

Apelação Cível n. 0053698-12.2010.8.24.0038, de Joinville
Relatora: Desembargadora Soraya Nunes Lins

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INIBITÓRIA C/C PERDAS E DANOS. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA AÇÃO PRINCIPAL E NA RECONVENÇÃO. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

RECURSO DAS AUTORAS.

PRELIMINAR DE CONTRARRAZÕES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PETIÇÃO DE APELAÇÃO QUE APRESENTA AS RAZÕES PELAS QUAIS AS APELANTES ENTENDEM QUE A SENTENÇA DEVE SER REFORMADA.

CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DO FEITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE SÃO SUFICIENTES PARA O DESLINDE DA LIDE E CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. PRELIMINAR AFASTADA.

MÉRITO. ALEGAÇÃO DE IMITAÇÃO DO CONCEITO E CONJUNTO-IMAGEM DA BEBIDA ENERGÉTICA "RED BULL" PELA BEBIDA DE MESMO TIPO DENOMINADA "RED HORSE". EXISTÊNCIA DE SEMELHANÇA ENTRE ALGUNS ELEMENTOS QUE COMPÕEM AS MARCAS E AS EMBALAGENS QUE, TODAVIA, NÃO É SUFICIENTE PARA CAUSAR CONFUSÃO PERANTE OS CONSUMIDORES E NEM INDEVIDA ASSOCIAÇÃO ENTRE OS PRODUTOS. ANÁLISE COMPARATIVA QUE DEVE LEVAR EM CONTA O CONJUNTO DOS SINAIS DISTINTIVOS QUE IDENTIFICAM OS PRODUTOS, E NÃO OS ELEMENTOS DE MANEIRA ISOLADA. POSSIBILIDADE DE FÁCIL IDENTIFICAÇÃO E DISTINÇÃO DOS PRODUTOS, O QUE AFASTA A TESE DE DESVIO DE CLIENTELA. CONCORRÊNCIA DESLEAL NÃO CARACTERIZADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE, PRIVILEGIANDO O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEMANDA EM QUE NÃO HOUE CONDENAÇÃO. VERBA HONORÁRIA

ARBITRADA POR EQUIDADE, NOS TERMOS DO § 4º DO ART. 20 DO CPC/1973. NÃO ADSTRIÇÃO AOS LIMITES PERCENTUAIS PREVISTOS NO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO. MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA EM CONSONÂNCIA COM OS CRITÉRIOS LEGAIS. MINORAÇÃO INCABÍVEL.

RECURSO DA RÉ/RECONVINTE.

RECURSO QUE NÃO HAVIA SIDO CONHECIDO POR TER SIDO CONSIDERADO PREMATURO. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DETERMINANDO O SEU JULGAMENTO. RETORNO DOS AUTOS.

RECONVENÇÃO. PRETENDIDA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS ADVINDOS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO E DO DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUTORAS QUE PROPUSERAM A AÇÃO POR ENTENDEREM QUE HOUVE VIOLAÇÃO AO SEU DIREITO DE MARCA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO (ART. 5º, XXXV, DA CF), SEM QUE TENHA SE VERIFICADO CONDUTA DESLEAL OU DE MÁ-FÉ. PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA QUE FOI DEFERIDO. DANOS DECORRENTES DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO QUE DEVEM SER RESSARCIDOS PELAS AUTORAS, EM RAZÃO DE SUA POSTERIOR REVOGAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA AUSÊNCIA DE CULPA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREVISTA NOS ARTS. 273, § 3º, 475-O E 811 DO CPC/1973. DETERMINAÇÃO DE PROIBIÇÃO DE FABRICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DO PRODUTO, BEM COMO A SUA RETIRADA DO MERCADO, QUE ACARRETOU DANOS MATERIAIS À RÉ/RECONVINTE. APURAÇÃO A SER REALIZADA EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANOS MORAIS, POR SUA VEZ, NÃO CARACTERIZADOS. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA APÓS A ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS, EM JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA, QUE NÃO CAUSOU PREJUÍZO À REPUTAÇÃO OU À IMAGEM DA RÉ. DIVULGAÇÃO DA DECISÃO NA MÍDIA E REPERCUSSÃO EM REDES SOCIAIS QUE DECORRE DO DIREITO DE LIBERDADE DE IMPRENSA, À INFORMAÇÃO E DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL DO RECLAMO, PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA RECONVENÇÃO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA AÇÃO PRINCIPAL. PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO. MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA QUE SE REVELA ADEQUADO E EM CONFORMIDADE COM OS CRITÉRIOS PREVISTOS NO § 3º DO ART. 20 DO CPC/1973. MANUTENÇÃO.

RECURSO DAS AUTORAS CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DA RÉ CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0053698-12.2010.8.24.0038, da comarca de Joinville (5ª Vara Cível), em que é Apelante/Apelado 101 do Brasil Industrial Ltda. EPP, e Apelado/Apelante Red Bull do Brasil Ltda e Red Bull GMBH:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso de apelação das autoras e negar-lhe provimento, e conhecer do recurso de apelação da ré e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Monteiro Rocha.

Florianópolis, 23 de janeiro de 2020.

Desembargadora Soraya Nunes Lins
RELATORA

RELATÓRIO

Red Bull GMBH e Red Bull do Brasil Ltda. ajuizaram ação inibitória cumulada com perdas e danos contra 101 do Brasil Industrial Ltda., afirmando que a bebida energética "Red Bull" possui sua atual configuração visual registrada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) desde 3/2/2004 e que, desde então, vários registros foram concedidos, contendo os diferentes elementos distintivos da bebida.

Alegaram que, visando se beneficiar da fama da "Red Bull", a ré lançou no mercado bebida energética denominada "Red Horse", que é acondicionada em embalagem que viola a marca "Red Bull" e imita o seu conjunto-imagem (*trade dress*).

Sustentaram que o uso das palavras "red" e "horse" e de elementos gráficos com disposição idêntica tem a clara intenção de provocar associação indevida entre os produtos, uma vez que se tratam de bebidas energéticas destinadas ao mesmo grupo de consumidores, o que demonstra a tentativa de captação indevida da clientela das autoras, configurando crime de concorrência desleal.

