



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Ementas: 1) Conexão – Continência – Inexistência – Ausência de identidade de objeto ou de causa de pedir – Aplicação da Súmula 235 do STJ - Agravo retido improvido.

2) Compra e venda Mercantil - Declaratória - Declaração de nulidade das cláusulas de exclusividade e de quota mínima de aquisição de produtos da ré – Teoria da imprevisão – Requisitos para acolhimento da teoria inexistentes – Aplicação do art. 1.246 do Código Civil – Integralidade contratual deve ser observada – Desequilíbrio prejudicial ao credor deve ser evitado – Alegação de desequilíbrio estatal na economia ligada ao campo de combustíveis deve ser alegado em ações contra o Poder Público e não nas relações privadas – Inexistência de relação de consumo, pois a autora não é consumidora final dos produtos que adquire da ré – Prejuízo alegado pela autora não comprovado – Indenização descabida – Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 1.052.591-0, da Comarca de SÃO PAULO, sendo apelante AUTO POSTO CALVI LTDA. e apelado SHELL BRASIL S.A..

ACORDAM, em Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

1.- Ação declaratória e condenatória movida pela apelante contra a apelada, visando declaração de nulidade das cláusulas de exclusividade e de quota mínima de aquisição de produtos constantes de Compromisso de Compra e Venda Mercantil de Combustíveis firmado entre a distribuidora e a revendedora, e condenação da ré no pagamento de indenização por perdas e danos, que a r. sentença de fls. 594/597, cujo relatório se adota, aclarada pela decisão de fl. 608 em embargos de declaração, julgou improcedente, condenando a autora a pagar custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa, corrigido desde a propositura da ação.

A autora na apelação de fls. 613/641, após reiterar as razões do agravo retido de fls. 414/421, alega, em síntese, que a exclusividade imposta pela ré está superada pela Portaria n. 116/2000, da ANP, impondo-se a revogação da liminar concedida, pois a pretensão da ré carece de amparo legal; há formação de cartel para o segmento da distribuição de combustíveis e ilegalidade na reserva de mercado; a atuação da ré configura prática de ilícitos e de infração à ordem econômica; a autora caracteriza-se como consumidora frente à ré, devendo ser aplicado o CDC; a cláusula de exclusividade é nula frente ao CDC e CC; a compra de combustíveis de terceiros não configura ato ilícito, por agir em legítima defesa e no exercício regular e moderado da exceção de contrato não cumprido, prevista no art. 1.092 do CC; ocorre desobrigação da cláusula de exclusividade, porque a ré



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

não faz boa a coisa vendida; é imperiosa a aplicação da teoria da imprevisão; tem direito efetivo à indenização pleiteada. Em face destes argumentos, pediu provimento, para reforma parcial da sentença, quanto ao reconhecimento e declaração de nulidade da cláusula de exclusividade, aplicação do CDC e da teoria da imprevisão, condenando a ré ao pagamento de indenização.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

2.- Apreciando as razões apresentadas no agravo retido de fls. 414/421, formuladas pela autora, contra a decisão de fls. 408, que não acatou o pedido de processamento e julgamento conjunto desta ação com a ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (Promotoria de Justiça do Consumidor) contra a ré e outras cinco companhias distribuidoras de petróleo (Proc. nº. 99.937.29-0), distribuída para a 1ª. Vara Cível Central, não encontro, também, a conexão ou continência alegadas pela autora, estando correta a distribuição livre desta demanda, como determinado pela decisão agravada.

De fato, não há identidade de objeto ou de causa de pedir entre as ações mencionadas. Enquanto na ação civil pública, a finalidade é "afastar práticas lesivas aos consumidores de combustíveis, as quais estariam sendo cometidas pelas empresas requeridas naquela demanda por meio da formação de um cartel", aqui pretende a autora declaração de nulidade das cláusulas de exclusividade e de quota mínima de aquisição de produtos constantes de Compromisso de Compra e Venda Mercantil de Combustíveis firmado entre a distribuidora e a revendedora, e condenação da ré no pagamento de indenização por perdas e danos. Dispares, portanto, os pedidos feitos nas duas ações.

