

O DIREITO

REVISTA MENSAL

S-t.

DE

Legislação, Doutrina e Jurisprudência

ANNO XXXV — 1907

JANEIRO A ABRIL

10-D
S. I.
PATRIMONIO
Nº 062161-2
6/2/79

1067
102º VOLUME

139-2-

RIO DE JANEIRO

M. ROSCO & C. - RUA DA ASSEMBLEA, N. 24

1907

93

A imitação da marca não é a sua fiel reprodução, bastando para a contrafacção que o desenho ou emblema, em seu conjuncto, dê lugar á confusão por parte do comprador desprevenido, que não tem na occasião um exemplar da marca verdadeira para confronto.

A côr não pôde constituir o distinctivo da marca industrial, mas pôde esta ser formada pela disposição particular dada ás cores de um emblema.

Recurso de não Pronuncia n. 101

Recorrentes : J. Santos e C.

Recorrido : João Domingues Bastos.

2ª Camara da Côrte de Appellação

RAZÕES DE RECURSO

A diatribe do accusado nas razões de fl. 43 a fl. 49 v. é a prova mais frisante de que nada tem elle que allegar em sua defeza.

Aliás, é cousa facil demonstrar que esta defeza é absurda, contradictoria e contraproducente.

Só a confusão que porventura tenha ella creado no espirito do integro julgador é que o terá levado a proferir o despacho de fls., evidentemente contrario ao direito e á prova dos autos.

E' notavel realmente a proposital confusão que faz o accusado, ora recorrido, da marca geral do seu estabelecimento, com a marca imitada usada por elle nas *caixas de cordas*.

Distingamos,

Os recorrentes (J. Santos & C.), têm como marca geral do seu estabelecimento a que se vê no documento com estas razões junto, registrada em 1897 e na qual domina a figura de um indio Guarany.

O recorrido (socio de J. Bastos & C.), usa como marca geral do seu estabelecimento a que foi registrada em 1887 por J. Bastos & Guimarães, na qual domina a figura de uma mulher; que só agora, em 15 de Junho, fez transferir para o seu nome, com maliciosa alteração, como se vê a fls. 54, 55 e 57.

Ora, entre estas duas marcas (*que não estão aqui em*

discussão) não ha a menor semelhança, não ha confusão possível, e por isso existindo ha muitos annos uma e outra, nunca houve duvidas ou questões a respeito.

Mas os recorrentes para assignalar particularmente as cordas vendidas em seu estabelecimento, registraram em 16 de Março de 1903, sob o n. 3.669, a marca especial com que foi instruida a queixa e se vê a fl. 3 do appenso.

Esta marca especial é que o recorrido criminosamente *imitou*, mandando fazer os rotulos e as caixas de cordas que foram apprehendidas e cujos desenhos se acham a fl. 21 do appenso e fl. 61 d'estes autos.

Pois bem. Confrontando o rotulo da caixa apprehendida ao recorrido, com o rotulo que constitue a *marca registrada* dos recorrentes, é impossivel negar que aquelle é perfeita imitação d'este, conforme assignalaram os peritos no laudo de fl. 19.

Assim, pois, para que o despacho recorrido diga que — «o objecto que se diz imitado se distingue do original pelas côres, desenhos e figuras, notando-se semelhança tão sómente na fórma das caixas, que entretanto nada têm de especial e caracteristico» — é preciso admittir que o integro julgador se equivocou, impressionando-se com as *marcas geraes* que o recorrido apresentou a fls. 54, 55 e 57 e que nada têm que ver com a questão.

Só assim se explica tambem que o despacho recorrido considere que o parecer dos peritos não é exacto.

E' impossivel que no confronto da marca criminosa com a marca dos recorrentes não enxergasse o douto julgador a imitação que se verifica clara e visivelmente.

A IMITAÇÃO

Ao contrario do que diz o despacho recorrido, as côres da marca apprehendida são *as mesmas* da marca verdadeira — o azul, o encarnado e o alaranjado, — dispostas da *mesma* maneira, estabelecendo a completa identidade dos desenhos. Assim em ambos — o fundo é azul, em ambos — a cercadura é alaranjada, em ambos — a diagonal é vermelha, porque a impressão causada pelas letras brancas sobre o fundo vermelho é a mesma que resulta das letras vermelhas sobre o fundo claro.

