravante de impedir a inserção de novos anúncios pela corré, Dias & Dias Ciclo Ltda ME, que envolvam a marca da agravada.

A Lei 12.965/2014, em sua Seção III, que dispõe sobre a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, determina:

“Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial

conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

*§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.*

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

Como se vê, tudo conduz à inexistência de obrigação do site de intermediação de venda, como no caso da agravante, de exercer o controle sobre o conteúdo inserido pelos usuários em seus anúncios, cabendo a ela, sim, após o conhecimento da existência da publicação ilegal, suprimir sua divulgação com celeridade.

Portanto, inexistente a prova inequívoca da alegação exordial inadmissível a antecipação da tutela.

Por estas razões, meu voto dá provimento ao recurso para, reformando a decisão agravada, determinar que a corré MercalidoLivre retire os anúncios efetuados pela corré Dias & Dias Ciclo Ltda ME, que envolvam a marca GTSM1, de sua plataforma, mediante a indicação pela autora, da URL específica.

Caio Marcelo Mendes de Oliveira
 Relator
 (assinatura digital)