

DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 0014369-64.2018.8.19.0001

APELANTES: AMBEV S/A E OUTRA

APELADA: COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS PREMIUM

RELATOR: DES. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. As autoras AMBEV e CBF celebraram contrato de patrocínio relativamente à Seleção Brasileira de Futebol e se insurgem contra a publicidade veiculada pela ré, empresa concorrente da primeira, por considerarem ocorrência do denominado *marketing* de emboscada. Tutela antecipada parcialmente deferida para impedir que o jogador de futebol da propaganda da ré voltasse a usar uniforme oficial da Seleção, ou mesmo simulacro, definido na decisão que uniforme seria o conjunto de camisa, calção e meias nas mesmas cores de qualquer um dos uniformes da Seleção oficial. Sentença de procedência parcial que consagra a decisão de tutela antecipada, inclusive confirmando-a. Sentença que, no entanto, não reconhece o direito da parte autora de ser indenizada por dano material por entender que o uso de tal uniforme não teria configurado a principal imagem da campanha publicitária da ré. Apelação interposta apenas pela parte autora. Alegação de cerceamento de defesa pelo não deferimento da prova oral. Descabimento. Preliminar afastada. Ocorrência de lesão a direito pelo uso de uniforme com as mesmas cores da Seleção. Utilização de tal uniforme na propaganda que é demonstrada com as imagens trazidas na inicial. Lesão reconhecida na sentença, sendo tema sobre o qual o Tribunal não pode exercer cognição, haja vista que a ré não interpôs apelação. Referida lesão faz nascer o direito à reparação. Não repetição do uso de uniforme da seleção ou

sua cópia após a concessão da tutela que não afasta a ocorrência do dano. Necessidade de fase de liquidação de sentença. Demais alegações da parte autora sobre uso indevido de marca e/ou símbolos que não restaram comprovadas. Relevância da prova pericial, que não foi nem mesmo requerida. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, estando as partes acima nomeadas.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, **em dar parcial provimento ao recurso**, na forma do voto do relator.

VOTO

Trata-se de apelação interposta de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, tornando definitiva a tutela antecipada concedida em sede de agravo de instrumento e impedindo que a ré, ora apelada, use em suas campanhas publicitárias uniformes da CBF, oficiais ou cópias, considerando como cópias o conjunto de camisa, shorts e meias que tenham, enquanto conjunto, as mesmas cores de qualquer um dos uniformes oficiais da Seleção Brasileira de Futebol.

As apelantes arguem preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pois não foi oportunizada a produção de prova oral requerida por ambas as partes, tendo o Juízo prolatado sentença logo após terem se manifestado justificadamente sobre a produção da prova.

Inicialmente, é de se ressaltar quanto à preliminar que o eminente patrono das apelantes, na tribuna, requereu sua rejeição. Seja por convicção posterior, seja por alteração em sua estratégia processual, manifestou expressamente não mais ter interesse na referida preliminar.

A par disso, o enfrentamento da preliminar em questão está a seguir.

Diversamente do sustentado pelas apelantes, não há que se falar em cerceamento de defesa, pois lhes foi oportunizado se manifestar sobre todos os documentos trazidos aos autos pela ré, bem como sobre as alegações da parte contrária, sendo certo que a produção de prova oral em nada acresceria às provas já carreadas.

A discussão até poderia ter sido dirimida por uma prova pericial, na qual o perito técnico faria a análise das cores utilizadas, do conjunto visual apresentado e possível infração ao direito marcário. No entanto, a apelante requereu apenas a produção da prova oral, como se vê da petição de fls. 596/600, única prova também requerida pela apelada a fls. 592/594.

Vê-se, com a limitação da pretensão das partes à produção da prova oral, que não havia interesse em se discutir o direito ao uso da marca e seus símbolos. Portanto, a prova oral, na hipótese, não se afigura relevante.

O art. 370 do CPC afirma que o juiz é o destinatário das provas. Logo, pode indeferir diligência que considere inútil ao deslinde da causa.

O entendimento acima é ratificado pela jurisprudência de nosso Tribunal. Veja-se:

“0026974-20.2015.8.19.0204 – APELAÇÃO 1ª
Ementa Des(a). MARCO ANTONIO IBRAHIM -
Julgamento: 13/02/2019 - QUARTA CÂMARA
CÍVEL

Apelação Cível. Direito Civil. Contrato de Arrendamento de Fundo de Comércio seguido por Confissão de Dívida. Sentença de procedência do pedido. Cerceamento de defesa inexistente. Relação firmada em contrato e documento de confissão de dívida escritos. Suficiência dos documentos juntadas aos autos. Prova oral que não lograria modificar o que havia sido disposto por escrito. Qualquer distrato que deveria seguir a mesma forma escrita, como determina o artigo 472 do Código Civil. Rejeição da preliminar. Valores expressamente indicados no documento e não pagos. Honorários devidos em favor da Defensoria Pública. Matéria decidida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Repetitivo (REsp 1108013/RJ). Excesso de execução não demonstrado. Réu que se limitou a invocá-lo sem apontar qualquer divergência além da multa de 2% que, entretanto, é

inferior à pena de 10% pactuada na cláusula quinta do documento de confissão de dívida. Majoração dos honorários sucumbenciais recursais em 2,5% sobre o valor fixado na sentença. Desprovido do recurso.”

