

RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.296 - PI (2013/0226832-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR - DF011555
MÁRCIO KAYATT - SP112130
RENATO BORGES BARROS - DF019275
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S) -
PI004045
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES - DF002734
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF016379
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S) -
DF036647
RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL E COMODATO DE BENS C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. POSTO DE COMBUSTÍVEIS. VAZAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. REVALORAÇÃO DOS FATOS E PROVAS. POSSIBILIDADE. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DO AUTOR. PROVA. AUSÊNCIA. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. PROPORCIONALIDADE ENTRE AS OBRIGAÇÕES E DIREITOS DAS PARTES. TELEGRAMAS. FORÇA PROBANTE. INADIMPLÊNCIA. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. FATOS INVOCADOS PELO AUTOR. CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA DAS PARTES. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CARACTERIZADA.

1. Aplicação do CPC/73, a teor do Enunciado Administrativo n. 2/STJ.
2. Inexistentes os vícios do art. 535 do CPC/73, é de rigor a rejeição dos embargos de declaração.
3. A reavaliação das provas e dos fatos expressamente transcritos e delineados no acórdão recorrido não encontra óbice na Súmula 7/STJ.
4. Consoante o disposto no art. 333, I, do CPC/73, compete ao autor a prova dos fatos constitutivos do direito invocado na petição inicial.
5. Na hipótese dos autos, o posto revendedor de combustíveis pretende ser indenizado por danos emergentes e lucros cessantes decorrentes de

vazamento de gasolina. No entanto, o acervo fático-probatório delimitado no acórdão recorrido não permite concluir que houve culpa da distribuidora ré no fato danoso. Logo, não tendo a parte autora se desincumbido do ônus probatório que lhe competia, devem ser julgados improcedentes os pedidos de danos emergentes e lucros cessantes.

6. À luz dos princípios da função social do contrato e da boa-fé contratual, deve haver equilíbrio e igualdade entre as partes contratantes, assegurando-se trocas justas e proporcionais. Desse modo, à obrigação contratual do posto revendedor de adquirir quantidade mínima mensal de combustível deve corresponder simétrica obrigação da distribuidora de fornecer, a cada mês, no mínimo a mesma quantidade de produto.

7. Deixando a distribuidora ré de arguir, na contestação, a inveracidade do conteúdo dos telegramas apresentados pelo autor, presume-se verdadeiro o contexto em que produzidos, nos termos dos arts. 372 e 374 do CPC/73.

8. Nos contratos bilaterais, caracterizados pela existência de direitos e deveres recíprocos, não é dado a um dos contratantes reclamar a prestação do outro antes de cumprida a sua própria, nos termos do art. 476 do Código Civil.

9. Sem lastro probatório consistente, não é possível imputar à ré o dever de reparar danos materiais decorrentes de supostas cobranças superfaturadas e da aquisição de bem imóvel para a instalação de novo posto revendedor.

10. A presunção de veracidade dos fatos não impugnados na contestação é relativa, não impedindo ao julgador, à vista dos elementos probatórios presentes nos autos, que forme livremente sua convicção.

11. A distribuição dos ônus sucumbenciais pauta-se pelo exame do número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento de cada uma das partes.

12. Não evidenciado nos autos o intuito de obstar o trâmite processual, descabe a condenação da ré nas penas por litigância de má-fé.

13. Recurso especial interposto por Ipiranga Produtos de Petróleo S/A parcialmente provido.

14. Recurso especial interposto por Posto Ladeira do Uruguai Ltda não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Nancy Andrighi, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial interposto pela IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial interposto por POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA. Vencido, em parte, o Sr.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Moura Ribeiro. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Participaram do julgamento a Sra. Ministra Nancy Andrighi e os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
Presidente

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.296 - PI (2013/0226832-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR
RENATO BORGES BARROS
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S)
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S)
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S)
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA. (POSTO LADEIRA) ajuizou ação de rescisão de contrato de concessão comercial e comodato cumulada com indenização por danos materiais e lucros cessantes contra TEXACO BRASIL S.A., atualmente denominada IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A. (IPIRANGA), sob a alegação de que sofreu prejuízos em decorrência de vazamento de combustível ocasionado pela incorreta instalação e montagem dos equipamentos pela IPIRANGA, ocorrido no período de 1988 a 1992.

A primeira sentença extinguiu o feito sem resolução do mérito diante da falta de complementação das custas processuais, porém foi invalidada pelo Tribunal de origem, retornando o processo ao seu curso normal.

A segunda sentença e o acórdão respectivo foram anulados por falta de fundamentação por esta Terceira Turma no julgamento do REsp nº 547.743, em virtude da ausência de fundamentação.

Restituídos os autos à primeira instância foi proferida a terceira sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo POSTO LADEIRA para condenar o réu ao pagamento dos danos materiais correspondente ao vazamento do combustível, uma vez que foram devidamente comprovados, no montante de R\$ 17.901,71 (dezessete mil, novecentos e um reais e setenta e um centavos) corrigidos com juros legais a partir do ajuizamento desta demanda e correção monetária desde a data do evento danoso. Na oportunidade, foi indeferido o pedido de lucros cessantes declarado rescindido o contrato de concessão comercial e

comodato, assim como os contratos de locação e sublocação celebrados entre as partes (e-STJ, fls. 1.273/1.276).

Em segundo grau foi dado parcial provimento ao recurso do POSTO LADEIRA para, sem prejuízo da condenação pelos danos emergentes já imposta, condenar a IPIRANGA pelos lucros cessantes decorrentes do vazamento de combustível, assim como pelos lucros cessantes decorrentes da omissão na entrega do combustível, ambos com correção monetária desde o evento danoso e juros moratórios à taxa de 0,5% ao mês até o dia 10/1/2003 e, a partir de então, à taxa de 1% ao mês, a contar da citação inicial. Além disso, foi determinada a apuração dos valores em fase de liquidação de sentença, considerando-se o custo do combustível na data do evento danoso. A apelação do IPIRANGA também foi parcialmente provida para abater do *quantum* indenizatório relativo aos danos materiais decorrentes do vazamento de combustível o valor correspondente a seis meses do combustível perdido, aplicando-se ao caso o princípio do *duty to mitigate the loss*. Transcreve-se a ementa:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES DEMONSTRADOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR AS PRÓPRIAS PERDAS NÃO OBSERVADO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DANOS DECORRENTES DO NÃO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. NÃO ACOLHIMENTO. DUPLICATAS MERCANTIS NÃO ADIMPLIDAS. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. APLICAÇÃO. DANOS DECORRENTES DO NÃO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL EM SITUAÇÃO DE ADIMPLÊNCIA. INADIMPLEMENTO RECONHECIDO. PERDAS E DANOS DEMONSTRADAS. LUCROS CESSANTES INDENIZÁVEIS. PREÇO DO COMBUSTÍVEL ADOTADO INCORRETO. RETIFICAÇÃO. TEMPO DO EVENTO DANOSO. OUTROS DANOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Superior Tribunal de Justiça

I- Comprovado o vazamento de combustível decorrente da má instalação dos bens cedidos em concessão comercial e comodato, a indenização por perdas e danos é medida que se impõe.

II- Danos materiais emergentes e lucros cessantes configurados. As perdas e danos abrangem, além do que a parte efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, nos termos do art. 1.059 do CC/1916 (atual 402 do CC/02).

III- O preço da gasolina vazada a ser indenizada deve ser calculada com base no preço praticado na data do evento danoso, em razão da valoração abstrata do dano. Vedação ao enriquecimento ilícito.

IV- Boa fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas que devem ser pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar todas as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. Redução do valor reparatório dos danos materiais emergentes pelo valor correspondente a 06 (seis) meses de vazamento de combustível.

V- Danos cessantes decorrentes do vazamento. É incontornável a conclusão de que, assinalado o vazamento de combustível, o posto deixou de comercializar seu produto aos consumidores, devendo a parte ser ressarcida pelo que deixou de lucrar, a teor do art. 402 do CC/02.

VI- Danos decorrentes do não atendimento dos pedidos de fornecimento de combustível, em razão de atraso no pagamento de duplicatas. Não acolhimento. A exceptio non adimpleti contractus está para os contratantes como uma maneira de assegurar o cumprimento recíproco das obrigações assumidas. O não pagamento de duplicatas mercantis atrasadas impõe a aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido, nos termos do art. 1.092 do CC/1916 (atual 476 do CC/02), de modo que o não fornecimento de combustível, estando a parte em atraso na sua contraprestação é regular.

Superior Tribunal de Justiça

VII- Danos decorrentes do não atendimento dos pedidos de fornecimento de combustível, estando a parte contratante adimplente. A omissão parcial no atendimento dos pedidos de fornecimento de combustível impingiu perda ao 1º Apelante, visto que deixou de lucrar com a venda do produto, em razão de comportamento imputado à 2ª Apelante, que sequer aclarou ou ilustrou os motivos da mora, devendo reparar os danos, nos termos do art. 402 do CC/02.

VIII- Outros danos. Ausente a prova ou nexó de causalidade dos danos vindicados, é indevida a pretensão reparatória.

IX- Honorários advocatícios. Constatada a ocorrência de sucumbência recíproca, os honorários advocatícios e as demais despesas processuais devem ser distribuídos, conforme preceitua o art. 21, caput, do CPC.

X- 1ª Apelação Cível conhecida e parcialmente provida. Procedência dos pedidos de lucros cessantes decorrente do vazamento de combustível e da não remessa do combustível requerido. 2ª Apelação Cível conhecida e parcialmente e provida. Aplicação do duty to mitigate the loss para reduzir a indenização pelos danos materiais emergentes. Sucumbência recíproca. Honorários retificados para rateio pro rata.

XI- Decisão por votação unânime (e-STJ, fls. 1.530/1.567).

Os embargos de declaração opostos por POSTO LADEIRA foram parcialmente acolhidos para reformar os ônus da sucumbência, atribuindo-os exclusivamente à parte contrária porque o autor sucumbiu de parte de mínima do pedido (art. 21, parágrafo único, do CPC/73).

Do mesmo modo, os aclaratórios apresentados pela IPIRANGA foram parcialmente acolhidos para consignar que os juros moratórios incidem à taxa de 0,5% ao mês até o dia 10.01.2003, sem prejuízo da correção monetária e, a partir de então, incide a taxa SELIC, conforme acórdão assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL. 1ºS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO, EXCLUSIVAMENTE NO QUE PERTINE AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INCIDÊNCIA DO ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO,

Superior Tribunal de Justiça

DO CPC. 2ºS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARGUIÇÃO DE OMISSÕES E CONTRADIÇÃO NO JULGADO. REJEIÇÃO. VÍCIO DE INTEGRAÇÃO. ACOLHIMENTO. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA DA TAXA DE 0,5%, AO MÊS, ATÉ O DIA 10.01.2003, SEM PREJUÍZO DA CORREÇÃO MONETÁRIA, E, A PARTIR DESTA DATA, INCIDÊNCIA, EXCLUSIVAMENTE, DA TAXA SELIC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I- Esquadrinhando-se o acórdão embargado e a sentença de fis. 1.169/72, verifica-se que o Posto Ladeira do Uruguai Ltda. decaiu da parte mínima do pedido, visto que a maior parcela indenizatória - condenação pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes decorrentes da omissão na entrega do combustível - foi deferida, de modo que merece ser aplicado o art. 21, parágrafo único, do CPC.

II- Isto porque, diferentemente do apoiado pela 1ª Embargada o amoldamento de parte mínima não depende da quantidade numérica dos pedidos acolhidos, pois, conforme NELSON NERY JR., in litteris: “quando a perda for ínfima, é equiparada à vitória, de sorte que a parte contrária deve arcar com a totalidade da verba de sucumbência (custas, despesas e honorários de advogado). A caracterização de 'parte mínima do pedido' dependerá de aferição pelo juiz, que deverá levar em consideração o valor da causa, o bem da vida pretendido e o efetivamente conseguido pela parte.”

III- Dessa forma, como a maior parte da parcela indenizatória foi concedida, deve ser aplicada o mencionado art. 21, parágrafo único, do CPC.

IV- 1ºs embargos declaratórios conhecidos, dando-lhes parcial provimento, apenas em relação aos ônus sucumbenciais, devendo a 1ª Embargada arcar sozinha com a verba honorária, no percentual fixado pela instância inicial (15% da condenação).

V- O Superior Tribunal de Justiça retificou sua jurisprudência, apregoando que a taxa de juros referida no art. 406 do Código Civil de 2002 é a SELIC, não sendo possível cumulá-la com correção monetária, porquanto já embutida em sua formação.

VI- Com isto, embora em parte, há vício de integração a ser sanado nos

Superior Tribunal de Justiça

2ºs aclaratórios, a fim de consignar que os juros moratórios incidem à taxa de 0,5% ao mês, até o dia 10.01.2003, sem prejuízo da correção monetária e, a partir de então, incide exclusivamente a taxa SELIC.

VI- 2ºs embargos declaratórios conhecidos, para dar-lhes parcial provimento, a fim de consignar que os juros moratórios incidem à taxa de 0,5% ao mês até o dia 10.01.2003, sem prejuízo da correção monetária e, a partir de então, incide, exclusivamente, a taxa SELIC, rejeitando os outros argumentos por ausência de qualquer nulidade do acórdão embargado e à falência das restantes omissões e contradição apontadas, no termos do art. 535 do CPC, mantendo a decisão atacada em seus demais termos.

VII- Jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

VIII- Decisão por votação unânime (e-STJ, fls. 1.662/1.685).

