



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CÍVEL
 28ª VARA CÍVEL
 PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

SENTENÇA

Processo nº: **0154664-63.2012.8.26.0100**
 Classe - Assunto **Procedimento Comum Cível - Marca**
 Requerente: **Carbogel Industria e Comercio Ltda**
 Requerido: **Bom Preço Supermercados do Ne Ltda**

CONCLUSÃO

Em 04 de dezembro de 2019, faço estes autos conclusos à MMª. Juíza de Direito,
Dra.FLAVIA POYARES MIRANDA
 Eu, MANUELA BORGES INATI, Estagiária,
 subscrevi.

Vistos.

Trata-se de AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO movida por **CARBOGEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA** em face de **BOM PREÇO SUPERMERCADOS DO NE LTDA**.

A autora alega que a é a legítima titular do registro marcário especificado como “gel cosmético para relações sexuais”, o que lhe assegura os direitos de propriedade e de exclusividade de uso de tal sinal distintivo, em todo território nacional.

Proseguiu afirmando ter descoberto uma operação de produção e revenda ilegal de produto idêntico ao seu, com a utilização da mesma marca e reprodução do número de autorização para a fabricação.

Após, descobriu que o requerido comercializava o produto contrafeito em seu estabelecimento comercial, desde 09 de janeiro de 2012. No mais, afirma que a proteção que a lei confere é contra a venda, exposição e oferecimento à venda e manutenção em estoque de produtos com esta referência específica.

Assim, a autora requer indenização por danos materiais consistente nos lucros cessantes decorrentes da revenda e exposição indevida do produto ilegal que utiliza sua marca e o pagamento de indenização por danos morais.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CÍVEL
 28ª VARA CÍVEL
 PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

Às fls. 115/118 o processo foi julgado extinto sem análise de mérito.

A autora apelou contra a Sentença às fls. 129/139.

O v. acórdão de fls. 151/153 deu provimento à apelação nº 0154664-63.2012.8.26.0100, determinando o prosseguimento da ação.

O requerido foi citado à fl. 217 e apresentou contestação às fls. 225/240. Em síntese, alega que ação deverá ser julgada improcedente: “a) seja pela ausência de materialidade, tendo em vista que o autor não fez prova do fato constitutivo do seu direito; b) seja ausência do dever de indenizar da requerida, uma vez que é terceira absoluta de boa-fé; c) seja pela ausência de requisitos para caracterizar o dano moral.”.

O Processo nº 0228448-15.8.26.0100, que verificou se de fato o produto comercializado viola a marca autora, teve seu desfecho em 24/09/2018, julgando procedente a ação e determinou que o réu do processo supra mencionado se abstenha de utilizar a marca e propriedade da CARBOGEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

É breve o relatório.

Decido e fundamento.

O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I do Código de Processo Civil, pois desnecessária dilação probatória, eis que a questão de fato e direito encontra-se suficientemente dirimida pela prova documental acostada aos autos.

Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO. PROVA TESTEMUNHAL. 1. **No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção.** Desse modo, não há incompatibilidade entre o art. 400 do CPC, que estabelece ser, via de regra, admissível a prova testemunhal, e o art. 131 do CPC, que garante ao juiz o poder de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. 2. Agravo regimental desprovido”. (STJ, AgRg no Ag 987.507/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
28ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010) grifos nossos

“PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA POSTULADA. REEXAME. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. **1- Sendo o magistrado destinatário final das provas produzidas, cumpre-lhe avaliar quanto à sua suficiência e necessidade, indeferindo as diligências consideradas inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 130, parte final).** 2- A mera alegação de haver o juízo sentenciante julgado antecipadamente a lide, com prejuízo da produção das provas anteriormente requeridas, não implica, por si só, em cerceamento de defesa. 3- Indagação acerca da imprescindibilidade da prova postulada que suscita reexame de elementos fático-probatórios da causa (Súmula nº 7). Precedentes do STJ. 4- Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no Ag 1351403/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011) grifos nossos

Ora, estando em termos o processo, o Juiz deve julgá-lo desde logo:

"Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder". (STJ, 4a T., REsp nº 2.832-RJ, rei. Min. Sálvio de Figueiredo, j . 14.8.1990) No mesmo sentido: RSTJ 102/500 e RT 782/302.