Discorreram sobre: a) a reputação mundial da marca "Red Bull", com grandes investimentos em marketing e publicidade; b) a conduta ilícita da ré, em razão da violação da marca "Red Bull" e imitação do conjunto-imagem das autoras; c) a habitualidade da prática da ré de infringir direitos de marca alheios; d) a violação da marca registrada; e) a concorrência desleal; f) a diluição da marca, com a perda da força distintiva do sinal e de seu poder de atração; g) a violação ao Código de Defesa do Consumidor; h) o dever de indenizar os prejuízos causados.

Requereram a concessão de liminar para determinar à ré: a) a cessação das práticas de violação de marca e concorrência desleal, abstendo-se de fabricar, distribuir e comercializar a bebida "Red Horse" sob a atual marca, logomarca e embalagem; b) a promoção de alterações na logomarca e

vestimenta do produto, para afastar qualquer similitude com o "Red Bull", adotando outras que não sejam passíveis de confusão; c) a retirada de circulação de todos os produtos e materiais publicitários que contenham as logomarcas e embalagens referidas na demanda; d) a expedição de ofício ao Núcleo de Informação e Coordenação Civil do Ponto Br, para retirar do ar o *site* "www.redhorsepower.com.br".

Ao final, postularam a confirmação da liminar e o pagamento de indenização por danos materiais decorrentes dos atos de infração marcária e concorrência desleal, devendo ser apurado o montante em liquidação, bem como por danos morais.

A ré apresentou justificação prévia (fls. 697/724).

O pedido de liminar foi deferido, para determinar à ré: a) a não fabricação, distribuição e comercialização da bebida energética "Red Horse", sob pena de multa de R\$ 100.000,00 em caso de desobediência, sem prejuízo da responsabilidade criminal; b) a retirada do mercado, no prazo de 15 dias, de todos os referidos produtos, sob pena de multa de R\$ 50,00 por garrafa que vier a ser apreendida (fls. 764/767). (Interposto agravo de instrumento contra a decisão, foi determinada a sua suspensão e, posteriormente, foi dado provimento ao recurso – AI n. 2011.009092-4; fls. 789/794 e 1125/1135).

A ré apresentou reconvenção, alegando que a ação representa assédio processual das reconvindas que, na tentativa de garantir monopólio, denegriram a reputação da reconvinte perante o mercado consumidor, mesmo tendo ciência da improcedência do pedido.

Argumentou que em razão da divulgação da ação e da decisão liminar na imprensa e na internet sua reputação está prejudicada, mesmo com a reforma da decisão, pois passou a ter seu produto visto como plágio, genérico e ilícito.

Acrescentou que consumidores finais e revendedores deixaram de adquirir o produto, houve cancelamentos de compras e seu faturamento caiu

mais de 90% em duas semanas, além de ter de remover propagandas em *outdoors* e toda sua linha de marketing.

Requeru a condenação das reconvindas ao pagamento de: a) danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) no valor de R\$ 1.000.000,00, referentes aos danos de pronto auferidos, sem prejuízo dos demais a serem apurados por perito a título de desvalorização da marca no mercado e valores despendidos para divulgação da decisão do tribunal liberando a comercialização, ou que sejam todos os valores apurados em liquidação de sentença; b) danos morais. Além disso, postulou que as reconvindas fossem obrigadas a publicar a sentença em jornal de grande circulação.

Em contestação, arguiu, preliminarmente: a) irregularidade na representação processual das autoras; b) necessidade de prestação de caução pela empresa estrangeira; c) necessidade de caução por contracautela.

No mérito, alegou que: a) não existem circunstâncias que levem ao engano dos consumidores, havendo absoluta distinção entre os produtos; b) a marca "Red Horse" está registrada em diversos países e convive pacificamente com a "Red Bull"; c) deve ser resguardada a livre iniciativa e concorrência, afastando a tentativa das autoras de manter monopólio; d) um simples confronto entre os produtos permite evidenciar a ausência de semelhança entre eles, apontando distinção nas cores, letras e figuras utilizadas; e) as autoras tentaram induzir em erro o Juízo ao mencionar anterior processo judicial, referente a produto diverso, não podendo ser utilizado o erro no passado como fundamento no caso presente; f) inexistente dever indenizatório.

Requeru a condenação das autoras por litigância de má-fé.

As reconvindas apresentaram contestação à reconvenção, asseverando, em síntese, que: a) se trata de tentativa de cerceamento do seu direito de ação; b) a reconvinte já é conhecida no mercado por seus atos de infração de direitos de propriedade industrial; c) há absoluta pertinência da ação principal, estando demonstrada a concorrência desleal praticada pela reconvinte;

d) inexistente dever de indenizar, porque não praticaram nenhum ato ilícito; e) não foram comprovados os danos materiais nem os morais.

Réplica das autoras às fls. 1091/1107.

Sobreveio a sentença, que julgou improcedente o pedido da ação principal, condenando as autoras ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 10.000,00, e julgou também improcedente a reconvenção, condenando a reconvinte a arcar com as custas da ação secundária e honorários advocatícios, estipulados em R\$ 4.000,00.

Embargos de declaração opostos pelas autoras foram rejeitados.

A ré/reconvinte interpôs recurso de apelação, arguindo, preliminarmente, as seguintes nulidades: a) ausência de intimação acerca da contestação das apeladas e da réplica com documentos novos; b) ausência de publicação do despacho que determinou a especificação das provas a serem produzidas; c) ausência de fundamentação da sentença no tocante à reconvenção; d) cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide.

No mérito, reiterou as alegações da reconvenção, argumentando que o ajuizamento da ação e principalmente o deferimento da antecipação de tutela provocaram danos à imagem da apelante e enormes prejuízos à saúde financeira da empresa, tendo as apeladas obtido a liminar mediante calúnias e difamações à sua reputação.

Sustentou que com o ajuizamento da ação temerária e a formulação do pedido de antecipação de tutela, que foi deferida e depois revogada, ficou caracterizado o dever de indenizar os prejuízos causados, aplicando-se, subsidiariamente, o art. 811 do CPC/1973.

Por fim, insurgiu-se contra os honorários advocatícios de sucumbência, postulando sua majoração para R\$ 100.000,00 ou outra quantia a ser arbitrada.

Também as autoras apelaram, arguindo, como preliminar,

cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado do feito, a despeito do requerimento para juntada de laudo técnico jurídico.

