



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0024631-41.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.024631-

1/SP

D.E.

Publicado em 04/09/2017

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a)
APELADO(A) : PEPSICO HOLBRA ALIMENTOS LTDA e outros(as)
ADVOGADO : SP017345 CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
: SP221632 GABRIEL NOGUEIRA DIAS
: SP209216 LUCIA ANCONA LOPEZ PEREIRA DE MAGALHÃES
APELADO(A) : PEPSICO INC
: PEPSICO COLA INDL/ DA AMAZONIA LTDA
ADVOGADO : SP017345 CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
: SP221632 GABRIEL NOGUEIRA DIAS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00246314120084036100 21 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO ADMINISTRATIVO. MARCA DE REFRIGERANTE. AFASTAMENTO DE ATO ADMINISTRATIVO DO MAPA - MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO QUE RESTRINGE O USO DE MARCA DE REFRIGERANTE DE BAIXA CALORIA. REGISTROS DE RÓTULOS JÁ CONCEDIDOS. AFASTAMENTO DE EXIGÊNCIAS DE ALTERAÇÃO OU SUPRESSÃO DA REFERIDA MARCA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE ENGANOSIDADE *PER SE* NA MARCA DE REFRIGERANTE. INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO DO REFRIGERANTE COM ÁGUA MINERAL POR PARTE DOS CONSUMIDORES. DESCONEXÃO DA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO COM A REALIDADE FÁTICA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E SEGURANÇA JURÍDICA.

1. Segundo consta, em 2006, a Autora lançou no mercado brasileiro a bebida H2OH!. Na qualidade de proprietária da marca, em 15 de setembro de 2005, protocolou pedido de registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, que foi deferido em janeiro de 2008. Em 13 de março de 2006, requereu também ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) a análise e registro do rótulo da bebida H2OH! para comercialização no território brasileiro. O pedido foi deferido para os diferentes sabores de H2OH! (H2OH! Limão; H2OH! misto de Limão e Tangerina; H2OH! misto de Limão e Maçã), datando o primeiro registro de 27 de abril de 2006.

2. Alega a Autora que desde o início o produto foi apresentado ao mercado como refrigerante de baixa caloria, especialmente em razão do preço cobrado em relação à água mineral e em razão do lugar de sua exposição ao consumidor, qual seja, entre os refrigerantes, além do sabor, aroma e coloração.

3. Em 02 de abril de 2008, celebrou Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) perante a Promotoria de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo, de abrangência nacional, devidamente homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, pelo qual tornou mais ostensiva a informação ao consumidor sobre a natureza de refrigerante do produto.

4. Neste contexto, recebeu uma intimação do MAPA exigindo-lhe, num prazo exíguo, a completa alteração da rotulagem e da própria marca H2OH!, com base num parecer emitido pelo Departamento de Proteção e

Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Entende a Autora que o MAPA invadiu a competência do INPI ao pretender "banir" a marca H2OH! do mercado.

5. Aponta a União a nulidade da sentença, por *error in procedendo*, na medida em que ao firmar termo de ajustamento de conduta, a Autora confessou a prática da irregularidade, não podendo servir de fundamento à procedência da ação. Sem razão. É que ao firmar o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual, a Autora concordou em fazer algumas alterações no rótulo do produto, bem como providenciou, junto aos distribuidores e vendedores, que ela fosse oferecida aos consumidores no espaço destinado aos refrigerantes. Isso não significa que ela admitiu, de forma absoluta, que anteriormente fizera uso equivocado da marca e da publicidade das bebidas, como alegado pela União Federal. Significa apenas que alguns ajustes foram feitos, de comum acordo entre as partes. O TAC foi firmado antes do ajuizamento da presente ação e foi um dos fundamentos utilizados pela r. sentença recorrida para demonstrar a plausibilidade do direito invocado pela parte Autora, não o único. O ponto central é que, apesar das alterações efetuadas pela Autora em razão do TAC, o MAPA se recusa a efetuar o registro. Esta é a questão controvertida entre as partes, sobre a qual se debruçou a sentença.

6. Consoante majoritária doutrina, é obrigatória a motivação tanto dos atos administrativos vinculados, como dos discricionários. Nos atos discricionários, a motivação é necessária para, em nome da transparência, permitir-se a sindicabilidade da congruência entre sua justificativa e a realidade fática na qual se inspirou a vontade administrativa.

7. Na hipótese dos autos, a motivação do ato administrativo foi escorada na Nota Técnica do DPDC/SDE-MJ, segundo a qual a marca "H2OH!" deve ser retirada do mercado por se assemelhar à *"fórmula química do composto químico água"*, o que poderia *"induzir o consumidor a adquirir esses produtos, como se água fosse, confundindo-o e retirando sua liberdade de escolha"* (SIC - fls. 261/267 - itens 20 e 21 da Nota Técnica nº 19/CGSC/DPDC).

8. Necessária ao deslinde do feito a análise da congruência entre a motivação do ato administrativo e a realidade fática, bem como de eventual ofensa aos princípios da boa-fé objetiva da administração e da segurança jurídica.

