



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0001307777

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 1028013-51.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HEALTHY DO BRASIL INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA e apelada SANOFI MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentaram os advogados Nara Lidia (OAB: 60227/GO) e João Vieira da Cunha (OAB: 183403/SP).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente), SÉRGIO SHIMURA E MAURÍCIO PESSOA.

São Paulo, 16 de dezembro de 2025

GRAVA BRAZIL
RELATOR
ASSINATURA ELETRÔNICA



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 1028013-51.2021.8.26.0100

APELANTE: HEALTHY DO BRASIL INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA

APELADA: SANOFI MEDLEY FARMACÊUTICA LTDA

COMARCA: SÃO PAULO

JUIZ PROLATOR: ANDRE SALOMON TUDISCO

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL. APELAÇÃO CÍVEL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. *TRADE DRESS*. PRODUTOS ASSEMELHADOS, EM MERCADO ASSEMELHADO. RECURSO PROVIDO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

I. Caso em Exame. Ação cominatória cumulada com indenizatória ajuizada por Sanofi Medley Farmacêutica Ltda. contra Healthy do Brasil Indústria Comércio e Distribuição Ltda., alegando violação de *trade dress* do produto DERMACYD pelo produto FLORACYD (ambos sabonetes íntimos). A sentença julgou procedentes os pedidos, condenando a ré a se abster de utilizar o *trade dress* e ao pagamento de danos morais e materiais.

II. Questão em Discussão. Presença de cerceamento de defesa e se houve concorrência desleal pela suposta imitação de conjunto-imagem ou *trade dress*.

III. Razões de Decidir. Cerceamento de defesa não caracterizado. Os produtos das partes estão inseridos em um mercado assemelhado, onde elementos visuais comuns são utilizados < pétalas de flores, cores suaves e claras, em tons de branco, rosa, lilás-azulado e verde-azulado, frascos com contornos arredondados, dentre outros > o que diminuiu a distintividade do *trade dress*. Consumidores que, ao se depararem com esse tipo de produto assemelhado, conseguem diferenciá-los pelos detalhes, os quais se mostram, em maior número e de maneira não conflitante, nos produtos confrontados, a ilidir a possibilidade de confusão ou desvio de clientela. Os produtos das partes são diferentes e globalmente distintos.

IV. Dispositivo e Tese. *Dispositivo* : Recurso provido. *Tese de julgamento* : Produtos semelhantes, em mercado



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

assemelhado. Constatação de algumas semelhanças entre os conjuntos-visuais pouco distintivos dos produtos concorrentes, pois comuns, no nicho voltado para sabonetes íntimos, que não é suficiente para caracterizar infração de *trade dress*, quando a análise global de ambos os produtos revela diferenças entre eles, e em maior número do que as similitudes. Constatação bastante para afastar a possibilidade de confusão do público consumidor, que, ao notar as semelhanças de "códigos visuais" do segmento visado, aumenta sua percepção, conseguindo diferenciar os produtos pelos detalhes, os quais mostram-se diferentes, no conjunto dos elementos visuais de cada produto confrontado. Prevalência da livre iniciativa. Ausência de demonstração de ato de concorrência desleal.

Legislação Citada: CF, art. 170; CPC, art. 473, IV; art. 475; LPI, art. 195.

Jurisprudência Citada: STJ, 3ª T., REsp 1.353.451/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19.09.2017; TJSP, Ap. 1001192-67.2017.8.26.0482, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, j. 25.09.2024.

VOTO Nº 40694

1. Trata-se de sentença que, em ação cominatória cumulada com indenizatória, ajuizada por **Sanofi Medley Farmacêutica Ltda.** contra **Healthy do Brasil Indústria Comércio e Distribuição Ltda.**, julgou procedentes os pedidos para condenar a ré por suposta violação de *trade dress* do produto Dermacyd pelo produto Floracyd. Confira-se fls. 508/514 e 525/526.

Inconformada, a ré (fls. 533/544) sustenta, preliminarmente, nulidade da sentença por cerceamento de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

defesa, por entender que não foram analisados pedidos de continuidade da prova pericial e novos esclarecimentos do perito, os quais entende essenciais para demonstrar a inexistência de semelhança capaz de induzir confusão, "incluindo fotos e comparar os produtos DERMACYD e FLORACYD com os produtos DERMAFEMME e DERMAONE, inclusive, com imagens" (fls. 506).

