



COMARCA DE ESTEIO - 3^a VARA CÍVEL
Rua Dom Pedro, 200

Processo nº: 014/1.11.0003651-8 (CNJ:0007861-53.2011.8.21.0014)

Natureza: Ação de Obrigaçāo de Fazer

Autor: Unidasul Distribuidora Alimentícia S/A
Comercial Rissul Ltda.

Réu: WMS Supermercados do Brasil Ltda.

Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Jocelaine Teixeira

Data: 28/08/2012

Trata-se de ação cominatória ajuizada por Unidasul Distribuidora Alimentícia S.A. e Comercial Rissul Ltda. em que os autores pretendem obter provimento judicial para sustar a publicidade feita pelo réu, consistente na comparação de preços em cartazes divulgados nos estabelecimentos BIG e Nacional do réu, em Esteio, Gramado Taquara, Cachoeirinha, Viamão e Igrejinha. Disseram os autores que a propaganda é ofensiva à imagem da empresa concorrente (autores) e caracteriza concorrência desleal; e que a tutela inibitória prescinde de dolo ou culpa. O pedido é para vedar o réu de divulgar a propaganda nos moldes comparativos impugnados, inclusive em antecipação de tutela, e para fixação de multa de R\$ 100.000,00, para o caso de descumprimento.

Com a inicial (fls. 2/10), vieram documentos (fls. 11/72).

Foi deferida a liminar, com fixação de multa (fl. 74).

O réu se habilitou no processo (fls. 77/78) e interpôs embargos de declaração (fls. 79/82). O recurso foi acolhido para limitar a liminar à comparação de preços com nominação dos concorrentes (fl. 83).

O réu juntou contestação (fls. 86/127). Alegou o réu, a ilegitimidade ativa da empresa Unidasul, tendo em vista não haver direito de



marca embasando os fatos, que se referem exclusivamente à marca Rissul, do Comercial Rissul Ltda. Quanto ao mérito, pontuou que o mercado é regulado pela liberdade econômica, pela livre iniciativa, pelo direito de propriedade, pela isonomia entre os agentes e pela tutela do consumidor, o que legitima a adoção de estratégias de venda e publicidade, inclusive de modo comparativo; que essa liberdade inibe o Estado de regular o mercado a ponto de substituir a estrutura fundamental do sistema capitalista; que a comparação objetiva de preços não implica atribuição de prática de preço injusto ao autor e permite ao consumidor a compra pelo menor custo, sem ensejar erro ou engano ao cliente; que não pode ser compelida a fazer ou deixar sem imposição legal, sob pena de quebra das liberdades destacadas e do princípio da legalidade; que não incorreu em prática vedada pela lei da propriedade industrial ou em prejuízo da marca do autor; que não violou o Código expedido pelo CONAR de Auto-regulamentação Publicitária; que o autor não negou a prática dos preços publicizados; que a limitação do direito de informar os preços da concorrência implica violação da liberdade de expressão e pensamento. Pugnou pela improcedência da ação.

Foi juntado o mandado de citação (fls. 132/133).

Veio cópia do agravo de instrumento interposto pelo réu (fls. 134/135), ao qual foi negado provimento (fls. 180 e 193/199).

Na réplica (fls. 180/182), os autores afirmaram que a legitimidade ativa da Unidassul decorre da coligação entre as autoras.

Houve audiência de conciliação e saneamento (fl. 185).

As autoras noticiaram o descumprimento da liminar (fls. 187/189). Com vista, o réu disse que cumpriu a liminar (fl. 192).

Relatei.

Decido.

Assiste razão ao réu no que se refere à ilegitimidade ativa



da empresa Unidassul Distribuidora de Alimentos Ltda., porque seu nome empresarial ou marca não são referidos nos fatos que embasam a ação. O fato de os autores integrarem determinado grupo empresarial, não implica confusão do direito específico que se diz violado pela veiculação, na propaganda questionada, de modo expresso, de determinada marca (Rissul) pertencente à pessoa jurídica dotada de personalidade própria. Assim, não há direito em litígio da autora Unidassul, pressuposto para ser parte exigido pelo art. 6º do Código de Processo Civil.

Quanto ao mérito, é certo que o modo capitalista de produção está contemplado no sistema constitucional. Não menos claras são as liberdades de concorrência e iniciativa, de expressão do pensamento, tão salutares ao desenvolvimento econômico do país. Tanto é assim que tais preceitos foram expressa ou implicitamente inseridos no corpo da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que restaram contemplados os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, a vedação de práticas abusivas e a defesa dos interesses dos consumidores. Sobre as diversas liberdades e moderações constantes na Constituição Federal, destacam-se o art. 1º, inciso IV, art. 5º, incisos IV, XIII, XXII, e o art. 170, incisos II, IV e V e parágrafo único.

Ocorre que, para a solução da presente demanda importa definir se a forma de propaganda questionada, comparativa de preços com indicação expressa do concorrente autor é abusiva das liberdades destacadas na contestação ou implica ofensa aos direitos do consumidor ou das empresas concorrentes, transbordando dos limites do exercício das liberdades invocadas pelo réu, considerando a necessidade de concertação do conflito aparente entre diversos princípios de igual hierarquia

A esse respeito, nos termos da decisão liminar, que restou confirmada no julgamento do agravo de instrumento (fls. 194/197), a propaganda calcada no comparativo de preços divulgada pelo réu, conforme



documentos das fls. 48/59, é excessiva e atinge a imagem do supermercado concorrente (autor) perante o consumidor.