9. Por primeiro, salta aos olhos a fragilidade do fundamento contido na Nota Técnica nº 19/CGSC/DPDC, no sentido de que a marca "H2OH!" remeteria à fórmula da água, confundindo o consumidor. Ora, o cidadão com instrução suficiente para conhecer a fórmula química da água é capaz também de ler no rótulo a indicação de que se trata de refrigerante, bem como de identificar, pela coloração, aroma e sabor, que não se trata de água mineral. Tanto é assim que cerca de 10 (dez) anos se passaram desde o registro da marca, e não há notícias relevantes de *quid pro quo* nesse sentido.

10. A apelada recebeu autorização do MAPA para comercialização do produto em 2006, sem qualquer oposição quanto ao nome "H2OH!" e sua rotulagem, sob o enquadramento de "refrigerante de baixa caloria", nos termos do art. 62 do Decreto nº 2.314/1997, com redação dada pelo Decreto nº 3.510/2000, então vigente (atual art. 14 do Decreto nº 6.871/2009).

11. Causa estranheza que, depois de autorizar uso da marca, o MAPA tenha mudado de posição sem que houvesse qualquer fato novo a lhe motivar. Pelo contrário, o tempo tratou de consolidar a marca no mercado como um refrigerante, não como água mineral.

12. Neste contexto, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé atua como importante elemento para aferição da legitimidade de um ato administrativo, sob o fundamento da necessidade de se proteger a confiança do administrado na estabilidade das relações jurídicas firmadas com a Administração Pública. Com efeito, dentre as funções do princípio da boa-fé, no âmbito da Administração Pública, está a de conservar os vínculos firmados entre a Administração e o administrado, baseando-se nos princípios da confiança, lealdade e verdade, os quais constituem elementos materiais da boa-fé.

13. Registre-se ainda que, ainda em 2008, a apelada firmou com o a Promotoria de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo um TAC - Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, resultando em diversas medidas para tornar mais ostensiva a informação ao consumidor acerca da natureza de refrigerante do "H2OH!". Com isso, tanto o rótulo como as campanhas publicitárias passaram a reforçar veementemente o fato de tratar-se de refrigerante. A suficiência das medidas foi reconhecida ainda pelo Conselho Superior do Ministério Público, à unanimidade.

14. Portanto, inexistente no mundo real a alegada enganiosidade *per se* da marca de refrigerante, deve a r. sentença ser mantida, tanto em razão da desconexão da motivação do ato administrativo com a realidade fática (a consolidação da marca nos mercados brasileiro e mundial como um **refrigerante**, sem qualquer confusão com água mineral, com evidente distinção na cor, aroma, sabor e preço), como em respeito aos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica.

15. Preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial não providas.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a questão preliminar e, por maioria, negar provimento à remessa oficial e à apelação, vencido o E. Relator, que lhes dava provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de agosto de 2017.

NERY JÚNIOR
Relator para Acórdão

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): NERY DA COSTA JUNIOR:10037

Nº de Série do Certificado: 11A21703044B8ADB

Data e Hora: 29/08/2017 14:33:12

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0024631-41.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.024631-
1/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a)
APELADO(A) : PEPSICO HOLBRA ALIMENTOS LTDA e outros(as)
ADVOGADO : SP017345 CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
: SP221632 GABRIEL NOGUEIRA DIAS
: SP209216 LUCIA ANCONA LOPEZ PEREIRA DE MAGALHÃES
APELADO(A) : PEPSICO INC
: PEPSICO COLA INDL/ DA AMAZONIA LTDA
ADVOGADO : SP017345 CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
: SP221632 GABRIEL NOGUEIRA DIAS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00246314120084036100 21 Vr SAO PAULO/SP

DECLARAÇÃO DE VOTO

Cuida-se de remessa oficial e recurso de apelação interposto pela União contra sentença que julgou procedente o pedido inicial em ação de preceito inibitório ajuizada por PEPSICO HOLBRA ALIMENTOS LTDA. e outros.

A demanda objetiva provimento jurisdicional que obste qualquer medida restritiva ao uso da marca "H2OH!", especialmente no que concerne aos registros de rótulos já concedidos pelo MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e aos novos rótulos que serão submetidos ao mesmo procedimento, afastando, por conseguinte, qualquer exigência de alteração ou supressão da referida marca.

Em síntese, alegam os autores terem obtido registro de marca e produto perante o INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial e o MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, referente à bebida "H2OH!", com classificação de refrigerante de baixa caloria.

Firmaram com o Ministério Público Federal um TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, no qual foram pactuadas diversas providências relacionadas especialmente à alteração do rótulo e apresentação do produto, tudo para evitar qualquer possibilidade de confusão do produto com água por parte dos consumidores.

Entretanto, foram notificadas pelo MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento acerca da determinação para completa alteração da rotulagem e da própria marca comercial "H2OH!", com fundamento em nota técnica elaborada pelo DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, providência a ser efetivada em prazo já expirado, sob pena de sanções administrativas, ensejando, na prática, a paralisação da produção e comercialização do produto.

Segundo o DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, os rótulos e a apresentação da marca nos produtos classificados como "refrigerante de baixa caloria" e "preparado líquido aromatizado" violam o Código de Defesa do Consumidor, pois permitiriam fácil e inevitável associação à palavra "água", o que poderia induzir o consumidor a erro, fazendo-o pensar estar adquirindo água mineral.