POSTO LADEIRA interpôs recurso especial fundado no art. 105, III, a e c da CF, alegando que **(1)** o acórdão recorrido violou os arts. 535, II e 458, II, do CPC/73 porque não foram sanadas as omissões apontadas nos aclaratórios; **(2)** a teoria da não mitigação dos danos (*duty to mitigate the loss*) foi aplicada de forma inadequada, em afronta ao art. 422 do CC/02; **(3)** a interpretação dada aos arts. 186, 476 e 927 do CC/02 e do art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 9.847/99 é equivocada na medida em que o órgão julgador de origem negou o pedido de indenização porque as duplicatas não foram adimplidas, porém deixou de considerar o prejuízo sofrido que impediu seu adimplemento; **(4)** a prova foi mal valorada no que se refere à aquisição de imóvel com a promessa de que seria instalado novo posto de combustíveis, ensejando direito indenizatório quanto ao fato, não contestado pela IPIRANGA, o que viola o art. 302 do CPC/73; e, **(5)** há divergência jurisprudencial quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance porque teve sua oportunidade comercial de se desenvolver economicamente prejudicada pela conduta da recorrida que desde o início de suas atividades experimentou prejuízo decorrente da má instalação dos equipamentos, resultando na diminuição de sua competitividade no mercado.

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ, fls. 1.836/1.856.

Os recursos especiais não foram admitidos na origem, sobrevindo agravos em recursos especiais autuados no STJ sob o nº 371.136/PI e distribuídos por prevenção de turma ao Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, aos 28/8/2013

Superior Tribunal de Justiça

(e-STJ, fl. 1.991).

O Ministro Relator, aos 6/5/2014, deu provimento aos agravos para determinar sua reatuação como recursos especiais, recebendo o nº 1.455.296 (e-STJ, fls. 1.992/1.994 e 1.998).

Aos 6/3/2015, o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO formulou consulta acerca de eventual prevenção para o processamento e julgamento dos recursos especiais, em face da designação da Ministra NANCY ANDRIGHI para lavrar o acórdão resultante do julgamento do REsp nº 547.743/PI, a quem sucedi na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (e-STJ, fls. 2.000/2.001).

Aos 12/3/2015 aceitei a prevenção (e-STJ, fl. 2.004).

Em petição protocolada sob o nº 91202/2015, IPIRANGA se insurgiu contra o acolhimento da prevenção porque **(1)** os agravos em recursos especiais teriam sido distribuídos aos 28.8.2014, data em que a Ministra NANCY ANDRIGHI já havia sido empossada como Corregedora Nacional de Justiça, o que ocorreu aos 26.8.2014, afigurando-se correta a distribuição por prevenção de turma em decorrência do disposto no art. 71, § 1º, do RISTJ; e, **(2)** o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO teve sua competência prorrogada ao determinar a subida dos recursos especiais, por força do disposto no art. 71, § 3º, do RISTJ (e-STJ, fls. 2.007/2.012).

Em resposta, POSTO LADEIRA afirmou que permanece a minha prevenção para atuar no feito porque a empresa IPIRANGA alterou a data em que os agravos em recursos especiais foram distribuídos nesta Corte, sendo a data correta 28/8/2013 e não 28/8/2014. Desse modo, a Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI era preventa para a relatoria dos recursos na data em que foram distribuídos (28/8/2013). Além disso, protestou pela condenação da empresa IPIRANGA nas penas por litigância de má-fé porque foi alterada a verdade dos fatos, conforme dispõe o art. 17, II, do CPC (e-STJ, fls. 2.017/2.020).

IPIRANGA se retratou, retificando a data de distribuição dos agravos em recurso especial (28/8/2013), justificando que tal fato decorreu de um deslize involuntário. No entanto, reitera que subsiste nulidade em decorrência do disposto no art. 71, § 3º do RISTJ, segundo o qual *se o recurso tiver subido por decisão do relator no agravo de instrumento, ser-lhe-á distribuído ou ao seu sucessor. Segundo o peticionário, se o agravo em recurso especial foi provido pelo eminente Ministro Sanseverino, em 06.05.2014, sem qualquer questionamento até então sobre a*

Superior Tribunal de Justiça

prevenção da Ministra Nancy Andrighi, o Ministro passou a ser prevento definitivamente para o julgamento dos recursos especiais, que subiram em decorrência da sua decisão. Isso porque eventual irregularidade deveria ter sido suscitada antes do julgamento do agravo em recurso especial, nos termos do § 4º do mesmo artigo 71 do RISTJ (e-STJ, fls. 2.023/2.025).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.296 - PI (2013/0226832-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR
RENATO BORGES BARROS
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S)
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S)
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S)
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL E COMODATO. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. (1) PRELIMINAR DE PREVENÇÃO DE MINISTRO DESTA CORTE REJEITADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 71 DO RISTJ. (2) RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. (3) OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC/73 NÃO CONFIGURADA. (4) DEVER DE MITIGAR AS PRÓPRIAS PERDAS (*DUTY TO MITIGATE THE LOSS*). NEGLIGÊNCIA DO RECORRENTE EM CONTORNAR SEUS CONTÍNUOS DANOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. ÓBICE DAS SÚMULAS NºS 5 E 7 DO STJ. (5) EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. (6) PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS NÃO CONTESTADOS. PRESUNÇÃO RELATIVA. (7) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO.

1. Preliminar de prevenção de Ministro desta Terceira Turma rejeitada. (1) Anterior distribuição do feito à Ministra NANCY ANDRIGHI, a quem sucedi, que ainda compunha este Colegiado aos 28/8/2013, data da distribuição dos agravos em recurso especial manejados pelas partes. Aplicação do disposto no art. 71 do RISTJ. (2) A decisão que determina a reatuação do agravo como recurso especial não analisa o mérito do inconformismo e, por consequência, não afasta a prevenção determinada pelo art. 71 do RISTJ.

2. Inaplicabilidade do NCPC ao caso ante os termos do Enunciado nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

3. Não há violação aos arts. 458 e 535 do CPC/73 se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, ainda que em sentido contrário à pretensão do

recorrente.

4. É inviável a revisão das conclusões alcançadas pelo Tribunal de origem quanto à aplicação do dever de mitigar suas próprias perdas (*duty to mitigate the loss*) sob o fundamento de que o recorrente foi negligente em contornar seus contínuos danos, em virtude dos óbices das Súmulas nºs 5 e 7 do STJ.

5. O pedido de fornecimento de combustível pela distribuidora enquanto configurada a inadimplência do recorrente foi rejeitado na origem pela aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido previsto no art. 476 do CC/02, que corresponde ao art. 1.092 do CC/16, não sendo possível sua revisão nesta Corte Superior que não é terceira instância recursal (Súmula nº 7 do STJ).

6. Não há que se falar na procedência automática dos fatos não contestados do pedido inicial porque a presunção de veracidade prevista no art. 302 do CPC/73 não impede que o autor prove os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC/73. Isto porque o fato não contestado enseja presunção relativa de veracidade, cedendo passo frente a outras provas constantes dos autos, tendo em vista que o julgador se encontra adstrito ao princípio do livre convencimento motivado.

7. O dissídio jurisprudencial não pode ser examinado por esta via especial pela ausência de similitude fática do acórdão paradigma e também por força do contido na Súmula nº 7 do STJ, pois não se afigura possível alterar o pressuposto fático fundado na ausência de queda no movimento mercantil do posto.

8. Recurso especial não provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.296 - PI (2013/0226832-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR
RENATO BORGES BARROS
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S)
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S)
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S)
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

A alegada prevenção não prospera.

A Ministra NANCY ANDRIGHI, relatora para o acórdão do REsp nº 547.743/PI interposto pela TEXACO, atualmente denominada IPIRANGA, a ele deu provimento para desconstituir o acórdão e a sentença por falta de fundamentação, aos 16/10/2003.

Renovados os julgamentos na origem, sobrevieram os recursos especiais agora sob análise.

Considerando a anterior distribuição à Ministra NANCY ANDRIGHI, a quem sucedi, que ainda compunha este Colegiado aos 28/8/2013, data da distribuição dos agravos em recurso especial manejados pelas partes, aceitei a prevenção por força do disposto no art. 71 do RISTJ:

A distribuição do mandado de segurança, do habeas corpus e do recurso torna preventa a competência do relator para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução referentes ao mesmo processo; e a distribuição do inquérito e da sindicância, bem como a realizada para efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal.

Portanto, não há que se falar na prevenção do Ministro

SANSEVERINO, como sustentado pela IPIRANGA, nem mesmo em virtude da decisão que deu provimento aos agravos para determinar sua reautuação como recursos especiais porque tal decisão não analisou o mérito dos inconformismos. Nesse sentido, é entendimento assente nesta Corte que a decisão de conversão nem sequer comporta recurso:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DETERMINAÇÃO DE REAUTUAÇÃO DO RECURSO COMO ESPECIAL. IRRECORRIBILIDADE.

1. Nos termos do artigo 258, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, "não cabe agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido", regra mitigada quando provada a ocorrência de vícios relativos à admissibilidade do próprio agravo de instrumento, o que não se verifica no caso em exame.

2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

(AgRg no REsp 1.533.510/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 21/8/2015 - sem destaque no original)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO. REAUTUAÇÃO COMO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE DA DECISÃO. IRRECORRIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 258, § 2º, do RISTJ, é irrecorrível a decisão do relator que dá provimento a recurso de agravo de instrumento para determinar a subida do recurso especial inadmitido na origem. O mesmo entendimento é aplicável em relação à decisão que determina a reautuação do feito como recurso especial (regime da Lei 12.322/2010).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, admite a interposição de recurso para tratar de questões referentes aos pressupostos de admissibilidade do agravo. Tal hipótese, contudo, não se verifica no caso em questão, eis que pretende o agravante discutir o próprio mérito do agravo, o que se revela inviável.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 476.522/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 5/6/2014, DJe

Superior Tribunal de Justiça

11/6/2014 - sem destaque no original)

Desse modo, a decisão que determina a reatuação do agravo como recurso especial não analisa o mérito da do inconformismo e, por consequência, não afasta a prevenção determinada pelo art. 71 do RISTJ.

Por sua vez, o pleito do POSTO LADEIRA pela condenação da IPIRANGA nas penas por litigância de má-fé por faltar com a verdade dos fatos ao alegar a prevenção de Ministro desta Turma será objeto de análise no recurso especial interposto pela IPIRANGA, julgado em conjunto com este.

Afastada a preliminar de prevenção, passa-se à análise do mérito recursal.

De início, vale pontuar que o presente recurso especial foi interposto com fundamento no CPC/73, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo Enunciado nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2006:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao direito material, as normas a serem aplicadas são aquelas previstas no CC/16, uma vez que o evento danoso ocorreu no período de 1988 a 1992.

POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA. (POSTO LADEIRA) ajuizou ação de rescisão de contrato de concessão comercial e comodato cumulada com indenização por danos materiais e lucros cessantes contra TEXACO BRASIL S.A., atualmente denominada IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A. (IPIRANGA), sob a alegação de que sofreu prejuízos em decorrência de vazamento de combustível ocasionado pela incorreta instalação e montagem dos equipamentos pela IPIRANGA, ocorrido no período de 1988 a 1992.

Anulada a sentença no julgamento do REsp nº 547.743, em virtude da

ausência de fundamentação, o juízo de origem proferiu nova decisão julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais para declarar rescindidos os contratos celebrados entre as partes e condenar a IPIRANGA ao pagamento dos danos materiais decorrentes do vazamento de combustível.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso do POSTO LADEIRA para condenar a IPIRANGA a ressarcir os lucros cessantes decorrentes tanto do vazamento de combustível como da omissão na sua entrega. Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos para reformar os ônus da sucumbência, atribuindo-os exclusivamente à parte contrária porque o autor sucumbiu de parte de mínima do pedido (art. 21, parágrafo único, do CPC/73).

A apelação da IPIRANGA foi parcialmente provida para aplicar o princípio do dever de mitigar os prejuízos (*duty to mitigate the loss*), determinando o abatimento do *quantum* indenizatório o valor correspondente a seis meses do combustível perdido, uma vez que o POSTO LADEIRA deixou de tomar as medidas necessárias para reduzir o prejuízo sofrido. Os aclaratórios apresentados pela IPIRANGA foram parcialmente acolhidos para consignar que os juros moratórios incidem à taxa de 0,5% ao mês até o dia 10.01.2003, sem prejuízo da correção monetária e, após a entrada em vigor do CC/02, a taxa SELIC.

(1) Da ausência de violação dos arts. 535, II e 458, II, do CPC/73

Não há que se falar em ofensa aos arts. 535, II, e 458, II, do CPC.

Com efeito, o acórdão não possui vício a ser sanado por meio de embargos de declaração, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou sobre todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, afigurando dispensável que viesse a examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

O importante é que o acórdão tenha decidido topicamente os pontos principais da controvérsia, o que foi efetivamente feito. A ausência de todos os argumentos expostos no recurso não implica obscuridade, contradição ou omissão, pois cabe ao julgador apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide.

As questões trazidas pelo POSTO LADEIRA foram todas apreciadas na instância ordinária, como adiante se verá.

O POSTO LADEIRA sustenta que houve omissão no acórdão da origem porque na aplicação da teoria do dever de reduzir o prejuízo não foram consideradas pelo órgão julgador as disposições contratuais que limitavam o manuseio dos equipamentos instalados pela IPIRANGA, incumbindo-lhe apenas o envio de comunicação sobre a ocorrência do vazamento do combustível.

A questão foi bem elucidada no julgamento dos embargos de declaração. Veja-se:

2.1 - DOS 1ºS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

2.1.1 - Do Dever de Mitigar as Próprias Perdas.

