



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



03886846

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9112793-79.2007.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PRIMO SCHINCARIOL INDUSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S A, são apelados COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS AMBEV e COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS C B B.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO. O REVISOR, PARCIALMENTE VENCIDO, DAVA-LHE PROVIMENTO EM PARTE, EM MENOR EXTENSÃO, E DECLARARÁ VOTO.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA VIEGAS (Presidente) e JAMES SIANO.

São Paulo, 12 de junho de 2013.

J.L. MÔNACO DA SILVA
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto : 7190
Apelação : 9112793-79.2007.8.26.0000
Apelante : Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A
Apelado : Companhia de Bebidas das Américas Ambev e outra
Comarca : São Paulo
Juiz : Dr. Alexandre Carvalho e Silva de Almeida

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E À IMAGEM - Empresa-autora que foi prejudicada pelo aliciamento do principal artista de sua campanha publicitária por parte da empresa-ré - Improcedência da demanda - Inconformismo - Acolhimento parcial - Requerida que cooptou o cantor, na vigência do contrato existente entre este e a autora - Veiculação de posterior campanha publicitária pela ré com clara referência ao produto fabricado pela autora - Não observância do princípio da função social do contrato previsto no art. 421 do Código Civil - Concorrência desleal caracterizada - Inteligência do art. 209 da Lei nº 9.279/96 - Danos materiais devidos - Abrangência de todos os gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e *folders*) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação - Dano moral - Possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral - Súmula 227 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Ato ilícito da requerida que gerou patente dano moral e à imagem da requerente - Sentença reformada - Ação procedente em parte - Recurso parcialmente provido.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais, morais e à imagem ajuizada por Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A em



face de Companhia de Bebidas das Américas Ambev e outra, tendo a r. sentença de fls. 1181/1190, de relatório adotado, julgado improcedente o pedido.

Inconformada, apela a autora sustentando, em síntese, que a apelada, além de aliciar o cantor Zeca Pagodinho, então seu principal garoto propaganda, veiculou propaganda ilícita e depreciativa à moral e à imagem da apelante e de sua marca *Nova Schin*. Alega ainda que os fundamentos da r. sentença não podem prosperar porque representará impunidade ao ato reprovável da apelada e porque a ação indenizatória contra o cantor decorre de ilícito contratual, diferentemente da presente demanda.

Argumenta ainda a existência de dano material a ser apurado em liquidação, pois a aparição de Zeca Pagodinho na campanha da apelada tornou imprestável o investimento da apelante na campanha em que o cantor foi protagonista. E arremata: entre o risco de perder mercado e o risco de indenizar os danos que sabia estar causando à apelante e à cerveja *Nova Schin*, a apelada optou pelo risco de indenizar. Por fim, requer o provimento do recurso para julgar procedente a ação (v. fls. 1192/1204).

Recurso recebido, processado e respondido (v. fls. 1208/1249).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Inicialmente, destaca-se que a corré Companhia Brasileira de Bebidas - CBB foi incorporada pela corré Companhia de Bebidas das Américas - Ambev (fls. 1003/1043).

A autora propôs a presente ação alegando que celebrou com o conhecido cantor Zeca Pagodinho



"Contrato de Prestação de Serviços, Concessão de Direitos de Uso de Imagem e Som de Voz por Tempo Determinado para Utilização em Campanha Publicitária", com cláusula de exclusividade vigente até 31.8.2004, campanha que foi um sucesso e alavancou as vendas da cerveja Nova Schin.

Contudo, sustentou que, ainda na vigência do contrato, a empresa-apelada aliciou ilicitamente o artista para promover campanha publicitária para a sua marca *Brahma*, veiculando a partir de 12.3.2004 propaganda comparativa e aviltante à cerveja *Nova Schin*, em tom de inequívoco deboche, motivo pelo qual pleiteou indenização por danos materiais, morais e à imagem.

A r. sentença julgou a ação improcedente, sob o fundamento de que, quanto aos danos materiais pleiteados, *"não se vê demonstrado nos autos o prejuízo alegado com a ruptura do contrato a ponto de justificar a condenação ao total ressarcimento de todo o investimento da campanha publicitária"*, e no que concerne ao dano moral, *"já foi objeto de apuração e fixação em processo diverso, dirigido contra o apontado autor do ato - o cantor Zeca Pagodinho (...) e depois porque não se vislumbra na conduta das requeridas a necessária intenção de prejudicar a imagem da autora"* (fls. 1188/1189).