Não há, também, identidade na causa de pedir entre estas ações. A eventual comprovação da formação de cartel pelas distribuidoras de combustíveis não se arrima em fundamento suficiente para a procedência desta demanda, mas como está claro na inicial a procedência da ação para ser declaradas ou anuladas as cláusulas contratuais ajustadas com a ré tem por fundamento a alegada abusividade, em face das normas do Código de Defesa do Consumidor.

E mesmo afastadas as razões supramencionadas, ainda assim o agravo retido não seria provido, pois já julgada em primeiro grau a ação, descabe falar em conexão e em reunião de feitos. Nem mesmo seria o caso também de se determinar a suspensão do andamento da ação, mercê da inexistência da possibilidade da ocorrência de julgamentos conflitantes. Vale acrescentar que, de acordo com a Súmula 235 do Superior Tribunal de Justiça, "*A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*".

Afasta-se, desde logo, a pretensão da autora de revogação de liminar concedida. Nenhuma liminar foi concedida à ré, parecendo que as razões do recurso foram escritas para outra causa, confundindo-se os processos.

Da mesma forma, fica rejeitada a alegação de que a exclusividade imposta pela ré está superada pela Portaria 116/2000 da ANP. O



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

contrato entre as partes é anterior a esta Portaria e, se nem mesmo a lei posterior pode afastar o ato jurídico perfeito, o que dirá uma Portaria...

O que a autora quer, em essência, é anular as cláusulas mencionadas, sob os fundamentos nucleares de que há reserva de mercado em favor da ré pela impossibilidade de aquisição do produto de outra distribuidora e fixação unilateral de preços pela distribuidora, ocorrendo prática de preços excessivos e discriminatórios, com margem de lucro bruto ou preço final de venda ao consumidor sempre inferior àquele que a ré fixa em seu benefício, o que determina crescente queda nas vendas, contendo o contrato cláusulas com desvio de finalidade e abuso de direito, pedindo o reconhecimento de relação de consumo. Acena com aplicação da teoria da imprevisão e de onerosidade excessiva, em face da nova legislação, permitindo a instalação de novas distribuidoras e liberação de preços pelo Governo, passando os postos a praticar preços diversos, com aumento da competitividade.

As partes firmaram instrumentos particulares denominados "Contrato de Sublocação de Imóvel e Outras Avenças" (fls. 82/89 e 95/103) em 1.9.1996, com prazo indeterminado de vigência, e "Contrato de Mútuo e Outras Avenças" (fls. 90/94), em 23.12.1996, pelos quais, em essência, a autora é obrigada a utilizar o imóvel objeto daqueles contratos, bem como as bombas abastecedoras e tanques de armazenagem neles instalados, exclusivamente, para venda e armazenagem de produtos combustíveis e lubrificantes adquiridos da ré, estabelecendo-se na última avença (cl. 5ª) comodato de equipamentos para consecução do pacto de fornecimento dos produtos pela ré.

Como se verifica, convivem hodiernamente no mercado brasileiro de produtos derivados de petróleo duas classes de empresas revendedoras: aquelas, a exemplo da autora, vinculadas ainda por longos períodos a contratos firmados com a distribuidora e que não chegam a ter ganho nas transações que empreendem, pois adquirem por preço superior e estão impossibilitadas de oferecer o mesmo produto a preços melhores que as demais, as quais, após a desregulamentação da economia e do setor específico aqui em análise, o que ocorreu a partir do Decreto n. 99.179, de 25.3.90, e a criação do Departamento Nacional de Combustíveis (DNC), que substituiu o então todo poderoso Conselho Nacional do Petróleo (CNP), liberando os preços dos derivados de petróleo e provocando a competitividade entre tais empresas, adquirem tais bens por preços menores e com maior prazo de pagamento, vantagens que, repassadas aos consumidores, resultam em maiores margens de lucro; estas últimas, recentemente abertas e sem vinculação com qualquer distribuidora ou com contratos já esgotados e/ou vencidos, conhecidas por "bandeira branca", postos revendedores com inteira liberdade para adquirir de qualquer distribuidora que opere no mercado (Posto Multimarcas) e vender os combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros produtos, com todos os resultados favoráveis na sua comercialização que a livre concorrência e iniciativa no comércio provoca e possibilita.