Afirma que o laudo pericial é contraditório e inconclusivo, pois não comprovou a notoriedade nem distintividade do *trade dress* da autora, limitando-se a inferir relevância ao tempo de mercado do produto Dermacyd. Ressalta que pesquisas superficiais não demonstram reconhecimento público efetivo e que a mera permanência no mercado não garante notoriedade, sendo insuficiente para justificar proteção absoluta.

Alega que os elementos como cores, flores e diagramação são comuns no segmento, conforme reconhecido pelo próprio perito ao admitir que outros produtos utilizam cores similares às do Dermacyd. Sustenta que antes do lançamento do Floracyd já existiam produtos com características visuais semelhantes, evidenciando ausência de exclusividade ao conjunto-imagem do produto da autora.

Por fim, defende que a coexistência de embalagens semelhantes não induz confusão, mas aumenta a percepção do consumidor, que diferencia os produtos pelos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

detalhes. Afirma que a restrição pretendida pela autora é prática anticompetitiva vedada pelo ordenamento jurídico.

Requer a exclusão da multa e atribuição de efeito suspensivo ao recurso. A cassação da sentença, reconhecendo-se sua nulidade por cerceamento de defesa. Alternativamente, a reforma da decisão para julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

O preparo foi recolhido (fls. 555/559), sendo o recurso contrarrazoado (fls. 578/596).

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

2. Inicialmente, prejudicada se mostra a análise do pedido de efeito suspensivo à apelação, porquanto tal requerimento já foi analisado, nos autos n. 2207664-30.2024.8.26.0000, o qual concluiu que "a suspensão *ope legis*, nos termos do art. 1.012, *caput*, do CPC, se deu com a interposição do recurso de apelação" (fls. 13, autos em referência), o qual foi confirmado pelo Colegiado, no AgInt 2207664-30.2024.8.26.0000/50000, cuja ementa é seguinte:

"Agravado interno. Decisão do Relator que rechaçou pedido (formulado pela ré-reconvinte) de concessão de efeito suspensivo a recurso de apelação, com observação de que o apelo interposto já possui regular efeito suspensivo.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

Inconformismo da autora-reconvinda. Não acolhimento. Ao contrário do defendido pela ora recorrente, a sentença apelada não concedeu tutela de urgência. [...]."

Outrossim, semelhante conclusão se deu no pedido de efeito suspensivo/ativo à apelação de n. 261373-77.2024.8.26.0000, no qual se entendeu que "[...] do laudo pericial e sentença favoráveis ao pleito exordial não emerge a alegada probabilidade do direito, porquanto a ré/apelante pugna pela reforma da sentença aduzindo cerceamento de defesa e ausência de complementação do laudo pericial. Tal circunstância recomenda o aguardo do julgamento pelo Colegiado, quando da análise do recurso de apelação por ela interposto." (fls. 722/723, dos autos em referência).

Dessarte, o recurso foi recebido, no duplo efeito, porquanto não se reconheceu que houve concessão de tutela, na sentença.

3. Quanto ao cerceamento de defesa, não restou caracterizado.

Realizada a prova pericial, sua valoração é feita pelo julgador, à vista do conjunto probatório.

Os esclarecimentos pretendidos, outrossim, foram devidamente explorados na própria argumentação recursal, tudo e indicar a desnecessidade de qualquer complementação e/ou esclarecimento.

Afasta-se, portanto, a alegação.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7

4. A apelada ajuizou a demanda, em 19.03.2021, objetivando a condenação da apelada "a se abster, definitivamente, de fabricar, produzir, comercializar e divulgar, em qualquer meio e a qualquer título, o produto FLORACYD, nas formas de apresentação indicadas na presente ação ou em qualquer outra forma de apresentação que se confunda com as marcas e a distintiva identidade visual do famoso DERMACYD, da SANOFI, sob pena de pagamento de multa" (fls. 24/25), além da condenação por danos morais e materiais.