No mérito, o pedido é improcedente, respeitado entendimento diverso.

De acordo com Fernando da Fonseca Gajardoni temos que:

“O signo linguístico prova é plurissignificante ou plurívoco. Proveniente do latim, proba, assume tanto o sentido de demonstração da verdade (sintetizando o resultado) como do próprio procedimento para sua realização (ensaio). Em perspectiva jurídica, além de tais acepções, a prova veste, por vezes, o significado da atividade de quem comprova ou fornece os meios para tanto. (...). A par disso, o processo se serve da prova, como o organismo do oxigênio, para vivificar as proposições factuais, possibilitando a atividade decisória do juiz. As provas se destinam a demonstrar, no contexto do processo, quais proposições de fato merecem ser consideradas na formação da decisão, ou seja, as proposições de fato comprovadas.” (GAJARDONI, FERNANDO DA FONSECA – *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*, vol 2, 2.ed., 2018)

Nesse ínterim, o art. 373 do Código de Processo Civil prevê que o autor deve provar os fatos constitutivos de seu direito (I, art. 373, CPC), e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos do autor (II, art. 373, CPC). Outrossim, o dispositivo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
28ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

legal entende que é encargo do autor a demonstração de das alegações de fato.

No caso em tela, observa-se que o autor, a fim de demonstrar suas alegações, apenas anexou ao processo (fls. 110) o Cupom Fiscal de 09/01/2012 expedido pela BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NE LTDA, ora requerida, no qual constava como a descrição do produto comprado “EROS GEL LUB”. Após, a requerente junta a embalagem e o produto com o nome de “K EROS GEL” (fl. 109 e 111), alegando que o produto contrafeito havia sido adquirido através da empresa requerida.

Entretanto, a prova produzida não apurou a extensão do nexo de causalidade entre a empresa requerida e a venda de produtos, uma vez que, no Cupom Fiscal supra mencionado, a descrição do produto encontrava-se correta, como “EROS GEL LUB”. Assim, não sendo possível supor que BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NE LTDA estaria comercializando produto contrafeito.

Dessa feita, o suporte fático-probatório produzido nos autos não comprova a relação entre o gel anexado e o Cupom Fiscal, visto que não conduz com **certeza e segurança** à conclusão de que houve de fato a comercialização de produtos contrafeitos.

À vista disso, o requerente não logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos do direito alegado, ônus que lhe incumbia, a teor da previsão contida no art. 373, inciso I, do NCPC.

Nesse sentido:

RCD no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.491.653 - RS (2019/0114897-5)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Trata-se de pedido de reconsideração interposto por MAISON LAFITTE CONVITE E LEMBRANÇAS EIRELLI contra decisão desta relatoria que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial. Requer a correção do valor fixado como honorários advocatícios. É o relatório. DECIDO. O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). Considerando a manifestação da requerente, faz-se imperiosa a reconsideração da decisão de fls. 594/596 (e-



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
28ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

*STJ) e passa-se ao exame do agravo em recurso especial interposto por CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL contra a decisão que negou seguimento ao recurso especial. Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo, verifica-se que o recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, insurgiu-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado: "Apelação cível. Ação de abstenção de uso de marca cumulada com pedido indenizatório. Direito da propriedade industrial. Preliminar contrarrecursal de afronta ao princípio da dialeticidade rejeitada. Mérito. **Ausência de comprovação de venda, pela ré, de produtos ostentando marcas de propriedade da autora. Não demonstrada relação entre o recibo juntado e os produtos alegadamente falsificados. Apelo não provido**" (fl. 341 e-STJ). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 359 e-STJ). No recurso especial, foi alegada, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 129, 130, I, II e III, 131, 189, I, 190, I, 195, III, 196, II, 197, 207, 208, 209, § 2º e 210, I, II, III, da Lei nº 9.279/1996; e 102, 103, parágrafo único, 104 e 106 da Lei nº 9.610/1998. Defende, em síntese, que houve a distribuição, exposição à venda e comercialização de produtos com a marca registrada CBF ilicitamente, de modo que são devidas indenizações por danos materiais e morais. Sem contrarrazões (fls. 548 e-STJ), o recurso foi inadmitido na origem, sobrevindo daí o presente agravo. A irresignação não merece prosperar. Verifica-se que a questão relativa aos arts. 129, 130, I, II e III, 131, 189, I, 190, I, 195, III, 196, II, 197, 207, 208, 209, § 2º e 210, I, II, III, da Lei nº 9.279/1996; e 102, 103, parágrafo único, 104 e 106 da Lei nº 9.610/1998 não foram objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito e se não foi verificada nesta Corte existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade, não há falar em prequestionamento ficto da matéria, nos termos do art. 1.025 do CPC/2015, incidindo na espécie a Súmula nº 211/STJ. Na hipótese em tela, o Tribunal de origem consignou: "Tenho que a questão foi desatada com inegável acerto e adequação pelo Julgador Monocrático, Dra. Fernanda Ajnhorn, quase nada havendo a acrescentar aos fundamentos esposados, razão pela qual transcrevo abaixo fragmento do ato sentenciai,*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
28ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

