



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. POSSIBILIDADE. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. USO DE EXPRESSÃO CONTIDA NO 'HINO DO GRÊMIO'. AUSÊNCIA DE TITULARIDADE QUANTO À EXPRESSÃO. INEXISTÊNCIA DE CRIATIVIDADE E ORIGINALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA.

1. Assistência Litisconsorcial – Agravo retido: Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. Possibilidade no caso concreto, uma vez que o assistente litisconsorcial está sujeito aos efeitos da decisão. Inteligência do art. 54 do CPC/1973.

2. Mérito – Considerando que a proteção ao direito autoral sobre o Hino do Grêmio não pode recair sobre palavras isoladas, e sim sobre a obra como um todo ou parte dela a que se reconheça expressão do espírito do seu autor, conforme o art. 7º, V da Lei nº 9.610/98, descabe a pretensão da parte recorrente ao direito de uso e marca sobre a expressão 'Imortal Tricolor'. Expressão que remete ao jogador Eurico Lara, muito antes da criação do hino, nada tendo de original, servindo de homenagem ao seu grande ídolo. Expressão, ademais, reconhecidamente utilizada para representar o próprio Clube, sem associação necessária com o hino. Inteligência do art. 8º, VI da Lei 9.610/98.

AGRAVO RETIDO E APELO DESPROVIDOS.

APELAÇÃO CÍVEL

QUINTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

ESPACO CULTURAL LUPICINIO RODRIGUES

APELANTE

LUPICINIO JORGE QUEVEDO RODRIGUES

APELANTE

COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV

APELADO



IDA
Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

GREMIO FOOT-BALL PORTO
ALEGRENSE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao agravo retido e ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. JORGE ANDRÉ PEREIRA GAILHARD E DES. LÉO ROMI PILAU JÚNIOR.**

Porto Alegre, 31 de agosto de 2016.

DES.^a ISABEL DIAS ALMEIDA,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.^a ISABEL DIAS ALMEIDA (RELATORA)

Trata-se de apelação cível interposta por **ESPAÇO CULTURAL LUPICÍNIO RODRIGUES e OUTRO** contra sentença das fls. 675-683, que julgou improcedente a ação ordinária de indenização por violação a direito autoral ajuizada em desfavor de **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV e GREMIO FOOT-BALL PORTO ALEGRENSE**, nos seguintes termos:



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

ANTE O EXPOSTO, tendo como prejudicadas as demais questões debatidas, JULGO A AÇÃO IMPROCEDENTE, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que, na forma do art. 20, §4º, do CPC, arbitro, para os procuradores de cada parte adversa, em R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Em suas razões de apelo (fls. 688-706), a parte autora relata os fatos e pede, em preliminar, conhecimento e provimento do agravo retido contra decisão que autorizou o ingresso do GRÊMIO no polo passivo como assistente litisconsorcial, não havendo razão para essa inclusão. Discorre sobre as características e cabimento da assistência litisconsorcial, não adequada na espécie. Destaca que o objeto da lide é a utilização indevida e confessada pela apelada AMBEV de trecho de obra autoral de titularidade dos apelantes, não havendo relação com o clube. No mérito, tece considerações sobre a propriedade intelectual sobre a obra 'Marcha do Cinquentenário – Hino do Grêmio' destacando a originalidade e o ineditismo da expressão 'Imortal Tricolor' e sua necessária proteção. Esclarece que é a junção de termos que gera a obra, sendo que antes da criação do Hino, jamais havia sido utilizada essa expressão. Arrola doutrina e colaciona artigos literários. Salienta que a ré cometeu ilícito ao utilizar de expressão que compõe a obra de propriedade intelectual da parte autora afronta legislações federais específicas. Discorre sobre os danos materiais que devem ser indenizados, bem como os critérios para fixação dos danos morais. Destaca, ainda, que o Grêmio não utilizou a obra de forma comercial, razão pela qual a parte não ajuizou a demanda contra o clube. Assevera que não há prova de que a demandada tivesse permissão para alterar a obra. Ressalta que ajuizou demandas contra diversas empresas que se utilizam de forma indevida de trecho de sua obra. Prequestiona artigos legais e pede o provimento.



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Com as contrarrazões dos demandados (fls. 711-718 pela AMBEV, e 719-745 pelo GRÊMIO), vieram os autos conclusos.

O assistente litisconsorcial peticiona às fls. 767-775 requerendo reunião dos feitos com outros que estão em trâmite na Sexta Câmara Cível, alegando cuidar-se de matéria idêntica.

A apelada AMBEV manifesta-se pela ausência da conexão (fls. 777-778).