O juízo de origem acolheu os pedidos iniciais para "condenar a ré na obrigação de não fazer, consistente na abstenção de utilizarem o trade dress da mercadoria da parte autora em sua mercadoria 'Floracyd', sobre embalagens ou quaisquer outras formas, abstendo-se de imitar os aspectos ideológicos e gráficos, como diagramação, textura, cores e nomenclaturas utilizadas no rótulo da embalagem, consoante laudo pericial, sob pena de pagamento de multa diária [...]" (fls. 514), além do pagamento de danos morais, no valor de R\$ 50.000,00 e danos materiais, a serem liquidados.

O recurso comporta acolhimento.

A sentença calcou-se no laudo pericial, o qual, no que diz respeito às semelhanças entre os produtos, concluiu, após o cotejo visual dos produtos das partes, que a similitude entre eles se dá da seguinte forma (fls. 338): **(i)** elementos florais – pétalas e flores posicionadas à direita da marca; **(ii)** marcas posicionadas na vertical com sufixo semelhante "CYD"; **(iii)** tonalidades das cores que diferenciam as fragrâncias



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

8

semelhantes; **(iv)** a assimetria explorada na embalagem da apelada é reproduzida por efeito gráfico na embalagem da apelante; e **(v)** os nomes das fragrâncias pertencem ao mesmo campo semântico.

Dessarte, o laudo se mostrou muito detalhado, no que se refere à análise visual dos produtos. Bem apontou que não ocorre infração marcária propriamente dita, pois as marcas DERMACYD e FLORACYD não se confundem, e, no que diz unicamente com *trade dress*, apontou algumas semelhanças entre os produtos confrontados, além de concluir pela "distintividade global" da embalagem do sabonete líquido da apelada.

Contudo, a despeito da similitude entre os produtos das partes, certo é que, no cotejo global de ambos, verificam-se diferenças, e em maior número, as quais se mostram suficientes para afastar a confusão do público consumidor. Ademais, onde se constatam as semelhanças dos produtos, afasta-se a contrafação, posto que é inegável que os referidos elementos se mostram diluídos, no nicho de mercado voltado para sabonetes íntimos, não podendo a apelada se apropriar de forma exclusiva nesses "códigos visuais" próprios desse segmento.

Antes de tratar dessas questões, cumpre registrar



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

que há inadequação por parte do *expert* ao capitular a conduta praticada pela apelante, em suas conclusões, como "de concorrência desleal" (fls. 363), porquanto não é dado ao perito o direito de apontar condutas antijurídicas que eventualmente ele entenda que a parte tenha praticado (art. 195, da LPI) – mesmo que esse seja um ponto controvertido que integra a decisão de saneamento. Nessa linha, apenas lhe compete apontar os aspectos atinentes à matéria técnica que lhe é submetida, de maneira neutra e equidistante, à luz do que expressamente determina o art. 473, §2º, do CPC, para que o julgador, orientado quanto aos aspectos de distintividade do produto, dentre outras informações exclusivamente técnicas, defina e enquadre o comportamento da parte demandada em algo ilícito ou lícito.

Dito isto, verifica-se que a demanda gira em torno da alegação de imitação de *trade dress* ou conjunto imagem do sabonete íntimo **DERMACYD** da apelada pelo sabonete íntimo **FLORACYD** da apelante, os quais se apresentam, respectivamente, da seguinte forma (fls. 327):



Segundo o STJ, o *trade dress* ou "conjunto-imagem" é a **"associação de variados elementos que, conjugados, traduzem uma forma peculiar e suficientemente distintiva de inserção do bem no mercado consumidor"** (REsp n. 1.353.451/MG, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 19.9.2017).

Ou seja, o *trade dress* não é apenas a vestimenta de um produto ou serviço, mas, uma vestimenta *peculiar*, *distintiva* e *distante* (não diluída) dos demais concorrentes de mercado.

No caso, vê-se que o "código visual" da categoria "sabonetes íntimos" se inclina para elementos que remetam à limpeza e suavidade. Para tanto, os concorrentes se valem de cores suaves e claras, muitas vezes tons de branco, cores rosa, lilás-azulado e verde-azulado, que transmitem essa leveza (fls. 335). Ademais, observa-se que a linguagem visual desse



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11

segmento se vale de embalagens em frascos plásticos com formatos ergonômicos, geralmente cilíndricos ou com contornos arredondados (fls. 314). Além disso, há uso de tampas com mecanismo prático para dosagem, como flip-top; além da ausência de elementos visuais muito complexos, privilegiando uma estética clean e funcional, com o uso de, por exemplo, pétalas de flores ou imagens de flores, que transmitem essa ideia de suavidade (por exemplo, a fls. 314, da marca DermaOne)¹.

