

**AÇÃO COMINATÓRIA - OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - MARCA DE INDÚSTRIA - PRODUÇÃO E
COMERCIALIZAÇÃO DE CALÇADOS - CONCORRÊNCIA DESLEAL - TUTELA ANTECIPADA -
ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE REQUISITOS**

Ementa: Agravo de instrumento. Ação cominatória. Concorrência desleal. Uso indevido de marca. Tutela antecipada. Requisitos. Artigo 273 do CPC. Ausência.

- Só a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento, sendo incabível a concessão da tutela quando o direito invocado pelo autor depende de dilação probatória.

AGRAVO Nº 1.0452.06.023071-4/001 - Comarca de Nova Serrana - Agravante: Katya Calçados Ltda. - Agravada: Stebrás Calçados Ltda. - Relator: Des. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Acórdão _____

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos

juízos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 25 de julho de 2006. -
José Antônio Braga - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela agravante, a Dra. Paola Victorino Dias Peluso.

O Sr. Des. José Antônio Braga - Cuida-se de agravo de instrumento manejado por Katya Calçados Ltda., tendo em vista o seu inconformismo com a decisão proferida nos autos da ação cominatória com pedido de antecipação de tutela cumulada com reparação por perdas e danos, ajuizada por Stebrás Calçados Ltda., cuja cópia se encontra acostada às f. 40/41-TJ, que deferiu a tutela antecipada, determinando que a empresa ré, ora agravante, abstenha-se de fabricar, produzir e comercializar calçados e produtos que contenham a marca Leveflex e Leve Flex, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Alega a parte agravante, em síntese, que a manutenção do *decisum* hostilizado gerará lesão grave e de difícil reparação, pois tornará inviável seu funcionamento, ocasionando repercussões negativas de diversas ordens.

Assevera que são infundadas as assertivas da agravada quanto ao uso de marca semelhante e cópia de modelos dos seus calçados, visto que a única coincidência existente entre as marcas em litígio é o uso do sufixo/prefixo “flex”, sendo este registrado em favor de *Revlon Consumer Products Corporation*, desde 1970, ressaltando, ainda, quanto a sua atuação no mercado há mais de 20 anos.

Argumenta sobre a necessidade de dilação probatória, sob pena de injustas e irreversíveis consequências.

Afirma que o simples fato de o registro da marca nominativa da parte recorrida ser anterior ao registro de sua marca não impede a manutenção desta, já que inexistente óbice legal à conservação de marcas que não são idênticas e não induzem a erro o consumidor.

Tece considerações acerca da apontada concorrência desleal, objeto da lide, afirmando quanto a sua inexistência sob os seguintes fun-

damentos: o solado “Leveflex” é patenteado no INPI (DI nº 6200994-0), desde 26 de março de 2002; o cabedal dos seus calçados também é comercializado por diversas outras empresas do setor; as duas empresas em litígio não possuem o registro da marca configurativa contendo as quatro pegadas, conforme reconhecido pela Julgadora primeva, inexistindo uso indevido das embalagens.

Ao final, argúi que a finalidade da parte agravada é, de fato, retirá-la de modo ilegítimo do mercado calçadista.

Preparo regular à f. 252-TJ.

Concedido o efeito suspensivo vindicado, às f. 257/259-TJ, diante do risco de lesão grave e de difícil reparação.

Contraminuta, às f. 280/291-TJ, pugnan-do pela manutenção da decisão recorrida.

Atende o agravo ao disposto nos artigos 524 e 525 do Código de Processo Civil.

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ausentes preliminares, passa-se à análise do mérito recursal.

Compulsando-se os autos, constata-se que Stebrás Calçados Ltda. ajuizou ação cominatória cumulada com reparação por perdas e danos, em desfavor de Katya Calçados Ltda., sob o fundamento de concorrência desleal por parte desta, que, além de copiar os modelos de sua fabricação, utiliza-se de embalagens similares, confundindo consumidores e lojistas, causando-lhe vultosos prejuízos, seja pela perda de espaço no mercado, seja pelo esforço e gastos despendidos para a diferenciação dos dois produtos.

Cinge-se a presente questão em aferir quanto ao cabimento da antecipação de tutela, deferida pelo Juízo monocrático.

O instituto da tutela antecipada encontra-se regulamentado no artigo 273 do Código de Processo Civil, que dispõe *in verbis*:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Assim, para a concessão da medida antecipatória, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos acima indicados.

Segundo a melhor doutrina, a tutela antecipada possui efeitos mais abrangentes que a medida cautelar (art. 798 do CPC), fundada em receio de lesão grave e de difícil reparação ao direito do requerente, carecendo de requisitos mais graves que estes para sua concessão.

Com efeito, para seu deferimento são necessários, além dos requisitos inerentes à medida cautelar, aqueles outros, denominados de “prova inequívoca” e “verossimilhança”.

Acerca da prova inequívoca, manifestou-se a jurisprudência pátria:

Prova inequívoca é aquela a respeito da qual não mais se admite qualquer discussão. A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionálíssimas (STJ - 1ª Turma, REsp 113.368-PR, Rel. Min. José Delgado, j. em 7.4.97, deram provimento, v.u., DJU de 19.5.97, p. 20.593).