Foram observados os dispositivos legais, considerando a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a ISABEL DIAS ALMEIDA (RELATORA)

O apelo é adequado, tempestivo e a parte autora comprova a realização do preparo (fls. 707-708), razão pela qual passo ao seu enfrentamento.

Destaco que o recurso foi interposto sob a égide do CPC de 1973.

Inicialmente, indefiro o pedido do assistente litisconsorcial no sentido da necessidade de reunião da presente apelação com demais feitos que estejam em trâmite na c. Sexta Câmara Cível. Ocorre que não há conexão, prevenção ou vinculação de Colega em relação a feitos semelhantes, que tratam de matéria similar apenas, mas cujas partes envolvidas são distintas e versam sobre relações contratuais diversas.

A propósito:

AGRAVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR. AÇÃO ORDINÁRIA. PARTES E CAUSAS DE PEDIR DISTINTAS. REUNIÃO DOS PROCESSOS. DESCABIMENTO. CONEXÃO



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

*INOCORRENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. **Inexistente conexão entre ação cautelar e ação ordinária quando distintas as partes e as causas de pedir, não configurada hipótese do art. 103 do CPC**, afasta-se a necessidade de reunião para trâmite conjunto dos processos, levando ao acolhimento do conflito negativo de competência suscitado. Precedentes do TJRS e STJ. Agravo desprovido. (Agravo Nº 70053489407, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 21/03/2013)*

Ainda que o objetivo dos autores seja o mesmo, - impedir o uso alegadamente indevido de trechos de sua obra -, nota-se que as ações não se baseiam especificamente nas mesmas alegações, sendo inviável o julgamento conflitante.

Assim, mantenho o processamento e julgamento do presente nesta Câmara Cível.

Pois bem.

Melhor situando o objeto da controvérsia posta, adoto o relato da sentença da lavra da ilustre magistrada, Dra. Maria Lúcia Boutros Buchain Zoch Rodrigues, vertido nos seguintes termos:

O Espaço Cultural Lupicínio Rodrigues e seu representante legal, Lupicínio Jorge Quevedo Rodrigues, também herdeiro do compositor, ajuizaram ação contra a COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS (AMBEV), alegando direitos sobre o atual hino do Grêmio Football Portoalegrense, criado por Lupicínio, e sobre a expressão IMORTAL TRICOLOR, nele contida e que fora incluída pela ré em latas de cerveja por ela comercializadas. Disseram ter ajuizado ação cautelar preparatória, em que a AMBEV alegara ter sido autorizada pelo Grêmio FBPA a utilizar-se de marca por este registrada no INPI. Argumentaram, no entanto, que tal registro, além de vinculado a produtos de vestuário, calçados e chapelaria, está sendo objeto de processo administrativo de nulidade. Afirmaram receber os valores arrecadados pelo ECAD pela



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

execução do Hino e que embora não pretendam impedir o Clube de utilizá-lo, não concordam que obtenha, com isso, qualquer vantagem econômica. Destacaram o ineditismo e a originalidade da expressão, que segundo eles passou a ser utilizada pelos torcedores e pelo próprio Grêmio após ser cunhada por Lupicínio - conforme comprovariam diversas matérias jornalísticas e entrevista dada pelo escritor Eduardo Bueno. Além da ré, haveria um número expressivo de empresas utilizando o mesmo trecho, razão pela qual tiveram de ajuizar uma série de ações, visando a preservar a paternidade e a integridade da obra musical. Com essa narrativa, citando precedentes e sustentando que o uso da expressão IMORTAL TRICOLOR configura reprodução não autorizada de parte do Hino do Grêmio e lhes causa danos, postularam a condenação da AMBEV a pagar-lhes um percentual sobre a receita por ela auferida com as vendas, além de indenização por abalo moral (fls. 38-157).

A ré contestou, suscitando sua ilegitimidade passiva por não ser quem explora ou licencia a expressão IMORTAL TRICOLOR, tendo apenas celebrado contrato de publicidade com o Grêmio Football Portoalegrense, como forma de fomentar o esporte por meio de sua atividade comercial. Defendeu a titularidade do Clube sobre essa marca, objeto de registros no INPI e revestida de notoriedade que estende seus efeitos a outras classes de produtos. Rechaçou ter havido ofensa a direito autoral porque, isoladamente, IMORTAL TRICOLOR não remete ao Hino, mas ao Clube em si, tratando-se, ademais, de um pequeno trecho que não prejudica a exploração da obra. Reconheceu haver proteção autoral às estrofes do Hino, não a uma única expressão. Observou que TRICOLOR já era denominação conhecida e utilizada no hino anterior, de autoria de Breno Blauth, e que a designação IMORTAL surgiu na época da morte do goleiro LARA, que jogou sua última partida debilitado e meses depois veio a falecer. Argumentou que, a vingar o entendimento dos autores, a frase "Com o Grêmio onde estiver o Grêmio", criada por Salim Nigri em 1946, não poderia ter sido utilizada pelo compositor. Ressaltou patrocinar outros times de futebol e fez alusão a apelidos entoados pelas respectivas torcidas, dizendo-os protegidos pela Lei Pelé. Assim, negando



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

ter inserido o Hino do Grêmio em suas latas, rebateu os pedidos, que reputou oportunistas (fls. 192-253).

