

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Apelação cível nº. 0004385-03.2011.8.19.0001

Apelante 1: CERVEJARIA PETRÓPOLIS SA

Apelante2: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS AMBEV

Apelados : OS MESMOS

Relator: DES. EDSON VASCONCELOS

ACÓRDÃO

CONCORRÊNCIA PARASITÁRIA – COMERCIALIZAÇÃO DE CERVEJA COM APROVEITAMENTO DE CONCEITO PUBLICITÁRIO UTILIZADO POR EMPRESA CONCORRENTE – DANO MATERIAL E DANO MORAL CONFIGURADOS – Lançamento no mercado de cerveja em lata na cor vermelha para identificar e diferenciar a marca, associando referida cor ao *slogan* da mesma marca. Dois meses após tal lançamento, a ré-reconvinte apresentou ao mercado uma edição comemorativa do patrocínio, com latas na cor branca, mudando posteriormente a embalagem do específico evento comemorativo para ostentar a cor vermelha, obtendo com isto desvio de clientela em seu favor. Aproveitamento de estratégia publicitária de concorrente. Configuração de concorrência parasitária. Campanha publicitária que demandou vultoso investimento. Fenômeno conhecido na literatura americana como *branding*, que permite inserção parasitária de produto em significativa parcela do mercado, com obtenção de altas margens de lucro. Danos materiais e morais caracterizados. Provimento do segundo recurso e improvimento ao primeiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos na apelação cível em que são apelantes CERVEJARIA PETRÓPOLIS SA e COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS AMBEV, sendo apelados OS MESMOS

ACORDAM os Desembargadores que participam da sessão da Décima Sétima Câmara Cível do egrégio tribunal de justiça, por unanimidade de votos, em dar provimento ao segundo recurso e improvimento do primeiro.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 2012.

Des. Edson Vasconcelos
Relator

RELATÓRIO

COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS AMBEV ajuizou ação de obrigação de fazer em face da CERVEJARIA PETRÓPOLIS S.A com vistas a obter em caráter definitivo a abstenção da demandada em relação à veiculação de imagens ou comercialização da cerveja *Itaipava* na lata vermelha, bem como a indenização pelos danos sofridos dentre eles: emergentes (materiais e imateriais), lucros cessantes e enriquecimento sem causa, a serem liquidados por arbitramento. Alega que em meados de julho de 2010 trouxe para o mercado de cervejas uma inovação capaz de mexer na sensibilidade dos consumidores, rompendo com o modelo estático e consolidado no qual as cervejas eram apresentadas em latas brancas. Aduz que após estudos e investimentos pesados sobre a forma de apresentação da cerveja *Brahma*, lançou a nova *Brahma*, em embalagem com elemento diferenciador das demais marcas que consiste na lata vermelha. Assevera que toda a campanha de lançamento do aludido produto em seu novo *trade dress* buscou associar a cor vermelha à marca da cerveja já consolidada, sendo, inclusive, líder de mercado, não podendo se olvidar a presença constante da aludida cor nas campanhas publicitárias da *Brahma*. Afirma que o lançamento foi acompanhado pelo slogan “*O sabor da sua Brahma agora na cor da Brahma*” e que tal estratégia publicitária consistia exatamente na alteração da cor da lata. Alude que dois meses após o aludido lançamento, a demandada apresentou ao mercado edição especial e comemorativa de patrocínio da fórmula *stock car* e que produzidas latas de cerveja brancas onde apareciam elementos identificadores do patrocínio. Afirma que nenhum problema havia em tal campanha da ré, pois reconhece a concorrência no mercado de cervejas como saudável e indispensável ao consumidor, entretanto, mais uma vez plagiando a estratégia de marketing desenvolvida para seu produto (cerveja *Brahma*) a concorrente resolveu levar às

