



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PROPAGANDA COMPARATIVA.

A livre iniciativa, a concorrência, a isonomia, a legalidade, a propriedade privada e a tutela do consumidor são valores acolhidos pela Constituição Federal.

A propaganda efetuada pela empresa deve respeitar certos parâmetros, de modo a observar a lealdade entre os concorrentes e não utilizar o abuso do poder econômico. Esses parâmetros garantem a concorrência entre várias empresas e o respeito dos valores constitucionais.

A propaganda que indica o nome da outra empresa e o preço praticado não deve ser mantida. Necessidade de considerados os elementos dos autos.

Apelação não provida.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70049402944

WMS SUPERMERCADOS DO
BRASIL LTDA

BOM MERCADO COMERCIO DE
ALIMENTOS LTDA

DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE TRAMANDAÍ

APELANTE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em não prover o recurso de apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS.**



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

Porto Alegre, 27 de setembro de 2012.

DES. MARCELO CEZAR MÜLLER,
Relator.

RELATÓRIO

DES. MARCELO CEZAR MÜLLER (RELATOR)

WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. Interpôs recurso de apelação contra a sentença que acolheu o pedido efetuado na petição inicial da ação ajuizada por BOM MERCADO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

O dispositivo da sentença determinou:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pelo BOM MERCADO COMÉRCIO DE ALIMENTOS S.A em face de WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL S.A. para o efeito de determinar, de forma definitiva, que o réu retire o nome e a razão social do autor de toda e qualquer propaganda interna ou externa. CONDENO o réu no pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em R\$ 1.000,00.

Em suas razões, trouxe, no geral, as alegações da resposta: a) os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência estão consagrados pela Constituição Federal e a pretensão da autora busca caracterizar, sem permissivo legal, intensa intervenção na atividade do concorrente, cerceando àqueles princípios; b) o pedido da requerente também ofende o princípio da isonomia; c) considerando o direito de propriedade, não pode ser limitada no direito de realização de sua propaganda e disponibilização de seus recursos; d) a livre concorrência deve ser analisada à luz dos princípios da livre iniciativa, da isonomia, da propriedade privada e da tutela do consumidor, porém jamais se olvidando que todos os princípios são voltados à preservação do modo de produção capitalista; e) a campanha é respeitadora



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

e as informações verdadeiras e honestas; **f)** somente a lei pode atuar como elemento a modular o exercício da liberdade de iniciativa e da livre concorrência; **g)** em momento algum utilizou-se da marca de propriedade da autora de modo a violar a proteção conferida pela Lei de Propriedade Industrial; **h)** sua propaganda não subtrai cliente alheia sem esforço próprio, não implica em confusão de produtos ou empresa, não implica em imitação, nem usurpa as características de identificação do estabelecimento concorrente; **i)** ainda, sua propaganda não prejudica a reputação ou os negócios alheios, não contém falsa afirmação e não usa qualquer meio fraudulento; **j)** a propaganda corporativa é lícita, desde que veicule fato verdadeiro e, no caso, limita-se à comparação de preços de produtos específicos praticados no mesmo dia pelo réu e seu concorrente. No final, pediu a modificação da sentença, afirmando que os fatos da propaganda são verídicos.

A resposta foi apresentada.

É o relatório.

VOTOS

DES. MARCELO CEZAR MÜLLER (RELATOR)

As partes são empresas que atuam no ramo de supermercados e possuem estabelecimentos na praia de Imbé/RS. A requerida fixou cartazes dentro de sua loja indicando o preço praticado pela requerente. Incluiu a cópia de nota fiscal.

Os documentos de fls. 12 a 16 demonstram o proceder da empresa.

Na fase inicial da demanda houve a concessão de medida liminar para ser cessada a propaganda realizada dessa maneira.



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

A propaganda realizada pelas empresas em favor de sua atividade comercial deve respeitar certos parâmetros, com a finalidade de observar os valores da livre iniciativa, pluralidade de concorrentes e não abuso do poder econômico.

Isso porque a concorrência deve ser resguardada, ou seja, mantida, mediante a co-existência de várias empresas.

A prática comercial lesiva do mais forte dizima os demais comerciantes e deixa os consumidores, ao final, reféns de um ou de alguns poucos fornecedores. Esse é o resultado contrário ao proposto pelas regras da Constituição Federal, artigos: 1º, IV; 5º, II e XXII: 170, II e IV.

Significa que a livre iniciativa, a concorrência, a isonomia, a legalidade, a propriedade privada e a tutela do consumidor são valores acolhidos pela Constituição Federal.

A propaganda efetuada pela empresa deve respeitar certos parâmetros, de modo a observar a lealdade entre os concorrentes e não utilizar o abuso do poder econômico. Com a utilização desses parâmetros é mantida a concorrência entre várias empresas e respeitados os valores constitucionais.

Ocorre que a propaganda que indica o nome da outra empresa e o preço praticado não deve ser mantida.