Assevera o 1º Embargante que, in litteris:

"Assim, nobre julgador, a contradição ora arguida consiste em reconhecer que houve várias correspondências endereçadas à 2ª Apelante - Texaco do Brasil S/A - às fis. 76/88, reportando o vazamento [até então mera suspeita] e, de outra, que esta empresa, "tampouco que prestou qualquer assistência técnica ao 10ª Apelante, vez que a responsabilidade pela instalação dos equipamentos lhe incumbia, de modo que fraquejou em sem ônus probatório (Art. 333, II, do CPC), assim como restou demonstrada sua culpa - tornando real o ônus de Ipiranga Produtos de Petróleo S/A e a impossibilidade do Posto Ladeira do Uruguai Ltda. mitigar os danos, conforme item 11.1, do contrato "de concessão comercial e comodato celebrado entre as partes."

O **acórdão embargado aplicou a teoria do duty to mitigate the loss da seguinte forma**, in litteris:

"A 2ª Apelante - Ipiranga Produtos de Petróleo S/A - argui que, in litteris:

"mais uma vez, partindo-se da errônea premissa de que houve vazamento, tal como descrito na inicial, é preciso observar que o autor tinha o dever de reparar o dano, tão logo teve conhecimento. Além do vazamento de combustível configurar sério risco para a sociedade e para o meio ambiente, como visto nos itens 6/11 supra, em observância ao princípio da boa-fé,

constitucionalmente previsto, o autor tem o dever de mitigar os danos sofridos decorrentes do suposto vazamento.”

Leciona DANIEL ASSUMPÇÃO que, in verbis:

“Trata-se do dever imposto ao credor de mitigar suas perdas, ou seja, o próprio prejuízo. Sobre essa premissa foi aprovado o Enunciado nº 169 do CJF/STJ na 111 Jornada de Direito Civil, pelo qual “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”. A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC.”

No ponto, **o vazamento derivado da errada instalação dos bens cedidos em comodato é insofismável**. Porém, **impende perfilhar que o Douto Apelante também foi negligente em contornar seus contínuos danos, pois, segundo os autos, nada arranhou para limitar as perdas.**

Em verdade, **perpassados 02 (dois) anos do início da perda de combustível, o Posto Apelante se restringiu a noticiar à 2ª Apelante, não adotando qualquer providência reparadora.**

Nessa vereda, “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. Para a autora da proposta, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.”

O duty to mitigate the loss **é admitido próprio STJ**, consoante o **seguinte precedente**, in verbis:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURIDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO.

INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. *Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.*

2. *Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.*

3. **Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.**

4. *Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.*

5. *Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).*

6. *Recurso improvido." (REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010).*

Dessa forma, considerando-se que foram 43 (quarenta e três) meses de vazamento de combustível, merece ser acolhida a quota recursal da 2ª Apelante, a fim de abater 06 (seis) meses

do quantum indenizatório por danos materiais, devidos ao Posto Ladeira do Uruguai Ltda.

O dever de mitigar as próprias perdas é um standard ético- jurídico segundo o qual os **contratantes devem adotar as medidas possíveis** para o que o **dano não seja agravado**, independentemente de quem tenha (ou não) incorrido em mora, sob pena de esvaziamento do instituto e confusão com os consectários legais do inadimplemento contratual.

In casu, o 1º Embargante evidenciou ter conhecimento da constante perda de combustível, tanto que requestou a realização de perícia técnica pelo Instituto de Criminalística do Estado do Piauí (fls. 46), de modo que o instituto do duty to mitigate the loss foi corretamente aplicado (e-STJ, fls. 1.667/1.669 destaques no original).

Quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional no que se refere ao erro de cálculo das faturas quando da conversão da moeda em URV-REAL, o Tribunal a quo assim decidiu:

2.1.2 - Do Erro no Cálculo na Fatura.

Afiança o 1º Embargante que, in litteris:

"importante, na esteira dos pontos alinhavados, que os documentos acostados aos autos demonstram que IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A cobrou do POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA. um valor maior do que o realmente devido, quando do faturamento de duplicatas (...), no período de transição da moeda para o Real, durante a vigência da URV (Unidade Real de Valor). E tal fato não ocorreu exclusivamente com o POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA., mas, em âmbito nacional, como amplamente divulgado pelos meios de comunicação à época."

Acerca da **questão, o acórdão embargado consignou** que, in litteris.

"A problemática de que "a Texaco cobrou a maior ao Posto Ladeira R\$ 495,5 x 10% de multa + 8% de juros, ou seja, o equivalente a R\$ 584,79; como se vê em documentos anexo", não foi demonstrada, sequer as duplicatas acostadas às fls.

290/402 foram objeto de prova pericial, não sendo possível sua constatação."

Nem na petição inicial, nem na Apelação Cível, nem nos Embargos de Declaração, o 1º Embargante aponta como chegou aos índices de 10% de multa e 8% de juros.

Os **Embargos Declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão atacada não padecer dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão).** Na espécie, pretende o **Embargante a rediscussão de matéria já apreciada, o que não é transitável** (e-STJ, fl. 1.670 - destaques no original).

Sobre os prejuízos sofridos com a compra de imóvel para a instalação de novo posto de combustível, ficou assim decidido na origem:

2.1.4 - Dos Danos Decorrentes da Aquisição de Bens (terreno); Competitividade; e Descapitalização.

Como dito, os **Aclaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão atacada não padecer dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão).**

Na espécie, **pretende o Embargante a rediscussão de matéria já apreciada, o que não é transitável, mormente porque as questões foram exaustivamente enfrentadas no acórdão embargado, in litteris:**

[...]

2.3.2 - Da Instalação de Novo Posto de Gasolina.

Afirma o, 1º Apelante que, in litteris:

"Na época em que o apelante firmou contrato de concessão comercial e comodato com a apelada, o Gerente Regional da TEXACO, Sr. Fred Micuici, propôs que fosse instalado novo posto TEXACO, pelos proprietários do Posto Ladeira do Uruguai, indicando, inclusive, o local apropriado e o terreno ideal a ser

comprado, o que fora prontamente providenciado."

Não há nenhum elemento probatório que sustente a tese apresentada, inviabilizando seu acolhimento, já que não é possível aferir se a aquisição do terreno foi imposta pela Texaco do Brasil S/A.

Igual conclusão foi lançada pelo Perito compromissado, in verbis:

"Pergunta: 9. Restou comprovada a compra de um terreno para instalação de um novo posto: Qual documentação vista? Foram ouvidas testemunhas? Qual o valor desembolsado pelo autor? Qual o valor do lucro do autor caso tivesse investido em seu negócio?"

Resposta: Consta nos autos apenas o substabelecimento de procuração em causa própria, onde o Sr. Francisco Sidney de Paz Sousa e sua mulher, transferem os poderes que lhe foram originalmente outorgados pelo Sr. Francisco de Assis Bezerra de Chantal para o Sr. Francisco de Assis Rebelo da Silva, referente aquisição de quatro lotes de terreno foreiro municipal com uma área total de 1.318 m em Teresina - Piauí, conforme fis. 115/116. Contudo, não se pode afirmar que tal imóvel tenha sido adquirido pelo Posto Ladeira do Uruguai, nem com a finalidade de ali se instalar um Posto de Combustível. Não consta nos autos quaisquer declarações de testemunhas. O valor de aquisição do imóvel supra mencionado, na forma da procuração citada, de 19/05/1995, foi de Cr\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de cruzeiros).

Logo, o presente pedido de lucros cessantes não merece ser acolhido, por ausência de lastro probatório (e-STJ, fls. 1.675/1.677 - destaques no original).

Os temas suscitados pelo POSTO LADEIRA foram exaustivamente apreciados na origem, com base na análise de provas e nas cláusulas contratuais pactuadas entre as partes.

Ressalte-se que o Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim de acordo com o seu livre

convencimento (art. 131 do CPC).

O que se vê, na verdade, é a irresignação do recorrente com o resultado que lhe foi desfavorável, pretendendo obter novo julgamento da matéria, com notório intuito infringente.

Nesse sentido são os precedentes desta Corte:

Não ocorre omissão quando as questões submetidas ao Tribunal de origem são enfrentadas fundamentadamente.

(EDcl no AREsp 314.652/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 4/2/2014)

Não há violação do artigo 535 do CPC, porquanto não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

(AgRg no REsp 860.080/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado em 5/8/2010, DJe 17/8/2010)

Em suma, o direito do POSTO LADEIRA de ver seus argumentos efetivamente considerados pelo órgão julgador foi atendido, porém em sentido contrário à pretensão por ele almejada, o que não configura negativa de prestação jurisdicional, tampouco omissão, não havendo que se falar em ofensa aos arts. 458, II e 535, II, do CPC/73.

(2) Da aplicação da teoria da não mitigação dos danos (*duty to mitigate the loss*)

Alega o POSTO LADEIRA ofensa ao art. 422 do CC/02 em virtude da aplicação equivocada da teoria da não mitigação dos danos, que reduziu a reparação do dano emergente experimentado em 06 (seis) meses de vazamento de combustível.

Segundo ele, a premissa que permite a aplicação da teoria é a “inação do credor”, fato não verificado no caso sob análise porque foram adotadas todas as medidas a seu alcance para evitar o prejuízo.

Ao contrário do alegado, o Tribunal de origem entendeu que o POSTO

LADEIRA ficou-se inerte ao deixar transcorrer 43 (quarenta e três) meses de vazamento de combustível, determinando o abatimento de 6 (seis meses) do montante indenizatório devido, sopesando o grau de responsabilidade que o recorrente teve sobre o evento danoso.

Nesse sentido, concluiu que o POSTO LADEIRA ***foi negligente em contornar seus contínuos danos***, pois, segundo os autos, ***nada arranhou para limitar as perdas*** (e-STJ, fl. 1.550 - destaques no original).

Desse modo, nova análise sobre a questão implica o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula nº 7 do STJ: *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*

Além disso, as cláusulas contratuais invocadas pelo POSTO LADEIRA, sustentando seu impedimento em manusear os equipamentos instalados pela IPIRANGA, não podem ser analisadas na instância especial diante do entendimento firmado na Súmula nº 5 do STJ: *A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.*

(3) Da aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido (arts. 186, 476 e 927 do CC/02 e do art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 9.847/99)

O POSTO LADEIRA sustenta que os prejuízos sofridos em razão do vazamento de combustível deram causa ao inadimplemento de suas obrigações.

Quanto ao tema, o acórdão foi categórico ao reconhecer a inexistência de nexo causal entre o vazamento e o não pagamento de duplicatas ou de outras dívidas contraídas pelo recorrente:

Em que pese o empréstimo ter sido celebrado dentro do evento do vazamento de combustível, não é possível afirmar que o mesmo foi vertido em decorrência daquele sinistro ou que foi utilizado para recompor eventual déficit financeiro provocado pela distribuidora apelante (e-STJ, fl. 1.561 - sem destaque no original).

Assim, mais uma vez, o POSTO LADEIRA pretende alterar o enquadramento fático do acórdão, o que esbarra na vedação da Súmula nº 7 do STJ.

Superior Tribunal de Justiça

Sobre a negativa em fornecer combustível, o órgão julgador teceu as seguintes considerações:

É certo que a Cláusula nº III, do Contrato de Concessão Comercial e Comodato, comina a obrigação de fornecimento de combustível pela 2ª Apelante ao 1º Apelante, que, todavia, não pode ser interpretada sem o correspondente pagamento, sob pena de ruptura do sinalagma contratual, ínsito aos contratos bilaterais.

Os **noticiados danos não merecem ser reconhecidos**, vez que, nos “contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”, nos termos do art. 1.092, 1ª parte, do CC/1916 (correspondente ao art. 476, do CC/02) (e-STJ, fl. 1.555 - destaques no original).

Desse modo, o pedido de fornecimento de combustível enquanto inadimplente o PORTO LADEIRA foi rejeitado na origem pela aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido previsto no art. 476 do CC/02, que corresponde ao art. 1.092 do CC/16, em consonância com a jurisprudência adotada por esta Corte:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM PERDAS E DANOS. CONTRATO DE EMPREITADA GLOBAL. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. RECONVENÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

[...]

- Em tese, verificada a reciprocidade e equivalência das prestações, que devem ocorrer simultaneamente – essência dos contratos bilaterais –, e autorizadas da oposição de exceção de contrato não cumprido, cada um dos contratantes sujeita-se ao cumprimento estrito das cláusulas avençadas, sendo certo que, se uma das partes não cumpre a sua obrigação, na hipótese, – realizar a obra nos termos em que previsto no projeto e contrato respectivos –, pode a outra recusar ao cumprimento da sua, que seria o pagamento das parcelas restantes, sob o fundamento da inexecução do contrato, ou ainda, pela execução defeituosa, também abrangida pela norma prevista no art. 1.092 do CC/16 (correspondência: art. 476 do CC/02).

- Inviável reexaminar em sede de recurso especial fatos e provas apresentados no processo, que serviram de supedâneo para julgar

procedente o pedido reconvenional.

[...]

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 706.417/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 13/2/2007, DJ 12/3/2007, p. 221 LEXSTJ vol. 212, p. 131 - sem destaque no original)

Ademais, rever o entendimento adotado na origem resultaria em nova análise das provas dos autos, incidindo o óbice da Súmula n^o 7 do STJ, conforme reiterada jurisprudência desta Corte:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. PRETENSÃO DE REAPRECIÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O Tribunal de origem, com esteio nos elementos fático-probatórios, afastou a tese de exceção de contrato não cumprido, na medida em que o alegado atraso de vinte e sete dias do consumidor, além de ser um fato isolado, não ensejou qualquer repercussão no contrato, mormente em relação ao atraso na entrega da obra.