O D. Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, desafiando recurso de apelação da União e remessa oficial.

Iniciado o julgamento nesta E. Corte, o D. Relator votou por rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, dar provimento ao apelo da União e à remessa oficial.

Conquanto acompanhe o E. Relator quanto à rejeição da preliminar, divirjo, com a devida vênia, para negar provimento ao apelo e à remessa oficial, pelas razões passo a expor.

Consoante majoritária doutrina, é obrigatória a motivação tanto dos atos administrativos vinculados, como dos discricionários.

Como a lei já predetermina todos os elementos do ato vinculado, o exame de legalidade consistirá apenas no confronto do motivo do ato com o motivo legal. Nos atos discricionários, ao revés, sempre poderá haver algum subjetivismo e, desse modo, mais necessária é a motivação desses atos para, em nome da transparência, permitir-se a sindicabilidade da congruência entre sua justificativa e a realidade fática na qual se inspirou a vontade administrativa. Nesse sentido é a opinião de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios gerais de direito administrativo*, Forense, v. I, 1979, p. 523-529. Também: FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, Inst. Estudios Políticos, v. I, 6 ed., 1973, p. 532.

Na hipótese dos autos, a motivação do ato administrativo foi escorada na Nota Técnica do DPDC/SDE-MJ, segundo a qual a marca "H2OH!" deve ser retirada do mercado por se assemelhar à "*fórmula química do composto químico água*", o que poderia "*induzir o consumidor a adquirir esses produtos, como se água fosse, confundindo-o e retirando sua liberdade de escolha*" (SIC - fls. 261/267 - itens 20 e 21 da Nota Técnica nº 19/CGSC/DPDC).

Cinge-se a controvérsia à análise da congruência entre a motivação do ato administrativo e a realidade fática, bem como de eventual ofensa aos princípios da boa-fé objetiva da administração e da segurança jurídica.

Vênias ao E. Relator, o apelo da União e a remessa oficial não comportam provimento, eis que o ato administrativo em testilha não guarda conexão com a realidade fática.

Por primeiro, salta aos olhos a fragilidade do fundamento contido na Nota Técnica nº 19/CGSC/DPDC, no sentido de que a marca "H2OH!" remeteria à fórmula da água, confundindo o consumidor. Ora, o cidadão com instrução suficiente para conhecer a fórmula química da água é capaz também de ler no rótulo a indicação de que se trata de refrigerante, bem como de identificar, pela coloração, aroma e sabor, que não se trata de água mineral. Tanto é assim que cerca de 10 (dez) anos se passaram desde o registro da marca, e não há notícias relevantes de *quid pro quo* nesse sentido.

A apelada recebeu autorização do MAPA para comercialização do produto em 2006, sem qualquer oposição quanto ao nome "H2OH!" e sua rotulagem, sob o enquadramento de "refrigerante de baixa caloria", nos termos do art. 62 do Decreto nº 2.314/1997, com redação dada pelo Decreto nº 3.510/2000, então vigente (atual art. 14 do Decreto nº 6.871/2009).

Causa estranheza que, depois de autorizar uso da marca, o MAPA tenha mudado de posição sem que houvesse qualquer fato novo a lhe motivar. Pelo contrário, o tempo tratou de consolidar a marca no mercado como um refrigerante, não como água mineral.

Neste contexto, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé atua como importante elemento para aferição da legitimidade de um ato administrativo, sob o fundamento da necessidade de se proteger a confiança do administrado na estabilidade das relações jurídicas firmadas com a Administração Pública. Com efeito, dentre as funções do princípio da boa-fé, no âmbito da Administração Pública, está a de conservar os vínculos firmados entre a Administração e o administrado, baseando-se nos princípios da confiança, lealdade e verdade, os quais constituem elementos materiais da boa-fé.

Registre-se ainda que, ainda em 2008, a apelada firmou com o a Promotoria de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo um TAC - Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, resultando em diversas medidas para tornar mais ostensiva a informação ao consumidor acerca da natureza de refrigerante do "H2OH!". Com isso, tanto o rótulo como as campanhas publicitárias passaram a reforçar veementemente o fato de tratar-se de refrigerante.

O **Conselho Superior do Ministério Público**, por unanimidade, reconheceu a suficiência das medidas pactuadas no TAC para afastar qualquer discussão acerca da alegada enganosidade da marca "H2OH!" ou de lesividade ao consumidor, *verbis* (fls. 208/213):

"Impondo-se reconhecer que os novos padrões de rotulagem e de divulgação do produto, aliados aos outros procedimentos e cuidados já encetados no TAC primitivo, mostram-se satisfatórios para esclarecer o público consumidor acerca da sua real e efetiva natureza, qual seja a de refrigerante de baixa caloria. A transcrição da mensagem "REFRIGERANTE DE LIMÃO DE BAIXA CALORIA LEVEMENTE GASEIFICADO" em letras de maior tamanho, devidamente destacada na rotulagem, bem como nas peças de publicidade, supre, no meu sentir, as deficiências até agora verificadas, a despeito da inegável intenção anterior do fabricante de liga-lo a água ou a algo a ela assemelhado. Conduta que embora reprovável, não pode ser tomada como causa a inviabilizar o ajuste, porquanto já sancionada no TAC original."