O réu vincula de modo claro o nome da parte autora como desfavorável ao consumidor, com base em um único elemento de comparação para atrair clientes, que é o preço de apenas alguns produtos entre os múltiplos itens à venda em supermercados. Nesse modo de publicidade, desconsidera-se o conjunto dos preços praticados pela concorrência e outros elementos fatores que interferem na deliberação do consumidor acerca da melhor opção de compra, com as condições de atendimento e venda o espaço físico, entre outros. Com isso, o consumidor é induzido a eleger como vantajosa a compra no mercado réu, em prejuízo claro aos estabelecimentos da rede Rissul, expressamente referidos na publicidade comparativa questionada.

Há, na conduta do réu, afronta à livre concorrência e à liberdade de escolha do consumidor, porquanto, a publicidade adotada, contém forte mecanismo para absorver clientela, influenciando na escolha do supermercado de preferência do consumidor, não só pelas referências aparentemente objetivas de comparação, mas com base em elementos subjetivos de persuasão, estes repelidos nas práticas comerciais.

Sobre o tema, destaco voto do Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana, proferido no agravo de instrumento nº 70048135800, que serve de paradigma para a presente decisão, dada a semelhança da situação fática e a identidade de matéria de direito debatida:

No que diz com a proibição de publicidade comparativa praticada pela ré, sem razão a parte, pois, observados os parâmetros legais, ela é licita e permitida, conforme Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. In verbis:

(...)

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 Parágrafo 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 valida 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 condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se 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)*

(...)

No entanto, merece acolhimento a inconformidade no que diz com a utilização do nome da agravante junto aos cartazes da



publicidade comparativa, pois isso traz prejuízo à livre concorrência, já que pode induzir o consumidor a pensar que a empresa que consta na publicidade pratica preços superiores de um modo geral, e não apenas no produto especificado na publicidade.

A matéria já foi analisada pela 9ª Câmara Cível deste Tribunal, conforme precedente:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPAGANDA COMPARATIVA. CAPTAÇÃO DA CLIENTELA. PREJUÍZO À LIVRE CONCORRÊNCIA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. A prática de propaganda comparativa é admitida, desde que atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial e respeitado determinados princípios e limites. Assim, verificado nos autos, ao menos em sede de cognição sumária, que a propaganda comparativa, nos moldes em que veiculada pela agravada, em que inexiste comparação qualitativa entre produtos, mas apenas liga o concorrente à prática de preço superior, com a utilização do nome da agravante sem autorização, traz prejuízo à livre concorrência, incorrendo em concorrência desleal, a liminar com o fito de coibir abuso deve ser deferida. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70045295235, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 30/09/2011)

Não se trata, portanto, de indevida intervenção do Estado nas liberdades constitucionalmente asseguradas à iniciativa privada, mas da necessidade de atuação do estado-jurisdição como regulador das diversas liberdades em conflito, para fazer cessar o excesso praticado pelo réu em prejuízo da imagem da personalidade jurídica da parte autora e dos consumidores, com base no preceito de não exclusão de apreciação pelo



Poder Judiciário de ameaça ou lesão e direito (art. 5º, inciso XXXV, da CF).

Assim, procede o pedido cominatório.

O pedido de apreensão resta prejudicado pela própria natureza da pretensão e a perda do objeto.

Por fim, no que se refere ao descumprimento da liminar noticiado nas fls. 187/189, a questão deve ser definida em eventual cumprimento de sentença da multa, condicionado ao trânsito em julgado do julgamento de parcial procedência, que torna irreversível a decisão liminar.

Isso posto:

a) acolho a preliminar de ilegitimidade ativa, para excluir da lide a autora Unidassul Distribuidora de Alimentos S.A.

b) julgo procedente, em parte, os pedidos deduzido por Comercial Rissul Ltda., para determinar que o réu WMS Supermercados Ltda. se abstenha de fazer publicidade comparativa de preços em seus estabelecimentos ou por outra forma de comunicação, inclusive eletrônica, com divulgação nominal dos concorrentes, notadamente da marca Rissul;

c) confirmo a liminar da fl. 74, com a modificação da fl. 83, inclusive quanto à incidência de multa diária.

Condeno a parte excluída da lide ao pagamento de 50% das custas e de honorários aos procuradores do réu fixados em R\$ 800,00, considerando a simplicidade da contestação quanto a esta parte.

Condeno o réu ao pagamento da outra metade das custas. Considerando a sucumbência recíproca, em expressiva proporção do o réu, na forma do parágrafo único do art. 21 do CPC, condeno o réu ao pagamento de honorários aos procuradores do autor Rissul, de R\$ 6.000,00, com correção pelo IGP-M a contar desta data e juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado; considero, na fixação, o valor inestimado do objeto da causa e os possíveis ganhos da ré com a publicidade que ensejou



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



a propositura da ação (princípio da causalidade), observando a extensão do processo, tudo conforme os vetores do art. 20, *caput* e § 4º, do CPC.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, nada sendo postulado, arquive-se com baixa.

Esteio, 28 de agosto de 2012.

Jocelaine Teixeira,

Juíza de Direito.