De fato, a campanha publicitária da autora-apelante protagonizada pelo cantor Zeca Pagodinho, com o bordão central *"Experimenta!"* teve notória repercussão nacional. Não menos notória foi a posterior campanha produzida pela ré-apelada protagonizada pelo mesmo artista, com o slogan *"Não largo o meu amor, voltei"*, em patente referência à cerveja produzida pela requerente.

Nenhuma ilicitude haveria na mencionada disputa de mercado se não fosse o fato de o contrato do cantor Zeca Pagodinho com a requerente ainda estar em vigência quando do aliciamento e posterior realização da

7



campanha publicitária pela requerida.

O artista foi contratado pela autora em 21.8.2003 para utilização de sua imagem e voz em campanha publicitária destinada à divulgação das cervejas produzidas pela Schincariol, com absoluta exclusividade no segmento de cerveja (cláusula oitava) e com prazo de validade de 12 meses da primeira inserção, que se deu em 1.9.2003 (fls. 56/62). Ou seja, até 31.8.2004 o cantor tinha um contrato de exclusividade com a requerente no tocante a campanhas publicitárias de cervejas.

Contudo, com o sucesso da campanha da autora e ainda sob a vigência do contrato supracitado, a requerida aliciou o cantor e em 12.3.2004 passou a veicular comerciais de sua marca *Brahma* com o artista.

Em que pese o desfecho da demanda em primeiro grau, é possível concluir que houve a intenção da ré de promover a cerveja *Brahma* em detrimento da imagem da cerveja fabricada pela autora (*Nova Schin*).

Na propaganda da autora, o cantor, após inicial resistência, prova a cerveja *Nova Schin* e faz gesto de aprovação, criando-se, então, o bordão "*Experimenta!*" (fls. 75/78). Já na propaganda posteriormente veiculada pela requerida, o mesmo artista aparece cantarolando uma música com os dizeres, dentre outros, "*amor de verão*" e "*Fui provar outro sabor, eu sei... Mas não largo meu amor, voltei*" (fls. 79/83).

Ora, tais campanhas publicitárias tiveram reconhecida repercussão em território nacional e foram veiculadas sucessivamente, conforme dão conta os documentos copiados a fls. 99/104, 189/205, 208/406, 409/608, 611/800 e 803/974, gerando para a autora, que tinha contrato de exclusividade com o artista até 31.8.2004, evidente prejuízo.

7



O próprio artista concedeu entrevistas falando desse episódio. À Revista *Veja* de 24.3.2004, o cantor declarou que *"o pessoal da Brahma garantiu que irá arcar com todas as despesas que eu tiver nesse processo"* (fls. 85). À Revista *Época* de 22.3.2004, Zeca falou sobre a proposta feita pela *Brahma* e que se quisesse teria feito leilão (fls. 91).

Assim, resta evidente que a requerida, ao aliciar o cantor ainda na vigência do contrato e veicular a campanha publicitária com referência direta à campanha produzida anteriormente pela autora, causou-lhe prejuízos, porque, por óbvio, foram inutilizados todos os materiais já produzidos pela requerente com tal campanha e perdidos eventuais espaços publicitários já adquiridos e não utilizados.

O art. 421 do Código Civil prevê o princípio da função social do contrato ao prescrever que *"A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"*. Ora, tal princípio não observado pela requerida ao aliciar o cantor contratado pela requerente e ao se comprometer a pagar eventual indenização que Zeca Pagodinho viesse a ser condenado.

Ademais, a cooptação exercida pela ré constituiu patente ato de concorrência desleal, vedada pelo direito pátrio, o que impõe a sua responsabilidade pelos danos causados à autora.

Com efeito, a Lei 9.279/96 trata da concorrência desleal no art. 209, ora transcrito:

"Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, 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”.

Portanto, diante da postura desleal da ré ao cooptar o cantor para a sua campanha publicitária e o consequente prejuízo sofrido pela autora com a inutilização de todos os materiais já produzidos, conclui-se que estão presentes os requisitos caracterizadores da responsabilidade aquiliana: ato, dano e nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido pela vítima.

No entanto, a requerida deverá ressarcir a autora em relação aos danos patrimoniais consistentes nos gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e *folders*) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação, com correção monetária a partir dos desembolsos e juros de mora a contar do evento danoso. O ressarcimento dos gastos com a produção dos filmes não pode ser acolhido, porque tal material publicitário já havia sido produzido e veiculado nos meios de comunicação, com sucesso, conforme informado pela própria autora (fls. 5).