O caso foi ainda objeto de **Representação no CONAR**, envolvendo a oferta e publicidade do produto "H2OH!", arquivada por unanimidade, senão vejamos (fls. 381/386):

"(...) não vejo qualquer intenção da denunciada, em querer camuflar a sua real condição de refrigerante, mormente pelo fato de que consta em sua embalagem a menção de que se trata de 'REFRIGERANTE DE BAIXA CALORIA'.

O que se viu, é o início de uma campanha visando plantar a ideia de uma nova categoria de produto.

Ora, quisesa ela disfarçar a sua condição de refrigerante, deveria ela omitir tal dado da embalagem, o que no caso não ocorreu.

Entendo também que pretende a anunciante, classificar seu produto como algo diferente, sem igual e diferente de tudo o que se conhece. Esse produto, no futuro, entendo que deverá ser objeto de uma nova classe de produtor, como já acontece em outros países.

Por essa razão, meu voto é no sentido de que não houve infração ao mencionado artigo 4º do anexo H do CBARP, e portanto, a presente representação deve ser arquivada."

Portanto, inexistente no mundo real a alegada enganiosidade *per se* da marca de refrigerante, deve a r. sentença ser mantida, tanto em razão da desconexão da motivação do ato administrativo com a realidade fática (a consolidação da marca nos mercados brasileiro e mundial como um **refrigerante**, sem qualquer confusão com água mineral, com evidente distinção na cor, aroma, sabor e preço), como em respeito aos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica.

Ante o exposto, acompanho o E. Relator quanto à rejeição da preliminar e, no mérito, **divirjo para negar provimento ao apelo e à remessa oficial.**

É como voto.

NERY JÚNIOR
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): NERY DA COSTA JUNIOR:10037

Nº de Série do Certificado: 11A21703044B8ADB

Data e Hora: 29/08/2017 14:33:15

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0024631-41.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.024631-

1/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO
APELANTE : Uniao Federal
ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a)
APELADO(A) : PEPSICO HOLBRA ALIMENTOS LTDA e outros(as)
ADVOGADO : SP017345 CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
: SP221632 GABRIEL NOGUEIRA DIAS
: SP209216 LUCIA ANCONA LOPEZ PEREIRA DE MAGALHÃES
APELADO(A) : PEPSICO INC

ADVOGADO : PEPSICO COLA INDL/ DA AMAZONIA LTDA
: SP017345 CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
REMETENTE : SP221632 GABRIEL NOGUEIRA DIAS
No. ORIG. : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud
SP : 00246314120084036100 21 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e recurso de apelação interpostos contra a sentença de fls. 939/944 que julgou procedente a pretensão e condenou a União Federal ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

Em suas razões de apelação, aponta a União a nulidade da sentença, por *error in procedendo*, na medida em que ao firmar termo de ajustamento de conduta, a Autora confessou a prática da irregularidade, não podendo servir de fundamento à procedência da ação. Afirma que deveria obrigatoriamente ter participado do TAC firmado entre a Autora e o Ministério Público Estadual; sua ausência impede que o acordo seja a ela oponível. Alega, de outro lado, que a Autora descumpriu as cláusulas do TAC, na medida em que não fez qualquer menção à palavra "refrigerante" na propaganda feita. Entende que a concessão de propriedade industrial à marca "H2OH!" feito pelo INPI esbarra em diversos dispositivos legais. Afirma que o nome do produto induz o consumidor a erro e viola as regras da concorrência, na medida em que o produto não é apresentado como refrigerante, mas como água.

Subiram os autos com contrarrazões da PEPSICO HOLBRA ALIMENTOS LTDA. (fls. 997/1043).

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 1056/1066, opinando pelo provimento da apelação.

Os autos foram inicialmente distribuídos à Décima Primeira Turma e redistribuídos à Segunda Seção (despacho de fls. 1068/1069).

É o relatório.

GISELLE FRANÇA
Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): GISELLE DE AMARO E FRANCA:10185

Nº de Série do Certificado: 11A217031740FE39

Data e Hora: 13/06/2017 14:27:50

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0024631-41.2008.4.03.6100/SP

2008.61.00.024631-

1/SP

RELATOR : Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO

APELANTE : Uniao Federal

ADVOGADO : SP000019 LUIZ CARLOS DE FREITAS e outro(a)
APELADO(A) : PEPSICO HOLBRA ALIMENTOS LTDA e outros(as)
ADVOGADO : SP017345 CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
: SP221632 GABRIEL NOGUEIRA DIAS
: SP209216 LUCIA ANCONA LOPEZ PEREIRA DE
APELADO(A) MAGALHÃES : PEPSICO INC
: PEPSICO COLA INDL/ DA AMAZONIA LTDA
ADVOGADO : SP017345 CARLOS FRANCISCO DE MAGALHAES
: SP221632 GABRIEL NOGUEIRA DIAS
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 21 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00246314120084036100 21 Vr SAO PAULO/SP

VOTO

Segundo consta, em 2006, a Autora lançou no mercado brasileiro a bebida H2OH!. Na qualidade de proprietária da marca, em 15 de setembro de 2005, protocolou pedido de registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, que foi deferido em janeiro de 2008. Em 13 de março de 2006, requereu também ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) a análise e registro do rótulo da bebida H2OH! para comercialização no território brasileiro. O pedido foi deferido para os diferentes sabores de H2OH! (H2OH! Limão; H2OH! misto de Limão e Tangerina; H2OH! misto de Limão e Maçã), datando o primeiro registro de 27 de abril de 2006.