Em réplica, os autores argumentaram que a expressão IMORTAL TRICOLOR não é marca, e, mesmo se admitida como tal, não sendo de “Alto Renome” não poderia alcançar outras classes de produtos. Negaram que se trate de um apelido do Clube e asseveraram que, de qualquer forma, a Lei Pelé protege apenas o apelido do atleta. Sustentaram haver proteção legal a pequenos trechos de uma obra e que a frase de Salim Nigri foi mera inspiração para Lupicínio criar uma frase nova (fls. 255-269).

A AMBEV requereu perícia e o depoimento pessoal dos autores e estes a designação de audiência conciliatória ou perícia contábil (fls. 280-288), tendo, na sequência, noticiado a existência de acordo feito em outro processo (fls. 411-429).

Indeferidas as provas e admitido o ingresso do Grêmio Football Portoalegrense como assistente litisconsorcial (fls. 461-480), este apresentou memorial, com documentos (fls. 557-608). Enfatizou que os demandantes, mesmo sabendo que ele havia licenciado a exploração da marca, agiram de má-fé ao demandarem apenas as empresas, escamoteando a discussão sobre quem tem o direito de utilizá-la economicamente. Alegou ser depositário de registro no INPI também em relação à classe do produto comercializado pela ré e que o processo de nulidade não suspende seus direitos e a presunção de legalidade de seus atos. Logo, não se tratando de direito autoral, mas uso de marca de que é titular, há carência de ação. Disse ser inepta a inicial, porque a expressão IMORTAL TRICOLOR não fora criada por Lupicínio Rodrigues, somente incorporada à composição, já que era conhecido por “TRICOLOR” desde a sua fundação, em 1903, e “IMORTAL” era uma referência aos feitos de seus jogadores, em especial Eurico Lara. Também aludiu à frase de Salim Nigri e insistiu que a mera conjugação de duas palavras em um hino não merece proteção autoral. Alegou não haver prova da titularidade do direito invocado, porque baseada em documento particular que não especifica as obras que o compõem. Apontou irregularidade na representação do primeiro autor e



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

faltar legitimidade ativa ao segundo, por ter cedido seus direitos à mãe, que por sua vez os doara à Associação. Além disso, o longo tempo de uso do Hino pelo Clube lhes retiraria quaisquer direitos patrimoniais sobre a obra, a ele cedida verbalmente porque a lei da época não exigia formalização. Assim, afirmando-a parte de seu patrimônio cultural e histórico, trouxe parecer, citou a Lei Pelé e o seu Estatuto e rebateu a ocorrência de dano extrapatrimonial. Sublinhou tratar-se de um abuso de direito, porque exercitado apenas em face de empresas que não têm o mesmo conhecimento e interesse que ele para impugnar todos os aspectos da lide. E pediu declaração incidental de existência da cessão feita pelo compositor ao Clube ou aquisição da obra por usucapião (fls. 557-625).

Os autores requereram o desentranhamento dos documentos anexados ao memorial e frisaram insurgir-se apenas contra o uso recente, com fins comerciais, não tendo renunciado a seus direitos sobre o Hino. Rechaçaram a alegada cedência e, por fim, a possibilidade de declaração de direito em favor do Assistente (fls. 633-674).

Sobreveio sentença de improcedência, e posterior irrisignação pela demandante.

Início pelo exame do agravo retido manejado contra decisão que admitiu o GRÊMIO como assistente litisconsorcial.

É litisconsorte da parte principal o assistente quando a sentença proferida atingir a relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. Com isto, o assistente litisconsorcial é equiparado à condição de parte, pois está sujeito tanto aos efeitos da decisão prolatada quanto ao mérito da causa.



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

A hipótese vertida nos autos se enquadra neste conceito, razão pela qual, ante o comparecimento espontâneo do Grêmio, é de ser deferido o ingresso, nos termos do art. 54¹ do CPC/1973.

Acerca deste dispositivo legal, os comentários de Nelson Nery Junior, *in verbis*:

Art. 50.

3. Interesse jurídico. Somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação. Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária.

(...)

Para aferir-se a existência de interesse jurídico legitimador da intervenção do terceiro como assistente simples no processo, é preciso avaliar-se a potencialidade de a sentença causar prejuízo juridicamente relevante a direito daquele que pretende intervir (RT 669/215).