2. A análise da tese da recorrente demandaria o reexame das cláusulas pactuadas e no substrato fático-probatório dos autos, cuja apreciação é vedada em âmbito de recurso especial, ante o óbice dos enunciados n. 5 e 7 da Súmula deste Tribunal.

3. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 877.934/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 7/6/2016, DJe 10/6/2016)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INTERPRETAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental.

2. Rever os fundamentos do acórdão recorrido no tocante à exceção de contrato não cumprido demandaria, na hipótese, interpretação de cláusulas contratuais e o revolvimento conjunto fático-probatório, providências vedadas em recurso especial pelas Súmulas nºs 5 e 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(EDcl no AREsp 536/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 26/4/2016, DJe 10/5/2016)

No que se refere à impossibilidade de se aplicar a exceção do contrato não cumprido tendo em vista o caráter de utilidade pública do fornecimento de combustível (art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 9.847/99), a questão não foi objeto de apreciação do acórdão recorrido, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento (Súmula nº 211 do STJ).

(4) Da presunção da veracidade dos fatos não contestados (art. 302 do CPC/73) - aquisição de imóvel com promessa de instalação de posto de combustível

De acordo com o POSTO LADEIRA, seus proprietários foram instados a adquirirem terreno para a inauguração de um novo posto de combustíveis, o que lhe teria causado prejuízo suscetível de indenização, fato não contestado pela IPIRANGA.

O acórdão recorrido afastou o pedido indenizatório em razão da compra de um imóvel para instalar novo posto de combustíveis por falta de provas:

Não há nenhum elemento probatório que sustente a tese apresentada, inviabilizando seu acolhimento, já que não é possível aferir se a aquisição do terreno foi imposta pela Texaco do Brasil S/A.

Igual **conclusão foi lançada pelo Perito compromissado**, in verbis:

"Pergunta: 9. Restou comprovada a compra de um terreno para instalação de um novo posto: Qual documentação vista? Foram ouvidas testemunhas? Qual o valor desembolsado pelo autor? Qual o valor do lucro do autor caso tivesse investido em seu

negócio?

Resposta: Consta nos autos apenas o substabelecimento de procuração em causa própria, onde o Sr. Francisco Sidney de Paz Sousa e sua mulher, transferem os poderes que lhe foram originalmente outorgados pelo Sr. Francisco de Assis Bezerra de Chantal para o Sr. Francisco de Assis Rebelo da Silva, referente aquisição de quatro lotes de terreno foreiro municipal com uma área total de 1.318 m em Teresina - Piauí, conforme fis. 115/116.

Contudo, não se pode afirmar que tal imóvel tenha sido adquirido pelo Posto Ladeira do Uruguai, nem com a finalidade de ali se instalar um Posto de Combustível. Não consta nos autos quaisquer declarações de testemunhas. O valor de aquisição do imóvel supra mencionado, na forma da procuração citada, de 19/05/1995, foi de Cr\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de cruzeiros).

Logo, o presente **pedido de lucros cessantes não merece ser acolhido, por ausência de lastro probatório** (e-STJ, fls. 1.562/1.563 - destaques no original).

Como se vê, **o Tribunal local fundamentou sua decisão com base no laudo pericial que constatou a inexistência de provas quanto à finalidade da compra do imóvel, sendo inviável a reapreciação do tema em virtude do óbice da Súmula nº 7 do STJ.**

A presunção de veracidade prevista no art. 302 do CPC/73 não impede que o autor prove os atos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC/73. Isto porque o fato não contestado enseja presunção relativa de veracidade, cedendo passo frente a outras provas constantes dos autos, tendo em vista que o julgador se encontra adstrito ao princípio do livre convencimento motivado. Portanto, não há que se falar na procedência automática do pedido inicial quanto ao pleito indenizatório decorrente da aquisição do imóvel, como pretende o POSTO LADEIRA.

A propósito, cumpre destacar os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESILIÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INICIATIVA DO COMPRADOR. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS

Superior Tribunal de Justiça

FATOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSTOS E TAXAS CONDOMINIAIS. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA N. 283/STF. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO.

1. A caracterização da revelia não induz a uma presunção absoluta de veracidade dos fatos narrados pelo autor, permitindo ao juiz que, para formar o seu convencimento, analise as alegações formuladas pelas partes em confronto com as provas constantes dos autos. Jurisprudência do STJ.

2. A ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida suficientes para mantê-la enseja o não conhecimento do recurso. Incidência da Súmula n. 283 do STF.

3. Na hipótese em que a rescisão contratual deu-se por iniciativa do comprador, por não mais suportar o pagamento das parcelas, o termo inicial dos juros moratórios é a data do trânsito em julgado, pois inexistente mora anterior da parte ré/vendedora.

4. Considerando o pedido da parte nas razões do recurso e em respeito ao princípio da adstrição, é cabível a fixação do termo inicial dos juros moratórios como sendo a data da devolução do imóvel.

5. Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no REsp 1.342.255/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 11/3/2016 - sem destaque no original)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONVENÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A revelia, que decorre do não oferecimento de contestação, enseja presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na petição inicial, podendo ser infirmada pelos demais elementos dos autos, motivo pelo qual não acarreta a procedência automática dos pedidos iniciais.

2. A decretação da revelia com a imposição da presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na petição inicial não impede que o réu exerça o direito de produção de provas, desde que intervenha no processo antes de encerrada a fase instrutória.

3. No caso, a apresentação de reconvenção, ainda que sem o oferecimento de contestação em peça autônoma, aliada ao pedido de produção de provas

formulado em tempo e modo oportunos impedia o julgamento antecipado da lide.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.335.994/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 12/8/2014, DJe 18/8/2014 - sem destaque no original)

(5) Da divergência jurisprudencial na aplicação da teoria da perda de uma chance

Sustenta o POSTO LADEIRA existir divergência jurisprudencial quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance porque teve sua oportunidade comercial de se desenvolver economicamente prejudicada pela conduta da recorrida, experimentando prejuízo decorrente da má instalação dos equipamentos, o que resultou na diminuição de sua competitividade no mercado e na descapitalização da empresa.

O dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso não foi demonstrado (art. 105, III, c, da CF).

Com efeito, além de indicar o dispositivo legal e transcrever os julgados apontados como paradigmas, é necessário realizar o cotejo analítico, com a demonstração da identidade das situações fáticas e da interpretação diversa dada ao mesmo dispositivo legal.

No caso não se verifica a identidade das situações fáticas, uma vez que **o acórdão recorrido reconheceu a ausência de provas quanto à causa da descapitalização do posto de combustível**, decidindo não ser possível afirmar que o empréstimo *foi vertido em decorrência daquele sinistro ou que foi utilizado para recompor eventual déficit financeiro provocado pela distribuidora Apelante, conforme Lauda Pericial de fls. 591* (e-STJ, fl. 1.560/1.561 - destaques no original).

O acórdão paradigma, por sua vez, versa sobre a responsabilidade do advogado em razão da perda de prazo para interpor recurso, situação diversa da analisada nos autos.

Além disso, a **perda de uma chance** se origina na incerteza gerada por um fato danoso, cabendo ao julgador verificar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance. **Na hipótese dos autos nem sequer ficou comprovada a queda do movimento no posto de combustível em decorrência do**

vazamento de combustível:

Tendo em vista que não foi reconhecida a descapitalização alegada pelo 1º Apelante, mostra-se que presente quesito está prejudicado, notadamente porque não há manifestação da insinuada queda do movimento mercantil do Posto (e-STJ, fls. 1.563/1.564 - destaques no original).

Portanto, o dissídio jurisprudencial não pode ser examinado por esta via especial pela ausência de similitude fática do acórdão paradigma e também por força do contido na Súmula nº 7 do STJ, pois não se afigura possível alterar o pressuposto fático fundado na ausência de queda no movimento mercantil do posto.

Em suma, **(1)** não há violação aos arts. 458 e 535 do CPC/73 se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, ainda que em sentido contrário à pretensão do recorrente; **(2)** é inviável a revisão das conclusões alcançadas pelo Tribunal de origem quanto à aplicação do dever de mitigar suas próprias perdas (*duty to mitigate the loss*) sob o fundamento de que o recorrente foi negligente em contornar seus contínuos danos, em virtude dos óbices das Súmulas nºs 5 e 7 do STJ; **(3)** o pedido de fornecimento de combustível pela distribuidora enquanto configurada a inadimplência do recorrente foi rejeitado na origem pela aplicação do princípio da exceção do contrato não cumprido previsto no art. 476 do CC/02, que corresponde ao art. 1.092 do CC/16, não sendo possível sua revisão nesta Corte Superior que não é terceira instância recursal (Súmula nº 7 do STJ); **(4)** não há que se falar na procedência automática dos fatos não contestados do pedido inicial porque a presunção de veracidade prevista no art. 302 do CPC/73 não impede que o autor prove os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC/73. Isto porque o fato não contestado enseja presunção relativa de veracidade, cedendo passo frente a outras provas constantes dos autos, tendo em vista que o julgador se encontra adstrito ao princípio do livre convencimento motivado; e, **(5)** o dissídio jurisprudencial não pode ser examinado por esta via especial pela ausência de similitude fática do acórdão paradigma e também por força do contido na Súmula nº 7 do STJ, pois não se afigura possível alterar o pressuposto fático fundado na ausência de queda no movimento mercantil do posto.

Por derradeiro, advirta-se que eventual recurso interposto contra este acórdão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 77, §§ 1º e 2º, 1.021, § 4º, e 1.026, § 2º, do NCPC) e honorários recursais (art. 85, § 11, do NCPC).

Superior Tribunal de Justiça

Nestas condições, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial interposto por POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.296 - PI (2013/0226832-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR - DF011555
MÁRCIO KAYATT - SP112130
RENATO BORGES BARROS - DF019275
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S) -
PI004045
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES - DF002734
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF016379
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S) -
DF036647
RECORRIDO : OS MESMOS

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO: POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA. (POSTO LADEIRA) ajuizou ação de rescisão de contrato de concessão comercial e comodato cumulada com indenização por danos materiais e lucros cessantes contra TEXACO BRASIL S.A., atualmente denominada IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A. (IPIRANGA), sob a alegação de que sofreu prejuízos em decorrência de vazamento de combustível ocasionado pela incorreta instalação e montagem dos equipamentos pela IPIRANGA, ocorrido no período de 1988 a 1992.

A primeira sentença extinguiu o feito sem resolução do mérito diante da falta de complementação das custas processuais, porém foi invalidada pelo Tribunal de origem, retornando o processo ao seu curso normal.

A segunda sentença e o acórdão respectivo foram anulados por falta de fundamentação por esta Terceira Turma no julgamento do REsp nº 547.743, em virtude da ausência de fundamentação.

Restituídos os autos à primeira instância foi proferida a terceira sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo POSTO LADEIRA para condenar o réu ao pagamento dos danos materiais correspondente ao vazamento do combustível, uma vez que foram devidamente comprovados, no montante de R\$ 17.901,71 (dezessete mil, novecentos e um reais e setenta e um centavos) corrigidos com juros legais a partir do ajuizamento desta demanda e correção monetária desde a data do evento danoso. Na oportunidade, foi indeferido o

pedido de lucros cessantes declarado rescindido o contrato de concessão comercial e comodato, assim como os contratos de locação e sublocação celebrados entre as partes (e-STJ, fls. 1.273/1.276).

Em segundo grau foi dado parcial provimento ao recurso do POSTO LADEIRA para, sem prejuízo da condenação pelos danos emergentes já imposta, condenar a IPIRANGA pelos lucros cessantes decorrentes do vazamento de combustível, assim como pelos lucros cessantes decorrentes da omissão na entrega do combustível, ambos com correção monetária desde o evento danoso e juros moratórios à taxa de 0,5% ao mês até o dia 10/1/2003 e, a partir de então, à taxa de 1% ao mês, a contar da citação inicial. Além disso, foi determinada a apuração dos valores em fase de liquidação de sentença, considerando-se o custo do combustível na data do evento danoso. A apelação do IPIRANGA também foi parcialmente provida para abater do *quantum* indenizatório relativo aos danos materiais decorrentes do vazamento de combustível o valor correspondente a seis meses do combustível perdido, aplicando-se ao caso o princípio do *duty to mitigate the loss*. Transcreve-se a ementa:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. VAZAMENTO DE COMBUSTÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES DEMONSTRADOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR AS PRÓPRIAS PERDAS NÃO OBSERVADO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DANOS DECORRENTES DO NÃO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. NÃO ACOLHIMENTO. DUPLICATAS MERCANTIS NÃO ADIMPLIDAS. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. APLICAÇÃO. DANOS DECORRENTES DO NÃO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL EM SITUAÇÃO DE ADIMPLÊNCIA. INADIMPLEMENTO RECONHECIDO. PERDAS E DANOS DEMONSTRADAS. LUCROS CESSANTES INDENIZÁVEIS. PREÇO DO COMBUSTÍVEL ADOTADO INCORRETO. RETIFICAÇÃO. TEMPO DO EVENTO DANOSO. OUTROS DANOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE

PROVIDOS.

I- Comprovado o vazamento de combustível decorrente da má instalação dos bens cedidos em concessão comercial e comodato, a indenização por perdas e danos é medida que se impõe.