Alega a Autora que desde o início o produto foi apresentado ao mercado como refrigerante de baixa caloria, especialmente em razão do preço cobrado em relação à água mineral e em razão do lugar de sua exposição ao consumidor, qual seja, entre os refrigerantes.

Em 02 de abril de 2008, celebrou Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) perante a Promotoria de Defesa do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo, de abrangência nacional, devidamente homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, pelo qual tornou mais ostensiva a informação ao consumidor sobre a natureza de refrigerante do produto.

Neste contexto, recebeu uma intimação do MAPA exigindo-lhe, num prazo exíguo, a completa alteração da rotulagem e da própria marca H2OH!, com base num parecer emitido pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Entende a Autora que o MAPA invadiu a competência do INPI ao pretender "banir" a marca H2OH! do mercado.

Para a Autora, o argumento utilizado pelo MAPA, de que a marca H2OH!, por se assemelhar à fórmula do composto químico água, pode induzir o consumidor a erro, é falacioso. De um lado porque a marca H2OH! tem grafia diversa da fórmula química da água (H2O), além de estar escrita em cores e de forma estilizada, acompanhada da palavra limão, com a figura da fruta ao lado, além da marca Seven Up. De outro lado porque ao solicitar uma água mineral num bar, por exemplo, o consumidor nunca pede o produto pela sua sigla química, mas sim pelo nome água mineral, demonstrando que o consumidor sabe sim distinguir uma coisa da outra.

Ademais, afirma que por força do TAC celebrado com o MP/SP, a informação "refrigerante" tornou-se ainda mais ostensiva.

Aponta a União a nulidade da sentença, por error in procedendo, na medida em que ao firmar termo de ajustamento de conduta, a Autora confessou a prática da irregularidade, não podendo servir de fundamento à procedência da ação.

Alega que "o vício intrínseco da r. sentença está em fundamentá-la com o termo de ajustamento de conduta por meio do qual a própria apelada admitiu o uso equivocado da marca e da publicidade das bebidas, concordando em modificar a forma de comercialização originária do produto e, de forma incongruente, julgar procedentes os pedidos. É de clareza solar que a transação celebrada com o Ministério Público estadual implica na confissão da improcedência dos pedidos formulados nesta ação" (fl. 957).

Sem razão.

Como será desenvolvido nos tópicos seguintes, ao firmar o Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público Estadual, a Autora concordou em fazer algumas alterações no rótulo do produto, bem como providenciou, junto aos distribuidores e vendedores, que ela fosse oferecida aos consumidores no espaço destinado aos refrigerantes. Isso não significa que ela admitiu, de forma absoluta, que anteriormente fizera uso equivocado da marca e da publicidade das bebidas, como alegado pela União Federal. Significa apenas que alguns ajustes foram feitos, de comum acordo entre as partes.

O TAC acima referido foi firmado antes do ajuizamento da presente ação e foi um dos fundamentos utilizados pela r. sentença recorrida para demonstrar a plausibilidade do direito invocado pela parte Autora, não o único.

O ponto central é que, apesar das alterações efetuadas pela Autora em razão do TAC, o MAPA se recusa a efetuar o registro. Esta é a questão controvertida entre as partes, sobre a qual se debruçou a sentença.

Também afasto a alegação da Autora no sentido de que o MAPA invadiu competência exclusiva do INPI para a análise da marca.

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, criado pela Lei nº 5.648/70, é órgão técnico e competente para examinar os requisitos legais de registrabilidade da marca.

No uso de suas atribuições, o INPI concedeu à Autora o registro da marca H2OH!, assegurando-lhe a propriedade e, em consequência, seu uso exclusivo em todo o território nacional, inclusive o direito de licenciá-lo.

Contudo, a outorga de registro pelo INPI não impede que os órgãos de fiscalização, como o MAPA, façam exigências outras, no exercício de suas atividades. O MAPA tem competência para aprovar rótulos e bebidas, recusar o registro ou cancelar registro já concedido, caso a rotulagem, embalagem ou quaisquer outras características possam induzir o consumidor a erro quanto à classe, tipo ou natureza do produto (artigo 11 da Lei nº 8.918/94, artigo 159 do Decreto nº 2.314/97, artigos 9º, 87, 89 e 90 do Decreto nº 6.871/2009).

Como bem salientado pelo juízo monocrático, "o direito à proteção de marca registrada limita-se a assegurar ao seu titular o uso com exclusividade, mas não indiscriminado, impedindo que terceiro faça dela uso, o que

não se confunde com a forma e modalidade de uso que pode sofrer regulamentação ou limitação em outras esferas, tal como o direito do consumidor" (f. 942).