(...)

Art. 51.

1. Pedido de assistência. O terceiro pode, por petição simples, requerer seu ingresso no processo na qualidade de assistente simples. (...)

(...)

¹ *Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. Tal norma legal equipara o assistente litisconsorcial à condição de parte, propriamente dita, pois está sujeito tanto aos efeitos da decisão prolatada quanto ao mérito da causa.*



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

A norma regula a assistência litisconsorcial ou qualificada. Assemelha-se, de forma prática, a uma espécie de litisconsórcio facultativo ulterior. Pode ser assistente litisconsorcial todo aquele que, desde o início do processo, poderia ter sido litisconsorte facultativo-unitários da parte assistida.

(...)

Embora a norma fale em influência da sentença na relação jurídica do assistente litisconsorcial, na prática isto equivale a verdadeira eficácia da coisa julgada contra terceiro: ainda que não intervenha no processo, a esfera jurídica daquele que poderia ter sido assistente litisconsorcial será inexoravelmente atingida pela sentença produzida entre as partes. Isto porque as hipóteses de assistência litisconsorcial são aquelas de litisconsórcio facultativo-unitário.

Destarte, nego provimento ao agravo retido e passo ao exame do apelo.

Devida vênua aos ponderáveis argumentos trazidos pela parte autora, entendo que a sentença merece inteira confirmação.

Com efeito, o hino do Grêmio data de 1953, sendo que a letra, de autoria do saudoso Lupicínio Rodrigues, exalta Eurico Lara, um dos maiores atletas do Clube. Bem da verdade, do que se sabe pela história do Clube, a ele se referiam como o *imortal tricolor*, não sendo criação de Lupicínio. Aliás, os *sítes* que contam a história do Grêmio referem o episódio da doença cardíaca do jogador e da sua superação em decisivo Grenal, vinculando-o, daí, à expressão imortal.

O hino foi feito para celebrar os 50 anos do Clube, e a expressão tricolor, evidentemente, vem da sua composição de cores – branco, preto e azul -, que também não foi criada por Lupicínio.



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

A proteção ao direito autoral sobre o Hino do Grêmio não pode recair sobre palavras isoladas, e sim sobre a obra como um todo ou parte dela a que se reconheça como sendo a expressão do espírito do seu autor, a teor do que dispõe o art. 7º, V, da Lei nº 9.610/98, hipótese que não se verifica nos autos.

À época da criação do Hino do Grêmio, a legislação então vigente não exigia a cessão formal de obras protegidas por direitos autorais, conforme o art. 82 do Código Civil de 1916.

Somente com o advento da Lei nº 5.988/73, passou-se a regulamentar os direitos autorais no Brasil, exigindo-se então a cessão por instrumento escrito.

A par disso e não menos relevante, o artigo 8º, VI, da Lei 9.610/98 dispõe que:

Art. 8º – Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta lei:

VI – os nomes e títulos isolados;

Deste modo, a própria lei excetua de proteção o nome isolado, no caso em tela o nome/expressão 'Imortal Tricolor', que identifica e distingue o Grêmio dos demais Clubes. Vale dizer, a simples utilização de palavras isoladas não configura reprodução parcial de obra protegida, pois, isoladamente, as palavras são utilizadas em diversas obras de diferentes artistas.

Com relação ao aspecto legal, aliás, transcrevo trecho da brilhante sentença:

Como observa o Grêmio, o apelido TRICOLOR vem de suas cores e quando introduzido no Hino já existia há muito tempo, inclusive no hino anterior. Nem há na referência ao Clube como IMORTAL, ou na junção dessa palavra com a outra, uma criação dotada da



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

novidade e da originalidade necessárias para que se possa atribuir a Lupicínio Rodrigues a sua autoria.

*Novidade é o elemento que diferencia uma obra daquilo que já era existente e originalidade o que a torna, em si, um **Contributo Mínimo** - definido pela doutrina moderna como o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida¹. Afinal, como refere Carolina Tinoco Ramos², “nenhuma criação surge do nada cultural. Dessa forma, importantíssimo ressaltar que para que uma criação possua o contributo mínimo ela não deve ter sido criada a partir do nada; ela não precisa ser inovadora a ponto de não conter nenhum elemento disponível em contexto cultural. Pelo contrário, as criações de um modo amplo, inclusive as autorias, acabam sendo fruto do meio cultural disponível. Já era assim para Shakespeare, foi assim com Walt Disney e continua sendo assim hoje em dia.*

Portanto, o que se trata aqui é daquele elemento, aferível por um juízo de valor, que cria algo que antes a sociedade não conhecia. Porque conforme a mesma doutrinadora³, “há uma espécie de consciente coletivo que percebe que a criação deve trazer um 'algo a mais' para receber a proteção e que aponta para um direito em formação, um ius in fieri”. (...)

