



Registro: 2014.0000661769

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2141242-25.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RECKITT BENCKISER (BRASIL) LTDA, são agravados UNILEVER BRASIL LTDA e UNILEVER N.V.,.

ACORDAM, em 1^a Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o revisor que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente), MAIA DA CUNHA E TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 8 de outubro de 2014.

ENIO ZULIANI
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº. 29943

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 2141242-25.2014.8.26.0000.

COMARCA: SÃO PAULO

AGRAVANTE: RECKITT BENCKISER [BRADIL] LTDA

AGRAVADOS: UNILEVER BRASIL LTDA E OUTRO

MM JUIZ PROLATOR: FERNANDO JOSÉ CÚNICO

Marketing de produtos de limpeza. Disputa entre concorrentes específicos. Decisão liminar que impede uma fabricante de alvejante (Vanish) de demonstrar, em supermercados e estabelecimentos similares, que detergentes (sabão em pó), entre eles o da marca da concorrente (Omo) não retiram manchas. Possível estratégia para combater o lançamento do Omo Tira Manchas, o que é insuficiente para emitir ordem de abstenção. Risco de interferência do Judiciário na concorrência e desnecessidade de proteger consumidor em testes de eficiência de produtos que clareiam roupas. Provimento.

Vistos.

O douto Magistrado deferiu liminar na ação promovida pela UNILEVER (na defesa da marca “Omo”) e determinou que a agravante (fabricante do “Vanish”) “*se abstenha de expor ou se utilizar da marca OMO (de propriedade da autora), em especial, veiculando tal marca em sua publicidade, sob pena de multa diária a ser fixada em caso de descumprimento*”.

A decisão foi tomada não em virtude de filmes publicitários, mas, sim, da exposição em stands que são montados em supermercados ou estabelecimentos que oferecem produtos de limpeza doméstica, oportunidade em que a expositora demonstra para os interessados que qualquer detergente ou sabão em pó não tira as manchas das roupas,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

coisa que o Vanish Tira Manchas faz com facilidade. A recorrente diz que não se utiliza somente o “Omo”, porque oferece para o consumidor outras opções de uso como “Axe”, “Ariel” e “Tixan”.

É o relatório.

Esse recurso dividiu a Turma Julgadora e na sessão de conferência de votos colegas que não participam do julgamento acompanharam, com peculiar interesse, o desenvolvimento dos debates e emitiram opiniões esclarecedoras, o que indica o grau da polêmica instaurado a partir do uso de produto da concorrente em demonstrações de eficiência de um produto de limpeza de roupas. Cabe respeitar todas as manifestações, embora tenha prevalecido a tese de não ser possível, nesse instante e sem as provas adequadas, emitir ordem de proibição de atividade.

A releitura da excelente obra de LUCIA ANCONA LOPEZ DE MAGALHÃES DIAS (*Publicidade e Direito*, RT, 2010) permite concluir não ter ocorrido publicidade comparativa ilícita. Embora não caiba classificar de publicidade por meio de jornais e outros meios de comunicação massiva essa modalidade de apresentação do produto de limpeza, o fato é que o art. 32, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, ao estabelecer regras de interpretação, não cogitou da situação específica dos autos ou quando de utiliza não propriamente o produto específico concorrente, mas, sim, diversas marcas de sabão em pó. A publicidade do produto Vanish Poder O2 foi glosada no passado por fazer referência a água sanitária, propagando que danificaria as roupas e as suas cores (p. 264, nota de rodapé 145).

A recorrente contrata moças e mulheres para que realizem testes, na frente dos consumidores, com roupas sujas, para demonstração de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que sabão em pó (de todas as marcas conhecidas) não removem manchas, ao contrário do Vanish Tira Manchas, que produz o resultado esperado.