No que diz respeito aos danos morais, é oportuno destacar que a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral, consoante a Súmula 227 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: *“A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”*.

No caso dos autos, é patente que o ato ilícito da ré, consistente no aliciamento do cantor Zeca Pagodinho a fim de desacreditar a nova cerveja produzida pela autora, causou-lhe grande dano moral e à imagem.

A campanha da autora com o bordão *“Experimental!”* com a presença de um artista conhecido

Y



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

por ser um apreciador de cervejas, como já dito, teve grande repercussão em território nacional. Com a campanha seguinte da ré, com o mesmo artista falando "*Fui provar outro sabor, eu sei... Mas não largo meu amor, voltei*", obviamente que a moral e a imagem da autora foram abaladas.

Ao contrário da conclusão a que chegou o MM. Juízo *a quo*, a condenação do cantor Zeca Pagodinho por dano moral na ação proposta pela autora em nada prejudica o pedido indenizatório ora formulado contra a empresa-requerida.

Trata-se de atos distintos, sendo o do cantor de responsabilidade contratual, ocasionado pela quebra do contrato e do dever de lealdade, e o da empresa requerida, por outro lado, extracontratual, consubstanciado na concorrência desleal pela contratação do cantor mesmo tendo ciência da existência do contrato deste com a autora e na veiculação de campanha publicitária com clara menção depreciativa da cerveja produzida pela requerente.

O valor dos danos morais e à imagem deve ser fixado com moderação, atento o magistrado para as condições financeiras da vítima e do ofensor. Não cabe ao Poder Judiciário, por um lado, fixá-lo em valor exageradamente elevado, permitindo o enriquecimento ilícito da vítima. Não pode, por outro lado, arbitrá-lo em valor insignificante que estimule o agressor a reiterar a prática ilícita. Na correta advertência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "*não pode contrariar o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado ou irrisório*" (RT 814/167).

Dessa forma, mostra-se adequada a sua fixação em R\$ 200.000,00, por se mostrar apto a compensar o abalo moral e à imagem suportados pela autora, em efetiva observância aos princípios da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

proporcionalidade e da razoabilidade.

O valor acima sofrerá atualização monetária a partir da data do acórdão e acréscimos de juros contados da data do evento danoso, nos termos das Súmulas 54 e 362 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Em suma, impõe-se o parcial provimento do recurso para o fim de julgar a ação parcialmente procedente e condenar a ré em danos patrimoniais consistentes nos gastos com materiais publicitários inutilizados (*encartes e folders*) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação, com correção monetária a partir dos desembolsos e juros de mora a contar do evento danoso. E também em danos morais e à imagem arbitrados em R\$ 200.000,00, com correção monetária a partir da data do acórdão e acréscimos de juros contados da data do evento danoso. Em razão da sucumbência, condena-se a ré nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.


J.L. MÔNACO DA SILVA
Relator

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 11912**APELAÇÃO Nº: 9112793.79.2007.8.26.0000****COMARCA: São Paulo****MM Juiz(a) de 1º Grau: Dr(a). Alexandre Carvalho e Silva de Almeida****APELANTE: Primo Schincariol Industria de Cervejas e Refrigerantes S/A****APELADO: Companhia de Bebidas das Américas Ambev e outro****VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE**

Não obstante o respeitável entendimento do i. Relator, *data venia*, ousou divergir de seu voto.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais, morais e à imagem, proposta por Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A contra Companhia de Bebidas das Américas Ambev, julgada improcedente (f. 1181/1190).

A autora-apelante busca indenização, com fundamento no fato de que contratou o cantor Zeca Pagodinho para a realização de campanha publicitária de seu novo produto (cerveja *Nova Schin*), e ainda na vigência do contrato o cantor foi procurado pela ré, a fim de lhe prestar serviços, realizando uma campanha publicitária em favor do produto (cerveja *Brahma*), concorrente direto da bebida introduzida no mercado pela autora, causando à apelante danos materiais, morais e à imagem.

Entendeu o Relator sorteado que seria o caso de dar parcial provimento ao recurso, a fim de julgar a ação parcialmente procedente e condenar a ré a indenizar a autora pelo dano patrimonial, consistente nas despesas com materiais publicitários inutilizados (encartes e *folders*), além do espaço publicitário comprovadamente adquirido e não utilizado pela apelante, em valor a ser apurado em liquidação de sentença, com os consectários legais.