A respeito, segue trecho do laudo pericial sobre a similitude cromática entre os produtos presentes no mercado:

"Quesito 08:

"Poderia o Sr. Expert confirmar se existem produtos, no mesmo ramo de atividade, que utilizam cores similares ao do produto DERMACYD? Caso a resposta seja positiva, poderia o Sr. Expert elencar e demonstrar essas similaridades?"

Resposta: A resposta é afirmativa. O sabonete íntimo DERMAFEME da marca CIMED emprega paleta de cores similar à da DERMACYD, conforme pode ser verificado na imagem a seguir [vide fls. 335]

¹ ViVide também imagens de fls. 312: Protex Cuidado Íntimo – Delicate Care: Painele frontal apresenta ilustrações de pétalas estilizadas em tons suaves, sugerindo delicadeza; Kronel – Extrato de Rosas Branca: Destaque para pétalas de rosa no rótulo, reforçando a fragrância associada à flor. Lucretin – Intimidade com Naturalidade: Design inclui elementos florais dispersos, lembrando pétalas, para comunicar frescor. Fashion: Rótulo com pétalas em tons de rosa sobre fundo branco.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12

Situação similar é encontrada quando se analisa os sabonetes íntimos NÍVEA: [vide fls. 335]

Também, nos sabonetes íntimos 'ÍNTIMO FEMME', da marca Hidramais: [vide fls. 336]

Nestes casos, **a similaridade cromática se dá por conta da predominância da cor branca, sobre a qual são aplicadas as cores rosa, lilás-azulado e verde-azulado, em alusão às respectivas fragrâncias.**" (fls. 335/336 – destaques não originais).

Tais atributos compõem um conjunto-imagem típico desse segmento voltado para sabonetes íntimos, o qual é compartilhado por diversas marcas do setor, que visam reforçar a ideia de higiene, cuidado delicado e segurança para a consumidora.

Esses tipos de *trade dresses* podem ser considerados como "códigos de categoria", comuns e esperados para sabonetes íntimos, no mercado brasileiro, o que pode diminuir sua distintividade, tornando-a mais "fraca", se não houver outros elementos inovadores ou exclusivos.

Logo, não há como negar que os produtos das litigantes, embora assemelhados, inserem-se em um **mercado assemelhado**, posto que **ambos se utilizam desses códigos visuais** suso mencionados para o fim de apresentar



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

13

seu produto ao consumidor.

Não por outro motivo que a Colenda PCRDE deste E. Tribunal esclarece que:

"CONCORRÊNCIA DESLEAL. IMITAÇÃO DE TRADE DRESS. Ação de obrigação de não fazer c/c indenizatória. Insurgência contra sentença de improcedência. Manutenção. **A proteção do conjunto-imagem de bens e produtos depende não só da semelhança entre as embalagens a ponto de causar confusão nos consumidores, mas também da exclusividade, originalidade e distinção do produto da requerente.** [...]" (TJSP, Ap. 1001192-67.2017.8.26.0482, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, j. 25.09.2024 – destaques não originais)

Daí a emerge a difícil tarefa de compreender se essa aproximação entre os produtos das litigantes se dá de forma legítima ou se ela ultrapassa os usos honestos, pois a concorrência desleal, malgrado seja muito citada, em matéria de propriedade industrial, não possui uma definição simples e perfeita, eis que "a realidade excede os conceitos", nos dizeres do eminente doutrinador Gama Cerqueira², tornando a concorrência desleal um tipo aberto, o qual abarca "*qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos* em matéria

² *apud* IDS-Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos. *in* *Comentários à lei de propriedade industrial*. Rio de Janeiro: 2013. 3ª ed. p.443



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

14

industrial ou comercial" (art. 10, bis, 2, da Convenção da União de Paris).

