



Quem charutos vende, de alguma parte lhe vêm

30/04/2006

“Quem cabritos vende / E cabras não tem / De alguma parte lhe vêm”. A dúvida suscitada pelo provérbio português deve ter passado pela cabeça dos respeitados fabricantes de charutos cubanos que moveram uma ação contra uma das mais tradicionais tabacarias do Brasil. “Se a tabacaria não importa charutos de uma determinada marca e vende charutos desta marca, de onde lhe vem?”

O Tribunal de Justiça de São Paulo não respondeu propriamente à pergunta, mas por três votos a zero, engavetou processo em que a Corporación Habanos, Cemi e Puro Cigar de Habana Representações acusavam a Tabacaria Ranieri de vender charutos cubanos supostamente oriundos de contrabando e descaminho.

As empresas reclamantes alegam que são detentores da exclusividade para exportar os charutos de Cuba e que não têm entre seus clientes a tabacaria paulista. De onde concluem que os charutos vendidos pela Ranieri só podem ter uma de duas origens: ou o contrabando ou a falsificação.

Em sua defesa a tabacaria alegou que pode muito bem comprar os charutos de outros revendedores que não os autorizados, inclusive do exterior. A Justiça entendeu que não ficou comprovado nem que os produtos cubanos vendidos pela tabacaria brasileiro foram contrabandeados, nem que foram falsificados.

Entendeu também que a exclusividade da Corporación Habanos não está sendo questionada. “A insistência mais parece uma tentativa exagerada de controle de nosso sistema de importação ou de averiguação da venda e consumo de produtos estrangeiros, como se as apelantes pretendessem fiscalizar e restringir, em todo território nacional, a venda e comercialização de charutos cubanos legítimos”, escreveu em seu voto o relator, desembargador Ênio Santarelli Zuliani.

O voto vencedor, do desembargador Teixeira Leite conclui que não há ilícito na atuação da tabacaria: “Não há como se impedir o livre comércio e, menos ainda, se os produtos já foram colocados no mercado (exaustão de direitos), sendo certo que, apesar das apelantes negarem essa possibilidade, para nós e ao menos no que se refere aos autos, não se demonstrou se cuidar de atividade ilegal para aquele comerciante que apenas adquire charutos cubanos, importando-os de terceiros”

“Em primeira instância já tínhamos obtido uma vitória. Os cubanos recorreram, alegando que a Ranieri vendia charutos contrabandeados. Jamais houve descaminho, ali se vendem charutos comprados de fornecedores legais espalhados por todo o Brasil. Isso apenas foi confirmado pelo TJ”, comemora o advogado da Ranieri, José Roberto Gusmão.

Gusmão acredita que, com certeza, as empresas cubanas que litigam com a Ranieri vão tentar ainda levar o processo ao STJ e STF, já que cabe recurso, mas “eles vão tentar rediscutir as provas, o que será impossível de ser feito nessas instâncias”.

Conheça os votos

VOTO Nº: 9510

APEL.Nº: 419.571-4/0

COMARCA: SÃO PAULO

Relator Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (4ª Câmara Direito Privado)

APTE. : CORPORACION HABANOS S/A e OUTRAS

APDO. : NOBRES TABACOS LTDA.

Concorrência desleal – Charutos cubanos – Para que se legalize a restrição de comércio desses produtos de Cuba, é mister que se prove a contrafação, o que não ocorre com o comerciante que importa, de forma regular e permitida, mercadorias estrangeiras, pois o fato de não ceder ao monopólio da distribuição exclusiva direcionado no território brasileiro, não pressupõe que haja contrabando ou pirataria – Não incidência do art. 132, III, da Lei 9279/96 – Precedentes do Tribunal no caso da vodca Wyborowa e do vinho Bolla – Não provimento.

Vistos.

