



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

SENTENÇA¹

AUTOS: 2009.031212-2
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU: AMBEV COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS E OUTROS

O **Ministério Público Federal** propôs a presente **ação civil pública**, com pedido liminar, contra a **Ambev Companhia de Bebidas das Américas, Pepsi Cola Industrial da Amazônia Ltda, Coca Cola do Brasil S/A e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI**, por meio da qual pretende, liminarmente, seja obstada a comercialização dos refrigerantes das marcas H2OH! e Aquarius Fresh, além de suspensão dos registros dessas marcas, obrigando o INPI a não fazer registro de marca enganosa nos moldes do contexto dessa ação. Por ocasião da sentença, pede a confirmação dos requerimentos liminares e a declaração de enganiosidade das mencionadas marcas quando associadas aos refrigerantes.

Afirmou-se, na inicial, que as marcas dos refrigerantes H2OH! e Aquarius Fresh induzem o consumidor a erro, por serem adquiridos acreditando-se estar comprando água engarrafada. Ressaltou-se o entendimento de que haveria incontestável associação das marcas com a água, o que induziria o consumidor a adquirir os produtos como se água fosse, causando, com isso, confusão e prejudicando a liberdade de escolha. Destacou terem sido celebrados Termos de Ajustamento de Conduta através dos quais as rés, responsáveis pela fabricação e comércio, teriam se obrigado a aumentar o tamanho das letras explicativas sobre a natureza dos produtos e a encaminhar recomendação às redes de supermercados para não divulgarem as mercadorias como água. Frisou que o Ministério da Agricultura, em ação conjunta com o Departamento de Proteção do Consumidor e a ANVISA expediram orientação para serem concedidos registros de produtos cuja rotulagem fazem com que se assemelhem à água.

Manifestação das rés em relação ao pedido de liminar (fls. 254/263, 293/295).

Liminar indeferida (fls. 300/306).

¹ Sentença tipo "A", nos termos da Resolução n.º 535, do CJF, de 18/12/2006 e Portaria COGER n.º 30, de 09/10/2007.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Agravo de instrumento (fls. 310/319).

Contestação da Coca Cola Indústrias S/A (fls. 343/355), através da qual alegou, preliminarmente, ausência de interesse processual, ao argumento de que o termo de ajustamento de conduta teria sido cumprido e, em contexto idêntico ao da presente ação, já teria sido aprovado pelo MP de São Paulo a comercialização dos produtos. Ainda preliminar, disse que a via escolhida é inadequada, porque existe procedimento próprio, previsto na LIP (Lei n. 9.729/96), para pedir a nulidade dos registros de marcas. No mérito, afirmou a ausência de onerosidade no uso da marca, que a comercialização dos produtos já havia sido admitida no âmbito do MP de São Paulo, que a embalagem na causa engano ao consumidor e que a medida pleiteada seria desproporcional e ofensiva à livre iniciativa.

Contestação do INPI (fls. 438/447), através da qual afirmou que os requisitos, para o registro das marcas em questão, foram todos preenchidos. Asseverou que os rótulos bem distinguem o produto comercializado da água e questão relativa ao direito dos consumidores não é objeto de análise da instituição.

Contestação da Pepsi-Cola Industrial da Amazônia Ltda (fls. 452/502), por meio da qual alegou, preliminarmente, inadequação da vida eleita, impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse para substituição de TAC. No mérito, afirmou a ausência absoluta da enganiosidade, asseverando que consumidores não compram enganadamente os produtos. Disse que já houve TAC, celebrado com o MP de São Paulo, anuindo com a comercialização dessas mercadorias, favorecida por diversas decisões judiciais. Pontuou a competência do INPI e, com isso, a legalidade do registro.

Réplica (fls. 706/715).

Posteriormente, inúmeros documentos foram juntados.

É o relatório.

Decido.

A presente ação não precisa de dilação probatória, pois o conjunto das provas constantes dos autos propicia o julgamento imediato da causa (artigo 330, I do CPC).

Preliminarmente



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Não merece acolhida a preliminar de falta de interesse, porquanto a causa de pedir desta ação é a suposta enganiosidade das marcas H2OH! e Aquarius Fresh, circunstância não constante das cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta, motivo por que não se trata de questão resolvida extrajudicialmente, a merecer, assim, a análise judicial.

Também não existe falta de interesse na modalidade adequação, pois a ação de que trata a LIP, para invalidação do registro de marca no INPI, não obsta o Ministério Público Federal de veicular a presente pretensão por meio do procedimento da Ação Civil Pública, haja vista que a tônica desta discussão não é, simplesmente, a legalidade dos registros das marcas, mas a proteção do consumidor em relação ao engano que os rótulos podem produzir, interesse de agir constitucionalmente atribuído ao órgão ministerial.

De igual modo, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, em relação à pretensão para que o INPI se abstenha de registrar marcas que impliquem engano ao consumidor. Isso porque tal pedido não é juridicamente impossível no sentido técnico e próprio dessa preliminar, haja vista não haver vedação no ordenamento jurídica quanto a ele.

