



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

POSTO DE GASOLINA - Fornecedor de combustível e comodato de equipamentos - Ação de rescisão contratual cumulada com indenização e reintegração de posse - Descumprimento contratual pelos réus caracterizado - Alegação de existência de contrato de mútuo com estipulação abusiva de juros - Irrelevância - Reintegração na posse dos equipamentos - Admissibilidade - Redução do valor da multa, porém, que se impõe - Recurso provido em parte, por maioria.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO Nº 1.170.013-1**, da Comarca de **DIADEMA**, sendo apelantes **AUTO POSTO SHOPPING DIADEMA LTDA E OUTROS** e apelada **MERCOIL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**.

ACORDAM, em Décima Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, vencido o Relator que negava provimento e declara. Acórdão com o Revisor.

Cuida-se de recurso de apelação de r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte ação de rescisão contratual cumulada com indenização por perdas e danos, danos morais por usurpação de marca, e reintegração de posse.

Aduzem os réus, ora apelantes, que: a culpa da rescisão do contrato de fornecimento de combustíveis é da apelada, que agiu de forma lesiva impondo cotas mínimas de fornecimento, e realizando contrato ilícito de mútuo, o que lhes causou grandes prejuízos; abusiva a cobrança de juros de 2% ao mês, o que tornou impossível a aquisição dos produtos; a reintegração da apelada na posse dos equipamentos cedidos é injusta, pois ela a responsável pelo rompimento da avença. Requerem seja dado provimento ao recurso para a reforma da r. sentença.

Recurso processado e respondido.

Respeitado entendimento em sentido diverso, e sem prejuízo do duto posicionamento do Exmo. Desembargador Relator quanto à caracterização da culpa dos apelantes pela rescisão do contrato e inexistência de abusividade no contrato de mútuo, o que se adota, o presente recurso comporta provimento em parte apenas para que o valor da multa seja fixado segundo o critério adotado pelo Código Civil de 1.916, no seu art. 924 (art. 413 do Código Civil vigente), de forma proporcional, no período em que o contrato ainda estava em vigor.



Tratando-se de multa, ou seja, pena, não pode ela ultrapassar 10% do período não tolerado pela apelada, que vai da efetiva notificação (17.9.99) até a distribuição da ação (28.12.99). Assim também quanto à indenização no percentual contratado de 50% da margem de lucro (cláusula décima primeira, parágrafo único – fls. 68), que é o que se deixou de ganhar, mas que também deve incidir apenas naquele prazo (17.9.99 a 28.12.99).

Sendo a multa cláusula penal, deve ser analisada sempre restritivamente. Ademais, a tolerância da credora ao invocá-la só após quase 1 (um) ano do descumprimento contratual (fls. 5), levou o devedor a entender que não mais seria ela aplicada. É que se ressalta, aí, o princípio da boa-fé objetiva.

Embora não exposto de forma expressa no anterior Código Civil, como no atual, o princípio da boa-fé objetiva sempre esteve incorporado na teoria geral dos contratos, estribado na eticidade e lealdade das partes contratantes. Aliás, desde 1.990 isso passou a ser mais difundido com a edição do Código de Defesa do Consumidor, embora este, especificamente, não se aplique ao caso. Mas os princípios da "bona fides" e lealdade o antecedem.

Com o realce da função social do contrato, o princípio da boa-fé objetiva levou ao surgimento do Enunciado nº 26, do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, pelo qual "A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes".

A par deste, aplica-se outro princípio. Um que vigora há muito, ou seja, o princípio "duty to mitigate the loss", ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor, ou não oneração do devedor a causar-lhe maior prejuízo, o que levou à aprovação do Enunciado nº 169 na III Jornada de Direito Civil daquele mesmo Conselho: "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo". Tal Enunciado surgiu por proposta da Professora Vera Maria Jacob de Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, onde ressaltado o dever de colaboração das partes, em todas as fases do contrato. Inspirou-se ela no art. 77 da Convenção de Viena de 1.980, sobre venda internacional de mercadorias: "A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída".

Já em 1º de julho de 1.964, na Convenção de Haia, art. 88, estabeleceu-se o princípio do dever do credor de mitigar o dano, com respeito à Lei Uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corporais. Também quanto aos contratos de comércio internacional, os princípios publicados em Roma, em 1.994, e o Código Europeu de Contratos.

Isso constitui um dever de natureza acessória, um dever "anexo", derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.