II- Danos materiais emergentes e lucros cessantes configurados. As perdas e danos abrangem, além do que a parte efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, nos termos do art. 1.059 do CC/1916 (atual 402 do CC/02).

III- O preço da gasolina vazada a ser indenizada deve ser calculada com base no preço praticado na data do evento danoso, em razão da valoração abstrata do dano. Vedação ao enriquecimento ilícito.

IV- Boa fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas que devem ser pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar todas as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. Redução do valor reparatório dos danos materiais emergentes pelo valor correspondente a 06 (seis) meses de vazamento de combustível.

V- Danos cessantes decorrentes do vazamento. É incontornável a conclusão de que, assinalado o vazamento de combustível, o posto deixou de comercializar seu produto aos consumidores, devendo a parte ser ressarcida pelo que deixou de lucrar, a teor do art. 402 do CC/02.

VI- Danos decorrentes do não atendimento dos pedidos de fornecimento de combustível, em razão de atraso no pagamento de duplicatas. Não acolhimento. A exceptio non adimpleti contractus está para os contratantes como uma maneira de assegurar o cumprimento recíproco das obrigações assumidas. O não pagamento de duplicatas mercantis atrasadas impõe a aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido, nos termos do art. 1.092 do CC/1916 (atual 476

Superior Tribunal de Justiça

do CC/02), de modo que o não fornecimento de combustível, estando a parte em atraso na sua contraprestação é regular.

VII- Danos decorrentes do não atendimento dos pedidos de fornecimento de combustível, estando a parte contratante adimplente. A omissão parcial no atendimento dos pedidos de fornecimento de combustível impingiu perda ao 1º Apelante, visto que deixou de lucrar com a venda do produto, em razão de comportamento imputado à 2ª Apelante, que sequer aclarou ou ilustrou os motivos da mora, devendo reparar os danos, nos termos do art. 402 do CC/02.

VIII- Outros danos. Ausente a prova ou nexó de causalidade dos danos vindicados, é indevida a pretensão reparatória.

IX- Honorários advocatícios. Constatada a ocorrência de sucumbência recíproca, os honorários advocatícios e as demais despesas processuais devem ser distribuídos, conforme preceitua o art. 21, caput, do CPC.

X- 1ª Apelação Cível conhecida e parcialmente provida. Procedência dos pedidos de lucros cessantes decorrente do vazamento de combustível e da não remessa do combustível requerido. 2ª Apelação Cível conhecida e parcialmente e provida. Aplicação do duty to mitigate the loss para reduzir a indenização pelos danos materiais emergentes. Sucumbência recíproca. Honorários retificados para rateio pro rata.

XI- Decisão por votação unânime (e-STJ, fls. 1.530/1.567).

Os embargos de declaração opostos por POSTO LADEIRA foram parcialmente acolhidos para reformar os ônus da sucumbência, atribuindo-os exclusivamente à parte contrária porque o autor sucumbiu de parte de mínima do pedido (art. 21, parágrafo único, do CPC/73).

Do mesmo modo, os aclaratórios apresentados pela IPIRANGA foram parcialmente acolhidos para consignar que os juros moratórios incidem à taxa de 0,5% ao mês até o dia 10.01.2003, sem prejuízo da correção monetária e, a partir de então, incide a taxa SELIC, conforme acórdão assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL. 1ºS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO, EXCLUSIVAMENTE NO QUE PERTINE AOS ÔNUS

SUCUMBENCIAIS. INCIDÊNCIA DO ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 2ºS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARGUIÇÃO DE OMISSÕES E CONTRADIÇÃO NO JULGADO. REJEIÇÃO. VÍCIO DE INTEGRAÇÃO. ACOLHIMENTO. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA DA TAXA DE 0,5%, AO MÊS, ATÉ O DIA 10.01.2003, SEM PREJUÍZO DA CORREÇÃO MONETÁRIA, E, A PARTIR DESTA DATA, INCIDÊNCIA, EXCLUSIVAMENTE, DA TAXA SELIC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I- Esquadrinhando-se o acórdão embargado e a sentença de fis. 1.169/72, verifica-se que o Posto Ladeira do Uruguai Ltda. decaiu da parte mínima do pedido, visto que a maior parcela indenizatória - condenação pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes decorrentes da omissão na entrega do combustível - foi deferida, de modo que merece ser aplicado o art. 21, parágrafo único, do CPC.

II- Isto porque, diferentemente do apoiado pela 1ª Embargada o amoldamento de parte mínima não depende da quantidade numérica dos pedidos acolhidos, pois, conforme NELSON NERY JR., in litteris: “quando a perda for ínfima, é equiparada à vitória, de sorte que a parte contrária deve arcar com a totalidade da verba de sucumbência (custas, despesas e honorários de advogado). A caracterização de 'parte mínima do pedido' dependerá de aferição pelo juiz, que deverá levar em consideração o valor da causa, o bem da vida pretendido e o efetivamente conseguido pela parte.”

III- Dessa forma, como a maior parte da parcela indenizatória foi concedida, deve ser aplicada o mencionado art. 21, parágrafo único, do CPC.

IV- 1ºs embargos declaratórios conhecidos, dando-lhes parcial provimento, apenas em relação aos ônus sucumbenciais, devendo a 1ª Embargada arcar sozinha com a verba honorária, no percentual fixado pela instância inicial (15% da condenação).

V- O Superior Tribunal de Justiça retificou sua jurisprudência, apregoando que a taxa de juros referida no art. 406 do Código Civil de 2002 é a SELIC, não sendo possível cumulá-la com correção monetária, porquanto já embutida em sua formação.

Superior Tribunal de Justiça

VI- Com isto, embora em parte, há vício de integração a ser sanado nos 2ºs aclaratórios, a fim de consignar que os juros moratórios incidem à taxa de 0,5% ao mês, até o dia 10.01.2003, sem prejuízo da correção monetária e, a partir de então, incide exclusivamente a taxa SELIC.

VI- 2ºs embargos declaratórios conhecidos, para dar-lhes parcial provimento, a fim de consignar que os juros moratórios incidem à taxa de 0,5% ao mês até o dia 10.01.2003, sem prejuízo da correção monetária e, a partir de então, incide, exclusivamente, a taxa SELIC, rejeitando os outros argumentos por ausência de qualquer nulidade do acórdão embargado e à falência das restantes omissões e contradição apontadas, no termos do art. 535 do CPC, mantendo a decisão atacada em seus demais termos.

VII- Jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

VIII- Decisão por votação unânime (e-STJ, fls. 1.662/1.685).

O recurso especial interposto por IPIRANGA com fundamento no art. 105, III, a da CF, firmou-se nas teses de que **(1)** o julgado violou o art. 535, II do CPC/73 porque não foram sanadas as omissões, contradições e obscuridades apontadas nos aclaratórios; **(2)** o ônus da prova não foi observado, decidindo o Tribunal *a quo* com base em evidências mínimas e presumindo a veracidade dos fatos narrados na inicial, o que ofende os arts. 333, I, II, 368 e 374 do CPC/73; **(3)** as regras da responsabilidade extracontratual não se aplicam ao caso, pois se trata de relação eminentemente contratual, deixando o órgão julgador de apreciar os direitos e deveres das partes firmados em contrato, em evidente afronta aos arts. 186, 187 e 927 do CC/02, que nem sequer estavam vigentes à época dos fatos; ou, alternativamente **(4)** não há prova do evento danoso, tampouco da culpa da IPIRANGA apta a ensejar a responsabilidade civil, o que ofende o art. 159 do CC/16 e os arts. 186, 187 e 927 do CC/02; **(5)** o acórdão recorrido equivocou-se ao fixar a base de cálculo para apuração dos lucros cessantes e danos emergentes em função dos mesmos 66.268 litros de combustível, violando o disposto no art. 1.059 do CC/16 e no art. 402 do CC/02; **(6)** houve ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC/73, o julgado incorreu em julgamento *ultra petita* ao majorar a indenização imposta pela sentença de 36.987 litros para 66.268 litros, ultrapassando o limite da lide fixado na petição inicial; **(7)** o dever de mitigar a própria perda foi reconhecido para abater apenas o valor correspondente a seis meses de combustível, quando deveriam ter sido abatidos dois anos do período total do vazamento, negando vigência ao princípio do *duty to mitigate the loss*, o princípio da boa-fé objetiva e o art. 422 do CC/02, além de ter deixado de fundamentar a decisão, o

Superior Tribunal de Justiça

que ofende os arts. 165 e 458, II, do CPC/73; e, **(8)** o POSTO LADEIRA decaiu de parte considerável dos pedidos formulados na inicial, devendo ser compelido ao pagamento dos ônus sucumbenciais nos termos do art. 21 do CPC/73.

As contrarrazões foram ofertadas às e-STJ, fls. 1.803/1.834.

O recurso especial não foi admitido na origem, sobrevivendo agravo em recurso especial autuado no STJ sob o nº 371.136/PI e distribuído por prevenção de turma ao Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, aos 28/8/2013 (e-STJ, fl. 1.991).

O Ministro Relator, aos 6/5/2014, deu provimento ao agravo para determinar sua reatuação como recurso especial, recebendo o nº 1.455.296 (e-STJ, fls. 1.992/1.994 e 1.998).

Aos 6/3/2015, o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO formulou consulta acerca de eventual prevenção para o processamento e julgamento do recurso especial, em face da designação da Ministra NANCY ANDRIGHI para lavrar o acórdão resultante do julgamento do REsp nº 547.743/PI, a quem sucedi na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (e-STJ, fls. 2.000/2.001).

Aos 12/3/2015 aceitei a prevenção (e-STJ, fl. 2.004).

Em petição protocolada sob o nº 91202/2015, a IPIRANGA se insurgiu contra o acolhimento da prevenção porque **(1)** o agravo em recurso especial teria sido distribuído aos 28.8.2014, data em que a Ministra NANCY ANDRIGHI já havia sido empossada como Corregedora Nacional de Justiça, o que ocorreu aos 26.8.2014, afigurando-se correta a distribuição por prevenção de turma em decorrência do disposto no art. 71, § 1º, do RISTJ; e, **(2)** o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO teve sua competência prorrogada ao determinar a subida dos recursos especiais, por força do disposto no art. 71, § 3º, do RISTJ (e-STJ, fls. 2.007/2.012).

Em resposta, POSTO LADEIRA afirmou que permanece a minha prevenção para atuar no feito porque a empresa IPIRANGA alterou a data em que o agravo em recurso especial foi distribuído nesta Corte, sendo a data correta 28/8/2013 e não 28/8/2014. Desse modo, a Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI era preventa para a relatoria do recurso na data em que foi distribuído (28/8/2013). Além disso, protestou pela condenação da empresa IPIRANGA nas penas por litigância de má-fé porque foi alterada a verdade dos fatos, conforme dispõe o art. 17, II, do CPC (e-STJ,

fls. 2.017/2.020).

IPIRANGA se retratou, retificando a data de distribuição do agravo em recurso especial (28/8/2013), justificando que tal fato decorreu de um deslize involuntário. No entanto, reitera que subsiste nulidade em decorrência do disposto no art. 71, § 3º do RISTJ, segundo o qual *se o recurso tiver subido por decisão do relator no agravo de instrumento, ser-lhe-á distribuído ou ao seu sucessor*. Segundo o peticionário, *se o agravo em recurso especial foi provido pelo eminente Ministro Sanseverino, em 06.05.2014, sem qualquer questionamento até então sobre a prevenção da Ministra Nancy Andrigli, o Ministro passou a ser prevento definitivamente para o julgamento dos recursos especiais, que subiram em decorrência da sua decisão. Isso porque eventual irregularidade deveria ter sido suscitada antes do julgamento do agravo em recurso especial, nos termos do § 4º do mesmo artigo 71 do RISTJ (e-STJ, fls. 2.023/2.025).*

É o relatório.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO: A alegada prevenção não prospera.

A Ministra NANCY ANDRIGHI, relatora para o acórdão do REsp nº 547.743/PI interposto pela TEXACO, atualmente denominada IPIRANGA, a ele deu provimento para desconstituir o acórdão e a sentença por falta de fundamentação, aos 16/10/2003.

Renovados os julgamentos na origem, sobrevieram os recursos especiais agora sob análise.

Considerando a anterior distribuição à Ministra NANCY ANDRIGHI, a quem sucedi, que ainda compunha este Colegiado aos 28/8/2013, data da distribuição dos agravos em recurso especial manejados pelas partes, aceitei a prevenção por força do disposto no art. 71 do RISTJ:

A distribuição do mandado de segurança, do habeas corpus e do recurso torna preventa a competência do relator para todos os recursos posteriores, tanto na ação quanto na execução referentes ao mesmo processo; e a distribuição do inquérito e da

sindicância, bem como a realizada para efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal.

Portanto, não há que se falar na prevenção do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, como sustentado pela IPIRANGA, nem mesmo em virtude da decisão que deu provimento ao agravo para determinar sua reautuação como recurso especial porque tal decisão não analisou o mérito dos inconformismos.

Nesse sentido, é entendimento assente nesta Corte que a decisão de conversão nem sequer comporta recurso:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DETERMINAÇÃO DE REAUTUAÇÃO DO RECURSO COMO ESPECIAL. IRRECORRIBILIDADE.

1. Nos termos do artigo 258, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, "não cabe agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido", regra mitigada quando provada a ocorrência de vícios relativos à admissibilidade do próprio agravo de instrumento, o que não se verifica no caso em exame.

2. **AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.**

(AgRg no REsp 1.533.510/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 21/8/2015 - sem destaque no original)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO. REAUTUAÇÃO COMO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE DA DECISÃO. IRRECORRIBILIDADE.