No mérito, alegaram que a identidade visual do produto da apelada imita o conceito desenvolvido pelas apelantes, com o objetivo de tentar confundir o consumidor, tirando proveito da fama do energético "Red Bull" e desviando clientela, o que caracteriza a prática de concorrência desleal.

Asseveraram que para análise da prática da concorrência desleal não basta averiguar se as semelhanças são suscetíveis de causar confusão no mercado, a ponto de que um produto seja adquirido como se fosse outro, pois a concorrência desleal fica caracterizada por outros três aspectos: a) risco de associação indevida do produto com o das apelantes, que faz com que os consumidores acreditem haver relação entre os produtos, equivocando-se quando à sua procedência ou que possuem as mesmas qualidades; b) diluição do poder de distintividade no mercado; c) aproveitamento da receita de sucesso alcançado pelas apelantes, poupando enormes recursos com o desenvolvimento de um produto com conceito próprio e publicidade.

Afirmaram que já houve decisão no Paraguai do órgão responsável pelo exame e registro de marcas, que reconheceu o conflito entre as marcas e indeferiu o pedido de registro.

Por fim, pugnaram que os honorários sejam fixados conforme os limites estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC/1973, no percentual de 10% do valor da causa.

Contrarrazões das autoras às fls. 1289/1320, e da ré às fls. 1330/1348.

Ascenderam os autos a este Tribunal de Justiça.

As autoras apresentaram petição para requerer a juntada de precedente jurisprudencial (fls. 1359/1363), manifestando-se a ré em seguida (fl. 1391).

Em sessão de julgamento realizada em 4/9/2014, esta Quinta

Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso da ré/reconvinte, e conhecer e negar provimento ao recurso das autoras/reconvindas (fls. 1406/1425).

Embargos de declaração foram opostos por ambas as partes (fls. 1491/1504 e 1505/1508), sendo rejeitados (fls. 1511/1521).

As partes interpuseram recursos especiais (fls. 1524/1542 e 1574/1612), os quais não foram admitidos (fls. 1679/1681 e fls. 1682/1684), ensejando a interposição de agravos (fls. 1688/1696 e 1732/1775).

Remetidos os autos ao Superior Tribunal de Justiça, os agravos foram providos, para determinar a reautuação dos autos como recurso especial (fls. 1843v./1844 e 1844v./1845).

O recurso especial da ré foi parcialmente provido, para cassar o acórdão, reconhecendo a tempestividade do recurso de apelação por ela interposto, e determinando o retorno dos autos ao Tribunal, para que, superada a questão, proceda a novo julgamento dos apelos (fls. 1849/1850 v.).

Em consequência, o recurso especial das autoras foi julgado prejudicado, ante a perda do objeto da pretensão recursal (fls. 1851/1851 v.).

Após o retorno dos autos a esta Corte de Justiça, vieram conclusos.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados em ação inibitória cumulada com perdas e danos, e também na reconvenção.

Preliminarmente, registre-se que, não obstante a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015 - o Novo Código de Processo Civil -, no dia 18 de março de 2016, como a sentença foi proferida ainda na vigência da antiga lei, o presente recurso observará as normas do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/1973).

Aliás, acerca da aplicação das normas processuais, dispõe o art. 14 do novo Código de Processo Civil: "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

Feito o registro, passa-se à análise dos reclamos.

1. Recurso das autoras (Red Bull GMBH e Red Bull do Brasil Ltda.)

1.1 Contrarrazões - princípio da dialeticidade

Inicialmente, cumpre afastar a preliminar suscitada em contrarrazões de que o recurso não pode ser conhecido por violação ao princípio da dialeticidade.

Ao contrário do alegado, percebe-se que constam da petição de apelação as razões pelas quais a parte entende que a sentença deve ser modificada, conforme exigência do art. 514, II, do Código de Processo Civil de 1973.

Logo, não há falar em afronta ao princípio da dialeticidade.

1.2 Cerceamento de defesa

Deve ser afastada também a preliminar da apelação de cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide.

Argumentam as apelantes que haviam requerido a apresentação de laudo técnico jurídico elaborado por experto em propriedade intelectual, mas que o Magistrado optou pelo julgamento antecipado, sem apreciar o pedido de produção de provas.

Com efeito, na petição às fls. 1113 e 1114, as apelantes postularam a juntada de laudo técnico jurídico de um especialista em propriedade intelectual, ressaltando não se tratar de prova pericial, para demonstrar que a coexistência dos produtos no mercado provoca risco de confusão ou associação para os consumidores.

O pleito não chegou a ser apreciado expressamente pelo Togado, que proferiu a sentença em seguida. O fato, todavia, não configura cerceamento de defesa.

O julgamento antecipado da lide é cabível quando a questão de mérito for apenas de direito, ou quando for de direito e de fato, mas não houver necessidade de produção de provas em audiência (art. 330, I, CPC/1973).

Assim, o juiz, enquanto destinatário das provas, pode dispensar a produção de prova em audiência e julgar antecipadamente a lide, se entender que os elementos constantes dos autos são suficientes para formação do seu convencimento motivado.

Nos termos do art. 130 do CPC/1973: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

É o que se verifica no caso concreto, em que as provas documentais presentes nos autos são suficientes para o julgamento da pretensão formulada na ação, não se constatando a relevância na produção da

prova requerida, que não seria capaz de influenciar o julgamento do feito e alterar seu resultado, não se podendo falar em cerceamento de defesa.

Já decidiu este Tribunal de Justiça:

Na esteira do art. 131 do Cãnone Adjetivo Civil, o juiz é o condutor do processo e o aferidor da prova. Desta forma, a ele caberá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130, do Código de Processo Civil). Entendendo pela possibilidade do julgamento de plano (art. 330, do Código de Processo Civil), sem prejuízo às partes, deve conduzir a demanda em conformidade com os princípios da economia e da celeridade processual (Ap. Cív. ns. 2011.066195-0 e 2011.066196-7, de São José, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 15/3/2012).

Não há cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, quando os elementos constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento do magistrado e a matéria a ser apreciada dispensa a produção da prova oral (Ap. Cív. n. 2011.085365-6, de Tubarão, rel. Des. Jânio Machado, j. 19/7/2012).

Desse modo, como as provas dos autos eram suficientes para o deslinde da controvérsia e a formação do convencimento do magistrado, mostrando-se dispensável a dilação probatória e a produção de outras provas, cabível o julgamento antecipado da lide, não se caracterizando cerceamento de defesa.