Existente, no entender da autora, patente e claro desequilíbrio contratual provocado pela modificação das situações existentes no mercado varejista de revenda de produtos derivados de petróleo ao tempo em que firmado o pacto com a ré e a época atual, devidas pela desregulamentação do mercado de combustíveis, como acima explanado e demonstrado, a pretensão é anular cláusulas daquela convenção firmada entre as partes em 1996, por força da aplicação da teoria da imprevisão e do desequilíbrio no contrato pela modificação de sua equação econômica surgida após a manifestação de vontade a impor onerosidade excessiva para uma das partes, a autora, que opera sem rentabilidade e no vermelho em relação a ganhos auferidos antes da liberação dos preços dos combustíveis, ocorrendo por tudo isto reserva de mercado, fixação unilateral de preços e desvio de finalidade, o que determina deva ser afastada cláusula de exclusividade de aquisição daqueles produtos em favor da ré, considerada ilícita e abusiva frente ao CDC, aplicável ao negócio ajustado entre as partes.

Sem razão a autora, dentro do que repisa em suas razões recursais aqui alinhadas, devendo prevalecer, integralmente, a sentença.

Sempre se entendeu, e aqui não seria diferente, que o princípio da força obrigatória dos contratos não vincula as partes de modo absoluto, tanto que a regra geral consubstanciada na expressão "*pacta sunt servanda*" está sujeita a abrandamentos derivados da obediência à ocorrência de força maior, de caso fortuito e pela teoria da imprevisão. O que, no entanto, não estão presentes na espécie são os requisitos necessários para ser acolhida a pretensão de anular as cláusulas do contrato como indicadas na inicial, com base na aludida teoria ou com fundamento no Código de Defesa do Consumidor.

E, efetivamente, não se verificaram aqueles requisitos necessários e fundamentais para que se acolha a teoria em questão, que determina seja revisto ou resolvido o contrato ou anuladas suas cláusulas, em virtude de alterações imprevisíveis no momento em que o ajuste é firmado.

A apelante invoca tal teoria, entendendo aplicável ao caso a cláusula "*rebus sic stantibus*", com base no art. 1.092, do CC antigo, tendo em vista a mudança radical das circunstâncias em que a contratação foi celebrada, em virtude das vicissitudes trazidas na economia pela desregulamentação do mercado varejista de compra e venda de produtos derivados do petróleo (gasolina e álcool), implicando alterações no mercado impostas pelo Governo Federal, com o fim do tabelamento de preços dos combustíveis e abertura de inúmeros postos, que modificaram as condições do mercado e disputa nas vendas, que determinaram grave crise econômica em seu posto de revenda de combustíveis, a provocar recessão nos negócios, o que determina a imperiosa revisão do contrato.

Aponta, também, a existência de cláusulas nulas, não fazendo a ré boa a coisa vendida, o que obriga a autora a atuar em legítima defesa de seu comércio, ocorrendo reserva de mercado pela ré com a fixação unilateral de preços, ocorrendo desvio de finalidade e abuso de direito.

1110 /



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5

Ora, esta linha de argumentação, tantas vezes utilizada por devedores frente às distribuidoras de derivados de petróleo, tem claro óbice legal no art. 1.246, do Código Civil.

Como leciona AGOSTINHO ALVIM, contestando o entendimento de que a crise econômica, ainda que aguda, constitua caso fortuito, *“as dificuldades que surgem imprevisivelmente no mundo dos negócios, como por exemplo, o repentino retraimento dos Bancos, a brusca mudança de orientação financeira, por parte do Governo, etc., nada disso escusa o devedor”*. (“Da Inexecução das Obrigações e suas conseqüências”, Ed.Saraiva, 2ª ed., 1.955, n. 207, p. 351).

Não se pode olvidar que o devedor, quando assume a obrigação, sujeita-se aos encargos dela derivados, ainda quando superam a sua expectativa, por força de previsíveis alterações na orientação da política econômica do Governo e voltada para a aquisição de combustíveis, como ocorreu na espécie e foi bem apontada pela autora na inicial.

E tanto previsível era, que a própria autora não se esqueceu de enfatizar, citando, a existência de Portarias desregulamentadoras do setor de combustíveis já nos idos anteriores a 1.996. Visível e clara, assim, a previsibilidade das mudanças que seriam introduzidas no mercado de combustíveis, como de fato o foram.