Só a existência de prova inequívoca, que convença da verossimilhança das alegações do autor, é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional em processo de conhecimento (RJTJERGS 179/251).

Sobre a verossimilhança e a prova inequívoca, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Verossimilhança, em esforço propedêutico, que se quadre com o espírito do legislador, é a aparência de verdade, o razoável, alcançando, em interpretação *lato sensu*, o próprio *fumus bonis iuris* e, principalmente, o *periculum in mora*.

Prova inequívoca é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal, que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável, equivalendo, em última análise, à verossimilhança da alegação, mormente ao tocante ao direito subjetivo que a parte queira preservar.

E arremata:

E, como prova inequívoca do direito do requerente, deve-se ter aquela que lhe asseguraria sentença de mérito favorável, caso tivesse a causa de ser julgada no momento da apreciação do pedido de medida liminar autorizada pelo novo art. 273. Por se tratar de antecipação de tutela satisfativa da pretensão de mérito, exige-se, quanto ao direito subjetivo do litigante, prova mais robusta do que o mero *fumus bonis iuris* das medidas cautelares (não satisfativas) (Código de Processo Civil anotado. 2. ed. Editora Forense, 1996, p. 124/125).

Nessa perspectiva, compete ao julgador analisar o direito aduzido pelo requerente e, cotejando-o com a indispensável prova inequívoca dos fatos, formar seu convencimento acerca da concessão ou não da tutela antecipatória, diante somente dos elementos de convicção postos à sua apreciação, naquele momento processual.

Além dos requisitos mencionados, deve-se constatar, alternativamente, a possibilidade de, em não sendo deferida a antecipação da tutela, advir ao requerente um dano irreparável ou de difícil reparação, ou existir conduta abusiva do réu concernente a seu direito de defesa, ou, ainda, que ele demonstre intento manifestamente protelatório na solução final do litígio.

Por derradeiro, some-se à prova inequívoca, à verossimilhança das alegações, ao dano irreparável ou de difícil reparação ou ao abuso do direito de defesa do réu, ou ao manifesto propósito protelatório o requisito da reversibilidade do provimento jurisdicional antecipado, de modo que a medida concedida não

tenha o caráter definitivo, podendo, a qualquer tempo, ser revogada, restabelecendo-se, o quanto possível, o *status quo ante*.

Amparados nesses conceitos e à vista dos documentos carreados aos autos, impõe-se verificar se, *in casu*, a situação fática permitia o deferimento da tutela colimada, tal como ocorreu.

Não há, entretanto, prova inequívoca do alegado, haja vista a ausência de registro referente à propriedade do desenho industrial em discussão, existindo somente o pedido de registro de marca, conforme documento acostado à f. 216-TJ.

A parte agravante, por sua vez, comprova o registro de configuração aplicada em solado, desde março de 2002 (f. 166) e dezembro de 2004 (f. 169).

Desse modo, em que pese a possível similaridade entre os produtos fabricados pela recorrente e recorrida, não tendo esta logrado comprovar o registro da marca figurativa contendo as quatro pegadas, de modo a permitir a proteção do Estado à marca e criações industriais, afigura-se precipitada a medida antecipatória, ante a necessidade de dilação probatória a fim de que se possa aferir a apontada concorrência desleal e uso indevido da marca, em obediência aos princípios da ampla defesa e contraditório.

A presente demanda envolve matéria complexa, entendendo-se necessária a produção de provas quanto aos fatos constitutivos do direito invocado pelo autor para uma solução justa e correta do litígio.

Inexistente prova inequívoca das alegações do autor/agravado, incabível a antecipação de tutela.

Este o posicionamento recentemente esposado por esta Câmara:

-:-:-

Agravo de instrumento. Ação cominatória. Marca. Utilização indevida. Tutela antecipada. Requisitos. Ausência. - A melhor doutrina processual a respeito do alcance da tutela antecipada demonstra que ela tem efeito bem maior do que a mera medida cautelar (art. 798, CPC), fundada em receio de lesão grave e de difícil reparação ao direito do requerente, carecendo de requisitos bem mais graves do que estes para sua concessão. Assim, se o direito subjetivo do litigante depende de dilação probatória, não há se cogitar de inequívocidade e, conseqüentemente, da verossimilhança das alegações, o que torna inviável a concessão da tutela antecipada (TJMG - 9ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.488136-9/000, Relator: Tarcisio Martins Costa, j. em 07.02.2006).

Ressalte-se, ainda, que a súbita paralisação das atividades da empresa recorrente, tal como determinado pelo Juízo *a quo*, ensejaria prejuízos financeiros irreversíveis, além de causar graves repercussões sociais para a comunidade local, mormente em se tratando de empresa que gera 218 empregos diretos (f. 161-TJ).

Com tais considerações, dá-se provimento ao agravo, para cassar a decisão vergastada, mantido o despacho de f. 257 a 259 em seu inteiro teor.

Em resumo:

Concedeu-se provimento ao agravo de instrumento para cassar o *decisum* concessivo da tutela antecipada, tendo em vista a ausência dos requisitos legais essenciais ao seu deferimento.

Custas recursais, pela parte agravada.

O Sr. Des. Osmando Almeida - De acordo.

O Sr. Des. Pedro Bernardes - De acordo.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.