Ademais, tratando-se de prova documental, e não pericial, poderiam as apelantes simplesmente ter juntado o referido laudo técnico, independentemente de requerimento.

Afastada a preliminar, passa-se ao exame do mérito recursal.

1.3 Mérito

Alegam as apelantes, em síntese, que a bebida energética produzida pela apelada, denominada "Red Horse", imita o conceito e o conjunto-imagem (*trade dress*) do produto das apelantes - o energético "Red Bull", que é líder de mercado -, com o objetivo de confundir os consumidores e captar clientela por meio de indevida associação, caracterizando a prática de

concorrência desleal.

Como já consignado no agravo de instrumento interposto contra a decisão que concedeu a tutela antecipada, a lei assegura proteção aos sinais visuais distintivos que identificam determinado produto, impedindo que outro, da mesma classe, utilize elemento distintivo semelhante, capaz de gerar confusão aos consumidores pela dificuldade de diferenciação. Objetiva-se proteger não só o titular do registro da marca como os próprios consumidores, para que não adquiram produto diferente do que realmente pretendiam comprar, porque induzidos a erro.

Assim, não é admitido o registro como marca de "reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia" (art. 124, XIX, Lei n. 9.279/96).

Nessa perspectiva, a Lei n. 9.279/96 estabelece como crime de concorrência desleal a utilização de meio fraudulento para desvio de clientela (art. 195, III), e confere ao prejudicado o direito de postular indenização pelos prejuízos sofridos em decorrência de atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal, "tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio" (art. 209).

No caso em apreço, é possível perceber que existe semelhança entre alguns elementos que compõem as marcas e as embalagens dos produtos.

No tocante às marcas nominativas, observa-se que ambas são formadas pela junção do vocábulo "red" (vermelho) a um vocábulo referente a um animal - "bull" (touro), no caso das apelantes, e "horse" (cavalo), no produto da apelada.

A embalagem da "Red Bull" é ilustrada pela figura de dois touros,

um de frente para o outro em posição de confronto, com um círculo amarelo atrás, enquanto que a "Red Horse" apresenta dois cavalos empinados e com asas, segurando um brasão com o nome do produto. O fato de os cavalos serem alados coincide com o slogan da "Red Bull" - "te dá asas" (fls. 941/944).

Não se pode negar, assim, que de fato existem semelhanças em determinados elementos que compõem a marca e a aparência visual do produto da apelada e do já consagrado energético produzido pelas apelantes.

Todavia, ao procurar um produto para aquisição, o consumidor não se atenta a detalhes da embalagem e do rótulo, mas identifica o produto pela sua aparência geral.

Por isso, como já consignado no voto do AI n. 2011.009092-4, para que se possa concluir que um produto se apresenta de tal forma que dificulte sua diferenciação em relação a outro do mesmo gênero, os sinais distintivos não devem ser analisados de maneira isolada, considerando um elemento específico, mas sim levando em conta o conjunto de signos que o identificam. Foi inclusive colacionada doutrina nesse sentido:

Na verificação da hipótese de imitação, recomendam os doutrinadores e o Judiciário que as marcas em contenda sejam apreciadas pela impressão conjuntural. Isso porque as marcas, na sua ação de conquista do consumidor, não se projetam para o público em fragmentos, mas em uma unidade, ainda que se componham de uma pluralidade de elementos verbais e/ou pictóricos. O homem as apreende na sua impressão conjuntural, na sua integralidade, não decompondo os seus elementos para neles identificar diferenças ou semelhanças. Essa orientação de exame serve tanto para afastar como para afirmar a existência de conflito. O examinador deve agir como o consumidor, pois as marcas não são destinadas a figurar em certificados de registro: são sinais que se destinam a ganhar vida, pulsando no mercado, na busca de formação de clientela. São entes que emitem sinais relativos à origem e características dos produtos ou serviços de determinado produtor, comerciante ou prestador de serviços (CORREA, José Antonio B. L. Faria; *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). *Propriedade intelectual: sinais distintivos e tutela judicial e administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 253).

E também jurisprudência:

Faz-se necessário, para o exame do fenômeno da colisão de marcas, não

somente a aferição do ramo de atividade comercial das empresas combatentes, mas deve-se apreciar também a composição marcária como um todo. É que a proteção da marca é limitada à sua forma de composição, porquanto as partes e/ou afixos de dado signo - ainda mais quando essencialmente nominativo - podem ser destacados e combinados com outros sinais, resultando em um outro conjunto simbólico essencialmente distinto. É o fenômeno da justaposição ou aglutinação de afixos em nomes, que podem constituir outras marcas válidas, no mesmo ramo de atividade econômica (v.g.: Coca-Cola e Pepsi Cola) (STJ, REsp n. 862067/RJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJ/RS), j. 26/4/2011).

A possibilidade de confusão deve ser apreciada pela impressão de conjunto deixada pelas marcas. Havendo diferenças notáveis entre elas, tanto no aspecto visual como no aspecto ortográfico, impossível cogitar de imitação ou reprodução (TJSC, Ap. Civ. n. 1996.002586-3, de Criciúma, Rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 23/8/2001).

APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA COM ATIVIDADE DE MERCANCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. MARCA REGISTRADA "SOFT" E "MALHASOFT" - DENOMINAÇÃO GENÉRICA DE PRODUTO. POSSIBILIDADE DE USO POR EMPRESAS DO MESMO RAMO, DESDE QUE EM CONJUNTO COM OUTROS ELEMENTOS IDENTIFICADORES. CONFUSÃO E CONCORRÊNCIA DESLEAL. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO (Ap. Civ. n. 2008.021633-9, de Blumenau, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j. 12/12/2008).

Pois bem. Analisando o conjunto dos sinais distintivos que compõem as marcas e os conjuntos-imagem em questão, verifica-se que são bastante diferentes entre si, não existindo risco de que o consumidor se confunda, levando um produto por outro, nem tampouco faça associação indevida entre eles, sendo facilmente perceptível que se trata de dois produtos do mesmo tipo – bebida energética –, mas de origem diversa.