“0361693-26.2008.8.19.0001 – APELAÇÃO 1ª
Ementa Des(a). GUARACI DE CAMPOS VIANNA -
Julgamento: 24/04/2018 - DÉCIMA NONA
CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA C/C INDENIZATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR FALTA DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL, CONSIDERANDO QUE NÃO TRARIAM RELEVÂNCIA NA REPRODUÇÃO DOS FATOS COMPROVADOS POR VASTA DOCUMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL POR PARTE DO AUTOR. MATÉRIA QUE, EMBORA FÁTICA, NÃO PRESCINDE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA, SENDO INSUBSISTENTE A PROVA ORAL PRODUZIDA. OBRA INICIADA ANTES DA AQUISIÇÃO DO IMÓVEL POR PARTE DO RECORRENTE E OCORRÊNCIA DE REPAROS NO MURO DO IMÓVEL DO AUTOR E NA FOSSA SEPTICA DEVIDAMENTE REALIZADOS. IRRESIGNAÇÃO QUANTO FALTA DE PRIVACIDADE NA UTILIZAÇÃO DA PISCINA QUE NÃO MERECE PROSPERAR, TENDO EM VISTA QUE A CONSTRUÇÃO DO PRÉDIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OBSERVOU OS PARÂMETROS URBANÍSTICOS ESTABELECIDOS PELA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL E FORA APROVADA PELA MUNICIPALIDADE, NÃO COMPROVANDO O APELANTE TER OBSERVADO O MESMO CRITÉRIO PARA A CONSTRUÇÃO DE PISCINA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. RECURSO DESPROVIDO.” (Grifou-se)

A ausência de decisão saneadora, no caso dos autos, não acarretou qualquer prejuízo às partes, pois, repita-se, a produção de prova oral pretendida pelas apelantes não tem valor probante superior aos documentos trazidos aos autos.

Rejeitada a preliminar, passa-se ao mérito.

As apelantes sustentam ter havido prática de concorrência desleal, ocorrência do denominado *marketing* de emboscada, bem como violação ao direito de propriedade industrial, o que justificaria a condenação da apelada ao pagamento de indenização por dano material.

A propriedade industrial é tida como o conjunto de direitos incidentes sobre as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio ou de serviços, ainda sobre o nome comercial e indicações de proveniência ou de origem.

O presente processo traz a seguinte realidade: as autoras apontaram o que consideraram diversas violações por parte da ré; a tutela foi concedida em sede de agravo de instrumento para impedir a prática de apenas uma determinada situação; não foi realizada perícia; a sentença foi de procedência parcial para reconhecer como antijurídica a situação tratada na tutela concedida pelo Segundo Grau no referido agravo, pelo que esta foi confirmada na sentença; as autoras apelam e, assim, buscam o reconhecimento de seu direito à indenização por dano material; a ré não interpõe recurso da sentença.

A propósito, veja-se o seguinte trecho da sentença (fls. 605):

“(…) No entanto, também é certo que não se consegue qualquer conquista sem patrocínio e é necessário proteger esta relação para que se possa garantir qualidade e eficiência. Desta feita as campanhas publicitárias podem se utilizar dos elementos referentes ao futebol, as cores nacionais e a torcida brasileira que não são de titularidade exclusiva da parte autora, desde que não remetam aos elementos específicos distintivos da Seleção Brasileira, tais como uniforme, emblema etc.

Assim, a utilização dos símbolos ligados à Seleção Brasileira por terceiros que não contribuem para o seu sucesso nos jogos, retira força do seu programa de

patrocínio. Afinal, a possibilidade de utilizar produtos com símbolos da Seleção de forma gratuita, diminui o valor destes símbolos e prejudica àqueles que realizaram uma contraprestação para que pudessem comercializar produtos da Seleção neste período de Copa do Mundo.