(...)

“José de Oliveira Ascensão, ao apontar a existência e necessidade de um requisito de contributo mínimo que avalie o grau criativo de uma obra e pondere quais as formas de expressão criativa merecem ou não proteção, assim fala:

*Justamente porque é necessário que haja um **mínimo de criatividade**, não se pode prescindir de um juízo de valor. A proteção é a contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade. Terá de haver assim sempre critérios de valoração para determinar a fronteira entre a obra*



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

*literária ou artística e a atividade não criativa. Porque a alternativa seria ter de se afirmar que é uma pintura tudo o que está envolto num caixilho e é apresentado como tal pelo autor – mesmo que se reduza a um risco no meio de uma tela.
(grifos nossos)”.*

Essa é a definição de obra protegida pelo direito de autor e, ainda, uma das razões para que, ante o direito coletivo de acesso à cultura, aquele, por um determinado período de tempo, possa ter primazia.

Como o direito de autor se contrapõe ao da coletividade e há uma tensão entre eles, é preciso identificar um esforço imaginativo voltado à criação de algo novo, que não estava ali – o que, convenhamos, não se consegue encontrar no simples uso das palavras TRICOLOR e IMORTAL em ordem inversa.

O que Lupicínio fez, nessa parte da letra, foi usar atributos já relacionados ao Clube pela comunidade da época, exaltando, além das três cores, as vitórias de virada e a figura do goleiro Lara. Assim como a frase “com o Grêmio onde estiver o Grêmio”, criada por Salim Nigri em 1946 – que ao contrário do afirmado pelos autores não serviu de inspiração para que ele criasse algo diverso; foi por ele alterada para que rimasse com “o que der e vier”.

Não tenho receio em afirmar que a criação de Lupicínio foi a Marcha do Cinquentenário - cujo sucesso a transformou em Hino. Por isso, só se pode reconhecer como Hino o que remete a ele de forma clara - como as suas estrofes - em especial a primeira. Prova disso é que qualquer gaúcho, sem qualquer esforço de raciocínio, sabe identificar de onde elas provêm. Mas pergunte a um gremista – como fiz a vários - o que lhe sugere a expressão IMORTAL TRICOLOR e a resposta será: o Grêmio. Não porque lembre o Hino, mas porque IMORTAL TRICOLOR É O GRÊMIO. E como ensina MANOEL J. PEREIRA DOS SANTOS⁴, se “o que é relevante para a aquisição de proteção autoral não é o



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

tamanho da forma da expressão, pois mesmo uma palavra ou uma pequena expressão pode ser considerada obra literária”, “o que é de fato relevante é que a forma expressiva (a criação) contenha o contributo mínimo”.

Assim, “a herança que não tem preço”, mencionada na matéria jornalística aludida na fl. 08, não foi a expressão, mas o Hino - ao qual, aliás, o artigo se referia, ao dizer que tinha tudo para ser datado e, com aquela alusão, tornou-se atemporal.

Do mesmo modo, a referência do jornalista Lino Tavares “àquela mística gremista tantas vezes presente em jornadas memoráveis do Grêmio – até mesmo num jogo dramaticamente decisivo de segunda divisão – consagrada pela expressão “Imortal Tricolor”, inserida no Hino do Clube pela genialidade de Lupicínio Rodrigues, o seu autor”⁵ não pode ser lida como evidência de autoria da expressão. Pelo contrário. É uma síntese do ambiente no qual esta se originou e a reafirmação de que o compositor, ao inseri-la, soube aproveitá-la.

Nesse contexto, não há como reconhecer na opinião do escritor Eduardo Bueno, citada nas fls. 119-120, qualquer autoridade para dizer-se, a partir dela, que esse apelido efetivamente surgiu no Hino⁶.

VI. UM ÚLTIMO ARGUMENTO:

Ainda que os argumentos acima não fossem suficientes para descaracterizar a expressão debatida como obra original de Lupicínio, haveria um último a impedir a proteção aqui buscada: o próprio comportamento dos demandantes.

Alegam danos com a suposta utilização indevida de um trecho do Hino, sem, no entanto, demandar aquele que sabiam estar promovendo esse uso, nem pedir a sua abstenção, tentando, com isso, aumentar as chances de êxito, manipulando o tema da legitimidade passiva e buscando acordos com terceiros. Sempre evitando discutir com o Grêmio – que, afinal, pelo que



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

representa à comunidade gaúcha, traz consigo uma enorme força institucional.