Ao visualizar as imagens que constam nos autos (fls. 941/944), constata-se que a "Red Horse" apresenta embalagem em que predominam as cores preta e vermelha, a primeira na parte superior e a segunda na parte inferior, aparecendo o nome em duas linhas, com as palavras sobrepostas. Já a lata da "Red Bull" tem as cores azul e prata, divididas e intercaladas em quatro partes, com o nome escrito em uma única linha.

A impressão visual que causam a quem olha os produtos, seja separadamente, seja lado a lado, é nitidamente distinta, e permite facilmente ao consumidor distinguir um do outro.

Logo, conclui-se que se o comprador adquire a bebida "Red Horse" não é por acreditar se tratar da "Red Bull", ou por entender que existe associação entre os produtos, mas sim porque opta conscientemente pela sua compra, seja em razão do preço ou por outras características que o atraem.

Nesse contexto, se não existe perigo de que os consumidores deixem de adquirir o produto das apelantes por confundir-lo com a bebida da apelada ou por acreditar que tenham a mesma procedência, não há falar em desvio de clientela e nem em proveito do prestígio da "Red Bull" pela apelada. Consequentemente, não resta caracterizada prática de concorrência desleal.

Sobre a matéria, leciona Fábio Ulhoa Coelho:

Sendo assim, não é simples diferenciar-se a concorrência *leal* da *desleal*. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também se identificam a concorrência leal e a desleal. São os *meios* empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meio idôneos e meios inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva (*Curso de direito comercial*. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 209).

Assim, não verificada a existência de semelhança entre as marcas e embalagens que possa levar o consumidor a erro, e inexistindo captação ilícita de clientela e concorrência desleal, percebe-se que o que há, no caso, é mera concorrência lícita entre produtos do mesmo tipo, devendo ser afastada a pretensão das apelantes, em respeito à livre concorrência.

Em precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO DE TERMO DESIGNATIVO DO

COMPONENTE PRINCIPAL DO MEDICAMENTO. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONCORRÊNCIA DESLEAL. INEXISTÊNCIA.

(...)

4. A finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art.4º, VI, do CDC).

(...)

7. Afastada a identidade entre as referidas marcas apta a ensejar confusão e captação indevida de consumidores, não há se falar em ofensa ao art. 195, III da LPI.

8. Recurso especial não provido (REsp n. 1105422/MG, rel. Mina. Nancy Andrichi, j. 10/5/2011).

Da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça, extrai-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA. PRETENSÃO DE EXCLUSIVIDADE NO USO DA MARCA. ALEGAÇÃO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. IDENTIDADE MARCÁRIA E CONFUSÃO INEXISTENTE. PRETENSÃO DE EXCLUSIVIDADE. REGISTRO DA EXPRESSÃO "SAÚDE". IMPOSSIBILIDADE. DESIGNAÇÃO COMUM PARA O RAMO DE ATIVIDADE DAS EMPRESAS. IMPEDITIVO LEGAL ESCULPIDO NO INCISO VI DO ART. 124 DA LEI 9.279/1996 (...) (Ap. Cív. n. 2013.064900-8, de Gaspar, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 12/12/2013).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE MARCA. FABRICANTES DE MASSAS ALIMENTÍCIAS. CRIMES CONTRA O REGISTRO DE MARCA NA IMITAÇÃO DAS CORES DA EMBALAGEM E DE CONCORRÊNCIA DESLEAL NO EMPREGO DE MEIO FRAUDULENTO PARA DESVIO DA CLIENTELA. ARTIGOS 189, INCISO I, E 195, INCISO III, DA LEI N. 9.279, DE 14.5.1996. USO DE EMBALAGEM SUPERFICIALMENTE SEMELHANTE NA COR, MAS INCAPAZ DE LEVAR O CONSUMIDOR A ERRO. DESVIO ILÍCITO DE CLIENTELA QUE OS AUTOS NÃO EVIDENCIAM. NECESSIDADE DE SE GARANTIR O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA ESTABELECIDO NO ARTIGO 170, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

As cores, por si sós, não constituem função essencial da marca, o que as afasta da proteção da Lei n. 9.279, de 14.5.1996.

A pretexto de tutelar a concorrência desleal, não se admite a tutela do lucro, este que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica (Ap. Cív. n. 2008.032709-6, de Santa Rosa do Sul, rel. Des. Jânio Machado, j. 31/5/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO DE

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C INDENIZAÇÃO. LAVADORA DE ROUPAS. AUSÊNCIA DE PROVA DE PRODUÇÃO OU DE COMERCIALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONTRAFAÇÃO. MERA SEMELHANÇA ENTRE EQUIPAMENTOS COMERCIALIZADO PELOS LITIGANTES. INSUFICIÊNCIA PARA CONFUNDIR O CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

"Caracteriza concorrência desleal, a prática de atos que visam criar confusão entre produtos ou desviar, em proveito próprio ou alheio, a clientela de outrem" (TJSC, Apelação Cível n. 2002.024818-0 e n. 2004.001288-8, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 16-3-2006) (Ap. Cív. n. 2008.064164-2, de Pinhalzinho, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 10/6/2010).

Assim, não caracterizada hipótese de desvio de clientela, porque inexistente risco de confusão ou associação entre os produtos em comparação, não estando também configurada situação de concorrência desleal, deve ser mantida a sentença de improcedência dos pedidos.

Registre-se que a existência de outros processos contra a empresa apelada por violação ao direito de marca em relação a outros produtos em nada interfere no presente feito, que trata de caso específico e diverso.

Do mesmo modo, a decisão do órgão paraguaio de indeferir o registro da marca naquele país, mencionada pelas apelantes, por óbvio não vincula esta Corte de Justiça, tampouco influencia no julgamento do recurso.

1.4 Honorários advocatícios

No tocante à insurgência contra a verba advocatícia, melhor sorte não assiste às apelantes.

O MM. Juiz fixou os honorários advocatícios na ação principal em R\$ 10.000,00.

As apelantes argumentam que, como o art. 20, § 3º, do CPC/1973 estabelece que os honorários são fixados entre 10% e 20% sobre o valor da causa, a verba honorária não poderia ser superior a R\$ 6.000,00, postulando que sejam fixados no percentual mínimo de 10%.

Sem razão as recorrentes.

