



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000603663

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2070301-74.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HEINZ BRASIL S.A, é agravado UNILEVER BRASIL LTDA..

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V. U. Sustentaram o Dr. Cristiano Rodrigo Del Debbio (OAB/SP n.º 173.605) e Dr. Igor Manzan (OAB/SP n.º 402.131).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente) e ARALDO TELLES.

São Paulo, 29 de julho de 2019.

MAURÍCIO PESSOA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Voto nº 12993

Agravo de Instrumento nº 2070301-74.2019.8.26.0000

Agravante: Heinz Brasil S.a

Agravado: Unilever Brasil Ltda.

Comarca: São Paulo

Juiz(a): Rogério Murillo Pereira Cimino

Agravo de instrumento – Tutela provisória antecedente –
 Astreintes – Renitência injustificada da agravante em
 cumprir a ordem judicial – Fixação e arbitramento
 necessários para assegurar a instrumentalidade do
 cumprimento da decisão recursal – Decisão mantida –
 Pequena alteração quanto ao termo inicial da incidência da
 multa – Recurso desprovido, com observação.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em “*tutela provisória antecedente*” – já aditada a petição inicial para, reiterado o pedido inibitório, incluir-se o indenizatório (fls. 285/312 dos autos de origem) –, reconheceu o descumprimento da determinação liminar e aplicou à ré a multa diária no valor de R\$ 25.000,00 a contar da data de 21/02/2019 até a data da cessação da conduta (fls. 775/776 dos autos originários).

Recorre a ré a sustentar, em síntese, que se trata de ação de tutela antecipada proposta pela Unilever, que objetivava a suspensão da veiculação de publicidade da nova maionese da Heinz, apelidada de Mayo, em evento alimentício promovido pela Associação Paulista de Supermercados (APAS); que o D. Juízo concedeu parcialmente a tutela de urgência determinando que a ré se abstivesse de veicular qualquer material publicitário contendo as afirmações “*mais de 80% de intenção de substituir a maionese atual*” e “*a reação do consumidor não poderia ter sido melhor*”; que o D. Juízo ainda deferiu um novo pedido de ampliação da tutela de urgência,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

determinando que a ré também deveria se abster de divulgar qualquer publicidade que envolvesse as informações de “*paridade com o líder de mercado*” e “*enquanto nosso competidor cai mês a mês*”; que a autora recorreu da decisão para tentar ampliar, mais uma vez, o objeto da tutela concedida, requerendo que fosse considerada na proibição o trecho da campanha em que se mencionava a característica de “*mais cremosa, mais fresquinha e mais gostosa*”; que seu pedido foi totalmente indeferido pela 2ª Câmara de Direito Empresarial; que a ré interpôs o agravo de instrumento nº 2112175-73.2018.8.26.0000 contra a decisão que indeferiu o pedido de reconsideração das decisões de fls. 135/140 e 161/162 dos autos originários; que o recurso foi desprovido; que a autora apresentou emenda (fls. 285/312 dos autos originários) ampliando o objeto da discussão e, não satisfeita, a fls. 481/517 apresentou sua réplica e fez novo requerimento de antecipação de tutela, ao requerer a proibição da veiculação do *claim* “*mais cremosa, mais fresquinha e mais gostosa*”, bem como do *claim* “*100% a frio*” e “*fresca*”, o que foi refutado em primeira instância (fls. 550 e 559); que, das referidas decisões, a autora interpôs novo agravo de instrumento (proc. nº 2033399-25.2019.8.26.0000), tendo o pedido de efeito ativo recursal sido concedido para impor à Heinz “*o dever de, imediatamente após ser intimada desta decisão, abster-se de veicular, por qualquer meio ou mídia, publicidade, nova ou já existente, da maionese MAYO que relacione o claim '100% a frio' à maionese caseira, fresca ou natural, sob pena de multa diária de R\$ 25.000,00, limitada a incidência a 30 dias*”; que dessa decisão a ré interpôs agravo interno que, embora desprovido, ainda não teve a decisão publicada; que o referido agravo de instrumento, quanto ao mérito, encontra-se pendente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de julgamento; que, com a intenção de impedir que a ré faça qualquer tipo de publicidade relacionada ao produto “Mayo”, a autora passou a investir seus esforços para obter o reconhecimento do descumprimento da decisão, o que acabou sendo acatado; que a decisão recorrida é absolutamente equivocada e precipitada, especialmente porque a publicidade não relaciona o *claim* “100% a frio” à questão de a maionese ser “caseira, fresca ou natural”; que o reconhecimento do descumprimento da decisão limitar e a aplicação de multa nesse momento processual são completamente equivocados; que o real objetivo da Unilever é impedir toda e qualquer publicidade do produto recorrente, tentando evitar que a ré conquiste a preferência do consumidor ao ressaltar os diferenciais de sua maionese; que os *claims* “fresquinha” e “100% a frio” são características do produto, independentes entre si; que não se trata de relação de causa e efeito, ou seja, o produto não é “fresco” porque foi “processado a frio”; que, até que a perícia seja realizada com a conclusão de que a maionese não seria fresca e/ou não seria processada 100% a fio, não se pode, em juízo de valor provisório, impor uma presunção de má-fé contra a ré; que não pode a publicidade impugnada ser considerada enganosa e ser obstada sem qualquer tipo de prova da má-fé da ré; que a decisão recorrida, ao reconhecer o descumprimento da decisão recursal e determinar que seja a multa exigida sem, ao menos, aguardar a conclusão definitiva desta C. Câmara sobre o mérito do recurso é, no mínimo, precipitada e gravosa; que a atitude do D. Juízo viola a segurança jurídica e prejudica diretamente os negócios da ré, ofendendo os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal; que é possível verificar que o Magistrado, além de reconhecer o descumprimento da obrigação,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

tornou exigível a multa, olvidando-se do fato de que a ré não foi intimada pessoalmente, razão pela qual a multa não pode ser exigida, conforme entendimento consagrado no Enunciado 410 da Súmula do E. Superior Tribunal de Justiça, restaurada recentemente pela Corte Especial quando do julgamento do EResp 1.360.577 e EResp 1.371.209; que não foi intimada pessoalmente da decisão liminar recursal; que sem sua intimação pessoal, a multa não só não é exigível como ela não existe, razão pela qual a decisão agravada deve ser reformada; que, ainda que se entenda que a multa existiria e poderia ser exigida, o “dies a quo” de sua incidência não tem razão de ser; que a decisão estaria se referindo à data de publicação da decisão recursal, no entanto, a referida decisão não foi publicada na data mencionada; que o “dies ad quem” indicado também não corresponde ao comando da decisão liminar recursal, que delimitou a multa a 30 dias, e não à data de cessação da suposta conduta proibitiva; que a decisão agravada oferece risco de lesão grave e de difícil reparação para a ré, já que reconheceu um descumprimento inexistente; que, ademais, a decisão recorrida possibilitou a exigência de multa com base em uma decisão provisória, sem que tenha havido a intimação pessoal, bem como indicando período de incidência da multa sem qualquer fundamento ou respaldo na decisão liminar recursal; que há “periculum in mora” reverso. Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso, de modo a se aguardar a decisão final de mérito do agravo de instrumento que originou a decisão liminar (nº 2033399-25.2019.8.26.0000), e o provimento final do recurso.

Recurso processado sem efeito
suspensivo (fls. 29/35).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Contraminuta (fls. 40/53).

Oposição ao julgamento virtual (fls. 38).

É o relatório.

Trata-se de “tutela provisória antecedente” ajuizada pela agravada em face da agravante.

A agravada, ao aditar a petição inicial da tutela de urgência (fls. 285/312 dos autos originários), fez os seguintes pedidos:

Requer-se, ainda, a PROCEDÊNCIA da demanda, para:

a. Proibir a veiculação do *claim* “mais cremosa, mais fresquinha e mais gostosa” para a Maionese da HEINZ, para que não seja mais empregado em qualquer mídia (Televisão, rádio, *youtube* ou redes sociais), canal de divulgação (supermercados e stands de vendas), ou em sua rotulagem, sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00/dia, sem prejuízo da adoção de outras medidas que se façam necessárias, como a apreensão do material publicitário, fechamento do *stand*, ou mesmo intervenção judicial na empresa, em caso de resistência ao cumprimento da ordem judicial.

b. Proibir sejam empregados os *claims* “100% a frio” e “fresca” tanto na rotulagem da maionese da HEINZ quanto em sua publicidade, qualquer que seja a mídia (Televisão, rádio, *youtube* ou redes sociais), canal de divulgação (supermercados e stands de vendas), sob pena de multa diária no valor de R\$ 50.000,00/dia, sem prejuízo da adoção de outras medidas que se façam necessárias, como a apreensão dos produtos e do material publicitário, suspensão da veiculação da mídia,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fechamento de *stand* ou ponto de venda, ou mesmo intervenção judicial na empresa, em caso de resistência ao cumprimento da ordem judicial.

c. Requer-se, ainda, a confirmação das medidas liminares, com a proibição definitiva da veiculação da publicidade da Maionese da HEINZ ora tratada, na qual, de modo desleal, sem fonte ou dados comprováveis e objetivos (i) afirma paridade com concorrentes, aproveitando-se do prestígio alheio; (ii) afirma que a reação dos consumidores em relação à maionese Mayo “não poderia ter sido a melhor”, bem como que teria sido identificado que “mais de 80% de intenção dos consumidores de substituir a maionese atual”, (iii) afirma declínio do *share* de concorrente (UNILEVER) mês a mês – sob pena de multa diária no valor de R\$ 250.000,00/dia, sem prejuízo da adoção de outras medidas que se façam necessárias, como a apreensão dos produtos e do material publicitário, suspensão da veiculação da mídia, fechamento de stand ou ponto de venda, ou mesmo intervenção judicial na empresa, em caso de resistência ao cumprimento da ordem judicial..

d. A condenação da HEINZ ao pagamento de indenização à UNILEVER, por danos morais, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por todos os prejuízos sofridos pela divulgação da publicidade ora impugnada durante a maior feira de alimentos do país.

A tutela de urgência originária fora deferida parcialmente, mantido o deferimento parcial em sede de agravo de instrumento (proc. nº 2093306-62.2018.8.26.0000), por acórdão cuja ementa é a seguinte:

Tutela provisória antecedente – Liminar parcialmente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

concedida na origem – Autora busca a imediata suspensão da veiculação de publicidade que se refere à marca da ré como “mais cremosa, mais fresquinha e mais gostosa” – Indeferimento – Ausência de requisitos para concessão da tutela de urgência – Recurso desprovido (fls. 466/477 dos autos de origem)

Em saneador, o D. Juízo de origem deferiu a produção de prova pericial sob os seguintes fundamentos que, por expressivos e necessários à intelecção da controvérsia recursal, são a seguir transcritos, *in verbis*:

Vistos.

Pretende, a requerente, imputar à ré atos de concorrência desleal, requerendo sua condenação em danos morais.

Em apertada síntese, alega que a requerida *veiculou publicidade comparativa desleal e informações enganosas no maior e mais importante evento de alimentos do país, qual seja, o APAS Show, promovido pela Associação Paulista de Supermercados – APAS.*

A ré, por sua vez, defende o material promocional veiculado, alegando a idoneidade da publicidade comparativa realizada, forma lícita de exercício da livre concorrência. Quanto à específica impugnação da parte autora sobre o método de produção da maionese industrial "100 a frio", declara tratar-se de segredo de negócio, sendo que o método produtivo da requerente não pode servir de parâmetro para especular sobre a validade do método empreendido pela demandada.

Pois bem.

Partes legítimas e bem representadas. Objeto lícito e possível. No mais, presentes estão as condições da ação. Inexistindo questões prévias a apreciar, dou o feito por **saneado**.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A controvérsia instaurada a partir da contestação consiste na licitude da propaganda comparativa veiculada no evento supra mencionado, (i) de modo a constatar se o público alvo possuía a seu dispor, à época, os dados necessários para cotejo sobre os gráficos lançados pela ré, (ii) bem como se o uso das expressões que enalteciam o produto da ré em comparação com os demais (mais fresquinha, mais cremosa e mais gostosa), porquanto se tratar de manifestação de cunho subjetivo, possui a força para desviar clientela e induzir o consumidor a escolher o produto da ré, em detrimento ao da autora – por si só.

Não obstante, a afirmação da ré sobre o método produtivo de sua maionese (100% a frio) merece maior análise. Tal assertiva no atual mercado consumidor, mais instruído sobre efeitos benéficos e maléficos dos alimentos industrializados, traz consigo grande força a direcionar o público para o consumo de produtos desse tipo a outros de mesma natureza, mas com método de manufatura tradicional.

Muito embora a ré discorra que a expressão "100% a frio" não seja sinônimo de orgânico ou não industrializado, é o consumidor o destinatário final dessa informação, e são os impactos sobre ele (o consumidor) que devem ser apurados. Não está aqui a se impedir o uso da expressão utilizada pela ré, mas a saber se o uso solitário dela pode levar o público a erro e, conseqüentemente, caracterizar concorrência desleal.

Pertinente, assim, a produção de prova pericial para a respectiva apuração dos itens acima estipulados.

Para tanto, nomeio a Dra. Adriana Lucena, que deverá ser intimado para estimar seus honorários.

Arcará a parte autora com o pagamento dos honorários periciais.

Concedo o prazo de quinze dias para a formulação de quesitos e indicação de assistentes técnicos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Intime-se (fls. 578/580 dos autos de origem)

Na ação de origem a perícia ainda não teve início.

A agravante noticiou que a agravada, “aproveitando-se da demora inerente ao processo, a HEINZ lançou um novo comercial, *muitíssimo mais agressivo e enganoso*, no qual agora AFIRMA escancaradamente que o 'processo 100% a frio' faria seu produto mais cremoso, mais fresco e melhor”. E, ao considerar que a nova publicidade é ilícita por conter afirmações sabidamente falsas e “desprovidas de qualquer respaldo técnico ou científico”, requereu “a concessão de tutela provisória, para suspensão imediata da publicidade da HEINZ, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais/dia), sem prejuízo da adoção, se necessário, das demais medidas de apoio previstas no art. 497 do CPC” (fls. 655/662 dos autos de origem).

O D. Juízo de origem indeferiu o pedido, nos seguintes termos:

“Vistos.

Fls. 655/662: conforme já exposto nas decisões de fls. 578/580 e 596, o *claim* "100% a frio" será objeto de perícia. À míngua, por ora, de elementos técnicos inequívocos para formar a convicção deste Juízo no sentido determinar à requerida que suspenda de forma prévia sua publicidade, como assim já entendido nos autos, indefiro o pedido da autora.

No mais, aguarde-se manifestação da Perita sobre a decisão de fls. 653.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Intime-se” (fls. 663/664).

Interposto o agravo de instrumento nº 2033399-25.2019.8.26.0000 contra essa decisão, deferiu-se parcialmente a tutela recursal para impor-se à Heinz “*o dever de, imediatamente após ser intimada desta decisão, abster-se de veicular, por qualquer meio ou mídia, publicidade, nova ou já existente, da maionese MAYO que relacione o claim “100% a frio” à maionese caseira, fresca ou natural, sob pena de multa diária de R\$ 25.000,00, limitada a incidência a 30 dias*” (fls. 185/193 daqueles autos).