Precipitada a decisão, data vénia. As empresas litigantes são ferrenhas competidoras no ramo de produtos para limpeza e atuam, agora, com o segmento “tira manchas”, porque a Unilever lançou o produto “Omo” removedor. Recomendável redobrada prudência no exame dessas disputas que, a pretexto de proteção de marca pela publicidade comparativa desleal, buscam, na verdade, interferência do Judiciário na concorrência e no mercado. A Turma Julgadora não ignora que a eventual restrição da publicidade comparativa visa proteger o concorrente prejudicado (ASCENSÃO, *Concorrência desleal*, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, p. 360), o que não significa que há dispensa de provar o dano ou a ilicitude da comparação de produtos.

O *marketing* da recorrente não idealizou uma campanha que coloque frente a frente os produtos específicos (tira manchas) e somente nas exposições de corpo a corpo com os consumidores, são promovidos testes que buscam atrair os interessados com uma suposta prova de que detergentes não tiram as manchas como o Vanish faz. É certo que entre os produtos que serviriam para a demonstração de ineficiência do poder está o Omo na condição de detergente (sabão em pó) e não aquele outro novo e que agora promete o mesmo poder “Omo Tira Manchas”.

Trata-se de uma estratégia de vendas e captação de clientela e para aumentar o grau de incerteza sobre a intenção depreciativa, são oferecidos para o teste produtos com marcas diversas e não somente o detergente Omo. Existe uma presunção de que o alvo dessa exposição possa associar o detergente Omo como o alvejante Omo, o que é pouco provável ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dependente de prova mais específica para se concluir com segurança. As pessoas que se interessam pela exclusão de manchas não confundem o detergente comum com produtos que anunciam poder de tirar manchas e, por ora, o risco de confusão pela utilização de marcas com efeito comparativo, fica comprometido por essa incerteza. Sendo duvidoso o quadro fático, não cabe interferir no processo de demonstração de produtos, como se as pessoas necessitassem de proteção do Judiciário para acompanhamento de testes que buscam indicar qual o melhor produto para clarear roupas.

O art. 273, do CPC, reclama prova inequívoca e isso não diz respeito única e exclusivamente na utilização da caixa de sabão em pó, como se fotografou para ilustrar o pedido de reconsideração. É preciso que os elementos de convicção autorizem a conclusão de que a estratégia de divulgação corpo a corpo foi criada e está sendo desenvolvida com a intenção de prejudicar a imagem e ou distorcer a realidade para criar confusão na mente do consumidor, o que é improvável, pelo menos até o presente momento.

Dá-se provimento para revogar a liminar.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVO : 2141242-25.2014.8.26.0000
AGRAVANTE: RECKITT BENCKISER [BRADIL] LTDA
AGRAVADO : UNILEVER BRASIL LTDA. e outro
COMARCA : SÃO PAULO
JUIZ : FERNANDO JOSÉ CÚNICO
VOTO N° : 32894

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

Marca. Direito de exclusividade que decorre do registro e enseja abstenção do concorrente que, sem lealdade, faz publicidade comparativa em que explicitamente usa a marca alheia para desprestigiá-la perante o consumidor. Produto de limpeza VANISH, da ré agravante, usado em comparação com o também produto de limpeza OMO, para mostrar ao consumidor que este último é inferior e com isso alavancar as vendas do próprio produto. Violação ao direito de exclusividade da marca e concorrência desleal que, em princípio, caracterizam a prova da verossimilhança suficiente à concessão da antecipação de tutela. Risco de dano de difícil reparação que é evidente. Recurso improvido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão agravada que concedeu antecipação de tutela para determinar a abstenção de expor ou usar a marca OMO, especialmente em publicidade.

O digno Desembargador relator dá provimento ao recurso ao fundamento principal de que é prematuro afirmar que a publicidade comparativa usada pela agravante não é desleal porque apenas realça os predicados do seu produto (tira manchas), o que não faz o sabão da autora agravada (OMO), até porque a tanto não se destina especificamente.

Ouso, com a máxima e respeitosa vénia, divergir do digno Desembargador relator.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O meu entendimento sobre a questão controvertida se resume na resposta à seguinte indagação: se o titular da marca pode exigir exclusividade com o intuito de proteger a contrafação que a desvaloriza, por qual razão não poderia defendê-la quando de modo explícito é menosprezada numa publicidade comparativa que a coloca como inferior à marca que serve de comparação?