*incorporando-o ao presente voto: 'Inicialmente, cumpre notar que a autora juntou aos autos as seguintes provas: fotos dos supostos produtos contrafeitos, manual de instruções de como proceder na lavagem de camiseta e recibo de pagamento. **Observa-se, entretanto, que, apesar da tentativa da requerente em demonstrar a veracidade dos fatos, através da apresentação dos elementos supracitados, não logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos do direito alegado, ônus que lhe incumbia, a teor da previsão contida no art. 373, inciso I, do NCPC. Com efeito, a análise das provas coligidas aos autos NÃO CONDUZ COM CERTEZA E SEGURANÇA À CONCLUSÃO DE QUE HOUVE DE FATO A COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CONTRAFEITOS, o que configuraria o ato ilícito. Outrossim, além das fotografias produzidas de forma unilateral pela autora (fl. 43), o recibo juntado à fl. 46, por seu turno, não faz referência alguma à comercialização de camiseta com a logomarca pertencente à CBF, não tendo sido demonstrada correlação entre as fotografias dos emblemas da autora e o recibo emitido pela ré. O CONJUNTO PROBATÓRIO É, PORTANTO, INSUFICIENTE para comprovar que a empresa requerida comercializa, sem autorização, vestuário com marca e desenho pertencente à CBF. Dessa forma, sem o ato ilícito devidamente comprovado, rompe-se o nexos causal entre este e os danos supostamente sofridos pela autora.** Ausentes, desta forma, os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil, **INEXISTE O DEVER DE INDENIZAR, AUTORIZANDO A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.**' De fato, em que pese emitido pela ré recibo referente a '04 patches', no valor de R\$ 130,00, fl. 46, não restou demonstrada relação entre tal transação e as imagens dos distintivos à fl. 43. Ressalto que esta Câmara Cível, ao julgar o agravo de instrumento 70073272544, não reconheceu a inequívoca demonstração do ato ilícito praticado pela ré, mas sim a presença de indícios suficientes para autorizar a antecipação da tutela, nos termos deferidos pelo juízo da origem, o que, a meu ver, não veio a se confirmar no curso da instrução. A ré, em contestação, esclareceu não possuir relação direta com a empresa de nome fantasia 'Rei dos Patches', de propriedade do genitor da proprietária da empresa individual demandada. Ainda, teceu considerações acerca da atividade desempenhada pela 'Rei*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
28ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

dos Patches', alegando que esta realiza restauração de camisetas esportivas. Alegou, nesse sentido, que a substituição de um emblema degradado por um novo, de fabricação da referida empresa, não constitui contrafação. Contudo, tenho que tal discussão sequer é cabível no presente caso, porquanto a ré não demonstrou inequivocamente a venda, pela ré, de produtos ostentando marcas de sua propriedade, podendo o recibo juntado referir-se a qualquer tipo de 'patch', não necessariamente àqueles reproduzidos nas imagens da fl. 43" (fls. 344/346 e-STJ). Assim como posta a matéria, a verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso exigiria o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ, consoante iterativa jurisprudência desta Corte. Por fim, consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a necessidade de reexame da matéria fática impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional. Nesse sentido: "Recurso Especial. Civil. Responsabilidade civil. Cirurgião e anesthesiologista. Recurso com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do art. 105, III, da CF. Reexame fático-probatório. Súmula 07/STJ. Incidência. (...) - O reexame do conjunto fático-probatório da causa obsta a admissão do recurso especial tanto pela alínea 'a', quanto pela 'c' do permissivo constitucional. Recurso especial não conhecido" (REsp 765.505/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 7/3/2006, DJ 20/3/2006). Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), os quais devem ser majorados para R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) em favor do advogado da parte recorrida, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, observado o benefício da gratuidade da justiça, se for o caso. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 26 de setembro de 2019. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Relator