Ao contrario ainda do que diz o despacho recorrido, tambem os desenhos são perfeitamente identicos. Em ambos se vê a diagonal, como principal caracteristico, — em ambos existe o medalhão que contem na marca verdadeira um indio, e na marca imitada uma mulher e um menino, — em ambos estão os dizeres dispostos do mesmo modo, sendo de notar que as ultimas palavras — « Cordas 2.^{as} Tripa », como bem observam os peritos salientam a imitação, principalmente por estar, em ambas as marcas, o ordinal que separa as duas palavras extremas, collocado em um ornato circular de fundo claro.

Esses elementos por si sós bastantes para estabelecerem o conjuncto que torna inevitavel a confusão, a ella conduzem mais facilmente o consumidor, empregados como são em caixas que, como reconhece o proprio Doutor Juiz *a quo*, são exactamente eguaes ás da marca verdadeira, em tamanho, formato, modo de abrir, trazendo, além disso, as cordas amarradas, do mesmo modo, em saquinhos quadrados de papel transparente, imitando em tudo o acondicionamento usado e empregado especial e exclusivamente pelos recorrentes. D'esse acondicionamento em saquinhos quadrados é que resultou o emprego das caixas tambem quadradas usadas pelos recorrentes com a sua marca registrada, que o recorrido imitou.

As cordas sempre foram acondicionadas em caixas redondas de folha e embrulhadas em papel de seda, como diz a propria testemunha do recorrido a fl. 78 e elle confirma a fl. 47.

O emprego dos saquinhos e das caixas quadradas foi introduzido no mercado pelos recorrentes, como caracteristico das suas marcas registradas em 1903 (fls. 4 e 4 v. do appenso), e o recorrido não póde negar que só por imitação é que começou muito mais tarde a usar desse acondicionamento, porque em Maio de 1905, quando requereu maliciosamente uma patente, dizendo ter inventado esse novo acondicionamento de cordas, fez a formal declaração de que se tratava *de uma novidade nesse genero do commercio* (*Diario Official* de 13 de Junho de 1905).

Consequentemente muitos são os elementos de que o recorrido lançou mão para conseguir a imitação da marca dos recorrentes.

Assim as differenças que apparecem nos detalhes e a diversidade dos dizeres não excluem a imitação. Ellas são antes a mascara com que vulgarmente os imitadores procuram encobrir o seu proposito criminoso.

A imitação se aprecia, tendo em vista a physionomia, o aspecto geral das marcas, os seus elementos em conjunto e não separadamente.

No caso concreto contribuem para a imitação: — os desenhos, a côr, os involucros.

Esta afirmação mais cathégorica se torna, á luz dos principios que regem a materia.

CRITERIO JURIDICO LEGAL.

a)

Physionomia das marcas

A Lei n. 1.236, de 1904, diz assim no art. 13, § 1º :

« Para que se dê a imitação *não é necessario que a semelhança da marca seja completa, bastando*, sejam quaes forem as differenças, a *possibilidade de erro ou confusão* ».

De accôrdo com esta regra, ensina o eminente Pouillet (Marques, § 189, fl. 245) :

« La confusion resulte, avant tout, de la « physionomie, de l'aspect générale, de l'ensemble. Il se peut qu' *aucun détail* ne soit identiquement reproduit et que, cependant, la disposition, l'arrangement, la forme des caractères, « l'analogie des encadrements soient tels que la « confusion soit inévitable ».

Este ensinamento, porém, é unanimemente acceito pelos escriptores, entre os quaes Claude Couhin se destaca, indicando as regras que podem ser traçadas para se aquilatar da possibilidade do erro ou confusão, e, porque nada é mais variavel do que o gráo de cultura e de attenção dos consumidores, essa possibilidade é essencialmente relativa.

Assim, em primeiro logar : — uma parte mais ou menos consideravel dos consumidores é composta de analphabetos (illetrés) : nesse sentido cita o alludido escriptor diversas decisões, segundo as quaes foi essa circumstancia tomada em consideração pela jurisprudencia ; não é tudo, ha os consumidores estrangeiros, que só têm em vista tambem os elementos *figurativos* das marcas ; por ultimo uns e outros estão frequentemente *desattentos*, natural-

mente distrahidos ; quando compram a mercadoria, não imaginam nunca a hypothese de que estão sendo enganados.