Mérito

Deve ser rejeitado o pedido de declaração de enganiosidade e suspensão dos registros das marcas dos refrigerantes H2OH! e Aquarius Fresh.

Primeiramente, não há como deixar de considerar o regular processamento que os registros dessas marcas tiveram de passar. O INPI, antes do registro, fez avaliação sobre as mercadorias e as considerou regulares, fazendo-se o registro e dando a elas, com isso, foros de legalidade, de que se deduz a presunção de veracidade própria dos atos administrativos. Além disso, houve discussão sobre o assunto e firmou-se termo de ajustamento de conduta. Embora a alegação da inicial não esteja inserida entre as cláusulas do TAC, o registro das marcas passou pelo devido processo até seu aperfeiçoamento.

Com isso, o cerne da discussão travada nestes autos se resume em saber se tais marcas causam ou não confusão nos consumidores, que poderiam comprar os refrigerantes sob engano de estarem comprando água mineral.

De início, percebe-se a falta de argumentos convincentes, na inicial, quanto à probabilidade de que esse tipo de confusão venha a se verificar na prática.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Confirmam-se, a propósito, os argumentos declinados na decisão que indeferiu a liminar e que ficam fazendo parte desta sentença como seus próprios fundamentos (fl. 305).

“A fundamentação exordial está permeada de alegações genéricas quanto ao suposto potencial ofensivo dos produtos H2OH! e Aquarius Fresh, vez o consumidor poder consumi-los ao pressuposto de beber água.

Tais alegações genéricas não ganharam força durante o processamento do feito e a ação chega à fase de sentença sem demonstração da alegada enganosidade.

À fl. 483, têm-se as ilustrações dos rótulos das marcas e o que se percebe, com facilidade, é a presença de caracteres que bem distinguem os rótulos dos refrigerantes H2OH! e Aquarius Fresh do que notoriamente se conhece em relação aos rótulos das águas minerais que são vendidas no mercado.

Começa-se a diferenciação pela cor, pois, em geral, os rótulos das águas têm tom predominantemente azul, ao passo que predomina nas marcas em discussão a cor verde. Além disso, consta dos rótulos explicitamente os nomes de identificação e, no mínimo, exige-se do consumidor a leitura das embalagens antes da aquisição dos produtos, não se podendo tratar o consumidor como alguém abaixo do “homem médio”, incapaz de se informar sobre o produto que compra e insciente ao ponto de não ler a embalagem da mercadoria adquirida.

O artigo 37, § 1º do CDC diz ser enganosa a informação publicitária capaz de induzir em erro o consumidor, e o Código Civil, no artigo 138, prescreve que erro substancial é aquele que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. O diálogo entre essas fontes de direito autoriza a não tratar o consumidor como se fosse incapaz de empregar o mínimo de diligência para identificar o produto que compra. Nesse contexto, as embalagens dos produtos em questão trazem, com clareza, a identificação de que se trata de refrigerantes de limão e, não, de água.

Basta a leitura do invólucro do produto para que o consumidor obtenha dados sobre a mercadoria e faça a distinção.

De mais a mais, os argumentos apresentados na contestação da ré Pepsi-Cola, às fls. 479/485, por serem convincentes e refletirem o entendimento deste Juízo sobre a causa, ficam reproduzidos nesta sentença como sendo a própria fundamentação deste pronunciamento.

Veja-se:



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL**

“ Com efeito, observe-se, em primeiro lugar, que, ao contrário do que alega o MPF/DF, a marca ‘H2OH’ – registrada em mais de 30 países com os mesmos caracteres (doc. 10) – escreve-se de modo diverso da fórmula química da água (i.e. ‘H₂O’) e essa distinção é claramente perceptível aos olhos dos consumidores. Note-se que a marca, além de escrita de modo diverso da sigla química, também é grafada em cores diversas e de modo estilizado: o trecho ‘H2’ é de uma cor e o ‘OH!’ de outra. Ao ‘OH’ segue-se ainda um ponto de exclamação, o qual, dito gramaticamente, representa a interjeição ‘OH!’ e logo abaixo dessa interjeição surge o nome a fruta que dá sabor ao produto. Ora, esses detalhes – embora evidentes – precisam ser frisados, pois eles bem demonstram que a marca do produto é, a priori, inconfundível com a representação química da água.

Deve-se ponderar ainda que, evidentemente, nenhum consumidor em sã consciência, ao se dirigir a um bar ou restaurante, pediria uma água mineral pela sigla química ‘H₂O’. Esse aspecto é fundamental para a análise do caso, pois demonstra que a marca não se vale, abusivamente, de um costume ou de uma prática do consumidor para induzi-lo a erro quanto à natureza do produto. Neste particular, atente-se para o fato de que a marca H2OH! não poderia enganar nem mesmo os ‘analfabetos’ para ficarmos nas palavras do Parquet, pois de duas um: Ou o consumidor brasileiro não conhece a fórmula química da água, podendo, inclusive, neste caso, chamar o produto de ‘Agá Vinte Agá’, OU, ele goza de conhecimentos básicos e sabe distinguir que H2OH! não é fórmula da água, tertium non datur!.