CORPORACIÓN HABANOS S.A., CEMI LTDA. E PURO CIGAR DE HABANA REPRESENTAÇÕES LTDA. recorrem da r. sentença que rejeitou ação promovida para que NOBRES TABACOS LTDA. se abstenha de expor à venda charutos cubanos, na forma do art. 132, III, da Lei 9279/96. As apelantes consideram que a comercialização dos produtos de Cuba, sem licença emitida pela Puro Cigar [única a deter poder de distribuição em território brasileiro], caracteriza concorrência desleal e predatória, por envolver produtos contrafeitos.

A r. sentença baseou na perícia que investigou a origem dos charutos comercializados na loja da requerida, concluindo que a importação estava documentada.

Há, nas contra-razões, preliminar suscitada sobre a não integralização da guia de porte e retorno, devido aos volumes dos processos. As apelantes protocolizaram petição informando que a conciliação é impossível de ser obtida.

É o relatório.

A tentativa de conciliação, em Segundo Grau, é sempre bem vinda, por constituir, quando obtida, solução célere da lide, compatível com a vontade das partes. Todavia, não existindo o ânimo de transigir, será inútil encaminhar os autos ao setor encarregado de tentar aproximar e conciliar os litigantes, pela inviabilidade anunciada. É o caso dos autos, o que justifica passar ao reexame formal que o recurso obriga.



Inviável reconhecer a deserção do recurso por questões de diferença de depósito da guia de porte e retorno, por discussão envolvendo se existem sete ou onze apensos. Essa controvérsia decorre do fato de existirem quatro apensos ao primeiro volume, o que, na ótica do apelado, seria necessário depositar o valor correspondente a cada volume. Tendo em vista que não há dispositivo legal obrigando, em situações do gênero, a depositar o *quantum* correspondente a cada um dos volumes apensados, presume-se a boa-fé dos apelantes, que recolheram valor necessário para custear idas e vindas dos volumes. Seria negar vigência ao dever de responder a conflitos [art. 5º, XXXV, da CF], não conhecer do recurso pelo incidente financeiro referido.

A r. sentença deve subsistir. A perícia concluiu que a Tabacaria Ranieri, nome fantasia da loja da apelada, vende charutos cubanos legítimos, com regularidade documental e fiscal [importação]. Não se confirmou contrafação de charutos cubanos, devido a não ter sido possível realizar a perícia nos produtos apreendidos pela atuação policial precedente, por desídia na conservação do material. Ademais, a atuação da Polícia, nesse episódio, sofreu sérios e graves questionamentos, com suspeita de favorecimento para as empresas interessadas em constatar vestígios de concorrência desleal. Está, pois, justificada a limitação da perícia, centralizada no material exposto à venda na tabacaria.

Existem precedentes desse Tribunal contra a tese defendida na apelação. Ocorreu o mesmo na venda da vodca “Wyborowa” [Ap. 90.538-3, da Terceira Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador CARLOS ROBERTO GONÇALVES, integrando a Turma os Desembargadores Flávio Pinheiro e Ênio Zuliani, in JTJ-Lex 229/136] e do vinho italiano “Bolla” [Ap 75.002-1, Desembargador LUÍS DE MACEDO, in RJTJSP 106/135].

Nada obsta que as lojas de tabacaria do País exponham, para venda, charutos cubanos que são adquiridos legalmente, pelo regime de importação, porque a lei do comércio não obriga que as empresas do ramo adquiriram essas mercadorias da distribuidora autorizada pela Corporación Habanos S/A., pois o que se admite, em defesa da origem consagrada do produto, é a repressão à contrafação. O que se combate, não somente para proteger os interesses dos fabricantes, mas, especialmente, para assegurar o consumo seguro e honesto aos clientes, é a adulteração, cúmplice do contrabando, porque são práticas que evidenciam a má-fé do comércio.

O célebre caso da exposição à venda dos “Pós de Rogé” em vidros, invólucros e emblemas iguais aos do fabricante francês, conduziu os Tribunais ao reconhecimento de que a contrafação consiste em vender produtos semelhantes em frascos iguais ao do fabricante que detém a exclusividade da marca [DIDIMO DA VEIGA, *Marcas de fábrica*, Garnier, RJ, 1887, p. 24]. O Brasil possui jurisprudência histórica no sentido de considerar ilícita a venda, sem a devida licença, de produtos de marca alheia, ou contrafeitos; sempre se exigiu para condenar o acusado, que existisse prova de ter ele ciência de que os produtos que oferecia à venda eram contrafeitos, como o licor Chartreuse, acondicionados nas garrafas originais [AFFONSO CELSO, *Marcas industriais e nome comercial*, Imprensa Nacional, RJ, 1888, p. 162].