Noticiado o descumprimento da ordem judicial pela agravante, o D. Juízo reconheceu o descumprimento da determinação liminar e impôs a ela a aplicação da multa diária no valor de R\$25.000,00 a contar da data de 21/02/2019 até a data de cessação da conduta, a ser executada via incidente processual.

Daí o inconformismo, que não prospera.

De início, é descabida a alegação de que a multa é inexigível, tendo em vista que a agravante não foi intimada pessoalmente da decisão liminar recursal proferida no agravo de instrumento nº 2033399-25.2019.8.26.0000.

Em consulta ao andamento processual junto ao sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo, observa-se que o despacho foi disponibilizado no DJE de 22/02/2019 e, tanto a agravante dele teve ciência, que opôs agravo interno na mesma data, o qual foi desprovido.

Ademais, julgado em 13/05/2019, o agravo de instrumento foi provido por acórdão cuja ementa é a seguinte:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Contraminuta – Perda do objeto recursal pela preclusão –
Não ocorrência – Recurso conhecido.

Tutela provisória antecedente – Autora busca tutela de
urgência para suspensão imediata da publicidade da ré
– Liminar indeferida na origem – Reforma – Conjunto
probatório que corrobora a verossimilhança das
alegações deduzidas e o perigo de dano – Não se trata
de inibição da veiculação da publicidade do produto,
mas tão somente do “claim” com a finalidade de
comparar ou relacionar o produto com os elementos
insertos na r. decisão recorrida – Recurso provido.

Descabe, portanto, a arguição de falta de
intimação da agravante que voluntariamente deixou de cumprir a
abstenção que lhe fora imposta.

Quanto à *astreinte*, é sabido que ela,
fundamentada nos artigos 497 e 537, ambos do Código de Processo
Civil, tem como função primordial vencer a obstinação do devedor ao
cumprimento efetivo do comando da decisão judicial.

Logo, fica ao livre arbítrio do devedor (e
de mais ninguém) sujeitar-se, por conta e riscos próprios, às
consequências de sua própria e escoteira relutância.

As justificativas lançadas pela agravante
não colhem, já que o descumprimento restou devidamente comprovado.

Ademais, como já observado, a
subsistência da *astreinte* é necessária a assegurar a instrumentalidade do
cumprimento da ordem judicial.

O arbitramento da *astreinte* fora correto



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

e, como se vê aqui, adequado, cabendo pequena alteração quanto ao termo inicial da incidência dela, vez que a decisão que fixou a multa diária fora publicada em 25/02/2019, conforme certidão exarada às fls. 194 do agravo de instrumento nº 2033399-25.2019.8.26.0000, sendo, portanto, exigível a partir desta data.

De outra parte, é facultada ao juiz a modificação do valor ou da periodicidade da multa em caso de constatação da sua insuficiência ou excesso. É o que se extrai do § 1º do artigo 537 do Código de Processo Civil.

Assim se orienta a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a saber:

“A multa poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva. O dispositivo indica que o valor da astreinte não faz coisa julgada material, pois pode ser revista mediante a verificação de insuficiência ou excessividade” (Resp. nº 705.914,; Ministro Gomes de Barros, j. 15.12.05).

Assim, a extensão da periodicidade da incidência da multa é proporcional e adequada à resistência injustificada da agravante em atender ao comando judicial. Em verdade, foi a própria agravante que deu causa à incidência da multa durante o período, devendo, pois, responder pela sua desídia e renitência.

Mantém-se, pois, a r. decisão recorrida, com observação quanto ao termo inicial da incidência da multa e da possibilidade da verificação da proporcionalidade ou não em concreto no incidente correspondente.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ante o exposto, **NEGA-SE**
PROVIMENTO ao recurso, com observação.

MAURÍCIO PESSOA
Relator