Em segundo lugar, e em todos os casos, convém para resolver a questão — de saber si a confusão é possível entre duas marcas determinadas, não se entregar a gente, como geralmente fazem muitos, ao exame *comparativo* d'essas marcas. E' preciso attender a que o consumidor que deseja adquirir um producto de tal ou tal marca, e a quem se apresente um producto com a marca imitada não pôde fazer, desde logo, uma comparação. Frequentemente elle só pôde estabelecer o confronto entre a imitação que tem á vista e a *lembrança* mais ou menos apagada da marca *authentica* sendo ainda importante notar que algumas vezes o consumidor não conhece a marca *authentica* senão pela *reputação*, segundo os annuncios que leu nos jornaes, por exemplo.

A' vista de taes considerações, d'este modo se pronuncia afinal Claude Couhin :

« Bref, la conclusion que se dégage de ces
« diverses considérations, c'est qu'il y a confu-
« sion possible toutes les fois qu'il existe une
« reproduction, soit de l'aspect d'ensemble, soit
« de l'un des éléments essentiels et caractéristi-
« ques de la marque authentique. Peu important,
« alors, les *différences plus ou moins nombreuses,*
« *plus ou moins saillantes,* que peuvent être signa-
« lées, et qui n'ont d'autre but, le plus souvent,
« que de marquer l'usurpation. Peu important,
« notamment, *l'adjonction, en toutes lettres et en*
« *caractères apparents du nom et de l'adresse de l'i-*
« *mitateur* » (Propriété Industrielle, Vol. 3^o, pag. 235
« segs.).

Sustentando esses mesmos principios, diz Umberto Pipia. (Diritto Industriale, pag. 175 § 272) :

« Nell'imitazione si cerca de avvicinarsi al
« vero, *pur introducendo differenze* : al quale ri-
« guardo occorre badare all'impressione com-
« plessiva che anche su *un poco attento*, od *anal-*
« *fabeto* od *uno straniero* può fare il marchio
« imitato ; così petrebbe aversi imitazione anche
« *quando il nome o le iniziali fossero diversi,*
« purché l'insieme complessivo imitasse manifes-
« tamente il marchio altrui ».

A jurisprudencia tem affirmado egualmente esse criterio de maneira uniforme, em innumerados julgados que vêm citados em Claude Couhin (op. c., nota 1370), em Pouillet (op. c., § 183, 2º e 184, 4º e 7º), em Affonso Celso (Marcas industriaes §§ 192 a 196): nesta obra encontram-se os proprios modelos das marcas, sendo facil verificar que o criterio para aquilatar da imitação é — « a semelhança do aspecto, entre duas marcas, quer pelo conjuncto, quer por um traço saliente ».

Deante dos principios expostos é impossivel negar que no caso dos autos a marca dos recorrentes foi imitada pelo recorrido, porque, sem embargo das differenças existentes nos detalhes e nos dizeres, o aspecto das duas marcas, assignalado pelo conjuncto dos seus caracteristicos principaes, é perfeitamente identico.

b)

A côr.

Para a imitação contribue sobretudo a côr.

O accusado usou na confecção da sua marca criminosa, exactamente *as mesmas côres* que se destacam na marca verdadeira e que são importante caracteristico desta marca.

A respeito assim se pronuncia Claude Couhin :

« Nul doute que des couleurs ou des nuances
« variées ne soient susceptibles de constituer,
« suivant les cas, par leur assortiment ou par leur
« contraste, des marques de fabrique et de com-
« merce ».

Uma decisão da Côte de Douai, citada por este autor, de 1º de Abril de 1881, esclarece notavelmente o assumpto : (op. c. pag. 191, nota 1.266). Ahi se lê :

« Que si une couleur, en elle-même, inde-
« pendamment de toute forme, de toute substance
« e de toute disposition particulière, ne peut
« suffire pour constituer une marque, *il l'en est*
« autrement quand cette couleur, donne, localisé sui-
« vant certaines dispositions, par sa combinaison
« intentionnelle et son opposition avec d'autres couleurs
« environnantes, un dessin d'une couleur et d'une
« forme déterminées ».

Mais interessante ainda para a hypothese dos autos é a decisão do Tribunal Civil de Cambrai, de 5 de Fevereiro de 1890, que, tratando exactamente das côres applicadas nos involucros ou recipientes, assim se exprime :

... « pour que la couleur constitue un signe
« propre à servir de marque, il n'est nécessaire,
« mais il suffit, qu'elle se trouve employée dans
« des conditions telles qu'eu fait elle présente un
« aspect suffisamment particulier et caractéristique
« pour être distinctif et nouveau en la matière ».