O conjunto probatório é, pois, insuficiente para sustentar as alegações apresentadas pela requerente. Em outras palavras, não restou comprovado nos autos que a BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NE LTDA comercializava o produto com o nome de "KEROS GEL".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CÍVEL
 28ª VARA CÍVEL
 PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

Ademais, evidente o conflito probatório tendo em vista as versões antagônicas apresentadas, não restando outra opção a não ser a rejeição da pretensão inicial:

“O conflito de provas na verdade é a própria dimensão do conflito de consciência daí porque, como bem observa respeitável doutrina, quando porém, na consciência do juiz não se forma a convicção, diante do absoluto e indestrutível conflito de provas, outra solução não existe senão aplicar a sábia máxima *'nemo damnetur nisi idoneis testibus, in dubio réus absolvi debet'*. *"Ainda aqui é uma máxima de experiência, não um princípio de lei que domina e resolve a questão. Todavia tal máxima bem poderia considerar-se corolário lógico do disposto no art.131 do Código. Pois, se esse texto concede ao juiz a faculdade de formar convicção no livre exame das provas, uma vez que está não se forme, é de concluir-se que a verdade não foi encontrada e, pois, não poderá ser declarada, a não ser pela absolvição do réu. A resolver de outra forma, em que ficaria a obrigação de dar o juiz os motivos do seu convencimento?"* (cf. Moacyr Amaral Santos in "Prova judiciária no cível e comercial", volume 1, São Paulo: Saraiva, 1983, p.445; no mesmo sentido RT 695/179 e 629/208). Nem se diga que a prova do apelante pode ser considerada preponderante ou verossímil em relação àquela produzida pela apelada, especialmente porque a única convergência entre os depoimentos é o fato de que correu uma briga envolvendo o primeiro”. **Apelação c/ Revisão nº 212.432-4/7-00** – 8ª Câmara A – ETJSP – Rel. Des. Fabio Podestá.

Por tudo o que foi aduzido, em que pesem os argumentos da parte autora, de rigor a improcedência dos pedidos.

Pontes de Miranda ao se referir ao ônus da prova pondera:

“O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regular consequência de se não produzir prova. Em verdade, as regras sobre consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar a quem se carga a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de não haver provado; ao que afirmou a existência do fato jurídico (e foi, na demanda, o autor), ou a quem contra-afirmou (negou ou afirmou algo que, exclui a validade ou eficácia do fato jurídico afirmado), seja o outro interessado, ou, na demanda, o réu. Enquanto alguém se diz credor, e não o prova, não pode



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL CÍVEL
 28ª VARA CÍVEL
 PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

esperar que se trate como credor. Por isso, intentada a demanda, se o autor afirma a existência de algum fato jurídico (a juridicidade de algum fato – a entrada, antes ou agora, de algum fato no mundo jurídico, e não na prova, até precluir o tempo em que poderia provar, a consequência é contra ele: 'Actore non probante réus absolvitur')". (Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV, 3ª ed. rev por Sérgio Bermudes, Forense, 1996, p. 271).

Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC, **JULGO IMPROCEDENTE** esta ação. Em razão da sucumbência arcará a parte autora com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao advogado do réu, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, observado o disposto no artigo 85 do Código de Processo Civil, tendo em vista, ainda, a natureza da causa, de baixa complexidade.

Em caso de recurso de apelação, deverá a parte contrária ser intimada a ofertar contrarrazões, por meio de ato ordinatório. Após, remetam-se os autos ao C. TJSP, com as homenagens de estilo.

Com o trânsito em julgado, aguarde-se manifestação do interessado por trinta dias. No silêncio, ao arquivo.

P.R.I.C

São Paulo, 04 de dezembro de 2019.

FLAVIA POYARES MIRANDA

Juíza de Direito

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA