



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

**AÇÃO COMINATÓRIA. PROPAGANDA
COMPARATIVA. CAPTAÇÃO DA CLIENTELA.
CONCORRÊNCIA DESLEAL. PREJUÍZO À LIVRE
CONCORRÊNCIA.**

1. “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”- precedente da Câmara.

2. Caso em que a ré formulou propaganda com a citação expressa do nome e os preços praticados pela empresa autora em diversos produtos comercializados por ambas. Excesso de direito ao vincular a marca da concorrente à prática sistemática de venda por valores superiores. Inexistência de comparação qualitativa. Prejuízo à livre concorrência, resultando em concorrência desleal.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A remuneração do advogado deve atentar à atividade desenvolvida pelo causídico, retribuindo de forma adequada o trabalho do profissional. Atenção às operadoras dos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC. Manutenção dos honorários fixados em 1º Grau.

**NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.
UNÂNIME.**

APELAÇÃO CÍVEL

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-
27.2012.8.21.7000)

WMS SUPERMERCADOS DO
BRASIL LTDA

COMERCIAL RISSUL LTDA.

DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

COMARCA DE ESTEIO

APELANTE

APELADO



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento à Apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. PAULO ROBERTO LESSA FRANZ E DES. MARCELO CEZAR MÜLLER**.

Porto Alegre, 31 de outubro de 2013.

DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA (RELATOR)

A princípio, adoto o relatório às fls. 201-2.

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).



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

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 nomeação 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 ilegitimidade 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).

Deliberando quanto ao mérito, decidiu o(a) Dr(a). Juiz(a) de

Direito:

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



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

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

A ré apela. Aduziu existir incorreção nas informações constantes dos cartazes utilizados pela recorrente como sendo os preços dos produtos anunciados pela recorrida, tampouco que a comparação não tenha sido documentada e ou não haja confrontado preços praticados no mesmo dia. Assevera que o paralelo foi efetivado sem qualquer adjetivação, inexistindo impropriedade nas comparações havidas, mas apenas confrontação de preços a partir de informações corretas, dados objetivos e demonstrados. Defende que a inclusão da marca da recorrida nos cartazes de propaganda da recorrente não traduz concorrência desleal ou ofensa à Lei de Propriedade Industrial, pois a conduta descrita na inicial da demanda não se ajusta às previsões da legislação de regência. Diz que sua estratégia comercial está amparada nos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, não havendo ilegalidade na propaganda comparativa, a qual está em sintonia com a ética publicitária, nos termos do art. 32 do Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR, e prática que não é vedada



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

pelo Código de Defesa do Consumidor. Cita precedentes da jurisprudência acerca da matéria debatida no feito. Postula, acaso mantida a sentença, a redução dos honorários advocatícios a que foi condenada pagar, equiparando-os com aqueles arbitrados em favor ao procurador da ré a serem pagos pela parte excluída da demanda. Requer, ao fim, o provimento da Apelação em seus termos.

Em contrarrazões, a recorrida rebate os argumentos trazidos no apelo, pedindo a manutenção da sentença.

Subiram os autos.

Registro, por fim, que foi observado o previsto nos arts. 549, 551 e 552, todos do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA (RELATOR)

Colegas.

Tenho que a manutenção da procedência da ação se impõe.

A matéria trazida na lide não é inédita na Câmara.

Este Órgão fracionário já deliberou em ação de semelhante colorido fático e na qual a ora apelante igualmente ocupava o polo passivo, feito da relatoria do culto e operoso Des. MARCELO CEZAR MÜLLER e de cuja sessão de julgamento participei, pelo que bem calha trazer excertos dos fundamentos adotados naquela ocasião como razões de decidir na presente demanda, *verbis*:

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPAGANDA COMPARATIVA. DANO MORAL. A livre iniciativa, a concorrência, a isonomia, a legalidade, a propriedade privada e a tutela do consumidor são valores acolhidos



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

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. No caso, considerados os elementos concretos, a propaganda que indica o nome da outra empresa e o preço praticado não deve ser mantida e impõe a obrigação de indenizar o dano causado. O dano moral deve ser estabelecido com razoabilidade, de modo a servir de reparação ao dano sofrido pela vítima. Valor reduzido. Apelação provida em parte. (Apelação Cível Nº 70050176338, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cesar Muller, Julgado em 27/09/2012)

...

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. 13 a 18 demonstram o proceder da empresa. Por exemplo:

*“Compare
Maionese Hellmanns
500g
Superbom R\$ 4,59
Nacional
R\$ 3,48”
(fl. 13)*

Nos autos de processo cautelar houve a concessão de medida liminar para ser cessada a propaganda realizada dessa maneira.

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.



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

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.

(...).

O ato ilícito está presente e demonstrado nos autos, diante do proceder publicitário da demandada, que na propaganda veiculada nomeou expressamente o nome da autora.

Flávio Tartuce, Direito Civil, volume 2, 7ª edição, Editora Método, p. 313, esclarece que a definição do abuso de direito tem fundamento em conceitos indeterminados, a saber: "a) fim social; b) fim econômico; c) boa-fé; d) bons costumes." Essas cláusulas gerais devem ser analisadas pelo juiz no caso em julgamento.

Significa que os elementos específicos do processo devem ser levados em conta para o melhor enquadramento possível, com observância aos parâmetros normais de justiça e segurança jurídica.

O agente deve exceder um direito que possui. Pode ser este o conceito: "o abuso de direito é um ato ilícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

*mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo.” (Flávio Tartuce, *Direito Civil*, volume 2, 7ª edição, Editora Método, p. 315).*

A Professora Judith Martins-Costa apresenta os termos “exercício inadmissível ou disfuncional de uma posição jurídica”, que seriam mais adequados à situação exposta. Isso porque o agente é titular de um direito, mas o exerce de maneira que extrapola a permissão concedida pelo sistema, quebrando outras regras legais e causando dano a outrem.

Sendo assim, a regra do art. 187 deve ser aplicada em consonância com os princípios fundamentais do direito privado. Isto é, quem excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, pelos bons costumes, está sujeito a indenizar o dano causado ao ofendido, originado do exagero cometido.

Na espécie, da mesma forma como na demanda onde prolatado o julgamento supra referido, a ré-apelante formalizou propaganda comparativa com a citação expressa do nome da empresa autora-apelada, fls. 48-59, em flagrante excesso de direito ao vincular a marca RISSUL à prática sistemática de venda de produtos por valores superiores àqueles oferecidos pela empresa requerida.

Há de se considerar que a indicação dos preços do dia por intermédio de cupons fiscais denuncia que a demandada adquiriu os itens em loja da demandante e, a partir dos valores praticados por esta, estabeleceu o preço para comercializar o seu próprio estoque do mesmo item.

“Ora”, tal estratagema não demonstra que a ré comercializasse permanentemente por preços inferiores, mas que em dia certo e a partir da ciência prévia dos valores estabelecidos pela autora, colocou à venda produtos com custos inferiores, formalizando evidente prática desleal de mercado, pois não há evidências de que o quanto cobrava levava em conta



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

seus próprios custos e margem de lucro, mas tão-somente que estava vinculado aos preços da concorrente, estes obtidos de forma antecipada nas lojas da demandante.

Dito assim, oportuno trazer os fundamentos do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n.º 70045091204 (fls. 194-7), intentado pela ora apelante contra a decisão que deferiu a tutela antecipada:

(...).

Com efeito, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária prevê a possibilidade de veiculação de propaganda comparativa desde que atendidos determinados princípios e limites. Veja-se o teor do seu artigo 32, que dispõe sobre a propaganda comparativa:

“Artigo 32. Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial - 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 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;*



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

- 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.”*

No caso dos autos, analisando os documentos juntados até o momento, especialmente às fotografias coligidas às fls. 96-108, verifica-se que a agravante realizou campanha publicitária que consistia na comparação dos preços de seus produtos com os praticados pelo estabelecimento comercial das agravadas, de modo a associar a marca das autoras a preços superiores aos cobrados no estabelecimento da ré.

Ora, ainda que sejam verdadeiros os dados veiculados na campanha publicitária, não se trata de simples esclarecimento ao consumidor a comparação de preços praticada pela ré. Evidencia-se, na verdade, prática irregular, pois o objeto da comparação não parece ser a mercadoria comercializada, mas, sim, o fornecedor do produto, o que traz prejuízo à livre concorrência, caracterizando-se a concorrência desleal.

Desse modo, em um juízo de cognição sumária, havendo indícios de que a campanha publicitária veiculada pela agravante não atende aos requisitos da propaganda comparativa de preços, parece-me justo e adequado que se proceda à cessação de sua divulgação, por agredir a imagem do seu concorrente.

Nesse sentido, os seguintes precedentes deste Tribunal:

“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



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

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)

As argumentações supra, expressas para justificar a manutenção da tutela antecipada, vêm a propósito para decidir quanto ao provimento de mérito, e a tanto são consideradas para confirmar a sentença de 1ª Instância.

No que diz com os honorários advocatícios, inexiste justificativa à alteração pretendida.

Acerca dos elementos considerados à fixação dos honorários advocatícios, leciona YUSSEF SAID CAHALI¹:

Na fixação dos honorários de advogado serão atendidos, ainda, os fatores objetivos [além dos subjetivos, sujeitos à apreciação pessoal do julgador], especificados no art. 20, § 3º, c: “a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

Assim, uma causa em que se discutem graves questões de direito exige mais do advogado do que outra em que o pedido se funda em jurisprudência pacífica, sem qualquer controvérsia plausível. Nestes casos, geralmente, a natureza da ação pressupõe que o vencedor se tenha servido dos préstimos profissionais de advogado especializado na questão jurídica objeto da lide, reclamando dele pesquisas e formulação de teses pioneiras, que vão servir de roteiro para o julgador.

Na valorização do trabalho realizado pelo advogado, ainda que o critério da lei tenha em vista exclusivamente a prestação judicial em matéria civil, é de reconhecer-se como prestação judicial não apenas aquela em que o trabalho se desempenha no cumprimento de um verdadeiro e próprio ato processual (audiência, arrazoados, sustentação oral,

¹ Honorários advocatícios – 3. ed. – São Paulo : Ed. RT, 1997, pp. 465-6.



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

memoriais, precatórios), mas compreende a atividade que se desenvolve fora do processo, desde que estreitamente dependente de um mandado relativo à defesa ou representação em juízo, como preordenado à atuação da atividade propriamente processual ou a esse complementar (diligência junto a outros processos, em outras esferas etc.).

Assim, se há necessidade de serem ouvidas testemunhas residentes em outras cidades, em outros Estados.

O trabalho profissional prestado deve receber remuneração condigna e segundo as peculiaridades do caso.

Na espécie, a despeito da inexistência de instrução processual, restrita a contenda às teses jurídicas de cada parte, impende observar o qualificado trabalho desenvolvido pelos patronos da autora, cuja prevalência exigiu sobreposição jurídico-argumentativa a não menos qualificada defesa apresentada pelo advogado da ré.

Por outra, em que pese o provimento buscado na ação tivesse natureza declaratória, ínsito o conteúdo econômico da causa por vias transversas, circunstância denunciada já na multa diária estabelecida no caso de descumprimento da tutela antecipada – confirmada no mérito –, na importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Nesse passo, considerando as circunstâncias antes mencionadas, e bem assim a necessidade de remunerar condignamente o profissional do Direito, impedindo o aviltamento do nobre exercício da advocacia, estou que a importância fixada na sentença, R\$ 6.000,00 (seis mil reais) esteja adequada ao pagamento pelo trabalho desenvolvido pelo procurador da demandante.

Por fim, anoto que a remuneração fixada ao procurador do réu, a ser paga pela parte excluída da demanda, não poderia mesmo ser equiparada aos honorários pela procedência do pedido inicial em face da



JASP

Nº 70052022795 (Nº CNJ: 0508878-27.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

apelante, porquanto resultado do reconhecimento de ilegitimidade passiva, tese singela na presente caso.

Ademais, mesmo reconhecida a desproporção das importâncias arbitradas, não se haveria de pior remunerar o causídico que venceu a causa tão-somente pela inadequação dos honorários arbitrados ao patrono da ré, cuja análise de justa retribuição pressupunha o competente recurso, o qual não foi interposto.

Isso posto, estou por negar provimento à Apelação.

É como voto.

DES. PAULO ROBERTO LESSA FRANZ (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. MARCELO CEZAR MÜLLER - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA - Presidente - Apelação Cível nº 70052022795, Comarca de Esteio: "NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: JOCELAINE TEIXEIRA