Faço constar que a sentença proferida pela Dra. Laura Ullmann López, Juíza de Direito, deve ser mantida. Os fundamentos merecem ser reproduzidos:

1. Inegavelmente, a Constituição Federal é côntraria ao adotar ao sistema econômico capitalista, na medida em que cita a livre iniciativa como fundamento da República (art.1, IV) e da ordem econômica vigente. Concomitantemente assegura ser a livre concorrência um dos princípios regentes daquela econômica.



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

Contudo, a Carta Magna não adota o capitalismo puro, evidenciando nuances que à conectam a uma índole social, possibilitando, inclusive, a intervenção do Estado na economia de forma à conformá-la aos seus objetivos maiores.

Disto se retira que a manutenção da economia e do capitalismo não são metas a serem atingidas por si só. Ao contrário, há algo maior a ser alcançado que é a dignidade de seus cidadãos, alvo para o qual aqueles são instrumentos, importantes é verdade, mas instrumentos.

Trago tal ideia à baila para explicar que a inexistência de limitação legal a espécie de propaganda debatida, não significa que ela seja despida de potencial de gerar, ao fim e ao cabo, um grande prejuízo não só para os concorrentes, como também para a comunidade local.

O réu possui grande poder econômico financeiro e pode apresentar melhores preços aos consumidores. Todavia, isto não precisa ser feito do modo agressivo e desproporcional como está sendo feito, forçando uma conexão entre a concorrência e preços altos. A propaganda deve ser em seu favor e não contra os demais.

Neste norte, como afirma o requerente, a conduta do demandado conduz os consumidores a nem mais entrarem em outros estabelecimentos, o que redundará em perda de clientela e possível falência dos estabelecimentos concorrentes, até porque, estes, em sua maioria, são de pequeno porte.

Corolário desta situação será o fechamento de vários pequenos estabelecimentos desse ramo, restringindo o acesso dos consumidores a outros fornecedores, redundando em restrição da concorrência e atribuindo ao demandado um poder econômico excessivo, bem como dominação do mercado.

E como dito supra, tal situação em nada favorecerá para a concretização dos valores maiores da República, dentre eles a própria livre concorrência, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego.

Neste sentido:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA COMPARATIVA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. Veiculação de propaganda comparativa, onde são relacionados os concorrentes da ré, entre os quais a autora, de notória inferioridade econômica, consubstanciado abuso do poder econômico, com infração à ordem econômica, mais precisamente, à livre concorrência. Arts. 170, IV,



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

da CF e 20, I, e 29 da Lei nº 8.884/94. Dano moral caracterizado. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70016163727, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 14/03/2007)"

Os fundamentos aqui explicitados implicam de pronto na relativização dos princípios da propriedade privada e da isonomia, alegados pelo réu, pois eles cedem frente a um bem maior, a manutenção da concorrência.

Esta Corte já analisou caso semelhante. Vejamos:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPAGANDA COMPARATIVA. CAPTAÇÃO DA CLIENTELA. INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. PREJUÍZO À LIVRE CONCORRÊNCIA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. Veiculação de propaganda dita comparativa na qual em realidade inexiste comparação entre produtos, no sentido de realçar suas características e qualidade, em homenagem e informação ao consumidor. Propaganda que agride a imagem do concorrente, visivelmente em condição econômica inferior, pois liga o concorrente à prática de preço superior. Consubstanciado, ainda, abuso do poder econômico, com infração à ordem econômica, mais precisamente, à livre concorrência, face à notória inferioridade econômica do concorrente (art. 170, IV, da CF e arts. 20, I, e 29, ambos da Lei nº 8.884/94). APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70020190310, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 28/02/2008)

Os argumentos expendidos pelo eminente **Desembargador Paulo Antônio Kretzmann** devem ser relembrados:

O direito de ação da demandante encontra-se no artigo 29, da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, a saber:

Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do artigo 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

A prática da apelante atrai o disposto na Lei 8.884, em seu artigo 20, I, que diz textualmente:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

*Analizados os fatos trazidos à lume, entendo que de fato a ré **prejudicou a livre concorrência**. Portanto, independentemente do fato de ter agido ou não com culpa, deve indenizar os danos causados.*

E o ilícito encontra-se no fato de que praticou ato de concorrência desleal, pois no lugar de comparar as características dos bens, simplesmente ofereceu preço idêntico ao da concorrência, como se fosse esse fato mais vantajoso ao consumidor; repito: sem qualquer comparação.

Logo, não ofertou com nítido propósito de benefício ao consumidor, pois benefício algum apresentou, já que se os concorrentes apresentassem preços menores que os que eram praticados, e assim comprovado pela propaganda do concorrente, de pronto reduziria o seu preço (que, no caso, é óbvio, era superior), tornando-o igual ao do concorrente, desviando para si o público alvo, o consumidor, em nítido prejuízo do concorrente, que, na espécie, estaria em realidade a vender a preços inferiores ao que a ré estava praticando.