Nessa linha, Deborah Portilho, esclarece que,

"Com efeito, **para se determinar se existe concorrência desleal em um caso envolvendo embalagens semelhantes, não basta o mero confronto entre elas, pois mesmo quando a semelhança é inegável, isso não implica, necessariamente, em concorrência desleal.** Essa situação *sui generis* geralmente ocorre quando o titular 'permite' – ainda que tacitamente – que vários concorrentes (mesmo que todos com *market share* irrelevante) façam uso das características que, originalmente, eram distintivas apenas de seu produto. Nesses casos, quando a identidade visual em questão passa a ser de toda a categoria, e não mais apenas do produto pioneiro, o *trade dress* – por mais distintivo que ele um dia tenha sido – perde sua eficácia e a repressão à concorrência desleal não é mais aplicável."³

Ora, o que é um meio fraudulento ou desonesto, em um mercado assemelhado, o qual se vale de padrão visual relativamente diluído? Apenas lançar mão de um produto semelhante ao do concorrente, o qual, por sua vez, também é

³ PORTILHO, Deborah. *Trade Dress: conflitos de identidades visuais de embalagens e a natureza das perícias técnicas*. Migalhas, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/0DA00143AB662B_TradeDress-ConflitosdeIdentida.pdf. Acesso em 24.11.2025, p. 3. – destaques não originais.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

15

semelhante aos demais presentes, no setor?

A resposta, por questão de razoabilidade, e em prestígio à livre concorrência, é não. Especialmente porque, no caso concreto, conforme bem apontado pelo *expert* do juízo, existem mais pontos divergentes entre os produtos do que convergentes: "Certamente existem mais pontos de divergência, ao se considerar estritamente o critério numérico, ou seja, o número de ocorrências." (fls. 339).

Essas diferenças estão bem descritas, no laudo:

(i) quanto ao formato e estrutura do frasco, DERMACYD utiliza frasco personalizado, soprado, com linhas sinuosas e assimétricas e tampa disc top injetada e bicolor, enquanto FLORACYD apresenta frasco standard, soprado, com linhas sinuosas e simétricas e tampa flip top monocromática (fls. 328/330); **(ii)** no tipo e acabamento do rótulo, DERMACYD emprega rótulo adesivo parcial, com fundo transparente e acabamento brilhante, ao passo que FLORACYD utiliza rótulo termo encolhível inteiriço, com fundo opaco e acabamento fosco (fls. 328/330); **(iii)** nos elementos gráficos, DERMACYD traz ilustrações alusivas a pétalas de flores, enquanto FLORACYD acrescenta foto parcial de rosa e vinheta sinuosa vertical demarcando áreas de cor (fls. 330); **(iv)** no *layout*, ambas posicionam a marca verticalmente à esquerda, mas DERMACYD destaca "24h – pH EQUILIBRIUM" e FLORACYD



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16

“24h – PROTEÇÃO”, além de aplicar vinheta colorida simulando assimetria (fls. 328/330 e 337); **(v)** na tipografia, DERMACYD usa fonte em caixa alta e baixa, enquanto FLORACYD adota caixa alta, com famílias tipográficas distintas, embora ambas compartilhem o sufixo “CYD” (fls. 355/358); **(vi)** nos elementos mistos, DERMACYD apresenta símbolo com vórtice e três flores acompanhado da frase “Mantém as defesas naturais”, inexistente em FLORACYD (fls. 328/330); **(vii)** na paleta cromática, DERMACYD combina branco com rosa, lilás e verde-azulado, enquanto FLORACYD repete essas cores, mas com vinhetas verticais e áreas opacas, inclusive nos packs promocionais com janelas vazadas em posição diferente (fls. 348/349 e 361/362); **(viii)** nas proporções, DERMACYD apresenta frasco mais alto e assimétrico, enquanto FLORACYD é mais baixo e simétrico (fls. 328/330); **(ix)** nos packs promocionais, DERMACYD traz “oferta especial” com janela vazada à esquerda, enquanto FLORACYD usa “leve mais por menos” com layout distinto (fls. 348/362).

No que diz respeito à conjugação das cores e respectivas fragrâncias, o perito entende que há aproximação excessiva entre as marcas porque “Como mostrado em resposta ao quesito 08 da Requerida, as cores em matizes verdes (azuladas), roxo/lilás e rosa em contraste com a cor branca, são empregadas também por outras marcas. Entretanto, a semelhança semântica na designação



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

17

das fragrâncias: *Femme*, *Sensitiva* e *Brisa* (em "FLORACYD") com *Femina*, *Delicata* e *Breeze* (em "DERMACYD"), particularmente reforçada pelo emprego das cores: rosa, lilás e verde-azulado, respectivamente, denotam uma excessiva aproximação da marca da Requerida em relação à marca da Requerente." (fls. 349).