.....
... « ces conditions peuvent beaucoup plus
« facilement être reunies par une combinaison
« de couleur faite d'une manière arbitraire, spéciale,
« apte à donner à la spécification ainsi
« formée une individualité nouvelle, facilement
« reconnaissable à l'effet particulier qu'elle produit sur l'œil (op. c. pag. 192).

Ora, as côres — azul — vermelha — e alaranjada — estão dispostas na marca verdadeira : a primeira ao fundo, — a segunda na faixa diagonal, — a terceira na moldura e em uma zona sobre o fundo azul.

O recorrido poderia ter usado de quaesquer outras côres, poderia ter usado destas mesmas, dispondo-as, porém, de modo differente.

Mas não o quiz : empregou na marca criminosa as *mesmas* côres, dispostas do *mesmo* modo : — o azul ao fundo, — o vermelho na faixa diagonal, — o alaranjado na moldura do desenho, e tambem cortando o fundo azul, em diagonal.

Não se pôde exigir prova mais cabal da imitação, para tornar inevitavel o erro ou confusão : não é crível que se trate de mera coincidência !

c)

Os involucros.

Mas não é só. Contribuem ainda francamente para a imitação os involucros.

As caixas onde se acha apposta a marca authentica dos recorrentes e dentro das quaes vem arrumada a sua mercadoria, e os saquinhos onde está esta acondicionada,

constituem evidentemente um importante caracteristico de marca, imitada tambem pelo recorrido.

Qualquer involucro, ensinam os escriptores, seja frasco, garrafa, pacote ou caixa, é susceptivel de constituir marca, desde que seja *novo e especial em relação aos productos a que se applica,*

« Il en est, diz Claude Couhin, notamment, « des enveloppes *les plus banales et les plus vulgaires*, si ces enveloppes, lorsque le possesseur « d'un établissement industriel, agricole ou commercial les adopte à l'effet de distinguer les « produits de cet établissement, ne sont pas d'un « usage courant et générale pour ce genre de « produits (op. c. pag. 186 e 187).

Sustentando esses mesmos principios uma decisão da Côte de Rennes de 30 de Abril de 1889, em um dos seus consideranda, estatue :

« D'ou l'on doit conclure que la forme d'enveloppe peut aussi bien que la couleur « ou toute autre disposition spéciale, servir de « marque, si, d'ailleurs, celui qui revendique la « propriété de cette marque s'est conformé aux « prescriptions de la loi, *et si ce même sigue n'a pas « encore été employé dans le même genre d'industrie « ou de commerce par aucune autre intéressé* ».

Confirmando um julgamento do Tribunal Civil do Havre, ainda a mesma Côte de Rennes, por decisão de 31 Janeiro de 1888, sobre o mesmo assumpto, assim se pronuncia :

« Que l'enveloppe, le récipient quelconque « d'un produit, peut à lui seul, independamment « de toute inscription ou étiquette, constituer « une marque de fabrique, lorsqu'il est nouveau, « et pour être nouveau, au vœu de la loi, il suffit « que ce récipient, *en admettant même que sa forme « fut déjà connue*, n'eut pas encore été employé « pour contenir des produits similaires ».

E' bem de vêr, portanto, que as caixas usadas pelos recorrentes, mesmo que fossem de forma vulgar, têm uma feição caracteristica, *em relação ao producto*, porque eram completamente desconhecidas para acondicionamento de cordas.

Do mesmo modo os saquinhos ou enveloppes de papel transparente que trazem essas cordas são um acondicionamento novo para essa mercadoria.

Umás e outros foram introduzidos no mercado, como vimos, pelos recorrentes trazendo as suas marcas registradas, sob os ns. 3669 e 3670 em 1903.

Antes disso as cordas, que são sempre enroladas em circumferencia, se vendiam embrulhadas em papel fino de seda e eram acondicionadas, como naturalmente indicava a forma redonda que guardavam, em caixas de folha também redondas.

O acondicionamento em envelopes quadrados é que trouxe, como consequencia, as caixas também quadradas que permitem a arrumação geitosa desses envelopes.