Pergunta-se: Porque não ofertou diretamente e incondicionadamente um preço melhor em benefício do consumidor para diretamente, pela vantagem ofertada, captar a clientela?



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

Ora, assim torna-se muito fácil. Eu vendo ao preço que bem entender, justo ou não, com maior margem de lucro ou não. Se alguém vender a preço menor, então eu digo que pago a diferença e, em resumo, parece que sempre estarei a praticar o melhor preço do mercado.

A prática denota a intenção de desviar o consumidor de todos os outros concorrentes, assim não fazendo qualquer comparação. Releva notar que a empresa demandada possui uma extensa rede de supermercados, constituindo-se numa das maiores empresas do segmento. Sua capacidade econômica é infinitamente maior do que a da concorrência indicada.

....

Refira-se que não se está aqui a vedar a prática de propagandas comparativas, as quais, se sabe, são admitidas, estando inclusive a matéria regulamentada; mas vedar-se o abuso mediante a prática dessa propaganda – dita comparativa – quando caracteriza e colore a figura da concorrência desleal. No caso, ainda há o fato da utilização indevida e injustificada do nome do concorrente.

Resta afirmar que descabe nesse tipo de propaganda a menção ao nome do concorrente.

Observe-se o que reza o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, quando refere a propaganda comparativa:

“SEÇÃO 7 - Propaganda Comparativa

Artigo 32

Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial (Lei n.º 5.772, de 21 de dezembro de 1971) - a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:

- a) seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;*
- b) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional não constituem uma base válida de comparação perante o consumidor;*
- c) a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;*
- d) em se tratando de bens de consumo, a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condonável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se*



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado; e) não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; f) não se caracterize concorrência desleal, denegrimento a imagem do produto ou a marca de outra empresa; g) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; h) quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.” (grifei)

Ora, a propaganda comparativa, como o próprio nome bem o diz, traduz a comparação entre produtos, ressaltando as diferenças e vantagens de cada qual dos produtos comparados, esclarecendo o consumidor.

Releva notar que a propaganda como foi veiculada não faz comparação alguma entre produtos, ressaltando-lhes as suas características e vantagens, mas diz respeito única e exclusivamente sobre o preço de venda. Em realidade nada compara. (grifei)

Outros julgados nesse mesmo diapasão podem ser indicados:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. PROPAGANDA COMPARATIVA. COMPARAÇÃO ENTRE VALORES PRATICADOS ENTRE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS CONCORRENTES. INFORMAÇÕES ERRÔNEAS. CABIMENTO DA PROIBIÇÃO DE SUA VEICULAÇÃO.
A propaganda comparativa, muito embora lícita no ordenamento jurídico pátrio, pode vir a configurar-se como enganosa ou falsa, reconhecendo-se como concorrência desleal ao fornecer informações incorretas ou difamar concorrentes. Caso dos autos onde comprovados indícios de abusividade na concorrência comercial exercida pela empresa agravante, à vista de informações errôneas repassadas ao consumidor, destinatário da campanha, sobre os preços atribuídos aos mesmos produtos pela empresa concorrente. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70045185949, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 14/12/2011)



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. USO INDEVIDO DE NOME. PROPAGANDA COMPARATIVA. TUTELA ANTECIPADA. Cabimento da antecipação de tutela visando que a ré se abstenha de efetuar propaganda comparativa de preços com o nome da autora, por verificados a verossimilhança da alegação desta, no sentido da ocorrência de prejuízo à livre concorrência, e o perigo dano irreparável ou de difícil reparação. Presença dos pressupostos do art. 273 do Código de Processo Civil. Precedentes desta Corte. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. A multa tem por objetivo obrigar o réu a cumprir a obrigação. Sendo apenas inibitória, mostra-se adequada sua aplicação ao caso, nos termos do disposto nos arts. 287 e 461, §§ 3º e 4º, ambos do Código de Processo Civil. Multa fixada em R\$ 200,00 por dia de descumprimento. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70046466850, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 12/12/2011)

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA COMPARATIVA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. Veiculação de propaganda comparativa, onde são relacionados os concorrentes da ré, entre os quais a autora, de notória inferioridade econômica, consubstanciado abuso do poder econômico, com infração à ordem econômica, mais precisamente, à livre concorrência. Arts. 170, IV, da CF e 20, I, e 29 da Lei nº 8.884/94. Dano moral caracterizado. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70016163727, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Julgado em 14/03/2007)

A meu juízo a solução é a mais adequada ao caso em julgamento.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.



MCM
Nº 70049402944
2012/CÍVEL

**DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA (PRESIDENTE E
REVISOR)** - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA - Presidente - Apelação
Cível nº 70049402944, Comarca de Tramandaí: "NEGARAM PROVIMENTO
AO RECURSO DE APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LAURA ULLMANN LOPEZ