Imagino que essa estratégia processual seja reflexo da consciência que eles têm da maior dificuldade em contrapor ao Clube um interesse cuja motivação econômica prepondera, flagrantemente, sobre a própria finalidade da Associação - constituída como entidade sem fins lucrativos, para “promover, divulgar e difundir a obra e o legado musical” do compositor Lupicínio Rodrigues”.

Não estou, com isso, negando a legitimidade do conteúdo econômico do direito autoral, que deve mesmo recompensar a contribuição dada pelo artista à cultura existente. Todavia, se aqui reconhecesse esse direito, ainda assim não poderia tutelar quem, contrariando a defesa que professa, chegou a ponto de permitir a “desproteção” da obra intelectual, ao admitir fosse transformada, dependendo apenas do preço que lhe fosse pago.

*É o que revela documento por eles mesmos juntado na fl. 140 – e grifado só naquilo que lhes aproveita -, onde um Conselheiro do Grêmio, Adalberto Aquino, informa ao colunista do Correio do Povo, Hiltor Mombach, que para alterar a letra do Hino “**o Lupinho filho do Lupicínio Rodrigues** (sic) **pediu uma fortuna**”. E noutra publicação que encontrei no mesmo blog, feita em 24 de junho de 2011, em que o mesmo jornalista sugere que “se o Grêmio tiver interesse em trocar a parte do hino que fala em ‘50 anos de glória’ para ‘mais de 100 anos de glória’, uma ideia de Di Primio e outros gremistas, o momento é agora. Lupinho, filho do autor do hino, Lupicínio Rodrigues, está disposto a conversar, desde que o clube se manifeste por escrito. Há arestas por aparar e percebo vontade para apará-las. E prossegue, dizendo:*

“De Lupinho: ‘Sempre estive aberto para uma conversa. Só não posso pedir para que o hino seja modificado. Isto não tem que partir de mim, mas do Grêmio, e não por meio de uma sondagem, mas de forma oficial’. A bola está com o clube. Talvez agora tenhamos jogo”².



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Ora, convenhamos. Se o autor, por dinheiro, admite que a obra do pai seja alterada, como pode afirmar que vem a juízo para zelar pela integridade e reputação de seu legado (fl. 30)?

O que menos importa é a iniciativa da proposta. Se a mudança, para o Clube e seus torcedores significa uma renovação, para o herdeiro deveria soar como afronta à dignidade que veio defender. Autorizá-la seria vilipendiar o próprio direito invocado, contradizendo o argumento da proteção.

Então, num cenário em que admitíssimos a existência do direito reclamado, recorrendo ao direito constitucional - como querem os próprios demandantes - teríamos de lembrar, como ASCENÇÃO⁸, “que o Direito Autoral tem seu fundamento no interesse público”, acrescentando:

“Os interesses públicos aqui implicados são múltiplos. (...). Esses interesses impõem uma moldagem do instituto que se foi perdendo na voracidade da sociedade de consumo. Temos denunciado a transformação do saber em mercadoria. Isso fez perder o equilíbrio necessário na conciliação dos interesses em presença.

“Mas a Constituição brasileira, desde logo, impõe que se atenda a esses valores, como dissemos, designadamente pelo relevo dado ao princípio da função social, mais do que qualquer outra que conheçamos”.

(...)

“Por isso, o direito de autor é visto como um complexo harmônico, em que regras atributivas coexistem com restrições. Os limites do direito do autor não são tomados como exceções, mas como a via da satisfação simultânea de interesses individuais e da comunidade. Nomeadamente, eles impedem as consequências mais nefastas da monopolização e permitem as formas



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

de desfrute social compatíveis com o exclusivo atribuído”^b.

Essa característica do direito de autor, no universo do direito constitucional contemporâneo, permite cogitar-se de uma solução desse conflito, quando concretizado, a partir do sopesamento da relevância maior de um ou de outro desses interesses.

Daí por que, mesmo que se pudesse reconhecer direito aos autores, este se mostraria demasiadamente fragilizado pelo transbordamento do interesse econômico, não podendo suplantar o de uma instituição que é cara, não só aos gremistas, mas a toda comunidade gaúcha.

Se o intuito deles, de ganho, pudesse ser relacionado a um objetivo social - de realização de atividades que celebrassem a memória do compositor e promovessem as artes e a cultura -, estaria justificado. Não há, no entanto, qualquer evidência nos autos dessa preocupação.

Por isso, num embate que, a bem da verdade, se dá entre o Grêmio Football Portoalegrense e o herdeiro do artista, a prevalência daquilo que o Clube significa à cultura de um povo seria a consequência, além de lógica e intuitiva, muito mais justa.