Tendo sido julgado improcedente o pedido, não houve condenação, razão pela qual não há falar em fixação da verba honorária entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, devendo os honorários advocatícios ser fixados por apreciação equitativa do juiz, com observância dos critérios fixados no § 3º do mesmo dispositivo legal, consoante estabelece o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973. *In verbis*:

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Assim, na situação dos autos, em que não há condenação, os honorários são arbitrados por equidade, com fulcro no § 4º do art. 20 do CPC/1973, o que significa que não se está adstrito aos limites percentuais previstos no § 3º.

Nesse sentido:

Seguindo a regência do § 4º do art. 20 do CPC, o arbitramento dos honorários advocatícios, nas causas em que não houver condenação, não está adstrito aos limites percentuais de 10% e 20% estabelecidos pelo § 3º do mesmo dispositivo (REsp n. 1312225/RS, rel. Mina. Eliana Calmon, j. 16/5/2013).

Em sua apreciação equitativa, nada impede que o magistrado arbitre honorários em valores inferiores ou superiores aos que resultaria da observância dos limites indicados no § 3º do art. 20 do CPC (mínimo de 10% e máximo de 20%) (AgRg nos EDcl no REsp n. 1237578/CE, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 21/3/2013).

In casu, os honorários advocatícios foram fixados em observância aos critérios previstos nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC/1973, ou seja, o grau de zelo do procurador, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da demanda, bem como o trabalho realizado e o tempo exigido para seu desempenho.

Sua minoração, para estabelecê-los em 10% sobre o valor da causa, como almejam as apelantes, mostra-se incabível, pois o montante não

seria suficiente para remunerar de maneira adequada o trabalho do procurador da parte contrária, que atuou com dedicação e eficiência na defesa dos interesses de seu cliente, em demanda de razoável complexidade e considerável importância.

Assim, não merece acolhimento o recurso das autoras/reconvindas.

2. Apelação da ré/reconvinte (101 do Brasil Ltda. EPP)

No julgamento realizado em 4/9/2014, o recurso de apelação interposto pela ré/reconvinte não foi conhecido, por ter sido interposto antes da intimação acerca da decisão dos embargos de declaração opostos pela parte contrária e não ter sido ratificado. Por esse motivo, foi considerado prematuro, conforme entendimento adotado à época.

No entanto, diante do provimento do recurso especial interposto pela parte, para reconhecer a tempestividade da apelação e determinar o seu julgamento por este Tribunal, procede-se à análise do reclamo.

2.1 Preliminares

Em sustentação oral realizada na sessão de julgamento, o procurador da ré/reconvinte requereu a desistência das preliminares argúidas no recurso, razão pela qual se passa diretamente ao exame do mérito da apelação.

2.2 Mérito

Alega a apelante, em síntese, que o ajuizamento da ação e o deferimento da antecipação de tutela causaram danos à sua imagem e prejuízos à saúde financeira da empresa.

Argumenta que as autoras, a fim de obter a liminar, utilizaram de calúnias e difamações, de forma a induzir o Juízo em erro, restando caracterizado o assédio processual.

Sustenta que, devido à grande repercussão na mídia e em redes sociais, teve sua reputação maculada e sofreu grandes prejuízos, com expressiva queda de faturamento, cancelamentos de pedidos e remoção de propagandas em *outdoors*.

Em razão disso, entende que deve ser reformada a sentença, para que sejam as apeladas condenadas ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

A insurgência merece parcial acolhimento nesse aspecto.

As autoras propuseram a presente ação porque, em seu entendimento, o produto fabricado pela ré violava o seu direito de marca, apresentando as alegações que, em seu ponto de vista, demonstravam a prática ilegal da empresa ora apelante.

Nesse contexto, não restou configurada deslealdade processual ou má-fé das autoras, pois agiram no regular exercício do direito de ação, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a fim de defender direito que entenderam violado.

A propositura da ação, assim, não caracteriza ato ilícito, capaz de dar ensejo ao pagamento de indenização por perdas e danos, ainda que os pedidos tenham sido julgados improcedentes ao final.

Ocorre que as autoras requereram, com amparo no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de cessar as práticas que, em seu entendimento, configuravam violação ao direito de marca e concorrência desleal.

O MM. Juiz, em juízo de cognição sumária, entendeu preenchidos os requisitos para concessão da tutela antecipada e deferiu o pleito, para determinar à ré: a) a não fabricação, distribuição e comercialização da bebida energética "Red Horse", sob pena de multa; b) a retirada do mercado, no prazo de 15 dias, de todos os referidos produtos, sob pena de multa (fls. 764/767). A decisão foi proferida em 13/12/2010, sendo a ré intimada para cumprimento em

17/2/2011 (fl. 781).

A decisão logo teve seus efeitos suspensos, uma vez que, no agravo de instrumento contra ela interposto, foi deferido o efeito suspensivo em 24/2/2011 (fls. 789/794).

Como é sabido, a decisão que analisa o pedido de antecipação de tutela é proferida em juízo superficial e provisório, dependendo de posterior confirmação por ocasião da sentença, quando a matéria é apreciada em juízo de cognição exauriente.

Tendo em vista o caráter precário e provisório da decisão de tutela de urgência, o autor assume os riscos advindos de seu requerimento, respondendo pelos eventuais danos decorrentes da sua execução na hipótese de posterior revogação.

O dever de indenizar, nesse caso, independe de ter a parte atuado com dolo ou culpa, sendo dispensada a comprovação de má-fé, uma vez que se trata de responsabilidade objetiva, a qual depende tão somente da demonstração dos danos sofridos pelo réu em decorrência do cumprimento da liminar posteriormente revogada.

Esse entendimento encontra amparo no art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, que faz referência ao art. 588, o qual foi revogado, sendo aplicável o art. 475-O, do mesmo diploma legal:

Art. 273 (...)

(...)

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: _

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; _

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos (grifou-se).

Do mesmo modo, o art. 811 prevê a responsabilidade do autor pelos danos decorrentes da execução da medida liminar em ação cautelar em caso de sentença de improcedência. Veja-se:

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Por ambas serem espécies de tutela de urgência, a regra aplica-se também à tutela antecipada.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

(...) tratando-se de *tutela provisória*, todos os atos executivos que a parte promova precariamente, sujeitos a revogação posterior por ato judicial definitivo, conduzirão o autor a responder objetivamente pelos danos acarretados ao réu.

