



COMARCA DE PORTO ALEGRE
14ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL
Rua Manoelito de Ornellas, 50

Processo nº: 001/1.13.0281908-0 (CNJ:.0329721-08.2013.8.21.0001)
Natureza: Ordinária - Outros
Autores: Espaço Cultural Lupicínio Rodrigues
Lupicínio Jorge Quevedo Rodrigues
Ré: Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV
Juíza Prolatora: Maria Lucia Boutros Buchain Zoch Rodrigues
Data: 02/02/2016

Vistos.

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 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 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 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).

Relatados, passo a decidir.

I – SOBRE A INÉPCIA DA INICIAL:

A inicial não é inepta porque os pedidos são claros, certos e determinados, assim como a causa de pedir. O que o Grêmio invoca como causa de inépcia diz com o mérito da discussão e como tal será analisado.



II – OS DOCUMENTOS TRAZIDOS PELO GRÊMIO:

Devem ser mantidos nos autos porque sua juntada não trouxe prejuízo algum aos demandantes - cuja insurgência, aliás, só faz confirmar a impressão deste juízo, de que seu propósito, ao acionarem apenas as empresas licenciadas, era mesmo evitar que o debate fosse aprofundado.

II – SOBRE A LEGITIMIDADE ATIVA:

Não obstante, há que se reconhecer a sua legitimidade para defender aquilo que, segundo eles, faz parte do acervo deixado por Lupicínio Rodrigues. Pois ainda que as obras que o integram não tenham sido especificadas em documento, é notório e restou incontroverso que a *Marcha do Cinquentenário* é de autoria do compositor. Integra, portanto, o patrimônio por ele deixado à viúva e ao filho, e cedido, em parte, à Associação, podendo ser protegida independente de registro ou manifestação prévia de qualquer órgão.

III. SOBRE A LEGITIMIDADE DA AMBEV:

Rejeito igualmente a tese de ilegitimidade passiva da AMBEV, porque tendo feito uso de expressão que os autores afirmam lhes pertencer, cumpre-lhe responder por eventuais danos que a eles tenha causado.

Vejamos, pois, se houve ilícito e é caso de responsabilização.

IV. A EXPRESSÃO *IMORTAL TRICOLOR* E O HINO DO



GRÊMIO:

Desnecessário adentrar no debate sobre a possibilidade de registro, pelo Grêmio, da expressão IMORTAL TRICOLOR como símbolo ou marca, ou mesmo analisar se os já promovidos o autorizam a utilizá-la sem a anuência dos autores. Digo isso por concluir que, embora inserida no Hino, a expressão com este não se confunde, não havendo, no seu uso isolado, qualquer afronta a *direito autoral*.

Ao contrário do que os autores sustentam, **a expressão não é a obra, nem a sintetiza**. O Hino são as suas estrofes, isoladas ou em conjunto, pois estas, sim – em especial a primeira -, a ele remetem.

IMORTAL TRICOLOR é um modo de se chamar o Grêmio. Tornou-se o seu apelido e esse apelido não caracteriza uma reprodução do Hino ou parte dele.

O IMORTAL TRICOLOR é o Grêmio, não o Hino. Sendo assim, pouco importa quem recebe do ECAD os valores arrecadados pela execução da música.

V – O CONTRIBUTO MÍNIMO NO DIREITO AUTORAL:

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 *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 protegida*¹. 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*

¹ Conforme RAMOS, Carolina Tinoco, na obra *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 281.

² op. cit. p. 327.

³ op. cit. fls. 311-312



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 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 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

⁴In Propriedade intelectual – Direito Autoral, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 335

⁵Transcrita nas fls. 08-09.



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 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

⁶Conforme Bueno: *“Na minha opinião, o maior ícone cultural do Grêmio é o grande, o inigualável, o magnífico Lupicínio Rodrigues, um gênio da música brasileira e, claro, autor do fabuloso hino, no qual surgiu a expressão que melhor nos define: ‘imortal tricolor’.*



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”⁷.

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)?

⁷<http://www.correiodopovo.com.br/blogs/hiltormombach/?p=5402>



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

⁸In Propriedade Intelectual – Direito Autoral, São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 50-51.



*monopolização e permitem as formas de desfrute social compatíveis com o exclusivo atribuído*⁹.

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

⁹RAMOS, Carolina Tinoco, op. cit. pp. 393-395.



título de argumentação, porque como acima demonstrei, o ESPAÇO CULTURAL LUPICÍNIO RODRIGUES e LUPICÍNIO JORGE QUEVEDO RODRIGUES não têm o direito que vieram sustentar.

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).

Registre-se e intimem-se.

Porto Alegre, 02 de fevereiro de 2016.

Maria Lucia Boutros Buchain Zoch Rodrigues,
Juíza de Direito