“gôndolas dos supermercados” não apenas as latas brancas vinculadas à campanha publicitária comemorativa do aludido patrocínio, mas sim latas referentes ao evento esportivo na cor vermelha. Entende que tal comportamento tinha por escopo aproveitar-se da inovação inserida no mercado, circunstância a configurar inequivocamente a concorrência parasitária, bem como para tentar diluir os efeitos dessa inovação, ocasionando clara hipótese de agressão à marca concorrente, ambas, modalidades de concorrência desleal. Explica que a proteção da marca deve ser vista sob dupla perspectiva: primeiro com o fim de afastar confusão do consumidor e segundo de impedir o parasitismo, o enriquecimento sem causa à custa do prestígio da marca alheia. Esclarece que embora as cores, isoladamente, não sejam objeto de apropriação, elas são elementos construtores da imagem da marca perante o público (*Trade Dress*). Tece longo histórico a respeito da forma em que desenvolvida a estratégia referente à inserção no mercado da nova *Brahma* (lata vermelha). No mais, requer a concessão da tutela antecipada consistente em ordenar que a ré se abstenha de comercializar a cerveja *Itaipava* na lata vermelha.

Sentença julgou improcedente as pretensões deduzidas na demanda principal e na reconvenção arcando parte com as custas da demanda, por si proposta, compensados os honorários advocatícios. (fls.969/987)

Apelação da ré sustentando necessidade de reforma do capítulo da sentença em que julgado improcedente o pedido reconvenção, pois em dissonância com as provas produzidas nos autos e com a realidade fática da demanda. Alega que todos os produtos produzidos estão protegidos pelos respectivos registros ou em processos de deferimento, providência tomada pela titular das marcas e licenciante consistente na CP Marcas e Patentes e que no caso específico da cerveja *Itaipava* e do *TNT energy drink*, a titular promoveu o depósito junto ao INPI da marca nominativa *Itaipava*, sendo deferido o pedido em relação ao dois produtos o

primeiro em 24.12.1996 e o segundo em 23.03.2009. Afirma que tal procedimento retrata sua boa-fé, não havendo falar em ato ilícito; mas sim busca de proteção das marcas. Assevera que a cor vermelha é intimamente ligada à *Itaipava* e à CERVEJARIA PETRÓPOLIS há muitos anos e que tentando elevar seu mercado de consumo, a apelada “pegou carona” com o sucesso da cor vermelha e seus traços característicos com o escopo de se apropriar do referido elemento pertencente ao seu *trade dress*. Alude que todos os materiais de *merchandising* e propaganda da cerveja *Itaipava* são, originalmente, vermelhos, ao contrário dos materiais de propaganda da cerveja *Brahma*. Afirma que como todo material relacionado à Cervejaria Petrópolis, à cerveja *Itaipava* e ao TNT *energy drink* são intimamente ligados à cor vermelha e que não poderia ser diferente com os carros da *stock car* e com os demais esportes dos quais é patrocinador. Sustenta que a famigerada lata vermelha da *Brahma* foi lançada somente em julho de 2010, ao passo que tem sua imagem intimamente ligada a cor vermelha há anos, ressaltando que o seu energético (também de lata vermelha) foi lançado em 2009 e que não existe originalidade e pioneirismo da AMBEV. Explicita que outros fabricantes de bebidas, cervejas e refrigerantes utilizam-se da lata vermelha para embalar seus produtos e colaciona fotos para corroborar sua assertiva. Alega que a parte autora insiste em absorver todo o mercado nacional tentando aniquilar seus concorrentes, abusando do seu poder econômico para monopolizar o seguimento e que se apodera de cores, forma de escritas, (elementos comuns da linguagem do produto), formas de embalagens, frases comuns não registráveis. Explica que a despeito do órgão judiciário singular reconhecer a preponderância da cor vermelha em todo seu material de divulgação, equivocou-se ao não declarar a anterioridade da exploração comercial da cor vermelha em relação à apelada. Alude que a fundamentação partiu de premissa equivocada, eis que a pretensão relacionava-se tão somente à recorrida e não aos demais fabricantes e que buscava cessar a prática de concorrência desleal pela autora. (fls.994/1.009)