1. **Nos termos do art. 258, § 2º, do RISTJ, é irrecorrível a decisão do relator que dá provimento a recurso de agravo de instrumento para determinar a subida do recurso especial inadmitido na origem. O mesmo entendimento é aplicável em relação à decisão que determina a reautuação do feito como recurso especial (regime da Lei 12.322/2010).**

Superior Tribunal de Justiça

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, admite a interposição de recurso para tratar de questões referentes aos pressupostos de admissibilidade do agravo. Tal hipótese, contudo, não se verifica no caso em questão, eis que pretende o agravante discutir o próprio mérito do agravo, o que se revela inviável.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no AREsp 476.522/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 5/6/2014, DJe 11/6/2014 - sem destaque no original)

Desse modo, a decisão que determina a reautuação do agravo como recurso especial não analisa o mérito da do inconformismo e, por consequência, não afasta a prevenção determinada pelo art. 71 do RISTJ.

Quanto ao protesto do POSTO LADEIRA pela condenação da parte contrária nas penas por litigância de má-fé, verifica-se que a IPIRANGA alterou a data da distribuição dos agravos em recursos especiais nesta Corte, fazendo constar **28/8/2014** ao invés de **28/8/2013**, data da efetiva distribuição, com a finalidade de sustentar a alegada prevenção de Ministro desta Terceira Turma, para quem o feito havia sido anteriormente distribuído (e-STJ, fls. 2.007/2.012).

Em que pese a atitude temerária da IPIRANGA, que chega bem a resvalar nas perigosas sendas da litigância de má-fé, houve retratação, após petição da parte contrária atentando para o erro, no sentido de que *por um evidente lapso, informou-se às fls. 2.007/2.009 a data incorreta de distribuição do agravo em recurso especial, o que ora se reconhece e se retifica por dever de lealdade processual* (e-STJ, fls. 2.023/2.025).

Assim sendo, diante da retratação da IPIRANGA, não ficou configurada conduta visando obstar o trâmite processual, não havendo que se falar em aplicação de pena por litigância de má-fé.

Afastadas a preliminar de prevenção e a alegação de litigância de má-fé, passa-se à análise do mérito recursal.

De início, vale pontuar que o presente recurso especial foi interposto com fundamento no CPC/73, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo

Superior Tribunal de Justiça

Enunciado nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2006:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao direito material, as normas a serem aplicadas são aquelas previstas no **CC/16**, uma vez que **o evento danoso ocorreu no período de 1988 a 1992.**

POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA. (POSTO LADEIRA) ajuizou ação de rescisão de contrato de concessão comercial e comodato cumulada com indenização por danos materiais e lucros cessantes contra TEXACO BRASIL S.A., atualmente denominada IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A. (IPIRANGA), sob a alegação de que sofreu prejuízos em decorrência de vazamento de combustível ocasionado pela incorreta instalação e montagem dos equipamentos pela IPIRANGA, ocorrido no período de 1988 a 1992.

Anulada a sentença no julgamento do REsp nº 547.743, em virtude da ausência de fundamentação, o juízo de origem proferiu nova decisão julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais para declarar rescindidos os contratos celebrados entre as partes e condenar a IPIRANGA ao pagamento dos danos materiais decorrentes do vazamento de combustível.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso do POSTO LADEIRA para condenar a IPIRANGA a ressarcir os lucros cessantes decorrentes tanto do vazamento de combustível como da omissão na sua entrega. Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos para reformar os ônus da sucumbência, atribuindo-os exclusivamente à parte contrária porque o autor sucumbiu de parte de mínima do pedido (art. 21, parágrafo único, do CPC/73).

A apelação da IPIRANGA foi parcialmente provida para aplicar o princípio do dever de mitigar os prejuízos (*duty to mitigate the loss*), determinando o abatimento do *quantum* indenizatório o valor correspondente a seis meses do combustível perdido, uma vez que o POSTO LADEIRA deixou de tomar as medidas necessárias para reduzir o prejuízo sofrido. Os aclaratórios apresentados pela IPIRANGA foram parcialmente acolhidos para consignar que os juros moratórios incidem à taxa de 0,5% ao mês até o dia 10.01.2003, sem prejuízo da correção

monetária e, após a entrada em vigor do CC/02, a taxa SELIC.

(1) Da ausência de violação do art. 535, II, do CPC/73

IPIRANGA alega persistir omissão no acórdão quanto ao fato de que o laudo pericial não atesta em nenhum momento que a causa do vazamento de combustível foi a instalação inadequada das bombas de combustível.

No mesmo passo, afirma que o julgado foi omissivo quanto à declaração do POSTO LADEIRA de recebimento dos equipamentos instalados em perfeito estado de conservação, funcionamento e segurança.

A esse respeito, o Tribunal *a quo* assim decidiu:

*Ocorre que os **bens cedidos** (bombas, tanques e filtros) **não foram adequadamente instalados, consoante o Laudo de Exame de fls. 46/8, lavrado por peritos do Instituto de Criminalística do Estado do Piauí, em 20 de maio de 1992 [...]***

*A seu turno, **em contestação de fls. 122/51, a 2ª Apelante explora incoerências redacionais nas mencionadas correspondências e no Laudo de Exame, sem comprovar, apesar disso, a inexistência do vazamento de combustível, tampouco que prestou qualquer assistência técnica ao 1º Apelante, vez que a responsabilidade pela instalação dos equipamentos lhe incumbia, de modo que fraquejou em seu ônus probatório** (art. 333, II, do CPC), assim **como restou demonstrada sua culpa** (e-STJ, fls. 1.547/1.548 - destaques no original).*

A alegação de que o julgado foi omissivo na fixação dos lucros cessantes também não se sustenta porque o acórdão se limitou a observar o que ficou demonstrado no laudo pericial.

Portanto, os argumentos suscitados não constituem pontos omissos, mas visam a rediscussão da matéria para reformar a conclusão que lhe resultou desfavorável, o que não implica ofensa ao art. 535 do CPC/73.

Quanto aos lucros cessantes, defende existir contradição no laudo pericial no que se refere ao valor da indenização pelo não fornecimento de

combustível.

O acórdão *a quo* foi bem claro ao fixar a indenização pelo não fornecimento de combustível das duplicadas adimplidas e ao deixar de condenar a IPIRANGA a indenizar o posto recorrente quanto às duplicatas não adimplidas, em virtude da aplicação da exceção do contrato não cumprido.

Não há nesse aspecto nenhum vício a ser corrigido porque a contradição que autoriza a reforma da decisão é aquela interna, em relação ao próprio julgado, jamais a contradição com o entendimento da parte.

Por derradeiro, não há que se falar em obscuridade do julgado ao deixar de indicar o *quantum* a ser abatido dos lucros cessantes em razão do dever atribuído ao posto de mitigar as próprias perdas, porquanto o acórdão decidiu pelo abatimento de **06 (seis) meses** do quantum **indenizatório por danos materiais devidos ao Posto Ladeira do Uruguai Ltda.** (e-STJ, fl. 1.552 - destaques no original).

Ademais, ficou consignado que os valores serão apurados na fase de liquidação, devendo o custo do combustível representar o evento danoso (e-STJ, fl. 1.566).

Portanto, ficou claro o critério de dedução e o quantitativo de meses que serão reduzidos da condenação, não havendo que se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC/73.

(2) Da alegada ofensa aos arts. arts. 333, I, II, 368 e 374 do CPC/73 em razão da falta de provas

A IPIRANGA afirma que o Tribunal local presumiu a veracidade dos fatos narrados na inicial sem lastro probatório mínimo. Nesse sentido, sustenta que **(a)** o laudo pericial e outros documentos juntados aos autos não atestam que a causa do vazamento do combustível foi a instalação inadequada das bombas de combustível; **(b)** o posto reconheceu ter recebido os equipamentos “instalados em perfeito estado de conservação, funcionamento e segurança”; e, **(c)** não há nos autos nenhuma prova de que a IPIRANGA seria a responsável pela manutenção das bombas de combustível, tendo em vista a ausência de previsão contratual a respeito.

Ao contrário do alegado, o órgão julgador fundamentou sua decisão na prova colhida nos autos, concluindo pela responsabilidade da IPIRANGA em indenizar o POSTO LADEIRA pelos prejuízos sofridos em decorrência da instalação inadequada

dos bens cedidos em comodato e da ausência de assistência técnica, originando o dano consistente no vazamento de 66.268 litros de combustível, conforme verificado em laudo elaborado por peritos do Instituto de Criminalística do Estado do Piauí:

Esquadrinhando-se os autos, averigua-se que a 2ª Apelante - Texaco do Brasil S/A (incorporado por Ipiranga Produtos de Petróleo S/A) - celebrou com o 1º Apelante - Posto Ladeira do Uruguai Ltda. - em 26.09.1988, contrato de concessão comercial e comodato (fls. 20/40), tendo como objeto, in litteris:

"A Texaco outorga à comodatária a concessão comercial para a venda de produtos derivados de petróleo, e lhe dá por empréstimo, para uso em suas instalações situadas na BR-343 KM 343 + 500 metros (ilegível) os bens de sua propriedade, constantes das notas (ilegível) a Cláusula IX do presente instrumento, que ficam fazendo parte integrante desde contrato, bens esses que a COMODATÁRIA reconhecem (ilegível) este contrato haver recebido instalados em "perfeito estado de conservação, funcionamento e segurança, comprometendo-se a usar ditos bens (ilegível) exclusivamente no local indicado acima, para depósito e venda de produtos de petróleo adquiridos exclusivamente da TEXACO, bem como para a identificação da linha de produtos da mesma, ficando terminantemente vedada idêntica utilização de tais bens com produtos de outra procedência, que não da própria TEXACO, sob pena de responsabilidade civil e criminal.

Por outro turno, consta na Cláusula II que, in litteris:

"A comodatária obriga-se a: 3. Colocar à disposição da TEXACO, ao término deste contrato, os referidos bens em perfeito estado de conservação e funcionamento, respondendo por eventuais danos causados aos mesmos, ainda que decorrentes de causa fortuita ou de força maior, conforme preceituado no artigo 1058 do Código Civil, sendo certo que todos e quaisquer reparos que venham a se fazer necessários deverão ser realizados nas oficinas indicadas pela TEXACO."

Ocorre que os bens cedidos (bombas, tanques e filtros) não foram adequadamente instalados, consoante o Laudo de Exame de fls. 46/8, lavrado por peritos do Instituto de Criminalística do Estado do Piauí, em 20 de maio de 1992, tendo as seguintes constatações, in verbis

"Feita a abertura do pequeno fosso estruturado com paredes em alvenaria de tijolos, que abriga a [sic] válvula, os Peritos, para uma melhor análise, escavaram as imediações do referido mecanismo "(válvula) rompendo a parede e descobrindo para do prolongamento da tubulação que leva até a bomba de abastecimento, (ilegível), constatando no solo, imediatamente sob o conjunto de conexão da citada válvula de sucção, substância que flue pela tubulação em exame tendo os infra assinados contestado, ainda, a presença de fita "veda rosca" naquele conjunto de conexões indicando um anterior reparo em decorrência de deficiência na estrutura das conexões com isso [sic] deixado claras evidências de vazamento daquele combustível pelas conexões da válvula examinada. Assim sendo, os Peritos passam a transcrever e a oferecer respostas pela autoridade requisitante da maneira que segue: 01 - Nos exames realizados nos tanques de reserva de combustíveis do citado posto, foi verificado vazamento nos mesmos? R = Sim. 02. (...). Em face da análise e interpretação das evidências físicas constatadas e levantadas, os Peritos subscritores do presente laudo de exame o concluem afirmando que o local ora examinado apresenta em suas instalações físicas características evidentes de vazamento de combustível (gasolina) de pequena proporção pelas conexões da válvula de sucção do reservatório de gasolina para a bomba de abastecimento.

Referido Laudo de Exame corrobora a Declaração de fls. 45, oferecida pelo antigo **Gerente do posto, e o Laudo de Avaliação Técnica de fls. 49**, lançada pelo **Engenheiro MAURO SANTOS DE MELO**, bem como as várias correspondências endereçadas à 2ª Apelante - Texaco do Brasil SIA - às fls. 76/88, reportando o vazamento.

Superior Tribunal de Justiça

A seu turno, em contestação de fls. 122/51, a 2ª Apelante explora incoerências redacionais nas mencionadas correspondências e no Laudo de Exame, sem comprovar, apesar disso, a inexistência do vazamento de combustível, tampouco que prestou qualquer assistência técnica ao 1º Apelante, vez que a responsabilidade pela instalação dos equipamentos lhe incumbia, de modo que fraquejou em seu ônus probatório (art. 333, II, do CPC), assim como restou demonstrada sua culpa.

[...]

Assim, a conduta (instalação inadequada dos bens cedidos em comodato), a culpa lato sensu (instalação inadequada dos bens cedidos em comodato e a ausência de assistência técnica), o dano (vazamento de 66.268 l de combustível) e o nexo de causalidade são flagrantes, abonando o pedido reparatório, nos termos do art. 927 e seguintes do CC/02 (e-STJ, fls. 1.546/1.549 - destaques no original).

O acórdão do Tribunal de origem não deixa dúvidas quanto à responsabilidade da IPIRANGA pela instalação dos tanques de combustível, equipamentos estes de sua propriedade, já que foram cedidos em comodato para o POSTO LADEIRA, que, por sua vez, somente os poderia ter em depósito para vender os derivados de petróleo adquiridos exclusivamente dela, conforme cláusula de exclusividade pactuada entre as partes, acima destacada.