Segundo consta dos autos, além do INPI e do MAPA, dois outros importantes órgãos com competência para atuar na defesa do consumidor já se manifestaram sobre a marca H2OH!: o CONAR e o Ministério Público do Estado de São Paulo.

O CONAR - Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, analisando a Representação nº 278/06, de forma unânime acompanhou o Voto do Relator, Rogério Salgado, concluindo pela regularidade do produto, nos seguintes termos:

"(...) não vejo qualquer intenção da denunciada em querer camuflar a sua real condição de refrigerante, mormente pelo fato de que consta de sua embalagem a menção de que se trata de "REFRIGERANTE DE LIMÃO DE BAIXA CALORIA".

O que se viu, é o início de uma campanha visando plantar a ideia de uma nova categoria de produto.

Ora, quisesse ele disfarçar a sua condição de refrigerante, deveria ela omitir tal dado de sua embalagem, o que no presente caso, não ocorreu.

Entendo também que pretende o anunciante classificar seu produto como algo diferente, sem igual e diferente de tudo o que se conhece. Esse produto, no futuro, entendo que deverá ser objeto de uma nova classe de produtos, como já acontece em outros países.

Por essa razão, meu voto é no sentido de que não houve infração ao mencionado artigo 4º do Anexo H do CBARP, e, portanto, a presente representação deve ser arquivada." (fls. 382/386)

(CBARP - Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

"Anexo H, art. 4º - A publicidade de bebidas não-alcóolicas deverá abster-se de gerar confusão quanto:

a) Qualidade, natureza e tipo de produto.

(...)

c) à sua natureza (natural ou artificial), bem como quanto à presença de aditivos, quando for o caso.")

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por sua vez, firmou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC nº 51.161.263/08-7) com a parte Autora, em 02 de abril de 2008, sendo ajustados novos padrões de rotulagem e divulgação do produto (fls. 200/207). O TAC foi homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público em 19/08/2008 (fls. 208/214).

As manifestações favoráveis à marca H2OH! não asseguram à Autora direito absoluto de propriedade e comercialização irrestrita do produto, mas são importantes vetores acerca da sua regularidade. Obviamente não impedem a atuação de outros órgãos, mas registram, na sua área de atuação, que o produto está apto a ser oferecido ao consumidor.

Tamanha é a relevância da proteção do consumidor na área alimentícia e sanitária que sua defesa não é de exclusividade de apenas um órgão ou entidade, mas deve ser exercida de forma concorrente.

Neste sentido, dentro da sua esfera de atribuições, o Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Defesa do Consumidor, tem competência sim para firmar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Da mesma forma, o MAPA, dentro da sua esfera de atribuições, tem competência para aprovar rótulos e bebidas, recusar o registro ou cancelar registro já concedido, caso a rotulagem, embalagem ou quaisquer outras características possam induzir o consumidor a erro quanto à classe, tipo ou natureza do produto (artigo 11 da Lei nº 8.918/94, artigo 159 do Decreto nº 2.314/97, artigos 9º, 87, 89 e 90 do Decreto nº 6.871/2009).

Cada um na sua esfera de atribuições. Todos em prol do consumidor.

Após a concessão de registro pelo MAPA e início da comercialização, o próprio MAPA constatou que o consumidor poderia ser induzido a erro e confundir o produto com a água mineral, com danos à sua saúde. Assim, efetuou consulta ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC que concluiu que os produtos efetivamente infringiam preceitos do Código de Defesa do Consumidor. Foi então expedido o Ofício Circular nº 28/CGVB/DIPOV, de 23 de julho de 2008, da Coordenação Geral do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, orientando todas as divisões regionais do MAPA para que "(...) não sejam concedidos registros nas condições acima descritas. Quanto aos registros já concedidos, deverá ser solicitado às empresas interessadas que procedam à devida adequação de rotulagem (inclusive marca comercial), concedendo-lhes um prazo para o escoamento da rotulagem anteriormente aprovada" (fl. 269). Foi determinada a intimação não só da Autora, mas de todas as empresas produtoras de refrigerantes de baixa caloria (AQUARIUS, ACQUA, HACQUA, AQUAZERO, H2Ouro Fino, H2OH!).

Os ofícios encaminhados à Autora demonstram que ela não foi impedida de comercializar o produto H2OH!, mas foi instada a proceder adequações na rotulagem, inclusive no tocante à margem ostentada.

Não apenas ela, Autora, mas todas as empresas produtoras de refrigerantes de baixa caloria.

Nos termos da legislação de regência, especialmente a Lei nº 8.918/94, que dispõe sobre a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas, e o Decreto nº 6.871/2009 (que revogou o Decreto nº 2.314/97 e regulamenta a Lei nº 8.918/94), é incontroversa a legitimidade do MAPA para exercer a fiscalização, inclusive aprovando rótulos ou cancelando registros.

Confira-se o disposto no Decreto nº 6.871/2009 sobre as atribuições do MAPA:

"Art. 7º As bebidas definidas neste Regulamento deverão ser obrigatoriamente registradas no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, ressalvadas as bebidas importadas.