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Além disso, o i. Desembargador relator condenar a apelada à indenização de R\$ 200.000,00, a título de danos morais.

Com a devida vênia do ilustre Relator, entendemos que seu substancioso voto, comporta parcial divergência.

Isso porque, ao analisar a conduta das rés, não vislumbramos a ocorrência de ofensa à imagem da autora, nem tampouco ato apto a ensejar a indenização por danos morais.

A atitude das rés-apeladas prejudicou toda a campanha publicitária da autora causando-lhe expressivo prejuízo, no entanto, não encontramos ofensa a imagem ou à honra da concorrente.

Ademais, a imagem da autora, em franca ascensão, conforme ela mesma alegou (f. 05, item 05), não seria prejudicada pelo simples afastamento do personagem (Zeca Pagodinho) que rescindiu o contrato antes de seu término:

"Diante da produção da cerveja ao gosto do consumidor e da estratégia publicitária, o produto logo se transformou em enorme sucesso, gerando aumento de mais de 50% nas vendas da Nova Schin (Pilsen, Malzbier, Munich e Sem álcool) entre agosto e dezembro de 2003, saltando de 9,3% para 14,1% de participação (...), fenômeno poucas vezes presenciado em todo o mundo".

Dispõem os arts. 186, do Código Civil : *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

e art. 187 : *"Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".*

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ora, é inegável que a atitude das rés evidencia exercício de direito, ofensivo à boa fé das relações comerciais, pois deliberada e conscientemente, contrataram o cantor que fazia a campanha publicitária da concorrente, para fazer sua campanha, tendo por alvo produto similar ao da autora.

Assim, é evidente o resultado danoso e a responsabilidade indenizatória, pois a conduta da ré (culpa lato sensu) e o nexo causal, consistente na interrupção da campanha da concorrente, gerando perdas consideráveis, motivam a condenação pelos danos materiais.

Todavia, apesar da contratação do cantor durante a vigência do contrato com a autora, não se vislumbra que essa situação tenha ensejado dano moral ou à imagem, ainda que reflexamente.

Concessa venia ao entendimento do Desembargador Relator, não se vislumbra conduta ilícita na execução e veiculação da música que foi tema da campanha da ré (f. 79): "Quem já não viveu um amor de verão? Até tentou e descobriu que era ilusão, coisa de momento que balança o coração. Mas, meu amor, não tem comparação! Fui provar outro sabor, eu sei... Mas não largo meu amor, voltei..."

Pois, ao contrário de ofensivo, ainda chama alerta os consumidores para a existência de uma outra opção da marca da bebida, produto similar, fabricado pela concorrente.

Oportuno lembrar que *"o dano moral pressupõe lesão (...). Por isso, não se torna exigível na ação indenizatória a prova de semelhante evento. Sua verificação se dá em terreno onde à pesquisa probatória não é dado chegar. Isto, porém, não quer dizer que a vítima possa obter reparação em julgo com a simples e pura afirmação de ter suportado dano moral"*.¹

¹ THEODORO Jr., Humberto. *Dano Moral*, 6ª edição, São Paulo, 2009. Ed. Juarez de Oliveira, p.121.

**PODER JUDICIÁRIO**

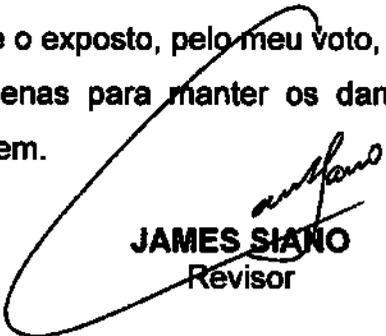
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No entender deste Revisor, a estratégia da campanha da Ambev (f. 79/83), apesar de pouco elogiável, não se mostrou lesiva à moral ou à imagem da concorrente (f. 75/78), nem mesmo apta a ensejar “atos de violação de direitos de propriedade industrial (...), 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 da Lei 9.279/96 – Lei de Propriedade Industrial).

Prevê o art. 422 do Código Civil “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, portanto se houve violação a este princípio, gerando prejuízos à contratante-autora, razoável que as responsáveis, ainda que indiretas, respondam pelos danos materiais a serem apurados em execução de sentença.

Pelo princípio da causalidade, deve ser mantida a condenação das rés nos ônus sucumbenciais.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso da autora, apenas para manter os danos materiais, afastando os danos morais e à imagem.



JAMES SIANO
Revisor