Assim, quer as caixas, quer os envelopes, são invulcros *novos e especiaes*, usados pelos recorrentes, e característicos das suas marcas.

Antes de introduzidos por elles no mercado em 1903, eram completamente desconhecidos e a prova é que o proprio recorrido, quando em 1905 requereu, como vimos, uma patente de invenção !! para vender cordas em saquinhos, declarou que se tratava de uma *novidade neste genero de commercio*.

Assim, pois, e de conformidade com os principios consagrados pela doutrina, por mais vulgar que fosse o formato dessas caixas e desses envelopes que servem de recipientes ás cordas vendidas pelos recorrentes, elles não podem deixar de ser considerados, em relação a tal mercadoria, como elementos característicos da marca autentica dos mesmos recorrentes.

Entretanto, e só por demais, não são — esses recipientes de uso vulgar: os envelopes não o são, não o são as caixas, porque a tampa, com as bandas inteiriças, também desenhadas e cobrindo completamente a caixa, não é empregada communmente.

d)

Os dizeres.

Como, aliás já ficou estudado, a diversidade dos dizeres nas marcas emblematicas, *figurativas*, absolutamente não impede a confusão, nem pôde servir de criterio para aquilatar da imitação.

Em taes marcas os dizeres só valem pelo aspecto que a disposição das palavras e as côres das tintas imprimem ao desenho, influindo na sua physionomia.

No caso concreto, por exemplo, a disposição dos dizeres, especialmente as palavras «Cordas 2^a Tripa», contribue para a maior identidade do emblema.

Assim tambem as palavras collocadas na faixa diagonal causam identica impressão, quer pela disposição, quer pela côr vermelha, que tem as letras na marca criminosa, e o fundo da diagonal na marca authentica.

Em nada importa que sejam diversas essas palavras.

Foi um disfarce que o recorrido preparou ardilosamente, contando com elle para mascarar a fraude.

Desde 1887 elle registrou a *marca geral* do seu estabelecimento acompanhada das palavras «A' Napolitana», sem nenhuma declaração especial com referencia ás cordas. E', pois, evidente que não se trata de uma denominação dada pelo accusado á alludida mercadoria.

Agora é que elle quer fazer suppôr, como se vê da maliciosa recommendação constante dos seus saquinhos ímitados, que—cordas napolitanas — são somente as vendidas em seu estabelecimento.

Mas — napolitanas — são as cordas fabricadas de tripas napolitanas e que por serem as preferidas tornaram-se afamadas e vulgares : não ha catalogo que não as recomende com essa denominação.

A palavra — napolitana — portanto com referencia as cordas, jamais poderá ser appropriada por alguém, porque é termo generico, intimamente relacionado com a mencionada mercadoria.

Todos os escriptores ensinam que só as denominações de fantasia podem constituir marca de fabrica ou de commercio, principalmente, quando indicam a localidade, onde é fabricada uma mercadoria, e desse modo se tornam indispensaveis para designar o producto.

Assim ensina Pouillet que a denominação para assignalar o producto deve ser arbitraria ou de fantasia.

« La dénomination arbitraire ou de fantaisie
« est celle qui, créee ou non par le fabricant,
« n'éveille pas forcément l'idée de l'object au-
«quel elle s'applique, qui ne ressort ni de la
« nature, ni du genre de l'object, *si indépen-*
« dante en un mot du produit lui-même qu'il puisse
« être reconnu et designé sous un autre nom ».

Ora, si o accusado se appropriasse da denominação

— napolitanas, como haviam os outros commerciantes de designar a cordas napolitanas que todos elles vendem?

Alfred Lambert, no seu excellente «Manuel de la propriété industrielle» pg. 68, tratando da denominação para servir de marca assim se exprime :

« Mais cette appellation ne devra point
« constituer la désignation *normale, nécessaire et*
« *la plus commode* du produit, parce qu'alors
« elle appartiendrait au domaine public et ne
« saurait faire l'object d'un droit privatif ».

Consequentemente só quando se trata de uma denominação arbitraria, *imaginada* pelo fabricante ou commerciante, é que ella pode constituir marca de fabrica ou de commercio. E' preciso que não tenha nenhuma relação com as qualidades, natureza ou genero do producto que quer designar, pois então será uma denominação necessaria e tal que não poderia ser substituida, sem enganar o publico. Seria violar o principio geral da liberdade do commercio e da industria, permittir a um só monopolisar uma especie inteira de productos, appropriando-se da denominação usual ou de uma denominação necessaria. (Pataille citado por Dufourmantelle Dr. Industr. pg. 69).