(...)

Art. 9º O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento poderá recusar o registro ou cancelar registro já concedido de quaisquer dos produtos abrangidos por este Regulamento, caso a rotulagem, embalagem ou quaisquer outras características possam induzir o consumidor a erro quanto à classe, tipo ou natureza do produto.

(...)

Art. 11 -

Parágrafo único. O rótulo da bebida não deverá conter informação que suscite dúvida ou que seja falsa, incorreta, insuficiente ou que venha a induzir a equívoco, erro, confusão ou engano, em relação à identidade, composição, classificação, padronização, natureza, origem, tipo, qualidade, rendimento ou forma de consumo da bebida, nem lhe atribuir qualidade terapêutica ou medicamentosa.

(...)

Art. 89. A inspeção e a fiscalização consistem no conjunto de ações diretas, executadas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, com o objetivo de aferir e controlar:

I - estabelecimentos de produção, importação, exportação, preparação, manipulação, beneficiamento, acondicionamento, depósito, distribuição de bebidas, comércio, cooperativas, atacadistas, bem como, em caráter privativo, os portos, aeroportos, postos de fronteiras, terminais alfandegários e estações aduaneiras; e

II - matéria-prima, produto, equipamento, instalações, áreas industriais, processos produtivos, depósitos, recipientes, rótulos, embalagens, vasilhames e veículos das respectivas empresas e de terceiros.

Art. 90. A inspeção e fiscalização prevista no art. 89 serão exercidas no âmbito da competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento por Fiscal Federal Agropecuário, devidamente identificado funcionalmente, para:

- I - colher amostras necessárias às análises de fiscalização e de controle, lavrando-se o respectivo termo;*
- II - realizar inspeção rotineira nos estabelecimentos e locais abrangidos por este Regulamento para verificar a conformidade das instalações, processos produtivos, equipamentos, utensílios, matérias-primas, ingredientes, rótulos, embalagens, vasilhames e produtos frente às normas legais vigentes, assim como apurar a prática de infrações ou de eventos que tornem os produtos passíveis de alteração, lavrando o respectivo termo;*
- III - realizar vistoria nos estabelecimentos para efeito de registro, lavrando-se o respectivo laudo;*
- IV - verificar a procedência e condições do produto, quando exposto à venda, lavrando-se o respectivo termo;*
- V - promover o fechamento de estabelecimento ou seção, lavrando-se o respectivo termo;*
- VI - proceder à apreensão de rótulos, embalagens, produto, matéria-prima, ou de qualquer substância encontrados no estabelecimento em inobservância a este Regulamento, principalmente nos casos de indicio de falsificação ou adulteração, alteração, deterioração ou de perigo à saúde humana, lavrando-se o respectivo termo;*
- VII - executar sanções de interdição e de inutilização;*
- VIII - lavrar auto de infração;*
- IX - requisitar, por intimação, no âmbito da sua competência funcional, a adoção de providências corretivas e apresentação de documentos necessários à complementação dos processos de registros de estabelecimentos ou produtos, ou, ainda, de investigação ou apuração de adulteração ou falsificação;*
- X - realizar auditorias necessárias à verificação de conformidade dos Programas de Boas Práticas de Fabricação, de Análise de Perigos e Pontos Críticos de Controle e outros programas de qualidade implantados pelos estabelecimentos abrangidos por este Regulamento, dos serviços prestados pelas entidades e órgãos certificadores credenciados; e*
- XI - proceder, à inutilização, mediante o processo legal, de bebidas e demais produtos disciplinados neste Regulamento.*

Parágrafo único. No desempenho de suas funções, o Fiscal Federal Agropecuário dispõe de livre acesso aos estabelecimentos e poderá requisitar o auxílio de autoridade policial nos casos de risco à sua integridade física ou impedimento à execução das suas atividades."

Como bem salientado pela Ilustre Representante do Ministério Público Federal, em sua manifestação de fls. 1056/1066, a legitimidade do MAPA para exercer atividade de fiscalização não se confunde com a atuação do Ministério Público na celebração de Termo de Ajuste de Conduta, *in verbis*:

"A fiscalização, dispõe o Decreto nº 6.871 de 04 de junho de 2009, que revogou o Decreto nº 2.314/1997, passando a regulamentar a Lei 8.918/1994, constitui atividade de rotina e tem caráter permanente, sendo executada pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, a fim de controlar, entre outros aspectos, os produtos propriamente ditos, além dos recipientes, rótulos, embalagens e vasilhames empregados pela indústria (arts. 87 e 89).

O exercício desta atribuição pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, não se dá na qualidade de um dos colegitimados à tutela dos interesses difusos e coletivos no âmbito do microssistema do consumidor, mas sim no exercício de competência administrativa, seja ao fornecer autorizações para introdução de determinados produtos no mercado, seja no exercício de sua função fiscalizatória (Poder de Polícia).

(...)

Por outro lado, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, e o Inquérito Civil em que este foi celebrado, tem função outra: a tutela dos direitos transindividuais enquanto principal colegitimado à tutela de direitos consumeristas no âmbito do microssistema de tutela de interesses difusos e coletivos.