Apelação da segunda apelante reeditando, inicialmente, os termos da inicial. No mais, afirma que a despeito do acerto da sentença ao julgar improcedente a ação reconvencional, o órgão judiciário singular deixou de reconhecer equivocadamente a concorrência desleal praticada pela apelada. Aduz equívoco da sentença recorrida ao entender pela ausência de inovação no lançamento da lata vermelha da *Brahma*, porquanto tal ilação surgiu de análise de produtos e cervejas que nada tem a ver com a controvérsia objeto da presente demanda. Alude que todas as imagens de cerveja com latas vermelhas apresentadas pela ré são produtos importados de público consumidor restrito e com perfil específico e que não fazem parte do mesmo mercado de *Brahma e Itaipava*, produtos de massa e concorrentes diretas no mercado nacional. Afirma que em sua maliciosa estratégia de defesa, a ré chegou ao ponto de mencionar embalagens de produtos nos quais utilizadas latas vermelhas pelos mais diversos segmentos de mercado, tais como energético e refrigerantes e que apesar de causarem impacto visual nenhuma serventia tem para controvérsia em questão, pois somente se constata concorrência desleal entre produtos de um mesmo mercado. Relembra que tal circunstância fático-jurídica foi reconhecida pelo Tribunal quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 0017329-40.2011.8.19.0000 pela 17ª Câmara Cível. Explicita que o *layout* vermelho é novidade no segmento, caracterizando o *trade dress* da *Brahma* como original e pioneiro no Brasil e que mesmo em edições comemorativas ou limitadas nunca fora utilizado por outra marca de cerveja nacional. Assevera equívoco da sentença ao acolher argumento defensivo de que a utilização da cor vermelha em material publicitário autorizaria o atuar desleal com a introdução de cópia de inovação no mercado pela sua concorrente. Alega que a comparação do *trade dress* de determinados produtos só pode levar em conta análise das embalagens, em si, em outras palavras, a composição das latas e não toldos, mesas, cadeiras, carros de

corrida ou outros objetos. Assevera que apesar da utilização da cor vermelha no material de divulgação, em todas as imagens reproduzidas pela *Itaipava* e mencionadas na sentença recorrida, a lata de cerveja é sempre, sem qualquer exceção, apresentada na cor branca. Alude falta de observância do princípio da hierarquia pelo órgão judiciário singular, pois não houve alteração do quadro probatório, tendo sido mantidos os elementos de fato e de prova existentes quando da concessão de liminar pelo Tribunal e que a sentença não poderia se omitir acerca do aludido provimento jurisdicional, revogando, por via transversa, o acórdão da 17ª Câmara Cível. Colaciona precedente do Superior Tribunal de Justiça que afirma prevalência do critério da hierarquia onde eventual improcedência da demanda não atinge a liminar concedida pelo Tribunal. (fls.1.010/1.046)

Contrarrazões das partes litigantes a fls.1071/1.101 e 1.048/1.068

Recursos tempestivos.

VOTO

Em breve resenha, assim a douda sentença objurgada resume as alegações dos litigantes:

1. Afirma a autora-reconvinda (Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV) ter lançado no mercado de cerveja lata na cor vermelha para identificar e diferenciar sua marca, associando referida cor ao *slogan*: “O sabor da sua Brahma agora da cor da Brahma”, dois meses após tal lançamento, a ré-reconvinte (Cervejaria de Petrópolis S/A) apresentou ao mercado uma edição comemorativa do patrocínio da fórmula *Stock Car*, com latas na cor branca; posteriormente, a ré mudou a embalagem de parte das latas comemorativas passando as mesmas a ostentar a cor vermelha para obter desvio de clientela em seu favor, praticando, assim, o que se denomina de publicidade parasitária; aduz que a referência ao patrocínio da fórmula *Stock Car* aparece com imagem ancilar no produto, não sendo sequer percebida pelo consumidor no ato da compra; por esta razão, a utilização da cor vermelha objetivou o aproveitamento da inovação da autora; a conduta da ré caracteriza concorrência desleal por aproveitar-se de elementos empresariais desenvolvido em favor da Brahma, tendo ocorrido reprodução de estratégia atrativa pioneira desta última.
2. A ré-reconvinte alega inexistência de pionerismo e originalidade na utilização de lata vermelha, afirmando nada haver de parasitária em sua conduta publicitária, pois a cor vermelha integra seu *trade dress*, sobretudo na anterior comercialização e divulgação da