Do princípio da boa-fé objetiva decorrem expectativas de atitudes dos contratantes, no sentido de eles cooperarem reciprocamente pelo



cumprimento dos deveres anexos. Conforme o Prof. Dr. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, da Faculdade de Direito de Lisboa, "a boa-fé objetiva postula a observância de determinados deveres acessórios, como os de proteção, esclarecimento e de lealdade" ("Da boa-fé no Direito Civil", Coimbra: Almedina, 1.997). O dever anexo de proteção impõe às partes a adoção de medidas necessárias a fim de evitar que a outra parte perceba danos ao seu patrimônio ou pessoa. Já o dever acessório de informação torna obrigatório às partes a prestação de informações relevantes ao contrato, sendo essa obrigação considerada reciprocamente entre elas. Finalmente, o dever anexo de lealdade obriga as partes a evitar a adoção de condutas que possam tornar inútil à contraparte, a prestação a ser cumprida. Esses deveres anexos de lealdade, informação e proteção encontram-se implícitos nos contratos.

Para Menezes Cordeiro, a exigência de comportamento leal entre os contratantes compreende, ainda, a idéia contida em conceitos como "surrectio" e "supressio", que são classificações dadas em Portugal às expressões "verwirkung" e "erwirkung", originárias da Alemanha. A "supressio" refere-se ao fenômeno da supressão de determinadas relações jurídicas pelo decurso do tempo. A "surrectio", por sua vez, consagra o fenômeno inverso, ou seja, o surgimento de uma prática de usos e costumes locais. Assim, tanto a "supressio" como a "surrectio" consagram formas de perda e aquisição de direito pelo decurso do tempo.

Essas aquisições e restrições em nosso ordenamento jurídico, porém, somente são admitidas mediante expressa disposição de lei, como se vê no art. 1.238, que trata da aquisição de propriedade pela usucapião extraordinária, bem como pelos arts. 205 e 206, do Código Civil, que tratam de prescrição extintiva, uma vez que a prescrição consiste na aquisição ou extinção de direitos, pelo decurso do tempo. É admitida, outrossim, a aquisição ou perda de direitos – "surrectio" ou "supressio", respectivamente – pelo transcurso do tempo, em nosso ordenamento jurídico, desde de que a ele se relacionem uma situação de confiança, investida numa relação jurídica. Encontra-se exemplo de "supressio" e "surrectio", como bem expõe Maria Helena Diniz, no art. 330 do Código Civil, ao dispor que se o devedor efetuar, reiteradamente, o pagamento da prestação em lugar diverso do estipulado no negócio jurídico, há presunção "juris tantum" de que o credor a ele renunciou, baseado no princípio da boa-fé objetiva e nessas formas de aquisição e perda de direito pelo decurso do tempo ("Código Civil Anotado", Saraiva, 2.004). Conseqüentemente, se o devedor efetuar o pagamento em local diverso do previsto no contrato, de forma reiterada, surge o direito subjetivo de assim continuar fazendo-o – "surrectio" – e o credor não poderá contrariá-lo, pois houve a perda do direito – "supressio". Desse modo, a "surrectio", nas palavras de Menezes Cordeiro "é o instituto que faz surgir um direito que não existe juridicamente, mas que tem existência na efetividade social".

Conforme o Enunciado nº 24, da I Jornada, a quebra dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva gera a violação do contrato, hipótese de inadimplemento negocial que independe de culpa, gerando responsabilidade contratual objetiva.



Mesmo se assim não fosse, estaria configurado o abuso de direito, previsto no art. 187 do atual Código Civil, que resultou no Enunciado nº 37, daquela I Jornada: "Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

Verificando eventual descumprimento do contrato pelos apelantes, deveria a distribuidora de combustíveis acioná-los imediatamente, não os fazendo acreditar em perdão, desinteresse, não cobrança, não esperando, mesmo, o agravamento da situação econômica deles, impedindo-os de reagir, já no meio de uma dificuldade ou crise econômica, ante o montante exagerado do aludido débito, pois segundo o art. 422, os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

No caso, a credora se manteve inerte durante quase um ano, ante o descumprimento por parte dos devedores, vendo crescer a dificuldade e o prejuízo deste, sem procurar evitar ou, ao menos, minorar tal perda. Perda que poderia ter sido evitada, sem maior prejuízo aos mesmos.

Temos, pois, que o nosso direito não só pode, como já recepcionou, no aspecto contratual, o princípio do "duty to mitigate the loss". Os sistemas jurídicos alemão e o suíço adotam tal princípio, mas atribuindo-lhe a condição, o primeiro, de "Obliegenheit" e o segundo, a de "incompliance".

O Professor Clovis do Couto e Silva já tratara desse assunto na sua obra "A Obrigação Como Processo" (José Bushastky Editor, 1976, São Paulo, p. 112-113).