Contudo, as fragrâncias "Femina", "Delicata" e "Breeze" (DERMACYD) e "Femme", "Sensitiva" e "Brisa" (FLORACYD), embora semanticamente próximas, são diferentes na escrita, além de serem recorrentes no segmento de sabonetes íntimos, inclusive, com o padrão de cores adotados, nos produtos das partes.

Nas palavras da assistente técnica da apelante:

"Observa-se ainda que vários dos produtos pesquisados, elencados na figura 04 apresentam titulações pertencentes ao mesmo grupo semântico, como na marca EVE (fresh), TOPZ (suave, soft, fresh), Nivea (fresh Comfort, suave), Lucretin (fresh), Hidramais (fresh/Femme), DERMAfeme (fresh), DermaOne (frescor), Hidraderm (fresh). Da mesma forma, quanto às cores em suas diversas tonalidades – rosa, lilás (magenta) e verde –, observamos que várias das marcas pesquisadas também as utilizam: EVE (Rosa, verde), Cia da Natureza (rosa, lilás), Protex (rosa, verde, Lilás), Topz (rosa, verde), Kronel (rosa), Nivea (verde, rosa), Lucretin (lilás, verde, rosa), Hidramais (verde, lilás, rosa), Dermafeme



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

18

(verde, rosa, roxo), Derma One (verde, rosa), Hidraderm (rosa), Bio Instinto (verde, roxo), Vagisil (rosa), Higiderm (rosa, lilás), Dove (verde, rosa). Nossas conclusões são de que tanto os termos quanto as cores empregadas em DERMACYD e FLORACYD são de uso comum no mercado de sabonetes íntimos." (fls. 441)

Dessarte, sendo certo que boa parte dos elementos semelhantes dos produtos das partes é comum no nicho no qual estão inseridos - tratando-se, portanto, de produtos semelhantes, em mercado assemelhado - tal circunstância faz com o consumidor, ao notar a semelhanças de "códigos visuais" do nicho visado, intuitivamente aumente sua percepção e grau de atenção, conseguindo diferenciar os produtos pelos detalhes, os quais, repita-se, mostram-se em maior número.

Por tais motivos, no caso de produtos inseridos em mercado assemelhado, o que de fato irá demonstrar que há infração de *trade dress* não é apenas indicar as semelhanças entre os produtos – porque, obviamente elas irão existir - mas se há prática de ato de concorrência desleal decorrente do lançamento posterior do produto assemelhado – situação que não se divisa, na espécie.

Nessa linha, o Ministro Marco Aurélio Bellizze ressalta que a mera semelhança visual entre produtos não



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

19

configura concorrência desleal quando elementos comuns são utilizados no mercado, pois isso estimula a competição e garante a liberdade de iniciativa, princípio consagrado, no art. 170, da CF/1988:

"[...] Nesses casos, a argumentação transborda o mero confronto de marcas para alcançar a impressão global experimentada pelos consumidores diante de determinados produtos, a fim de averiguar a **possibilidade concreta de induzi-los em erro**. [...] Daí se extrai o **destaque dado ao grau de atenção do consumidor-médio de um produto específico** no momento em que é chamado a tomar a decisão de consumir.

Aqui parece ser relevante se reconhecer que, **em alguns nichos mercadológicos, os produtos ou serviços são apresentados ao consumidor por meio de elementos comuns e bastante difundidos no mercado. Essa similaridade dispersa, ao contrário de configurar uma conduta anticompetitiva, resulta num benéfico acirramento da competição** na medida em que facilita ao consumidor identificar as opções de produtos semelhantes existentes no mercado, para então concluir sua decisão em favor da marca que melhor lhe aprouver, seja pelo critério de preço, seja pelo critério de qualidade, seja por qualquer outro critério que eleja voluntariamente.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