Além disso, a deficiência na instalação foi verificada em laudo lavrado por peritos do Instituto de Criminalística, não contrariado, que constataram a presença de fita "veda rosca" na válvula de sucção do equipamento, depois que cavaram as laterais do tanque de armazenamento, ocasionando o vazamento de combustível.

É certo que não é possível saber se o reparo com a fita veda rosca foi feito no momento da instalação dos equipamentos pela IPIRANGA ou em momento posterior. No entanto, **é certo que a instalação dos equipamentos era de responsabilidade da IPIRANGA, assim como a manutenção deles somente poderia ser feita por pessoal por ela autorizado**, como disse o v. acórdão ao analisar a cláusula II, item 3 do contrato:

Por outro turno, consta na Cláusula II que, in litteris:

"A comodatária obriga-se a: 3. Colocar à disposição da TEXACO, ao término deste contrato, os referidos bens em perfeito estado

Superior Tribunal de Justiça

de conservação e funcionamento, respondendo por eventuais danos causados aos mesmos, ainda que decorrentes de causa fortuita ou de força maior, conforme preceituado no artigo 1058 do Código Civil, **sendo certo que todos e quaisquer reparos que venham a se fazer necessários deverão ser realizados nas oficinas indicadas pela TEXACO.** " (e-STJ, fl. 1.547)

Desse modo, é preferível, diante das circunstâncias do caso, manter a decisão da instância ordinária que, mais próxima dos fatos e das provas, concluiu pela responsabilidade da IPIRANGA.

Quanto à alegada ausência de previsão contratual sobre a responsabilidade pela manutenção das bombas de combustível, com base no conjunto fático-probatório dos autos (correspondência trocada entre as partes e análise das cláusulas contratuais), o órgão julgador local concluiu, repita-se, que **a responsabilidade da IPIRANGA ficou configurada porque ainda que a manutenção das bombas também coubesse ao POSTO LADEIRA, elas só poderiam ser consertadas pela comodante, IPIRANGA, conforme cláusula contratual acima destacada.**

Por isso, não cabe a esta Corte rever cláusulas contratuais em decorrência da vedação prevista no enunciado da Súmula nº 5 do STJ: *A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.*

Assim sendo, não é plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, que não pode ser considerada uma terceira instância recursal. Aliás, referida vedação encontra respaldo na Súmula nº 7 do STJ: *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*

Ademais, ressalte-se que a via do recurso especial não é idônea para suscitar injustiça na apreciação dos fatos e provas pelo Tribunal de origem.

Por seu turno, a força probante das declarações constantes de documento particular (art. 368 do CPC/73) e de telegrama, radiograma ou outro meio de transmissão (art. 374 do CPC/73) não foram prequestionadas na instância ordinária, incidindo ao caso a Súmula nº 211 do STJ: *Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.*

(3) Da alegada inaplicabilidade dos arts. 186, 187 e 927 do CC/02 ao caso porque a responsabilidade é contratual

Sustenta a IPIRANGA que se o Tribunal *a quo* tivesse examinado a questão sob a ótica contratual, interpretando adequadamente as cláusulas do contrato, teria concluído por sua ausência de responsabilidade no evento danoso porque o acordo pactuado entre as partes a exime de responsabilidade na instalação dos equipamentos. Além disso, foi pactuado que era obrigação do POSTO LADEIRA, prevista contratualmente, conservar e restituir os equipamentos em perfeitas condições de uso.

Conforme consignado no acórdão, os requisitos ensejadores do dever de indenizar estão presentes no caso sob análise, uma vez que era responsabilidade da IPIRANGA a montagem dos equipamentos:

*Assim, a **conduta** (instalação inadequada dos bens cedidos em comodato), a **culpa** lato sensu (instalação inadequada dos bens cedidos em comodato e a ausência de assistência técnica), o **dano** (vazamento de 66.268 l de combustível) e o **nexo de causalidade são flagrantes, abonando o pedido reparatório**, nos termos do **art. 927 e seguintes do CC/02** (e-STJ, fl. 1.549 - destaques no original).*

Sobre a fundamentação legal, o acórdão integrativo assim explicitou a adoção das normas em debate:

*Outrossim, o **emprego dos arts. 186, 187 e 927 revela tão-somente esforço de fundamentação**, haja vista que, a par dos mesmos, foram adjudicados os arts. 1.059 e 1.092, do CC/1916, 402, 406 e 476 do CC/2002, que dispõe especificamente acerca da responsabilidade contratual, de modo que **não há qualquer contradição interna**, pois a mens legis dos **dispositivos citados é a mesma: recomposição integral do dano suportado** (e-STJ, fl. 1681 - destaques no original).*

De fato, tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual exigem para a configuração da responsabilidade civil três condições: o dano, a conduta ilícita e o nexo de causalidade.

A doutrina de CARLOS ROBERTO GONÇALVES destaca que *basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como*

em outro caso, o que se requer, em essência, para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexos de causa e efeito entre os primeiros elementos (Direito Civil Brasileiro. 3ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 27 - sem destaque no original).

No mesmo sentido são os precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REGISTRO DE IMÓVEL INEXISTENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO TABELIÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS INFRINGENTES. DEVOLUTIVIDADE.

1. *Em embargos infringentes (CPC, art. 530): (a) o desacordo entre votos vencedores e vencido(s) é estabelecido pela conclusão dos votos e não pelos seus fundamentos (que até podem ser diferentes em cada voto); (b) nos limites dessa divergência, o órgão julgador pode acolher uma das conclusões ou pode adotar solução intermediária; em qualquer caso (c) o tribunal não fica vinculado aos fundamentos do acórdão recorrido – seja dos votos vencedores, seja do(s) vencido(s) – podendo, se for o caso, adotar fundamentos novos. Precedentes.*

2. ***A imputação de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexos causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).***

3. *Relativamente ao elemento normativo do nexos causal em matéria de responsabilidade civil, vigora, no direito brasileiro, o princípio de causalidade adequada (ou do dano direto e imediato), cujo enunciado pode ser decomposto em duas partes: a primeira (que decorre, a contrario sensu, do art. 159 do CC/16 e do art 927 do CC/2002, que fixa a indispensabilidade do nexos causal), segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa; e a outra (que decorre do art. 1.060 do CC/16 e do art. 403 do CC/2002, que fixa o conteúdo e os limites do nexos causal) segundo a qual somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso.*

4. *No caso, o evento danoso não decorreu direta e imediatamente do*

registro de imóvel inexistente, e, sim, do comportamento da contratante, que não cumpriu o que foi acordado com a demandante.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 1.198.829/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 5/10/2010, DJe 25/11/2010 - sem destaque no original)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRESA DE ESTACIONAMENTO QUE PERMITE A RETIRADA DE VEÍCULO PELO FILHO DA PROPRIETÁRIA DO MESMO, SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE ESTACIONAMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO HORAS MAIS TARDE EM CIDADE DIVERSA. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. À luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente códex, sobre nexo causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano direto e imediato.

2. Segundo referido princípio ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa (art. 159 do CC/1916 e art 927 do CC/2002) e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso (art. 1060 do CC/1916 e 403 do CC/2002).

3. A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato, quais: a conduta do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexo causal, que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente.

4. In casu, revela-se inequívoca a ausência de nexo causal entre o ato praticado pela ora recorrida (entrega do veículo ao filho da autora e seus acompanhantes sem a apresentação do respectivo comprovante de estacionamento) e o dano ocorrido (decorrente do acidente

Superior Tribunal de Justiça

envolvendo o referido veículo horas mais tarde), razão pela qual, não há de se falar em responsabilidade daquela pelos danos materiais e morais advindos do evento danoso.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 325.622/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Quarta Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 10/11/2008 - sem destaque no original)

Apesar dos requisitos para a configuração da responsabilidade contratual e extracontratual serem os mesmos, afigurando-se plausível a fundamentação do acórdão de origem, é importante ressaltar que a causa de pedir revelada na inicial é o que determina se serão aplicadas as regras de uma ou de outra.

Sobre o assunto é esclarecedora a lição de CARVALHO SANTOS ao se debruçar sobre a seguinte questão: *quando um dano resulta da inexecução de uma obrigação contratual, poderá a vítima colocar-se no terreno da responsabilidade delituosa?* Veja-se:

Parece-nos que a vítima tem o direito de opção, escolhendo entre a ação resultante da culpa contratual e a ação resultante da culpa aquiliana.

[...]

Mesmo no caso do contrato estipular que a inexecução da obrigação não acarretará a responsabilidade ou estipular uma prescrição abreviada, a responsabilidade delituosa subsistirá. Não se trata aqui de negar valor ao contrato na parte relativa à responsabilidade. Certo que se as partes inseriram uma cláusula de não responsabilidade, ou previram uma prestação abreviada, sua vontade deve ser respeitada. Mas com essas cláusulas elas não visaram senão a responsabilidade contratual, não sendo possível admitir que a sua vontade fosse até abranger a responsabilidade delituosa. A razão é simples e intuitiva: **não é possível que as partes eliminem as regras referentes à culpa aquiliana, as quais se impõem por si, por serem de ordem pública** (MAZEAUD, *Révue Trim. de Droit Civil*, 28, 657).

Quando, porém, não concorre, na culpa, o duplo caráter contratual e

extracontratual, outra é a solução. O credor, cujo devedor não cumpre sua obrigação, não pode senão intentar ação de responsabilidade contratual, salvo convenção expressa em contrário (Código Civil Brasileiro Interpretado. 5ª edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 317/318 - sem destaques no original).

É exatamente esta a hipótese dos autos.

No caso, a petição inicial apontou como ato ilícito a instalação inadequada e a falta de assistência técnica dos equipamentos cedidos em comodato que resultou no vazamento de combustível causador de prejuízos.

Embora a relação estabelecida entre as partes seja contratual, as cláusulas pactuadas não disciplinam a hipótese de vício na instalação dos equipamentos, limitando-se a eximir a IPIRANGA de responsabilidade (*bens esses que a COMODATÁRIA reconhecem (ilegível) este contrato haver recebido instalados em perfeito estado de conservação, funcionamento e segurança*), além de prever a obrigação do posto de combustível restituir os bens dados em comodato em perfeito estado (e-STJ, fl. 1.546).

As **cláusulas contratuais de caráter potestativo** não impedem que a parte postule a reparação pela via da responsabilidade extracontratual.

A propósito, o STJ possui precedente reconhecendo que a causa de pedir revelada na inicial não se limitava ao vínculo contratual entre autoras e rés, residindo na ilicitude da conduta:

DIREITO CIVIL. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO. CORRETORAS DE VALORES MOBILIÁRIOS. BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ARTS. 159, CC/1916, 186 E 927, CC/2002. RECURSO PROVIDO.

I - A obrigação de indenizar pode decorrer do descumprimento de contrato ou de ato ilícito, conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual (aquiliana).

II - Tendo a inicial se fundado em ato ilícito praticado pelas rés, ofende o art. 159, CC/1916, o acórdão que se ampara na inexistência de relação jurídica contratual entre as partes para julgar improcedente o pedido.

III - Os arts. 186 e 927 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002),

assim como o revogado art. 159 do Código Civil de 1916, estabelecem a obrigação de indenizar para aquele que comete ato ilícito.

IV - A obrigação de indenizar decorrente da prática de ato ilícito independe da existência de relação jurídica de direito material entre a parte lesada e o autor da conduta culposa.

(REsp 214.281/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, julgado em 15/5/2003, DJ 12/8/2003, p. 227 - sem destaque no original)

No mesmo sentido, em voto da relatoria do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, esta Terceira Turma decidiu que:

[...] a mera existência de uma relação contratual entre as partes não é suficiente para caracterizar a responsabilidade contratual, sendo necessário, ainda, que o dano tenha pertinência com a relação jurídica entre elas estabelecida.

*Ou seja, **não basta que as partes estejam vinculadas por uma relação jurídica que todo dano causado por uma à outra será contratual.***

(REsp 1.296.919/AL, julgado em 12/8/2014, DJe 8/9/2014 - sem destaque no original)

(4) Da alegada ausência dos requisitos ensejadores do dever de indenizar (art. 159 do CC/16 e arts. 186,187 e 927 do CC/02)

Neste tópico a IPIRANGA repisa a tese da fragilidade das provas que embasaram a decisão condenatória, afirmando que não ficou configurado o dano, tampouco sua culpa em decorrência do vazamento de combustível.

No entanto, a prova produzida na origem permitiu ao órgão julgador concluir pela existência de culpa e pela ocorrência de dano e do nexo causal:

*Assim, a **conduta** (instalação inadequada dos bens cedidos em comodato), a **culpa** lato sensu (instalação inadequada dos bens cedidos em comodato e a ausência de assistência técnica), o **dano***

(vazamento de 66.268 l de combustível) e o **nexo de causalidade são flagrantes, abonando o pedido reparatório**, nos termos do **art. 927 e seguintes do CC/02** (e-STJ, fl. 1.549 - destaques no original).

A revisão do entendimento adotado na origem esbarra no óbice da Súmula nº 7 do STJ, inviabilizando sua análise na instância especial, consoante reiterada jurisprudência desta Corte em casos análogos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme consignado na decisão ora agravada, o Tribunal a quo reconheceu a existência dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil e a ocorrência de ato ilícito. Por tal razão, a análise da questão esbarra no reexame da matéria fático-probatória, proceder vedado em recurso especial ante a incidência da Súmula n. 7 do STJ.