A redação do art. 811 e, também, a do art. 475-O do CPC, que ocupou o lugar do antigo art. 588, não deixam margem a dúvidas: basta que ocorram as hipóteses descritas em seus incisos para que nasça para a parte a obrigação de responder "pelos prejuízos que lhe (ao requerido) causar a execução da medida", e de restituir "as partes ao estado anterior".

Para fixação da responsabilidade civil do promovente da medida ou da execução provisória, não importa saber se agiu ele com fraude, malícia, dolo ou culpa *stricto sensu*. Pela sumariedade e excepcionalidade da medida judicial, exige-se que seu exercício se dê a conta e por risco do autor. Não há que se falar em presunção de culpa, pois o que se tem é pura e simplesmente a responsabilidade objetiva, à qual o elemento culpa é de todo estranho e dispensável (*Curso de direito processual civil*. v. 2. Processo de execução e cumprimento da sentença. Processo Cautelar e tutela de urgência. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 730).

Nos comentários de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Revogada a antecipação de tutela, o demandante fica obrigado a responder pelos danos eventualmente causados ao demandado (art. 273, § 3º, e 475-O, I, CPC). Trata-se de responsabilidade objetiva, independente de dolo ou culpa. Basta o fato objetivo da revogação aliado ao dano para responsabilização do demandante (Código de processo civil comentado artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 273).

A respeito da matéria, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. JULGAMENTO AFETADO À SEGUNDA SEÇÃO PARA PACIFICAÇÃO DE MATÉRIA NO ÂMBITO DO STJ. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REPARAÇÃO DE DANO, DECORRENTE DE MEDIDA DEFERIDA NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA. RECONHECIMENTO POSTERIOR DA INEXISTÊNCIA DO DIREITO. OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO PROCESSUAL. DECORRE DA LEI, NÃO DEPENDENDO DE PRÉVIOS RECONHECIMENTO JUDICIAL E/OU PEDIDO DO LESADO. POSSIBILIDADE DE DESCONTO, COM ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, DO PERCENTUAL DE 10% DO MONTANTE DO BENEFÍCIO SUPLEMENTAR, ATÉ QUE OCORRA A COMPENSAÇÃO DO DANO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA. LEI N. 8.112/1990.

1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Com efeito, à luz da legislação, cuida-se de responsabilidade processual objetiva, bastando a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC/1973 (correspondentes aos arts. 297, parágrafo único, 520, I e II, e 302 do novo CPC).

2. Em linha de princípio, a obrigação de indenizar o dano causado pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença, e, por isso, independe de pronunciamento judicial, dispensando também, por lógica, pedido da parte interessada. A sentença de improcedência, quando revoga tutela antecipadamente concedida, constitui, como efeito secundário, título de certeza da obrigação de o autor indenizar o réu pelos danos eventualmente experimentados, cujo valor exato será posteriormente apurado em liquidação nos próprios autos.

(...) (REsp n. 1548749/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 13/4/2016 – grifou-se).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 811, I, DO CPC/73. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. HONRA OBJETIVA. REPUTAÇÃO E BOM NOME.

PROVA. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DIREITO DE RECORRER.

(...)

2. A responsabilidade civil do requerente pelos danos sofridos pelo requerido, decorrentes da execução de medidas cautelares, é objetiva e depende unicamente do posterior julgamento de improcedência do pedido.

3. Por se tratar de responsabilidade objetiva, as alegações de exercício regular do direito de ação ou de que o ajuizamento foi realizado de boa-fé, com convicção acerca do cabimento da medida, não são capazes de afastar o dever de indenizar.

4. Para que a execução da medida cautelar de busca e apreensão seja capaz de causar dano moral indenizável à pessoa jurídica é preciso que existam comprovadas ofensas à sua reputação, seu bom nome, no meio comercial e social em que atua, ou seja, à sua honra objetiva, o que foi verificado pelo Tribunal de origem, na espécie.

(...) (REsp n. 1428493/SC, rel. Mina. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 14/2/2017).

Da jurisprudência desta Corte de Justiça, colhe-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO AUTOR. (...) MÉRITO. AJUIZAMENTO, PELA DEMANDADA, DE AÇÃO CAUTELAR COM O INTUITO DE OBTER PRIORIDADE NA ATRACAÇÃO DE NAVIO NO PORTO DE IMBITUBA/SC. PLEITO FORMULADO NAQUELA DEMANDA COM AMPARO NA CONDIÇÃO DE ARRENDATÁRIA DO TERMINAL GERAL, CONFORME CONTRATO DE ARRENDAMENTO ENTABULADO COM A COMPANHIA DOCAS DE IMBITUBA (CONCESSIONÁRIA RESPONSÁVEL PELA ADMINISTRAÇÃO DO PORTO). MANEJO DA PRETENSÃO CAUTELAR E DA SUBSEQUENTE AÇÃO DECLARATÓRIA QUE, A DESPEITO DA CONCESSÃO DA LIMINAR, OBTIVERAM JULGAMENTO FINAL, EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS, DE IMPROCEDÊNCIA. DIREITO DA PARTE PREJUDICADA PELA CAUTELAR DE SER INDENIZADA PELOS PREJUÍZOS QUE LHE FORAM IMPOSTOS POR FORÇA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA MEDIDA. RESPONSABILIDADE POR DANO PROCESSUAL QUE É OBJETIVA, NOS TERMOS DO QUE DISPUNHA O ART. 988 DO CPC/73, ENTÃO VIGENTE. SENTENÇA REFORMADA. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

(...) (Apelação Cível n. 0003407-32.2010.8.24.0030, de Imbituba, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 12-7-2018).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS DECORRENTES DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REVERTIDA. APELANTE QUE POSTULOU ANTECIPADAMENTE O FORNECIMENTO DE VEÍCULO NAS MESMAS CONDIÇÕES QUE O SEU, SOB ALEGAÇÃO DE VÍCIOS OCULTOS. TUTELA DEFERIDA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSTERIOR DERROTA NAQUELA AÇÃO. DEVOLUÇÃO DO

VEÍCULO À APELADA. DEPRECIÇÃO DECORRENTE DO USO E TEMPO DECORRIDO. PREJUÍZO A SER SUPOSTO PELA APELANTE, POSTULANTE DO PROVIMENTO EM CARÁTER PRECÁRIO POR SUA CONTA E RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICAÇÃO DOS ARTS. 475-O, I, E 811, I, DO CPC/1973. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. (...) (Apelação n. 0302531-09.2015.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 16-8-2016).