Tais características de estilo de marca, somadas às observações do uso das palavras em questão, já seriam suficientes para afastar qualquer dificuldade do consumidor em diferenciar H2OH! de água mineral. Negar essa diferença ou nela vislumbrar qualquer risco de enganabilidade é pretender tratar o consumidor brasileiro – ao arripio da Carta Magna, da Lei e da realidade dos fatos – como verdadeiro incapaz, sem condições sensoriais mínimas para a análise do rótulo em sua integralidade ou para entender a embalagem e, ainda, as características singulares do produto, inclusive seu sabor diferenciado (apresentado nas versões limão, maçã, abacaxi com hortelã ou maracujá). Em outras palavras, ao contrário do que alega o MPF/DF, as características de apresentação do produto ao consumidor (seu rótulo, cores, gosto, embalagem de garrafa verde, figuras de frutas representativas do sabor do produto etc) afastam, a priori, qualquer confusão com a apresentação das águas minerais! Basta um rápido olhar sobre a embalagem e apresentação do H2OH!

Em segundo lugar, impõe ressaltar que, ao contrário do que alega o Parquet, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, órgão com competência marcária exclusiva no Brasil, analisou e registrou regularmente o pedido da marca H2OH! (Registros n.



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL**

827.761.872.827.7612880 e 827.761.864 – doc. 11), procedendo a uma análise de seus caracteres, inclusive sob a ótica de sua suposta enganiosidade.

(...)

Posto isso, importa notar, em terceiro lugar, que se, *ad absurdum*, a marca H2OH! suscitou alguma dúvida ao consumidor, é certo que a informação sobre a sua natureza (i.e. ‘refrigerante de limão de baixa caloria’) nunca foi escondida, mas, de boa-fé e, desde sempre, esteve veiculada de modo claro no rotulo do produto. Esse fato, aliás, foi, inclusive, exaltado pelo Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária (CONAR), órgão de vigorosa atuação e de conhecida respeitabilidade, em decisão que resultou no arquivamento da Representação n. 278/06 envolvendo a oferta e publicidade do produto H2OH!, verbis:

(...) 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 CAIXA CALORIA’. O que se viu, e o início de uma campanha visando plantar a idéia de uma nova categoria de produto. Ora, quisera ele disfarçar a sua condição de refrigerante, deveria ela omitir tal dado de sua embalagem, o que no presente caso, não correu. Entendo também que pretende o anunciante classificar seu produto como 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 4, do Anexo H do CBARP, e, portanto, a presente representação deve ser arquivada” (doc. 12, grifamos)

(...)

Posto isso, a interpretação de que a marca, por si só, induziria a um engano acerca da natureza do produto leva ao absurdo de que o consumidor somente seria capaz de ler a marca H2OH! na embalagem, e nada mais! Como se só a marca existisse no rótulo do produto!

Ora, a marca não pode ser lida de modo descontextualizado do produto. A apresentação do produto de modo claro, ostensivo, adequado a que alude o artigo 31 do CDC, por óbvio, impõe uma análise do produto como um todo e não isolada apenas da marca,

Marta



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL**

fora do seu contexto e dos demais elementos que compõem o rótulo do produto! E, este aspecto, a informação sobre a natureza de refrigerante do produto – afora toda a diferença existente na grafia e apresentação da marca e do rótulo e embalagem em relação às águas minerais – está, repita-se, ostensivamente veiculada na embalagem do produto, notadamente na forma proposta e amplamente estudada pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo.

Finalmente, ainda que se queira atribuir ao consumidor brasileiro total incapacidade para ler e distinguir informações constantes do rótulo ou obtê-las por outros meios de mídia (publicidade) e de suas capacidades sensoriais (o que, diga-se de passagem, tornaria a crítica do parquet inaplicável, pois se o consumidor brasileiro é assim tão iletrado, nunca teria com confundir a fórmula da água com o refrigerante da Ré), note-se que um elemento central não pode ser desconsiderado nesta demonstração de que o produto H2OH! não se confunde com a água mineral, qual seja, o preço!

De fato, não há mesmo como o consumidor brasileiro compreender o refrigerante H2OH! como se água mineral fosse, pois a discrepância de preço entre o produto H2OH! e aquele normalmente cobrado pela água mineral, com ou sem gás, é enorme!

Os mesmos fundamentos, acima apresentados, podem ser estendidos à marca Aquarius Fresh, gozando da mesma distinção do H2OH! em relação à água mineral.

Diante dessa exposição, não há razões para se adotar entendimento diverso e o pedido proposto na inicial, por conta disso, não merece acolhimento.

Consequentemente, os pedidos formulados em sede liminar, também, acabam alcançados por esta rejeição, ficando totalmente indeferidos.

Posto isso, tendo em vista os fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, **REJEITO O PEDIDO.**

Sem custas e honorários advocatícios.

Após o trânsito em julgado, oportunamente, arquivem-se.

P. R. I.

 Marabá/PA, 22/10/2013
HEITOR MOURA GOMES

Juiz Federal Substituto da

2ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá
designado para o mutirão de sentenças à distância
(PA nº 8937/2012 e Ato/Presi/Asmag nº 467/2013)