A confiança instalada nas tratativas e execuções de um negócio jurídico expõem o sujeito a uma correspondência de considerações éticas e morais. A proteção conferida a essa confiança se revela, assim, num princípio fundamental de concretização da boa-fé, onde o Direito deve proteger o investimento confiado pelos indivíduos. Logo, essa confiança guardada pelas partes merece uma tutela jurídica específica, já que não pode ficar descampada de uma eventual frustração. Portanto, sendo legítima a expectativa criada, e por ser a boa-fé uma cláusula geral inserida no ordenamento jurídico brasileiro, a tutela jurídica ampara o sujeito que teve a sua confiança violada, conforme, por exemplo, é a vedação do "venire contra factum proprium".

Como afirma Menezes Cordeiro "o *venire contra factum proprium* coloca a hipótese de, independentemente de ter sido acionado qualquer previsão normativa comum de tipo contratual, o agente fica adstrito a não contradizer o que fez e disse". A título de exemplo, é a situação em que o credor, durante anos, aceita o pagamento da obrigação em data posterior ao do vencimento estipulado no contrato – configurando-se uma violação deste – e, depois, vem pleitear a rescisão contratual com base na conduta anteriormente, por ele, tolerada. O "venire contra factum proprium non potest" ocorreu nesta hipótese, quando se criou a confiança, no sentido de que nada seria feito contra essa violação contratual – pagamento da obrigação em data posterior à estipulada. Logo, essa rescisão pleiteada com base na conduta tolerada, resulta numa



violação do princípio da confiança, além de mostrar-se um verdadeiro abuso de direito, gerando as conseqüências já mencionadas.

Em França, onde se utiliza a proibição do princípio "venire contra factum proprium non potest", também derivado da boa-fé, como justificativa para sancionar o comportamento do credor faltoso, em relação à "l'obligation de mitigation", ficou famoso o caso Bailleux c. Jarety, onde o locador permaneceu durante 11 (onze) anos sem cobrar os aluguéis e, ao invocar a cláusula resolutiva, acabou sendo privado de exercer o seu direito com fundamento na proibição daquele princípio "venire".

O C. Superior Tribunal de Justiça abriu precedente de aplicação do "venire contra factum proprium", antes mesmo do advento do Novo Código Civil, em julgado que afastou a possibilidade de anulação de compra e venda de um imóvel, celebrado somente pelo marido sem a outorga uxória, uma vez que a própria esposa declarou, como testemunha, em outro processo, a anuência tácita à venda (STJ - 4ª Turma, REsp. 95.539/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 14.10.1996).

Nesse passo, também vale consignar a lição do conceituado civilista Caio Mário da Silva Pereira: "A compradora por certo lapso de tempo o reputou bom e válido. Executou-se de sua parte, recebeu mercadorias da linha de produção da vendedora, manteve o seu posto em pleno funcionamento, hasteou bem visível a insígnia da vendedora. Assim procedeu enquanto daí tirou proveito e vantagem. Mas veio uma hora em que entendeu mais lucrativo conservar todos os equipamentos que lhe comodara a fornecedora e, mantendo mesmo a denominação do produto altamente difundida por todo um esquema publicitário distribuiu ao consumo mercadorias de outras procedências... Quando então a vendedora vai à Justiça pedir que coíba esta os abusos e as contravenções cometidas contra ela e exhibe o contrato celebrado com a vendedora, argui-lhe esta a nulidade da avença, sob alegação de que contém cláusula potestativa".

Trechos extraídos de artigo intitulado CLÁUSULAS POTESTATIVAS DE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE PRODUTOS DE PETRÓLEO, estampado na coletânea PODER ECONOMICO: EXERCÍCIO E ABUSO, *Direito Antitruste Brasileiro*, de JOSÉ IGNÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI e JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCHINI, Editora Revista dos Tribunais, 1985, págs. 495/502, procuram melhor interpretar relacionamento contratual parelho à hipótese em pauta: "Não se afina com a boa fé o procedimento da compradora, para a qual o contrato ora é válido ora é inválido; ora é bom ora é mau; ora é exequível, ora é nulo, ao sabor das conveniências da compradora. Enquanto lhe pareceu vantajoso o contrato, a cláusula sexta não o maculava de nulidade plena. Desde que a compradora foi seduzida pela sereia do descumprimento passou a ver na cláusula sexta uma potestatividade absoluta, que derramaria a ineficácia sobre toda a avença" e "A compradora, no momento da celebração, pôde bem aquilatar a extensão das obrigações que assumiu em correlação com os direitos adquiridos".