Assim, enquanto o Ministério Público do Estado de São Paulo, ao celebrar o TAC com a empresa ora apelada, fixou compromissos mínimos a serem cumpridos, no intuito de tutelar os interesses dos consumidores em geral, com fundamento na Lei da Ação Civil Pública e demais diplomas legais que regem a matéria, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA exerceu função administrativa, analisando e emitindo autorizações de registros de produtos e rótulos de refrigerantes comercializados no país, bem como inspecionando e fiscalizando referidos produtos, com fundamento na Lei 8.918/94 e respectivos Decretos regulamentares.

São atribuições distintas e com finalidades distintas. Logo, o TAC celebrado com o Ministério Público Estadual não tem o condão de substituir, suplantar ou exaurir as atribuições legalmente conferidas ao MAPA pela Lei 8.918/94."

Superada a questão da legitimidade do MAPA, o passo a seguir é verificar se as exigências formuladas pelo MAPA são necessárias e adequadas. Em outras palavras: tais medidas são imprescindíveis para que o consumidor não seja induzido a erro e consuma refrigerante pensando ser água?

Sob a perspectiva do consumidor, as alterações determinadas pelo MAPA são absolutamente razoáveis. Há uma enorme diferença entre consumir água mineral, com ou sem gás, e refrigerante, ainda que de baixa caloria. Se porventura existir a possibilidade de o consumidor confundir o produto H2OH! (assim como os produtos AQUARIUS, ACQUA, HACQUA, AQUAZERO, H2Ouro Fino) com água, considerando os danos que podem ser causados à sua saúde, medidas devem ser tomadas com o objetivo de melhor informá-lo. Se depois de devidamente informado, optar pelo consumo do refrigerante, o risco é todo seu.

Sob a perspectiva da empresa, as medidas determinadas não implicam em violação ao direito de propriedade, visto que ele não é absoluto. De outro lado, não foi apenas a Autora que foi obrigada a fazer adaptações em seu produto, mas todas as empresas produtoras de refrigerantes de baixa caloria (AQUARIUS, ACQUA, HACQUA, AQUAZERO, H2Ouro Fino, H2OH!).

O Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com o Ministério Público Estadual supriu, para aquele órgão, as irregularidades apuradas. Mas para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), no seu âmbito de atribuições, alguns outros ajustes são necessários, quer em prol do consumidor, quer em prol da saúde pública.

A Lei nº 8.918/94, regulamentada pelo Decreto 6.871/2009, confere legitimidade ao MAPA para assim atuar.

Vejamos os pedidos formulados na petição inicial.

Requeru a parte Autora que seja determinado à Ré, por intermédio do MAPA que se abstenha, em definitivo, de: (i) adotar qualquer medida restritiva ao uso da marca H2OH! pela Autora ou empresa por ela contratada para produzir e distribuir seus produtos; (ii) anular, cancelar, suspender ou tornar ineficazes os registros já concedidos anteriormente contendo a marca H2OH!; (iii) condicionar ou indeferir os registros de novos rótulos do produto em questão à ilegal exigência de alteração ou supressão da marca H2OH!; (iv) condicionar à ilegal exigência de alteração da marca H2OH! para a aprovação dos pedidos de registro de rótulos objeto dos processos administrativos ns. 21034.006216/2007-46 e 21034.006217/2007-91. Requeru, ainda, a anulação de eventuais atos de indeferimento ou de condicionamento à supressão ou alteração da marca H2OH! eventualmente já praticados pela Ré ou que venham a ser praticados no curso da lide.

O Processo Administrativo nº 21034.006216/2007-46 refere-se à solicitação de registro do produto H2OH! misto de Limão e Maçã (fls. 451/452); já o Processo Administrativo nº 21034.006217/2007-91 refere-se à solicitação de registro do produto H2OH! Citrus (fls. 453/454). Em ambos, a autoridade administrativa (MAPA) determinou a alteração da denominação e a apresentação de um novo modelo de rótulo.

A decisão de fls. 482/486 deferiu parcialmente a tutela antecipada para o efeito de autorizar o registro de produtos e marcas elaborados de acordo com as especificações do Termo de Ajuste de Conduta homologado

pelo Ministério Público do Estado de São Paulo - Promotoria de Justiça do Consumidor (TAC nº 51.161.263/08-7) perante o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, inclusive para os pedidos já apresentados em 10/09/2008.

A r. sentença recorrida acolheu todos os pedidos formulados pela parte Autora e julgou procedente a pretensão.

Ora, o que pretende a parte Autora, e que foi acolhido pelo juízo a quo, é impedir o MAPA de exercer as atribuições que lhe foram legalmente atribuídas, impedindo-lhe de fiscalizar as atividades da Autora, no passado, no presente e no futuro.

Ante o exposto, **REJEITO A QUESTÃO PRELIMINAR E DOU PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL E À APELAÇÃO.**

Em razão da sucumbência, condeno a Autora a pagar à União Federal honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado.

É o voto.

GISELLE FRANÇA
Juíza Federal Convocada

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): GISELLE DE AMARO E FRANCA:10185

Nº de Série do Certificado: 11A217031740FE39

Data e Hora: 13/06/2017 14:28:10