20

Aliás, a exigência do grau de distintividade parece ser uma constante na proteção de símbolos relacionados à exploração de bens de consumo de massa, conforme formulada pela Teoria da Distância alemã, de ampla aceitação na União Europeia, ou nas regras do direito norte-americano, onde também é exigida a distintividade. Nesse sentido, Geert W. Seelig afirma que as **marcas muitas vezes idênticas ou semelhantes são usadas em áreas de atividade afim. Em geral, nesses casos, o público usuário está habituado à coexistência das marcas e presta mais atenção às diferenças entre elas. Se, posteriormente, são adicionadas novas marcas ainda semelhantes, não há confusão com as existentes, porque o consumidor já tem o hábito de prestar atenção às diferenças, ainda que pequenas, e, portanto, sabe distingui-las. A consequência deste processo é que o risco de confusão entre as marcas diminui.**

Com efeito, por incrementar a competição, a entrada de conjunto-imagem semelhante em mercado já assemelhado não deve ser obstada por meio de intervenção judicial. Esta deverá ser excepcional e sempre pautada pela verificação concreta de que se está diante de algo novo e peculiar a ponto de despertar o estado de sua inércia, consequência da livre concorrência e da liberdade de iniciativa adotadas no Brasil. Desse modo, para se caracterizar uma atitude anticompetitiva e



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

21

desleal é imprescindível que a situação concreta demonstre um comportamento imprevisível aos olhos do mercado, o que não se pode reconhecer quando se utiliza elementos comuns, partilhados por uma multiplicidade de concorrentes no mesmo nicho do mercado. **Nesses casos, ao contrário, a busca de proteção contra um novo competidor é que caracterizará um comportamento imprevisível a denunciar uma conduta anticompetitiva que pretende tão somente dificultar o incremento da competição.** Afinal, por que se indignar com um competidor quando tantos outros se utilizam dos mesmos elementos e de trade dress similar?

[...]

Enfatiza-se que no confronto de marca há um registro formal com data específica, que marca o início da proteção e da utilização exclusiva, de modo que em regra é suficiente o confronto entre ambas a fim de verificar a existência de cópia ou similitude. Por sua vez, no caso de tutela da concorrência, o exame acaba sendo mais amplo, devendo se **adentrar à situação fática do mercado e à possibilidade real de confusão, e não mais se fazendo suficiente o mero potencial de confusão** em razão da semelhança que é atraído pela presunção iuris tantum decorrente do registro perante o INPI e do sistema atributivo adotado pela Lei n. 9.279/1996. **Daí a necessidade de conhecimento técnico para se**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

22

avaliar o efeito real da entrada no mercado de produto ou serviço visualmente assemelhado, o que configura o ato de concorrência desleal que dá causa às pretensões de proteção do trade dress." (STJ, 3ª T., REsp n. 1.353.451/MG, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 19.9.2017 – destaques não originais).

E, no caso, além dos elementos citados, no corpo do voto, os quais demonstram o maior número de diferenças entre os produtos e diluição dos elementos semelhantes, a assistente técnica da apelante bem descreve a impossibilidade de confusão do consumidor, pois, em análise global, cada produto apresenta uma identidade visual própria e suficientemente distintiva – posição que deve ser ratificada por este Colegiado, pois, convergente com toda explanação supramencionada:

"Não vislumbramos possibilidade de confusão entre as embalagens. [...] **DERMACYD e FLORACYD tem cada produto uma identidade visual própria e suficientemente distintiva ao público consumidor.** Nas imagens abaixo demonstramos um balcão expositor de Farmácia [...]. Nesta os dois produtos estavam disponíveis na mesma prateleira. Estando o observador de frente ou lateralmente, **é evidente a diferença nas configurações visuais.** É justo destacar, que a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

23

exposição, em meio a grande variedade de produtos do mesmo segmento, destaca ao observador a identidade visual diferenciada de cada marca ali exposta." (fls. 434). **"A identidade visual de DERMACYD, tem como único foco colorido a presença de imagens similares a pétalas de rosas, dispostas em semicírculo ao redor da marca, verticalmente, o que difere totalmente da identidade visual de FLORACYD, que apresenta como foco principal um elemento sinuoso disposto na metade anterior e posterior da embalagem. Em FLORACYD observa-se um único elemento visual alusivo a pétalas de rosas, em posição contextual divergente."** (fls. 436 – destaques não originais).

Assim, não há outro resultado a se chegar, senão acolher o inconformismo para o fim de julgar improcedente a ação.

Em razão da inversão do julgamento, fica a apelada condenada ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

5. Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

É o voto.

DES. GRAVA BRAZIL - Relator