Charutos cubanos são objetos de desejo e contam com a confiança dos aficionados, o que atrai o interesse dos comerciantes que comercializam produtos de tabacaria e, outros, esses

aproveitando ocasiões e locais apropriados para comercializar esse tipo de mercadoria. Não é incomum, por exemplo, encontrar charutos em lojas de vinhos, para se dar um exemplo indicado da impropriedade de os apelantes pretenderem, com base no art. 132, III, da Lei 9279/96, impedir essa prática tradicional e enraizada em nossos costumes, a pretexto de salvaguardar o conceito idôneo do produto da ilha que exporta charutos de ótima qualidade.

A insistência mais parece uma tentativa exagerada de controle de nosso sistema de importação ou de averiguação da venda e consumo de produtos estrangeiros, como se as apelantes pretendessem fiscalizar e restringir, em todo território nacional, a venda e comercialização de charutos cubanos legítimos. O que se permite, com razão, já se declarou, é que as apelantes ajam contra a contrafação, evitando que a pirataria ou a imitação prejudiquem a credibilidade da marca única dos produtos cubanos. No caso dos autos, porém, não há prova de que a requerida exponha à venda charutos fabricados em outros locais ou países, com a marca dos produtos cubanos, o que impede que o Judiciário intervenha para proibir que o comerciante exerça o seu comércio, um direito constitucional [art. 170, da CF].

O processo se findou sem prova de ter o apelado cometido ilícito comercial ou ter se comportado de má-fé. Não caberia, portanto, restringir seus direitos, com restrição do comércio de charutos cubanos que importa de forma regular ou obrigá-lo a reparar danos, se prejuízos não se confirmaram. Deve, portanto, subsistir a r. sentença.

Nega-se provimento.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

Relator

Comarca: São Paulo

Relator Des. Ênio Santarelli Zuliani (4ª Câmara Direito Privado)

Apelantes : Corporacion Habanos S/A e outras

Apelado : Nobres Tabacos Ltda.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Examinados os autos após o voto do eminente relator, Des. Ênio Zuliani, a primeira reflexão foi da semelhança com hipótese com que me deparei nos idos de 1990, em rápida passagem por uma vara criminal desta capital.

No caso, decidindo a respeito da culpabilidade de alguns presos da Casa de Detenção, surpreendidos com “maconha” no interior de suas celas, com isso já surgindo uma dúvida porquanto, por óbvio, os detentos não tinham como adquiri-la fora do estabelecimento prisional.

Alertado e orientado pelos colegas mais antigos e experientes que não se deixavam seduzir pela confissão, uma regra provavelmente ditada por determinação do preso mais antigo, mesmo que

sempre acompanhada dos testemunhos dos agentes penitenciários responsáveis pela apreensão, preponderou, para a absolvição, não só aquele questionamento, como um outro, o de que esses mesmos agentes também eram os responsáveis pela vigilância que tinha falhado, daí possibilitando esse comércio que se encerrava no destino final, o consumidor .

Pois bem, com a certeza de que a hipótese em análise não guarda semelhança no que pertine a questão do estado enquanto responsável direto pelo sistema carcerário e pela repressão ao tráfico e uso de entorpecentes, e nem mesmo o que se fuma pode ser comparado, é certo que a apelada é, no dizer das próprias apelantes, empresa estabelecida há muitos anos em local nobre desta cidade e que atende prestigiada clientela no segmento de charutos, inclusive na forma “*delivery*” (cf. revista juntada aos autos), fornecendo variadas marcas, inclusive nacionais.