Vale frisar no entanto, que esse exercício só foi feito apenas a título de argumentação, porque como acima demonstrei, o ESPAÇO CULTURAL LUPICÍNIO RODRIGUES e LUPICÍNIO JORGE QUEVEDO RODRIGUES não têm o direito que vieram sustentar.- grifei

Nessa linha, recente precedente desta Câmara:

AÇÃO COMINATÓRIA. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA REGISTRADA NO INPI. ELEMENTOS DE USO COMUM. INEXISTÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE. I. Nos termos do art. 14, do CPC/2015, a norma processual não retroagirá, respeitados os atos processuais praticados e as



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

*situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. Dessa forma, aplicam-se ao presente processo as disposições constantes do CPC/1973, em vigor quando do ajuizamento da ação, da prolação da sentença e da interposição deste recurso. II. No caso, o autor postula a vedação ao uso da expressão "Parador Casa da Montanha" pelo réu, porquanto violaria o alegado direito exclusivo da marca "Parador da Montanha", cujo registro já fora obtido junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI. III. **Não obstante a existência de registro da marca "Parador da Montanha", a doutrina e a jurisprudência orientam no sentido de que o registro, por si só, não garante o uso exclusivo da marca se essa não ostenta grau de distintividade suficiente para impedir o uso de seus termos de forma diversa, ou agregados a outras expressões, se essas tiverem caráter genérico ou comum. IV. No caso, os elementos "Parador" e "Montanha", não possuem diferencial suficiente para ensejar a proteção que a legislação pertinente confere à matéria. Desse modo, não há como impedir a coexistência da marca registrada pelo autor com outras do mesmo segmento mercadológico, sob pena de frustrar a livre iniciativa. Precedentes do STJ e desta Corte. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70060042967, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 27/04/2016) (grifei)***

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, transcrevo ilustrada doutrina de Denis Borges Barbosa (*in* "Uma Introdução à Propriedade Intelectual", Rio de Janeiro: 2ª ed. Lúmen Júris, 2003, págs. 814 e 815), *verbis*:

A questão aqui é um dos principais elementos essenciais das marcas: o requisito da distintividade ou distinguibilidade. Tal exigência se exprime, no campo jurídico, pela exigência de que a marca, destacando-se suficientemente do domínio comum, possa ser apropriada singularmente.

Não se pode reconhecer a propriedade privada e exclusiva sobre alguma coisa - inclusive sobre



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

expressões verbais - quando sobre tal coisa já existe direito idêntico e alheio. Quando, por exemplo, outra pessoa já tenha exclusividade igual (res aliena). Ou então quando todo o povo tenha direito de usar em conjunto do mesmo objeto, como ocorre com as ruas e as praças (res communis omnium). Assim, o símbolo pretendido como marca tem de ser destacado em grau suficiente para separar-se eficazmente daquilo que está e deve permanecer no domínio comum. Pois cercar uma praça e construir nela uma casa para uso privado é tão absurdo quando querer apropriar-se de uma expressão de uso comum para proveito de uma pessoa só. É claro que o Direito - seja o brasileiro, seja o de qualquer país - não vai dar a alguém o uso exclusivo de uma expressão que era antes de uso comum, necessário, uma expressão que o povo precisa para se comunicar.

A questão se resume, pois, em demonstrar que, ao dar o registro, o INPI invadiu propriedade pública, violou a res communis omnium (ou, no caso, o sermus communis, que é o mesmo no campo das palavras). A distinguibilidade é uma questão de grau, não de substância - há um ponto em que uma marca pode surgir na sensibilidade do público como distinta, separada, característica do que todo muno já usa e pode usar em face do objeto simbolizado.

As letras, algarismos ou datas, isoladas, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva (art. 124, II); os elementos de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva (art. 124, VI); a cor e sua denominação, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo; a denominação simplesmente descritiva de produto, mercadoria ou serviço (art. 124, VIII); termo técnico usado na indústria, na ciência e na arte, relacionado com produto ou serviço (art. 124, XVIII); a forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento (art. 124, XXI), são, em princípio



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

irregistráveis como marca, por falta de cunho característico. Também o art. 124, XXI, nega proteção à forma necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, e igualmente à forma que não possa ser dissociada de efeito técnico.

Em todos esses casos, temos res communis omnium, inapropriáveis pelo titular, com a exceção freqüente do acréscimo de distintividade.

Assim, nesses casos em que a lei indica como suscetíveis de distintividade, será registrada a marca que contenha tais signos, desde que haja também algum outro elemento característico, que pode ser mesmo uma disposição especial inventiva dos mesmos signos. Nestes casos, o elemento que servirá de base para as apurações de colidência, ou seja, que, em última análise, constituirá a exclusividade, é o elemento característico. (BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2ª ed. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2003, págs. 814 e 815).