Cerveja Itaipava e ao energético denominado TNT *Energy Drink*, incluído todo seu material de *merchandising* e propaganda. Formula pleito reconvencional ao argumento de estar a autora-reconvinda a praticar concorrência desleal no lançamento da bebida energética denominada *Fusion Energy Drink* em prejuízo da Cerveja Crystal Fusion, que comercializa.

Assim resumida a controvérsia, registre-se haver concordância das partes quanto à questão fática, havendo divergência apenas na qualificação jurídica que cada qual atribui à conduta da outra.

Analisa-se agora a recíproca acusação de concorrência desleal pela utilização da cor vermelha nas latas de cerveja lançadas por ambos os litigantes no mercado consumidor.

À partida, afirma-se incabível qualquer discussão genérica sobre o uso da cor vermelha em lata de cerveja comercializada pelas partes, pois os elementos naturais, em perspectiva genérica, como é o caso das cores, não podem ser apropriados, prestando-se, no entanto, à utilização pela criatividade humana, com ineditismo e originalidade. Mas não é isto que se discute aqui.

Com efeito, a ré-reconvinte admite a anterioridade da autora no lançamento no mercado consumidor de latas vermelhas da cerveja, admitindo também que o lançamento que realizou, de latas da mesma cor, ainda com variação de tonalidade, se deu logo após a iniciativa da mesma autora, a qual se utilizou do *slogan* “O sabor da sua Brahma agora da cor da Brahma”, não

havendo controvérsia de ser vermelha a cor de referência no mote publicitário.

Na circunstância acima referida reside o *busilis* da questão controvertida, como se verá na sequência: assim é que constitui fato público a notoriedade da marca *Brahma*, que, inclusive, até se confunde com a própria noção de cerveja, não sendo incomum menção de consumidores a esta marca para designar cerveja genericamente.

A propósito do *slogan* acima referido, percebe-se nítida intenção publicitária da AMBEV de vender a cerveja *Brahma* em lata de cor diferente da que é comumente utilizada no mercado do Brasil, onde ninguém nega que a cor usual, até então, era a branca. Por outro lado, é questão incontroversa que nenhuma marca de cerveja utilizava, na ocasião, a cor vermelha para envasar o respectivo produto, tendo sido tal providência iniciativa pioneira da *Brahma*. É com base, portanto, neste contexto que a questão é de ser equacionada, não se cogitando de utilização da mesma cor em outras circunstâncias e em outros ambientes mercadológicos, sabido que existem cervejas em outros países que são envasadas em recipientes da cor em referência.

O que está em pauta de discussão neste processo é a utilização de uma estratégia publicitária engendrada por uma marca de cerveja consagrada, *Brahma* (sempre considerada sinônimo de cerveja, repita-se) por um produto de concorrente, *Itaipava*, somente conhecido no mercado há pouco tempo, sendo uma marca ainda em fase de consolidação, o que, aliás, não lhe diminui valor qualitativo, mas que, objetivamente, não lhe põe no mesmo nível de notoriedade da *Brahma*. Neste particular, a literatura especializada

em gestão de *marketing* preleciona que uma marca para ser considerada forte deve conter três componentes que devem interferir na relação com os consumidores¹: i) diferenciação (o produto deve ser diferente para não ser considerado uma *commodity*), ii) conhecimento da marca pelo consumidor (com representação no pensamento, nas sensações, nas imagens e nas experiências ligadas à marca), e iii) reação do consumidor aos programas de *marketing* (percepções, preferências e comportamentos relacionados aos aspectos divulgados). E isto demanda longo tempo e árduo trabalho de implantação.