Adverte CARVALHO SANTOS, ao tratar da força maior e imprevisão, de que não constitui impossibilidade absoluta ou objetiva para autorizar, com estribo no fortuito ou na imprevisão, a resolução da obrigação, *“o fato do evento tornar a prestação mais difícil ou onerosa, pelo que não fica o devedor, em casos tais, isento da responsabilidade pelo fortuito ou imprevisto. Exemplos: nos casos de falta de matéria-prima no mercado local, a alta dos preços, a elevação dos impostos ou o lançamento de novos. Mesmo a superveniência de guerra não constituirá motivo de exoneração de responsabilidade do devedor se ele não impossibilitou a fabricação dos objetos, que devam ser entregues nos termos do contrato, mas apenas tornou essa entrega de caráter mais oneroso”*. (“Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. XIV, Ed. Freitas Bastos, 7ª ed., 1.958, p. 244).

A impossibilidade do cumprimento, para amparar a força maior e a imprevisão, deve ser absoluta, não relativa, como será a maior dificuldade ou onerosidade em prestá-la (cf. Serpa Lopes, “Curso de Direito Civil”, vol. II, Ed.Freitas Bastos, 2ª ed., 1.957, n. 343, p. 464).

Crerios de política estatal no campo da economia ligada à distribuição de combustíveis a refletir, diretamente, nas relações privadas, somente podem ser questionados nos casos em que o litígio se estabeleça com o próprio Poder Público, seus concessionários, agentes ou órgãos da Administração Indireta. Sua utilização nas questões negociais de Direito Privado, em benefício do devedor, traria desequilíbrio prejudicial ao credor, desfigurando a integralidade dos contratos, que, em regra, não de ser observados.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

6

Como bem pondera Orlando Gomes, em lição apresentada na época de surto inflacionário, mas que se aplica, igualmente, à situação da economia em recessão provocada pelo plano Real, em virtude de idênticos fundamentos, *“nos casos de desequilíbrio conseqüente à depreciação monetária, é impossível justificar a intervenção judicial na economia do contrato sob o fundamento da imprevisão. Quem quer que contrate num país que sofre mal econômico da inflação, sabe que o desequilíbrio se verificará inelutavelmente se a prestação pecuniária houver de ser satisfeita algum tempo depois da celebração do contrato. O desequilíbrio é, por conseguinte, previsível, pelo que à parte que irá sofrê-lo cabe acautelar-se. Em todas as hipóteses de desequilíbrio contratual decorrente da depreciação monetária não há como justificar corretamente o reajustamento das prestações com base na teoria da imprevisão”*. (“Transformações Gerais do Direito das Obrigações”, p. 132).

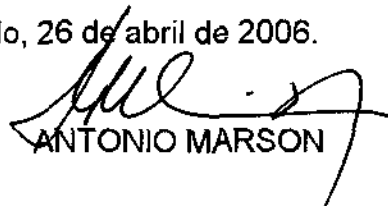
Inexistindo hipótese de imprevisão, força maior ou caso fortuito no ajuste entre as partes e aqui questionado, e afastado o consentimento da parte contrária no seu desfazimento, o qual nem mesmo chegou a ser discutido nos autos, impõe-se mesmo desacolher a pretensão de anulação de suas cláusulas, principalmente aquelas indicadas pela autora na inicial, que compõem a principal parte do ajuste (fixa a compra de produtos e utilização de equipamentos da ré e estipula exclusividade para a ré na aquisição) não se vislumbrando, além disso, qualquer relação de consumo naquele existente entre a apelante e a apelada, porque, dedicando-se a autora ao ramo de comercialização de combustíveis, quando adquire tais produtos visa vendê-los a terceiros e isto afasta a sua condição de consumidora final, condição essa imprescindível para poder ela invocar as normas do Código do Consumidor.

A indenização pretendida pela autora foi bem rechaçada pela r.sentença. Não há mesmo nos autos qualquer comprovação de que o cumprimento do contrato trouxe para a apelante prejuízo a ser indenizado pela ré, nem mesmo o seu montante ou relação de causa e efeito com os fatos que os teriam eclodido.

3.- Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos.

Presidiu o julgamento, sem voto, o Desembargador MAURÍCIO FERREIRA LEITE dele participaram os Desembargadores SILVEIRA PAULILO (Revisor) e ITAMAR GAINO .

São Paulo, 26 de abril de 2006.


ANTONIO MARSON

Relator