A denominação necessaria póde fazer parte da marca emblematica, revestindo-se de uma feição particular; nunca, porém, valerá como marca nominal (op. c. pg. 70).

Umberto Pipia, referindo-se á denominação como marca, assim se exprime :

« Il marchio, per principio não può essere
« costituito solo dal nome o vedute del luogo di
« origine, dal nome o figura del prodotto di
« *vocaboli e regola d'uso commune a tutti*, perchè
« allora, contrariamente della libertà dell'iu-
« dustria e del commercio, si monopolizzereb-
« bero indicazioni generiche, e che devono essere
« *communi a tutti*, a beneficio di una sola
« *persona* ».

A jurisprudencia ingleza a este respeito decidiu não ter a qualidade distinctiva a palavra «Macassarine», por ser a indicação de proveniencia do producto : Massacar, ilha de Celebes. (Giannini, La Concorr. Desleale, pag. 85 in fine).

Negando registro á marca «Cachemire Milano» o Officio das patentes dos Estados Unidos», estabeleceu

este dilemma : « ou o nome de localidade indica a proveniência e é generico, ou não a indica e é capaz de enganar o publico ».

Entretanto, diz Giannini, o nome de localidade poderá servir de marca, *quando fôr evidente a falta de relação* entre o nome de origem e o producto, (op. c. pg. 91).

Assim sendo, é claro que o accusado não pôde pretender designar as suas cordas pela expressão — cordas napolitanas. — Aliás a maneira, por que na marca figura essa palavra Napolitana, precedida do A', característico das taboletas ou dísticos (enseignes), mostra bem que não se trata da denominação do producto.

Eis a má fé do recorrido. Vendo que os recorrentes nos enveloppes de suas cordas se referiam ás tripas napolitanas, o recorrido, imitando a marca verdadeira, lembrou-se que, inscrevendo no seu rotulo imitado a denominação do seu estabelecimento « A Napolitana », que figura na marca geral por elle usada, poderia ter nisso um disfarce, fazendo suppôr que essa expressão era a denominação característica das suas cordas.

O plano, porém, produziu effeito contraproducente, porque veio ainda melhor demonstrar a má fé com que nesse assumpto tem procedido o accusado.

A PROVA

Provada a identidade das marcas, demonstrada assim a imitação, não tinham os recorrentes carencia de provar a má fé, a intenção criminosa com que haja procedido o recorrido.

Nos delictos referentes a marcas, o accusador não tem necessidade de provar a má fé ; ella resalta do facto material que a lei veda, ensina Affonso Celso, e ao réo incumbe para justificar-se mostrar que procedeu sem intenção criminosa : a presumpção é contra si, cumpre-lhe destruil-a.

No caso dos autos, porém, facil é a tarefa de demonstrar o proposito criminoso com que agiu o recorrido, para prosequir no plano que engêndrou de embaraçar, por meio de uma concurrencia desleal, o desenvolvimento e progresso das transacções commerciaes dos recorrentes, causando-lhes consideraveis prejuizos.

O corpo de delicto constatou a imitação. As testemunhas afirmaram a possibilidade do erro ou confusão.

A primeira mostrou perfeitamente que, tapando-se as figuras (que se achão nos medalhões) as marcas, isto é, os desenhos das caixas são perfeitamente eguaes.

As testemunhas de fls. 33 v., 36 e 39 v. affirmam que a marca imitada facilmente illudirá o consumidor, porque ellas se illudiram facilmente.

Mas foi além a prova offerecida.

A 2.^a testemunha de fls. 34 v. narra como o recorrido, por seu intermedio, procurou obter as caixas usadas pelos recorrentes, para fazer a imitação da marca, e por que não conseguiu obtel-as.

A testemunha de fls. 37 v. conta que ouviu o barbeiro Seixas dizer que, a pedido do recorrido, fôra de uma vez comprar caixas de cordas aos recorrentes, negãdo-se a ir segunda vez, por desconfiar que elle as queria para mau fim.

São, pois, duas testemunhas differentes que mostram a insistente preocupação do recorrido de imitar a marca dos recorrentes.

Entretanto a propria marca criminosa traz em si os vestigios do proposito com que se fez a imitação.