Aliás, somente por isso e que também se associa ao preço desses charutos, já se pode concluir por uma natural censura a produtos que não correspondam às expectativas destes restritos consumidores, criando-se assim um constante e aprimorado controle de qualidade e, atividade comercial da apelada.

As apelantes, a seu turno, conjuntamente, são responsáveis pela produção e comercialização de produtos derivados do tabaco cubano, ou, as únicas empresas a isso autorizadas, razão pela qual atribuem à apelada que vende variados charutos dessa procedência, uma conduta vedada, ou porque associada a contrabando, ou porque relacionada à falsificação, e, de qualquer maneira, evidentemente em prejuízo de sua marca e exclusividade, e daí essa ação com tese e argumentos não acolhidos pelo MM. Juiz e o nobre Des. Relator , ainda que esse comércio tenha sido admitido pela apelada.

Prevaleceu o entendimento de que tudo não ultrapassou o campo da presunção, não se determinando tais violações enquanto fatos, e esses, estabelecidos por provas, o que já foi suficientemente analisado e porque coerente com o que consta dos autos, se aceita.

Todavia, entendi razoável registrar algumas questões, o que faço sem a pretensão de acrescer o voto de Sua Excelência, mas, movido pela matéria e pelo excelente trabalho dos combativos advogados das partes, o que verifiquei nos memoriais recebidos antes do julgamento e, confirmei por esse adiamento, examinando os autos na qualidade de Terceiro Juiz.

Com efeito, ao reiterar a proteção do artigo 132 III da Lei 9279/66, as apelantes invocam a ausência de consentimento a esse proceder da apelada, deixando claro que havia esse seu conhecimento desde 1999, quando notificaram sobre essa marca e seus reflexos, aliás, notificação essa que foi respondida pela apelada e que, mesmo assim, foi desrespeitada consoante se observa também de publicidade em Internet (fls. 159/166) a respeito do constante e atual comércio desses charutos.

Diante desse problema e necessitando prestigiar seus interesses, uma linha de conduta noticiada na reportagem juntada às fls. 175 – “*cubanos de origem controlada*” , preocupou-se com o que denominou também pela imprensa, “*cubanos legítimos, porém ilegais*” (fls. 176). Aliás, as apelantes seguem um “roteiro” das autoridades cubanas objetivando reprimir tais condutas (cf. ação cautelar, em apenso), o que é legítimo e, salutar.

Todavia, nesse passo, sabe-se que *“na realidade, na maioria dos casos, o comprador exige uma marca determinada e não se preocupa com a sua procedência, ou, com a empresa que fabrica esse produto. No nosso país, é bem comum o comprador dirigir-se ao barman solicitando uma cerveja pela sua marca, ou ao farmacêutico um medicamento pelo seu nome de fantasia. O que se pede, portanto, é o produto de tal marca e não o produto de tal fabricante. A marca, portanto, “atua como um veículo de divulgação, formando nas pessoas o hábito de consumir um determinado bem material, induzindo preferências através do estímulo ocasionado por uma denominação, palavra, emblema, figura, símbolo ou outro sinal distintivo. É, efetivamente, o agente individualizador de um produto, de uma mercadoria ou de um serviço, proporcionando à clientela uma garantia de identificação do produto ou serviço de sua preferência.”* (Pierangeli, José Henrique. Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal. SP:RT, 2003, pág. 63/64).

Portanto, são necessários alguns registros no diz respeito a busca dessa proteção no Judiciário, mesmo porque colocados como precedentes em abono desse objetivo que é fazer cessar essa atividade de adquirir, expor e vender charutos cubanos não adquiridos das apelantes, indenizando-as pelos prejuízos até agora experimentados pela violação dos direitos conexos a suas marcas e registros.

Em Curitiba, em idêntica hipótese e ação, o MM. Juiz bem observou que não pode prevalecer uma *“relação de que os produtos manufaturados por cidadãos cubanos à margem do sistema oficial, sejam, indistintamente, produtos de qualidade inferior”* (fls. 502), e, se isso foi revertido no sentido aqui também pretendido pelas apelantes quando do exame de seu recurso, importa destacar que, naquele caso, o vendedor era antigo franqueado das apelantes (fls. 752), logo, uma outra e peculiar situação no que se refere à proteção marcária que foi associada a concorrência desleal que se praticava a partir dessa origem de relação comercial.