Não encontro motivo jurídico para responder negativamente.

Independentemente de como o CONAR, órgão regulador da propaganda encare a publicidade realizada de modo comparativo, porque a ela não se vincula o Poder Judiciário, entendo que, se a marca da autora agravada é usada explicitamente para valorizar a marca concorrente da ré agravante, o que, por lógica inversa, significa que a concorrente usa a marca da autora para inferiorizá-la perante a própria, pode sim o titular da marca comparada, valendo-se do direito exclusivo de uso, obter ordem judicial que determine a abstenção da publicidade que a usa para comparação negativa ou desprestigiante.

Deste modo, comparando a ré a sua marca VANISH com a marca OMO da autora, para dizer ao consumidor que a sua é melhor, ou que a outra é pior, vejo, com a devida vénia, presente a prova da verossimilhança suficiente para ensejar a ordem de abstenção da publicidade. Antevejo bom direito na pretensão de, com base no direito à exclusividade que decorre da marca registrada, impedir que seja de forma explícita usada e exposta negativamente.

Afinal, o art. 130, III, e 131, da Lei de Propriedade Industrial, confere ao titular o direito de zelar pela integridade e reputação da sua marca, inclusive quanto a impedir que seja utilizada em publicidade alheia de forma degenerativa.

As litigantes são empresas de grande porte e concorrem diretamente no mercado consumidor de produtos de limpeza em geral.

Nesse contexto, sempre com o devido respeito aos entendimentos diversos, não vejo relevância, para efeito de não permitir o uso da marca em situação de inferioridade e desprestígio,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

em serem ou não diferentes os produtos em suas finalidades específicas. De fato, para atender à publicidade comparativa os produtos comparados deveriam ser iguais e não diferentes. De qualquer modo, ambos são produtos de limpeza de roupas em geral e a ré agravante deve propagar os seus produtos sem exibir a marca alheia para diminuí-la e, com isso, obter lucros em concorrência que, além de ferir o direito de exclusividade da autora agravada, caracteriza, pelo menos em princípio, concorrência desleal.

Evidente que a ré agravante, na comparação que faz nos estabelecimentos de venda de produtos de limpeza, não dá realce a que o sabão OMO não se destina a fazer, de modo específico, o que faz o VANISH, isto é, tirar manchas. O que se faz, obviamente, é mostrar ao consumidor que o seu produto tira manchas e o outro não, e, por conseguinte, direta ou indiretamente, dizer ao consumidor: VANISH tira todas as manchas; OMO não tira.

Seja como for, como afirmado, tem o titular da marca o direito ao uso exclusivo, inclusive para defendê-la em qualquer situação que, usada por outrem, concorrente ou não, possa gerar situação de inferioridade e desprestígio.

A divulgação da qualidade e superioridade dos produtos deve ser enaltecia na publicidade, obviamente, mas para tanto não é necessário usar explicitamente a marca alheia de forma que a desprestigie perante o consumidor. Basta-lhe, com lealdade, expor as virtudes do seu produto, deixando que o consumidor o compre e eventualmente mude de marca em razão da superioridade anunciada.

E o risco de dano de difícil reparação é evidente. A publicidade feita em veículos de comunicação social e principalmente nos pontos de vendas dos produtos, atinge o consumidor diretamente, em detrimento da marca alheia.

Nesse contexto, presente a prova da verossimilhança das alegações da autora e o risco de dano de difícil reparação, era mesmo de rigor a concessão da antecipação da tutela, razão porque o meu voto, respeitosamente, nega provimento ao recurso.

Pelo exposto é que o meu voto nega provimento ao recurso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MAIA DA CUNHA

2º JUIZ



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	5	Acórdãos Eletrônicos	ENIO SANTARELLI ZULIANI	D963D3
6	9	Declarações de Votos	FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA	DBCBA2

Para conferir o original acesse o site:
<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2141242-25.2014.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.