O conjunto visual da campanha publicitária da ré, com a junção de todos esses elementos, inclusive com o maior jogador da Seleção jogando bola com uma roupa que remete ao uniforme da seleção, em tempos de Copa do Mundo é uma alusão específica a seleção brasileira de futebol. No entanto, a única alusão direta à Seleção Brasileira de Futebol é a utilização de uniforme (camisa, shorts e meias) que se apresenta como simulacro ao uniforme da Seleção, como bem entendeu o TJRJ ao deferir parcialmente a tutela antecipada para impedir que a ré utilize em suas campanhas publicitárias cópias de uniformes da Seleção.”

Assim, a sentença sacramentou que a ré não poderia fazer uso do uniforme da Seleção, ou mesmo simulacro. É com relação à essa questão onde reside a lesão que faz nascer o direito à reparação.

Todos os demais temas (6 estrelas; uso do número 10; etc) ficaram para trás, até porque, para se chegar ao devido reconhecimento pretendido pelas autoras, seria fundamental a perícia, prova essa que não foi nem mesmo requerida.

Consigna-se que não se antevê relevância às enquetes de opinião que as partes decidiram, cada uma, apresentar. São pesquisas não determinadas pelo Juízo, não conseguindo este Órgão Julgador alcançar como poderiam influenciar a questão jurídica em debate. Como realçado neste voto, a prova que poderia ter relevância seria, na hipótese, a pericial, mas sequer houve protesto para sua produção.

A sentença, embora adotando os termos da proibição determinada no julgamento do agravo de instrumento, concluiu que o uso do “uniforme parecido com o da seleção” não teria configurado “a principal imagem da campanha da ré”, pelo que concluiu “que não se verifica a existência de qualquer dano a ser reparado, ainda mais porque foi concedida a tutela

antecipada determinando a retirada da utilização de cópia do uniforme, sob pena de elevadíssima multa”.

O uso, na campanha publicitária da ré, de uniforme com as mesmas cores do da Seleção está evidenciado na inicial, inclusive com fotografias comparativas, como se vê da imagem 2 de fls. 04, repetida no item 34 de fls. 11. Aliás, no referido item 34, bem como no item 35, a parte autora se insurge contra a utilização, pelo jogador da propaganda, de uniforme com as mesmas cores do uniforme oficial.

A despeito da negativa da ré, em sua contestação, de que tivesse sido usado o uniforme oficial, fato é que qualquer simulacro do uniforme, com a utilização das mesmas cores, já seria suficiente para deixar caracterizada a relação com a Seleção Brasileira e tal uso pode ser facilmente constatado com a confrontação das imagens trazidas na inicial (itens 01 e 34) e não impugnadas.

Verificada a lesão, nasce o direito à reparação. Este é o ponto em que a sentença merece alteração, ao que se destaca que tal imagem relativa ao uniforme foi retirada da campanha publicitária da ré. Ou seja, é uma evidência de que seu uso ocorreu. Além disso, o fato de não ter havido repetição daquela imagem só serve para não incidir a multa fixada no acórdão que julgou o agravo de instrumento.

O entendimento refletido neste julgamento, portanto, é: 1) a sentença reconheceu que a ré não poderia usar uniforme da Seleção, ou simulacro, em sua campanha publicitária; 2) não houve interposição de apelação por parte da ré, o que faz imutável a parte da sentença que lhe foi desfavorável, visto que não pode o Tribunal decidir fora dos limites da lide recursal; 3) o reconhecimento da lesão implica, diversamente do entendido na sentença, em reparação pelo dano material que dela decorre; e 4) o dano material é exclusivamente quanto ao referido tópico, uma vez que seria necessária perícia para se apurar as demais transgressões atribuídas à ré, sendo que a parte autora não produziu essa prova.

Reconhecido o direito à indenização pelo dano material, a hipótese importa que a quantificação se dê através de fase de liquidação de sentença, ficando desde já indicado como norte o seguinte: está em aferição apenas a transgressão representada pelo uso do uniforme assemelhado ao da Seleção; deverá se levar em consideração que é a autora que detém a maior parte do mercado de cerveja, sendo que a ré é uma concorrente com participação bem menor no referido mercado; deverá ser

observado o disposto na Lei 9.279/96 no que couber; caberá ao Juízo nomear perito para aferição da justa indenização.

Pelo exposto, **O RECURSO É CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO**, alterando-se a sentença para o fim de se reconhecer que ocorreu lesão, no caso representado pelo uso de uniforme com as mesmas cores daquele usado pela Seleção Brasileira, e que tal lesão gera o direito à indenização por dano material, a ser apurada em liquidação de sentença, na forma supra. Com a procedência parcial deste recurso, a sucumbência é alterada, cabendo à ré arcar com as custas processuais e honorários advocatícios da parte contrária de 10% (dez por cento) do valor da indenização.

Rio de Janeiro, 03 de abril de 2019.

WAGNER CINELLI
DESEMBARGADOR
RELATOR