No caso em apreço, é inegável que a execução da decisão de antecipação de tutela, que determinou a proibição de fabricação, distribuição e comercialização da bebida produzida pela apelante, bem como a sua retirada do mercado, acarretou-lhe danos materiais.

Isso porque, ainda que tenha vigorado por curto espaço de tempo, até a concessão do efeito suspensivo no agravo de instrumento, a empresa teve que paralisar sua produção durante esse período, ficou impedida de vender o produto no mercado, e teve cancelados pedidos de revendedores.

Diante disso, impõe-se reconhecer o direito a ser ressarcida dos prejuízos sofridos em decorrência do cumprimento da decisão de tutela antecipada, os quais deverão ser apurados em liquidação de sentença, conforme previsto nos arts. 475-O e 811 do CPC/1973.

Por outro lado, quanto aos danos morais, a pretensão não merece prosperar.

A alegação da apelante de que as autoras utilizaram calúnias e difamações a fim de obter o monopólio do mercado não pode ser acolhida, pois, como visto, aquelas apenas apresentaram os argumentos pelos quais, em seu entendimento, havia violação ao seu direito de marca, não tendo se caracterizado litigância de má-fé.

Do mesmo modo, não restou demonstrado que a apelante sofreu danos morais em decorrência do deferimento da tutela antecipada.

É que não é possível afirmar que a decisão tenha causado prejuízo à reputação e à credibilidade da empresa, pois se limitou a apreciar a presença dos requisitos da tutela de urgência, em juízo superficial e provisório. O *decisum*,

aliás, vigorou por poucos dias, porquanto em seguida foi deferido o efeito suspensivo ao agravo de instrumento contra ele interposto.

A divulgação da decisão na mídia, bem como a sua repercussão em redes sociais como o "Twitter", não faz surgir, no caso concreto, o direito à indenização por danos morais.

Afinal, a publicação de notícia sobre decisão proferida em processo sem sigilo processual, cujo conteúdo se entendeu ser de interesse da sociedade, decorre do exercício do direito à liberdade de imprensa e à informação, assim como a publicação de comentários em redes sociais é assegurado pelo direito à liberdade de expressão.

Nessa perspectiva, é incabível atribuir às autoras ou mesmo à decisão judicial que deferiu a tutela antecipada, proferida em conformidade com o devido processo legal, a ocorrência de danos supostamente sofridos pela sua divulgação em meios de comunicação.

A propósito, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. RECONVENÇÃO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. I. É sabido que o direito de propriedade sobre as marcas está protegido pela Constituição Federal e pela Lei de Propriedade Industrial. Inteligência do art. 5º, XXIX, da Carta Magna e do art. 129, da Lei 9.279/96. II. No caso, a autora-reconvinda alega a utilização indevida de sua marca pela parte ré-reconvinte. Todavia, a concessão do registro da marca ocorreu muito após o ajuizamento da ação. Ocorre que, os depósitos dos pedidos de registro de marcas apenas geram mera expectativa de direito, não podendo a parte demandante postular indenizações sem a concessão efetiva deste, pelo INPI. Precedentes desta Corte. III. Inclusive, a primeira marca da autora, devidamente registrada perante o INPI, anteriormente ao ajuizamento da ação, é incapaz de gerar confusão entre os consumidores e, por conseguinte, de gerar o alegado prejuízo. IV. Por sua vez, não há falar em indenização por danos morais à ré-reconvinte, ante a ausência de comprovação de que a medida concedida em antecipação de tutela tenha causado prejuízo à sua imagem perante os seus clientes, cujo ônus lhe incumbia, a teor do art. 373, I, do CPC. Neste contexto, não ficou caracterizado o abuso no exercício do direito. (...) (Apelação Cível n. 70075961011, rel. Des. Jorge André Pereira Gailhard, j. 28-3-2018 – grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. RECONVENÇÃO. PEDIDO INDENIZATÓRIO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA E POSTERIORMENTE REVOGADA PELA SUPERIOR INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DOS DANOS. Apelo improvido (Apelação Cível n. 70060639861, rel. Desa. Elisa Carpin Corrêa, j. 9-10-2014).

Assim, não se verifica a ocorrência de danos morais decorrentes do ajuizamento da ação ou da decisão de deferimento da tutela antecipada, revogada em seguida por esta Corte de Justiça, devendo ser julgado improcedente o pedido reconvenicional nesse aspecto.

Desse modo, acolhe-se em parte o recurso de apelação da ré/reconvinte, para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados em reconvenção, para condenar as autoras ao pagamento dos danos materiais advindos do cumprimento da decisão que deferiu a antecipação de tutela, a serem apurados em liquidação de sentença.

Ante a sucumbência recíproca, condenam-se ambas as partes ao pagamento, na proporção de 50% para cada, das despesas processuais relativas à reconvenção e de honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

2.6 Honorários advocatícios

Por fim, insurge-se a ré contra os honorários advocatícios de sucumbência fixados na ação principal, postulando sua majoração para R\$ 100.000,00, ou outra quantia a ser arbitrada.

Na sentença, a verba advocatícia foi fixada em R\$ 10.000,00.

Os honorários advocatícios devem ser arbitrados com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC/1973, e em observância aos critérios previstos no § 3º do mesmo dispositivo, quais sejam: o grau de zelo do causídico, o lugar da prestação do trabalho, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo despendido.

Sobre os critérios para fixação dos honorários, comentam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processo a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 275).

No caso em análise, verifica-se que a demanda envolve matéria de razoável complexidade e importância. Os procuradores da ré atuaram com zelo ao longo do processo, tendo seu trabalho consistido na elaboração das peças de justificação prévia, contestação, recurso de apelação e contrarrazões, além de agravo de instrumento. Não houve, porém, necessidade de comparecimento a audiência, não tendo ocorrido dilação probatória.

Nesse contexto, o montante fixado na sentença mostra-se adequado para remunerar o trabalho do advogado, razão pela qual fica mantido.

Assim, não merece acolhimento o reclamo nesse ponto.

3. Conclusão

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso de apelação das autoras e negar-lhe provimento, e conhecer do recurso de apelação da ré e dar-lhe parcial provimento.

Esse é o voto.