Com estas considerações pode-se concluir pela prática de concorrência parasitária pela ré-reconvinte Cervejaria Petrópolis S/A, na comercialização de sua *Cerveja Itaipava*, ao aproveitar a estratégia publicitária de sua concorrente *Cerveja Brahma*, para lançar no mercado cerveja em lata na mesma cor da que fora anunciada por esta última em campanha publicitária que custou elevado investimento, fato também inquestionável. E não se diga que tal conduta não é suscetível de levar o consumidor a confundir os produtos de marcas diferenciadas, pois o anúncio de venda da cerveja *Brahma* na cor vermelha pode induzir os consumidores ao entendimento de se tratar de produtos similares ou de mesmo sabor (confira-se o *slogan*: “O sabor da sua Brahma agora da cor da Brahma”).

Trata-se do fenômeno conhecido na literatura americana como *branding* (mercadológico), ou *Proposição de Venda Individualizada*, apontada por Edson Roberto Scharf² como sendo próximo do conceito de

¹ Por todos, Kevin L. Keller e Marcos Machado, *in* “*Gestão estratégica de Marcas*”, São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

² Tese intitulada *Proposta de valor na construção de identidade de marca: o capital humano envolvido na área mercadológica*, publicada no site <http://btd.egc.ufsc.br/wp>, visitado em 11/7/2012.

Unique Selling Proposition, a significar que determinados produtos têm marcas ou diferenciais únicos, mais fortes, aparentes, de maneira a serem facilmente moldados pelas agências de propaganda em forma comunicativa e rapidamente identificável pelo comprador, o que permite inserção em significativa parcela do mercado e obtenção de altas margens de lucro.

Todas estas circunstâncias estão a demonstrar ocorrência de danos materiais e morais.

Quanto ao dano material, tem-se que os danos emergentes e o enriquecimento sem causa independem de comprovação de desvio de clientela, bastando que se verifique possibilidade de prejuízo ao negócio da empresa no caso concreto, até porque tal prejuízo não é de fácil constatação na medida em que envolvem elementos complexos da dinâmica comercial, não havendo falar em lucros cessantes os quais se confundem no caso com o dano moral de natureza objetiva.

O dano moral assume função pedagógica pela deslealdade concorrencial demonstrada pela ré-reconvinte, o que, indubitavelmente provocou lesão à honra objetiva da autora-reconvinda, a qual teve sua marca associada a produto concorrente, com absoluto desrespeito ao trabalho desenvolvido durante longos anos para formar um conceito de credibilidade junto aos consumidores. O valor da respectiva indenização deve observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Contrario sensu, restam prejudicados os argumentos expendidos pela ré-reconvinte em seu intento reconvenicional, que, aliás, afigura-se em descompasso com a fundamentação apresentada na peça de contestação, pois nesta alega que a autora-reconvinda pretende conseguir primazia na

utilização de uma “cor de domínio público” (*sic*)³ e na inicial da reconvenção acusa a mesma autora-reconvinda de tentar apoderamento da cor vermelha que pertenceria ao “trade dress”⁴ da mesma ré-reconvinte.

Ademais, como já se salientara na decisão proferida no agravo de instrumento nº 0017329-40.2011.8.19.0000, a ré-reconvinte colaciona elementos fotográficos com imagens de produtos que utilizam a cor vermelha, a exemplo de energéticos, refrigerantes e cervejas estrangeiras, entretanto, tais circunstâncias não militam em benefício de sua pretensão porquanto tais bens de consumo pertencem a nichos mercadológicos distintos da comercialização de cerveja nacional.