Como vimos, o recorrido usa como marca geral do seu estabelecimento, essa que se vê a fls. 54, 55 e 57, e que só agora foi transferida para a sua firma J. Bastos & C. E' uma marca registrada em 1887, e na qual se vê uma figura de mulher e um rapazito. Na imitação este emblema foi collocado, como o indio da marca legitima, em um medalhão, dentro do qual se acha escripto em breve — marca registrada : — mar. reg.

Mas fôra deste medalhão, e tal e qual (!) como na marca verdadeira, estão escriptas estas palavras : marca registrada.

O recorrido não tem nenhuma outra marca registrada e muito menos essa que figura no rotulo das caixas apprehendidas. Sendo assim, com que fim então figura ahi no rotulo essa mentirosa declaração? Evidentemente para illudir o consumidor com a imitação.

Mas não é só. Comparados os emblemas que o proprio recorrido juntou a fls. 54, 55 e 57, verifica-se que os dous primeiros registrados, ANTES da imitação, apresentam o emblema constitutivo da marca, *desprovido* de qualquer ornato, cercadura ou outra distincção, além dos dizeres ao lado.

Entretanto o emblema de fls. 57, registrado DEPOIS de iniciado o presente processo, figura dentro de um *circulo* ou *medalhão*, tal como se o vê no rotulo imitado.

Com que fim alterou assim o acusado agora o desenho da sua marca que existia desde 1887 sem semelhante configuração? Visivelmente para lhe dar a fôrma com que elle figura na marca criminosa, servindo de disfarce á imitação.

Não é tudo. O recorrido, como consta das declarações que fez, para o registro e que se lêem ás fls. 54, 55 e 57, confirmadas pelo proprio emblema da sua marca que ahi figura, deve usar esta marca acompanhada da sua firma commercial, que faz parte dos dizeres que a caracterisam.

No entanto no rotulo imitado, o recorrido teve a cautela de não inscrever a sua razão commercial. Qual o fim d'essa omissão? Naturalmente facilitar o engano do consumidor.

Ainda mais. A intenção criminosa resalta do procedimento anterior do recorrido, que manifestamente visa fazer concorrência desleal aos recorrentes neste ramo de commercio.

E' o caso, já referido, dos enveloppes para acondicionamento das cordas, introduzidos no mercado pelos recorrentes, desde 23 de Abril de 1903, data em que foi registrada a sua marca n. 3.670 para ser nelles apposta e com elles usada (fl. 4 v. do appenso).

O recorrido em Maio de 1905 requer maliciosamente uma patente de invenção para esse acondicionamento aperfeiçoado de cordas que dizia ter inventado! Foi preciso que os recorrentes, provando que já usavam d'esses enveloppes como distinctivo das suas cordas, promovessem a nullidade da patente, que foi decretada pela sentença de fl. 8: « *em consideração ás allegações e documentos offerecidos pelos autores . . .* ».

Esse procedimento do recorrido não é a prova cabal do seu proposito criminoso? E' impossivel negal-o.

Por conseguinte, á vista dos principios juridicos que regem a materia, á vista da robustissima prova offerecida da imitação e do proposito doloso com que o recorrido a praticou, não podia o Dr. Juiz *a quo* julgar, como julgou, improcedente a queixa.

Repetimos. O illustrado julgador não confrontou a

marca especial das caixas de cordas dos recorrentes, com a marca imitada das caixas de cordas do recorrido: talvez se deixasse impressionar pela diferença dos emblemas das — *marcas geraes* — que não estão em discussão.

Ainda nas razões de recurso, o recorrido insiste em fazer essa propositada confusão, chegando a negar aos recorrentes o direito de usarem de marcas especiaes para os seus productos, afóra a marca geral do seu estabelecimento.

E' preciso ser completamente ignorante nessa materia, para confundir, como faz o recorrido, marca de fabrica com a marca de commercio, e para dizer que a marca especial do commerciante é a patente de invenção!

Si a marca tem por fim assignalar a mercadoria, não é preciso ser jurista para comprehender que cada mercadoria póde estar revestida de marca especial, podendo o commerciante usar de tantas marcas quantas queira.

E' cousa, aliás, que se vê em qualquer annuncio de jornal.