Por derradeiro, saliento que o litisconsorte é detentor e depositário dos registros de suas marcas, em especial 'GRÊMIO' e 'IMORTAL TRICOLOR', este último com registro autuado sob nº 909722560, sendo que, em demandas anteriores, os ora recorrentes tentaram obter tutela antecipada para abstenção do uso da expressão em debate, sem, contudo, obterem êxito. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELLECTUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE USÓ INDEVIDO DE TRECHÔ DE OBRA AUTORAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Trata-se de recurso de agravo interno interposto contra a decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento da parte autora, ora agravante, nos autos da ação de indenização, para o fim de manter a decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, que objetivava o depósito em juízo do valor mensal referente ao lucro líquido dos produtos comercializados com o uso do Hino do



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

*Grêmio. Não merece prosperar a alegação de nulidade da decisão por ausência de fundamentação, haja vista que a decisão agravada obedeceu ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem como o artigo 165 do Código de Processo Civil. Precedentes do TJRS. "In casu", não restou evidenciada a verossimilhança das alegações da parte agravante, haja vista que em momento algum a demandada, na contestação da ação cautelar juntada às fls. 153-163 dos traslados, confessa o uso indevido da expressão "Imortal Tricolor". **Pelo contrário, consoante o teor da contestação juntada aos traslados, verifico que a agravada defende o uso da expressão "Imortal Tricolor", tendo em vista que é devidamente licenciada pelo Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense para utilizar em seus produtos os símbolos do clube.** Dessa feita, não estando presente a verossimilhança necessária à concessão do pedido de antecipação de tutela, impositiva a manutenção da decisão proferida pela magistrada de origem. Decisão proferida em sede de recurso de agravo de instrumento, através de decisão monocrática, na forma do artigo 557 do CPC, integralmente mantida. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70056540339, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Niwton Carpes da Silva, Julgado em 15/05/2014)*

Agravo de instrumento. Propriedade industrial e intelectual. Violação de obra autoral. Indenização patrimonial e moral. Prova constante dos autos que não evidencia violação do direito discutido, quiçá, a utilização indevida de trechos do hino do Grêmio. Ausentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil. Possibilidade de resolução dos prejuízos com indenização por perdas e danos. À unanimidade, negaram provimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70055941371, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 08/05/2014)

Desde sua Fundação, o Clube tem na sua identificação a palavra 'TRICOLOR' e artigos esportivos, com dados históricos inclusive,



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

atrelam a palavra 'imortal' ao seu craque *Eurico Lara*, assim reconhecido no mínimo desde 1935, bem antes da criação do hino. Daí que a referência no hino a 'Imortal Tricolor' nada tem de original, pois seria homenagem ao seu grande craque e ídolo. Ademais, o quesito 'originalidade' cai por terra quando a expressão, de há muito, é utilizada para representar o próprio Clube, sem associação necessária com seu hino.

Destarte, a manutenção da sentença de improcedência é medida impositiva.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo retido e ao apelo, mantendo inalterada a douta sentença recorrida.

É o voto.

DES. JORGE ANDRÉ PEREIRA GAILHARD

Inteiramente de acordo com a ilustre Relatora, considerando, principalmente, a origem da expressão "Imortal Tricolor", já existente na cultura gremista antes da criação do hino do Clube, fato devidamente elucidado na brilhante sentença e no louvável voto da eminente Desa. Isabel Dias Almeida, bem como a impossibilidade de proteção de nomes ou títulos isolados, conforme dispõe o art. 8º, VI, da Lei nº 9.610/98.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, trago decisão do egrégio STJ, com o seguinte teor:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITO MARCÁRIO. BRAHMA E CERVEJARIA BRAUMEISTER. PRETENSÃO DE EXCLUSIVIDADE NO USO DA EXPRESSÃO "Nº 1º. CUNHO MERAMENTE PUBLICITÁRIO. USO COMUM. INEXISTÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL A TOLHER A POSSIBILIDADE DE REGISTRO (ART. 124, INCISO VII, DA LEI 9.279/96). INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE AS LOGOMARCAS. CONCLUSÃO QUE SE EXTRAÍ DOS FATOS RECONHECIDOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO, JULGANDO-SE IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.



IDA

Nº 70069231793 (Nº CNJ: 0133373-64.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

*(REsp 1341029/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO
SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/09/2014,
DJe 21/11/2014).*

DES. LÉO ROMI PILAU JÚNIOR - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO - Presidente - Apelação Cível nº
70069231793, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM PROVIMENTO AO
AGRAVO RETIDO E AO APELO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: MARIA LUCIA B BUCHAIN ZOCH RODRIGUES