Possível ainda trazer à colação abalizado magistério do consagrado Rubens Requião: "A exclusividade atua tanto no sentido de favorecer o concessionário, pois se estabelece um relativo privilégio de venda a seu favor,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

como em benefício do concedente, uma vez que ela exclui a sua atividade em relação aos produtos concorrentes... É claro que a exclusividade, aliás, como assinalou Savatier, engendra certas situações monopolísticas na economia de mercado livre. É exatamente essa circunstância que se choca com os princípios da liberdade de comércio, de que são tão cônscios os comercialistas e empresários. Mas somente em condições de venda com exclusividade, de forma absoluta ou relativa, é que a *grande empresa produtora pode organizar e regular a comercialização de seus produtos*, zelando pela integridade e prestígio de sua marca. Engendrando monopólios (exclusividade absoluta) ou criando oligopólios (exclusividade relativa) no que diz respeito à comercialização de seus produtos em rede formada pelas empresas concessionárias, a indústria moderna se expande, seguindo o princípio universal da divisão do trabalho. Convém insistir, a exclusividade não constitui uma cláusula unilateral que engendra garantias e privilégios *apenas para a empresa concedente*. É realizada mais em benefício do *concessionário* que, afastando os concorrentes na comercialização dos produtos ou mercadorias da empresa concedente, assegura-lhe tranquilidade e garantia para organizar, com investimentos, sua empresa comercial e exercer eficientemente sua atividade. Conta ela geralmente com o apoio econômico, financeiro e técnico da empresa concedente, que deseja dotá-la de maior eficiência no desempenho de suas atividades, em proveito da qualidade de sua produção ou venda" (artigo intitulado CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL COM EXCLUSIVIDADE DE POSTOS DE REVENDA DE GASOLINA, itálicos do original, págs. 595/609).

As demais insurgências foram examinadas de forma oportuna no voto do Exmo. Desembargador Relator, Windor Santos, às quais nos reportamos.

Ante tudo isso, e por maioria de votos, dá-se provimento em parte ao presente recurso, vencido o Exmo. Desembargador Relator sorteado, que negava provimento e declara voto.

Presidiu o julgamento, com voto, o Desembargador COUTINHO DE ARRUDA e dele participou o Desembargador WINDOR SANTOS.

São Paulo, 03 de julho de 2007.


CANDIDO ALEM
Relator designado


WINDOR SANTOS

Relator, vencido, com declaração de voto em separado



DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

APELAÇÃO Nº 1.170.013-1

COMARCA DE DIADEMA

VOTO Nº 12.402

WR

Ouso divergir da douta maioria.

Tendo os co-réus admitido o fato de não terem mais adquirido combustíveis da autora (item 7, da contestação - fls. 131), a discussão se restringe à responsabilidade pelo descumprimento contratual.

O recurso não merece provimento.

Com a devida vênia do entendimento dos réus-apelantes, nem a exigência de aquisição de quantidades mínimas de combustível, nem o contrato de mútuo celebrado entre as partes são capazes de alicerçar sua tese, qual seja, de que o próprio autor-apelado foi quem tornou impossível a aquisição do combustível.

A existência de cota mínima nem de longe se mostra abusiva.

Ao contrário, trata-se de uma praxe nos contratos de fornecimento de combustível, e se justifica diante do investimento considerável feito pelas distribuidoras, principalmente com a cessão de equipamentos que são instalados nos postos de serviço que comercializam seus produtos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

Ademais, conforme se verifica pelo “Contrato Particular de Compra e Venda de Estabelecimento Comercial”, através do qual os co-réus/apelantes adquiriram o Auto Posto Shopping Diadema, “... a média de venda de combustíveis gasolina, álcool e diesel no mês de dezembro/1996 foi de 140 mil litros; janeiro/1997 180 mil litros; e fevereiro/1997 de aproximadamente 160 mil litros” (fls. 144 – cláusula Décima Oitava), ou seja, bem superior à quantidade mínima que se comprometeram a adquirir da autora-apelada: 30 mil litros de gasolina, 30 mil litros de álcool hidratado e 10 mil litros de óleo diesel (fls. 62).

Assim, não se vislumbra a abusividade mencionada pelos apelantes.

Observe-se, ainda, que o contrato “sub judice” disciplina, em sua cláusula sétima, parágrafo segundo (fls. 65), a forma pela qual qualquer das partes pode por fim ao contrato.

No entanto, não tendo utilizado o mecanismo previsto na mencionada cláusula, não podem os réus-apelantes, unilateralmente, parar de cumprir o contrato, passando a adquirir produtos de terceiro.

Quanto ao contrato de mútuo, também não pode ser considerado como o fator que impediu a aquisição do combustível.

Referido contrato não está vinculado ao de fornecimento de combustíveis ora discutido, e, ainda que tenha estabelecido juros abusivos, como afirmam os réus-apelantes, não é esta a sede adequada para discussão da questão.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

WINDOR SANTOS
Relator sorteado vencido