No Rio de Janeiro, ao contrário, mas com a notícia restrita à primeira instância, o MM. Juiz fundamentou sua decisão no argumento de que a vendedora é que deveria comprovar a impossibilidade de se ter ciência do direito de exclusividade de negociação dessas marcas (fls. 774), o que, apesar de forte enquanto argumento, não aproveita para o caso em análise por uma peculiaridade.

A apelada, ciente dessa exclusividade das apelantes até porque com anterioridade nesse comércio (aliás, o que é incontroverso), ao saber da constituição da terceira apelante, a empresa Puro Cigar de Habanos Ltda., tentou *“insistentemente”*, dela adquirir charutos cubanos (fls. 406, 234/235), mas, não obteve sucesso, mesmo se propondo ao pagamento à vista.

Logo, surgiu uma outra situação e que também diz respeito à legalidade pois, relacionada às próprias atividades da apelada, mesmo porque, nesse segmento de charutos, esses, das apelantes, inegavelmente são o melhor produto, restando-lhe, assim, a opção de abastecer seu estoque por outras importadoras, o que vem ocorrendo.

E, legalidade porque *“a Constituição de 1988 e a Lei nº 8.884 de 1994 dão conta dessa tendência, elaborando um verdadeiro código de conduta para os detentores de posição dominante. Assim é que a Constituição tem como ilícito concorrencial central o abuso de posição dominante (art. 173, § 4º CF). A lei, por outro lado, estabelece uma série de deveres de comportamento para o detentor de posição dominante, que vão desde a proibição da prática de preços abusivos até a proibição da recusa injustificada de contratar e da interrupção injustificada de produção (arts. 20 e 21) . (Salomão Fº, Calixto. Regulação e Concorrência- Estudos e Pareceres, SP:Malheiros, 2002, pág. 143).*

Sobre isso, importante o destaque de que aqui não se aceitou os efeitos *“erga omnes”* dos contratos celebrados apenas entre as apelantes e voltados para essa exclusividade, tal como se infere da apelação mencionada no voto condutor (90.538-3 - 3ª Câmara, TJSP), e outros, mencionados pela apelada.

E se assim é, é porque não há como se impedir o livre comércio e, menos ainda, se os produtos já foram colocados no mercado (exaustão de direitos), sendo certo que, apesar das apelantes negarem essa possibilidade, para nós e ao menos no que se refere aos autos, não se demonstrou se cuidar de atividade ilegal para aquele comerciante que apenas adquire charutos cubanos, importando-os de terceiros, além do que a circunstância da importadora Cubalse estar sob investigação criminal (cf. réplica), não leva a uma outra e inversa conclusão.

Daí, o que se tem e também de acordo com a prova técnica (e tal como explicado pelo Relator, compreensíveis uma ou outra crítica porque razoavelmente justificadas) é que a apelada comercializa e não importa, charutos cubanos autênticos (fl.s 1.132). Ademais, consta que o assistente técnico das apelantes informou que essa compra pode ocorrer de outros países (fls. 1.063).

Portanto, com essa restrita atividade da apelada, que é empresa voltada ao comércio, nada se altera pela dúvida do advogado das apelantes ao adquirir dois tipos de charutos não encontrados em algumas das notas fiscais que foram exibidas sem qualquer obrigação pela apelada, e da sua importadora (fls. 474, 594/595), até porque a perícia encontrou exemplares com datas anteriores à exclusividade reclamada pelas apelantes.

E porque os demais questionamentos das apelantes não abalaram a idéia de que *“a marca possui uma outra função, ligada ao consumidor, contribuindo, decisivamente, para a garantia da legitimidade e origem do produto que se adquire.”*(id.,ibid., pág. 79), pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

São Paulo, 27 de abril de 2006.

Teixeira Leite

Desembargador

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-abr-30/quem_charutos_vende_alguma_parte_lhe_vem/