O despacho de fls. será portanto reformado, para o fim de ser pronunciado o recorrido e proseguir-se no proceso, segundo a fórmula legal, porque assim se fará justiça. Rio, Agosto de 1906. — *Galdino de F. Travassos*. — *Octavio Monteiro da Silva*.

ACCORDAM

Vistos em mesa e relatados estes autos de recurso crime em que são recorrentes J. Santos & Comp. e é recorrido João Domingues Bastos, unico socio solidario da firma «J. Bastos & Comp.» :

Os recorrentes apresentaram ao Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal a petição de queixa de fl. 2 allegando que, sendo proprietarios da marca registrada sob o n. 3.669 para distinguir as cordas de instrumentos de musica que vendem em seu estabelecimento, foi a dita marca imitada pelo recorrido de modo a estabelecer confusão entre as duas marcas; e concluíram pedindo que o recorrido fosse processado pela pratica do crime previsto no art. 13, ns. 6, 7 e 8 da Lei n. 1.236 de 1904.

Instruida a queixa com o processo de busca e apprehensão, seguiu o summario, sendo proferida a sentença

de fl. 82 que julgou improcedente a queixa, sentença da qual recorrem os queixosos.

Os recorrentes mostraram a fl. 4 do appenso estar a sua marca registrada desde 23 de Abril de 1903, marca examinada por peritos em confronto com a marca do recorrido.

O recorrido defendeu-se com as razões de fl. 43, allegando estar de posse da marca «A' Napolitana» desde 1896, e que a dita marca não pode ser uma imitação da marca dos recorrentes registrada em época posterior.

E attendendo :

Que os recorrentes exhibiram o emblema que constitue a sua marca industrial (fl. 3 do appenso), e os peritos, examinando as marcas em questão, reconheceram na do recorrido imitação da dos recorrentes ;

Que é o objecto da questão a marca especial usada pelos recorrentes, e que é empregada nas caixas em que são vendidas cordas para instrumentos de musica, segundo consta do memorial descriptivo a fl. 3 do appenso, sendo tal marca distincta da marca geral do estabelecimento ;

Que a defesa do recorrido limitada á affirmação de ser a marca incriminada a sua marca geral registrada em tempo anterior ao registro da marca dos recorrentes não procede, porquanto, em face dos desenhos de fls. 54, 55 e 57 e respectivas descrições, não se pode concluir sinão que no desenho de fl. 61 o recorrido compoz um rotulo em que applicou a sua marca geral procurando imitar a marca especial dos recorrentes, formando um conjuncto de que resulta a confusão entre as duas marcas ;

Que a imitação da marca não é a sua fiel reprodução, bastando para a contrafacção que o desenho ou emblema, em seu conjuncto, dê logar á confusão por parte do comprador desprevinido, que não tem na occasião um exemplar da marca verdadeira para confronto ;

Que, si a côr não pode constituir o distinctivo da marca industrial, entretanto, a disposição particular dada ás côres de um emblema pode constituir a marca ;

Que em ambas as marcas, na dos recorrentes e na do recorrido, vê-se o medalhão que é a marca geral de cada um, a faixa diagonal e as côres dispostas de modo a formar dois conjunctos que se confundem quando observadas sem detido exame de confronto ;

Que nas marcas registradas pelo recorrido (fls. 54, 55

e 57) não foram descriptas as cores com que seria feito o desenho, quando na marca dos recorrentes foram descriptas as côres e a sua disposição na formação do desenho (fl. 4 do appenso) e é conclusão que, adquiridas assim pelos recorrentes a propriedade do emblema composto com determinadas côres, ao recorrido era vedado imprimir a sua marca com as mesmas côres dispostas de maneira a confundir-se uma com a outra marca ;

Que os autos demonstram haver o recorrido usado da marca imitada, e exposto a venda productos dellas revestidos :

Accordam em 2ª Camara da Côrte de Appellação dar provimento ao recurso para, reformando a sentença recorrida, julgar procedente a queixa, e pronunciar o recorrido incurso no art. 13, ns. 6, 7 e 8 da Lei n. 1.236 de 24 de Setembro de 1904, sujeitando o recorrido á prisão e livramento :

Custas pelo recorrido. Rio, 26 de Outubro de 1906.
Miranda Ribeiro, presidente. — *Celso Guimarães*. — *Pitanga*. — *Salvador Moniz*. — *Muniz Barreto*. — *Lima Drummond*. — *B. Pedreira*.