Em verdade, observa-se distorção da questão controvertida, que se deve cingir a analisar eventual existência de relação entre a lata da *Cerveja Itaipava* e o elemento distintivo (cor vermelha) em momento anterior ao lançamento do novo conjunto-imagem do produto da concorrente, não relevando no caso a utilização pura e simples da mesma cor, em sentido genérico.

Tal constatação diversionista é reforçada pela conduta processual da demandada ao juntar vasto material de campanha publicitária do energético de sua fabricação, denominado TNT, para assim tentar justificativa de suposta utilização, por longa data, da cor vermelha como signo distintivo, sabendo-se que aquele produto não integra o gênero cerveja.

³ “A cor vermelha não é e nunca foi de propriedade da Autora, não possuindo direito de uso exclusivo pelos motivos acima mencionados. Portanto, muita presunção da Autora AMBEV querer apoderar-se da cor de domínio público!” (fl. 277),

⁴ “(...) a cor vermelha é intimamente ligada à ITAIPAVA e à Cervejaria Petrópolis há muitos anos!! Em quem pegou carona no sucesso do vermelho foi a AMBEV, tentando “roubar” (*sic*) para si a cor vermelha que pertence ao *trade dress* da Cervejaria Petrópolis e dos produtos que fabrica, principalmente a Cerveja ITAIPAVA e o TNT Energy Drink.” Fl. 526)

Esta intenção resta clara da simples leitura de excerto da resposta da agravada: “Oportuno frisar que a agravante lançou a lata vermelha da Brahma somente em julho de 2010, ao passo que a Cervejaria Petrópolis, há muitos anos, tem sua imagem intimamente ligada à cor vermelha, tendo lançado a bebida em lata vermelha (TNT Energy Drink) no início de 2009, muito antes da suposta originalidade e pioneirismo da Ambev” (grifo nosso)

Averbe-se que a ré-reconvinte não se preocupa em demonstrar, de forma específica, o momento em que teve início o patrocínio da *Stock Car*, nem como surgiu a idéia de lançamento da campanha publicitária utilizando as latas vermelhas de cerveja com vinculação à aludida modalidade esportiva. Tais informações ganham relevância porque o material probatório induz ser de longa data a relação da Cervejaria Petrópolis com as corridas de automóveis, porém, o lançamento da lata promocional vermelha só ocorreu, seletivamente, no mesmo ano e no semestre de lançamento do novo produto da AMBEV.

Não há dúvidas quanto à existência de diversos objetos da marca Itaipava com a utilização da cor vermelha, a exemplo de cadeiras e barracas de praia, mas nenhum artefato publicitário guarda relação com lata de cerveja, sendo certo que as imagens estampadas em camisas e cartazes referentes à edição comemorativa revelam adoção da cor branca.

À conta de tais fundamentos, o voto é no sentido de, sem proclamar direito de exclusiva utilização da cor vermelha nas latas de cerveja da Brahma, porque circunstancial a questão controvertida :

i) dar provimento ao segundo recurso para, reformando a sentença, julgar procedente, em parte, o pedido autoral e, em consequência, condenar a ré-reconvinte a indenizar os danos emergentes a serem apurados em liquidação de sentença, por arbitramento, sendo de apurar-se ainda o valor da *astreinte* não cumprida, se for o caso. Os juros de mora e a correção monetária incidirão a contar da citação; o dano moral é arbitrado em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), com acréscimo de juros de mora desde a citação e correção monetária contada da data de publicação deste acórdão; em face da sucumbência em parte maior, a ré-reconvinte arcará com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em 10% (dez por cento) do valor da condenação;

ii) negar provimento ao primeiro recurso e, em consequência, manter a sentença na parte que julgou improcedente o pedido reconvencional, condenando a ré-reconvinte no pagamento das custas da reconvenção, fixada a verba honorária de advogado em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 2012.

Des. Edson Vasconcelos
Relator