2. No caso concreto, o valor arbitrado está em conformidade com o adotado por esta Corte em hipóteses análogas, tornando a via do recurso especial inidônea a modificá-lo ante o óbice sumular n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 703.352/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 22/6/2016 - sem destaque no original)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. RESPONSABILIDADE. NEXO CAUSAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. DANO MATERIAL. COMPROVAÇÃO. SÚMULA Nº 283/STF E Nº 7/STJ. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. NECESSIDADE. FACULDADE DO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil nem importa

negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adotou para a resolução da causa fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. O prazo de prescrição para o ajuizamento da ação de indenização por erro médico é quinquenal.

3. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, impede seu conhecimento, a teor da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Para afastar a conclusão do tribunal de origem quanto à responsabilidade do agravante e aonexo causal, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que atrai a incidência da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

5. A alegação de que os danos materiais não restaram comprovados esbarra nos óbices das Súmulas nº 283/STF e nº 7/STJ.

6. É facultado ao juízo da execução, diante das peculiaridades do caso concreto, verificar a conveniência da constituição de capital.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 792.009/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 1/3/2016, DJe 7/3/2016 - sem destaque no original)

(5) Do alegado bis in idem na fixação dos lucros cessantes e dos danos emergentes (art. 1.059 do CC/16, correspondente ao art. 402 do CC/02)

A IPIRANGA afirma que o art. 1.059 do CC/16 foi violado porque o critério fixado para a base de cálculo dos lucros cessantes e dos danos emergentes é a mesma, consistente no prejuízo apurado em perícia de 66.268 litros de combustível (e-STJ, fl. 1.762).

O acórdão manteve a condenação ao ressarcimento por danos materiais, somente alterando a base de cálculo para 66.268 litros de combustível, conforme apurado em laudo pericial (e-STJ, fl. 1.548).

Quanto aos lucros cessantes, o pedido não foi acolhido pela sentença

diante da falta de comprovação da taxa percentual de lucros de 9% (e-STJ, fl. 1.274).

O Tribunal local reformou a decisão primeva sob o fundamento de que os lucros cessantes são devidos porque uma vez configurado o vazamento de combustível o posto deixou de comercializar seu produto aos consumidores, devendo ser ressarcido pelo que deixou de lucrar, conforme os valores apurados em laudo pericial:

*[...] **adverte MARIA HELENA DINIZ** que “os lucros cessantes consistem na diminuição potencial do patrimônio do credor, pelo lucro que deixou de auferir, dado o inadimplemento do devedor”, **evidenciando** que, em **razão do ato ilícito, o 1º Apelante deixou de comercializar cerca de 66.268 litros de combustível**, sendo **consequência direta do evento danoso**, conforme **anotação pericial**, in litteris:*

“E a Autora deixou de lucrar a quantia de R\$ 427.428,60 (quatrocentos e vinte e sete mil e quatrocentos e vinte e oito reais e sessenta centavos), conforme quadro demonstrativo a seguir” (e-STJ, fls. 1.552/1.554 - destaques no original).

O acórdão integrativo assim esclareceu a questão:

*[...] **os danos materiais podem ser decompostos em emergentes e cessantes**. Os **primeiros são os decréscimos efetivamente experimentados pelo POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA.**, ou seja, a **perda do combustível vazado**, enquanto que os **segundos são “o que razoavelmente deixou de lucrar”**, visto que, por óbvio, o **varejista não repassa ao destinatário final (consumidor) o combustível pelo custo de aquisição**, mas **sempre com uma margem mínima de lucratividade** (e-STJ, fls. 1.680/1.681).*

Ao contrário do alegado pela IPIRANGA, não se trata de utilizar a mesma base de cálculo, obtendo-se o mesmo valor condenatório em duplicidade, mas sim de utilizar os 66.268 litros de combustível para obter dois valores diferentes, os correspondentes aos danos emergentes e aqueles relativos aos lucros cessantes, conforme discriminado no laudo pericial - o prejuízo apurado com base no preço de custo do combustível (danos emergentes) e o montante que deixou de lucrar (lucros

cessantes) (e-STJ, fls. 674/675).

Desse modo, a revisão do entendimento firmado na instância na instância ordinária não se afigura possível diante do óbice da Súmula nº 7 do STJ.

Nesse sentido são os precedentes desta Corte:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA ACERCA DO AUTOR. JOGADOR DE FUTEBOL. AFIRMAÇÃO DE QUE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DANOS MORAIS. LUCROS CESSANTES. CONFIGURAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. RAZOABILIDADE DO VALOR INDENIZATÓRIO. SÚMULA Nº 7/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. ARBITRAMENTO. SÚMULA Nº 362/STJ.

1. A reforma do julgado no tocante à comprovação dos danos morais e dos lucros cessantes demandaria, no caso em espécie, o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.

2. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que o valor foi arbitrado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para jogador de futebol que foi objeto de notícia equivocada que o apontava como portador do vírus HIV.

3. A correção monetária do valor da indenização por danos morais incide a contar da data de seu arbitramento, conforme dispõe a Súmula nº 362/STJ.

4. Agravos regimentais não providos.

(AgRg no AREsp 84.122/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 18/9/2014, DJe 25/9/2014 - sem destaque no original)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

CONFIGURAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. O Tribunal a quo, soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, concluiu que houve comprovação dos lucros cessantes, na medida em que as oscilações de energia prejudicaram a irrigação da plantação do imóvel da autora. Revisar tal entendimento demanda reavaliação de fatos e provas, o que é vedado, em recurso especial, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ.

2. A divergência jurisprudencial suscitada não atende ao requisito da identidade fático-jurídica entre os acórdãos confrontados, uma vez que as peculiaridades do caso vertente não se encontram espelhadas nos paradigmas, os quais, à toda evidência, lastrearam-se em fatos, provas e circunstâncias distintas das constantes dos autos sob análise.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 265.416/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 20/5/2014, DJe 29/5/2014 - sem destaque no original)

(6) Da alegada ocorrência de julgamento *ultra petita* (arts. 128 e 460 do CPC/73)

O inconformismo da IPIRANGA se volta contra a majoração da verba indenizatória, fixada na sentença no valor equivalente a 36.987 litros de combustível e arbitrada no acórdão em 66.268 litros.

No julgamento dos embargos de declaração, ficou assim esclarecido:

Apregoa FREDIE DIDIER JR. que, in verbis:

*“Diz-se *ultra petita* a decisão que (i) concede ao demandante mais do que ele pediu, (ii) analisa não apenas os fatos essenciais postos pelas partes como também outros fatos essenciais ou (iii) resolve a demanda em relação aos sujeitos que participaram do processo, mas também em relação a outros sujeitos, não participantes (...).*

Todavia, o **pedido exposto na Instância** a quo, **devolvido a esta Instância** ad quem, é **condenatório por danos materiais**

efetivamente suportados, litteris: “Declare V. Exa. a condenação da Ré a pagar Indenização pelas perdas e danos, aqui demonstradas, de forma atualizada”, de modo que o **montante de 36.987 litros** referentes a **24 (vinte e quatro) meses não elide os demais 29.281 litros** decorrentes do **período apurado no laudo técnico**, pois o pedido II.I.C da Apelação Cível do 1º Embargante pede a condenação da 1º Embargada - IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A - por todos os prejuízos decorrentes do vazamento (e-STJ, fls. 1.679/1.680 - destaques no original).

Conforme se vê, o julgado levou em consideração a causa de pedir e o pedido, tal como formulados, utilizando-se da quantidade atualizada de litros de combustível apurados em laudo pericial.

Não há que se falar, portanto, em decisão que ultrapassa os limites da lide, pois o que ocorreu foi a **mera atualização do montante do prejuízo apurado em decorrência do vazamento de combustível** causado pela ineficiência da instalação dos tanques.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que não se configura julgamento *extra* ou *ultra petita* quando as questões postas na inicial são resolvidas nos limites do pedido e da causa de pedir:

AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA/ULTRA PETITA. SÚMULA N. 83 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 90 DO CÓDIGO DE ÁGUAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS E FATOS DOS AUTOS. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. Afasta-se a alegada violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

2. Não há julgamento extra/ultra petita quando o magistrado resolve as questões propostas pelas partes nos termos do pedido e da causa de pedir contidos na exordial.

3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83/STJ).

4. *Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ se a tese defendida no recurso especial reclamar o revolvimento do conjunto fático-probatório da demanda.*

5. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no AREsp 371.569/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 2/6/2016, DJe 9/6/2016 - sem destaque no original)

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO AMPLA. POSSIBILIDADE.

1. *O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.*

2. *O pedido deve ser interpretado como manifestação de vontade, de forma a tornar efetivo o processo, amplo o acesso à justiça e justa a composição da lide. Precedentes.*

3. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.

4. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.049.560/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 16/11/2010 - sem destaque no original)

(7) Da alegada violação ao princípio da boa-fé objetiva na imposição do dever de mitigar a própria perda correspondente ao abatimento do período de apenas seis meses (arts. 165 e 458, II, do CPC/73)

Todo contrato desempenha uma função social, deve ser interpretado conforme a boa-fé e também deve guardar desde a conclusão e durante a sua execução esse mesmo princípio, assim como o da probidade (arts. 113 e 422, do CC/02).

O princípio da boa-fé objetiva é uma cláusula geral aplicável ao direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais, dentre os quais se destacam os deveres de lealdade e de cooperação entre as partes, aí incluído o dever de evitar o agravamento do dano.

Superior Tribunal de Justiça

O dever de mitigar o próprio prejuízo visa evitar o agravamento do dano e responsabilizar a parte lesada na medida de sua omissão, atendendo ao princípio da boa-fé objetiva.

Portanto, é dever dos contratantes adotar as medidas necessárias para que o dano não seja agravado, punindo-se a inércia que impõe gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, violando, desse modo, os deveres de cooperação e lealdade.

Sobre essa premissa foi editado o Enunciado nº 169, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

169 - Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem deu provimento à apelação da IPIRANGA para abater da indenização o valor correspondente a **seis meses de vazamento** em decorrência da aplicação do dever de mitigar a própria perda, embasado no princípio da boa-fé objetiva. Veja-se:

*No ponto, **o vazamento derivado da errada instalação dos bens cedidos em comodato é insofismável**. Porém, **impende perfilhar que o posto Apelante também foi negligente em contornar seus contínuos danos**, pois, segundo os autos, **nada arranjou para limitar as perdas**.*

*E, verdade, **perpassados 02 (dois) anos do início da perda de combustível, o Posto Apelante se restringiu a noticiar à 2ª Apelante, não adotando qualquer providência reparadora**.*

[...]

*Dessa forma, **considerando-se que foram 43 (quarenta e três) meses de vazamento de combustível, merece ser acolhida a quota recursal da 2ª Apelante, a fim de abater 06 (seis) meses do quantum indenizatório por danos materiais, devidos ao Posto Ladeira do Uruguai Ltda.** (e-STJ, fls. 1.549/1.552 - destaques no original).*

Insurge-se a IPIRANGA contra o lapso temporal arbitrado, advogando

a tese de que deveria ser elevado para dois anos porque este foi o período de inércia do POSTO LADEIRA em tomar as medidas cabíveis.

E razão lhe assiste.

Extrai-se do acórdão que no período de **02 (dois) anos** do início da perda de combustível o POSTO LADEIRA **não** promoveu nenhuma atitude mais efetiva tendente a minorar o vazamento, limitando-se a noticiar a ocorrência à IPIRANGA.

Portanto, o próprio julgado reconheceu uma inércia de dois anos, período que deve ser observado para abater do montante devido a título de indenização por danos materiais, em observância ao dever de mitigar as próprias perdas decorrente do princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as relações entre as partes.

O dever de mitigar o próprio prejuízo já foi adotado por esta Terceira Turma, em voto da relatoria do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

*RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TAXA DE OCUPAÇÃO. INCIDÊNCIA ANTES DA ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IMÓVEL. DESCABIMENTO. ART. 37-A DA LEI 9.514/97. DISTINÇÃO ENTRE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA E PROPRIEDADE PLENA. **'DUTY TO MITIGATE THE LOSS'**. HIPÓTESE DE LEILÃO FRUSTRADO.*

- 1. Controvérsia acerca da incidência de taxa de ocupação no período anterior ao leilão extrajudicial de imóvel ocupado por mutuário inadimplente.*
- 2. Previsão expressa no art. 37-A da Lei 9.514/97 de que a taxa de ocupação somente começa a incidir depois da alienação do imóvel.*
- 3. Distinção entre propriedade fiduciária e propriedade plena.*
- 4. Afetação da propriedade fiduciária ao propósito de garantia, não dispondo o credor fiduciário do 'jus fruendi', enquanto não realizada a garantia.*
- 5. Dever da instituição financeira de promover o leilão extrajudicial no prazo de 30 (trinta) dias da consolidação da propriedade (cf. art. 27 da Lei 9.514/97), com o objetivo de evitar o crescimento acentuado da dívida.*

6. Dever de mitigação das perdas do devedor (mutuário), atendendo aos deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva ("duty to mitigate the loss").

7. Extinção compulsória da dívida na hipótese de leilão frustrado (cf. art. 27, § 5º, da Lei 9.514/97).

8. Incidência da taxa de ocupação somente após a extinção da dívida.
Julgado específico da Quarta Turma.

9. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, EM PARTE.

(REsp 1.401.233/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 26/11/2015 - sem destaque no original)

No mesmo sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO '**DUTY TO MITIGATE THE LOSS**'. **BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.**

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto.

Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao

ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ.

3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalcitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador.

4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. **Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do Duty to mitigate the loss, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.**

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.325.862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 5/9/2013, DJe 10/12/2013 - sem destaque no original)

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. **'DUTY TO MITIGATE THE LOSS'. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO.** INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. "Duty to mitigate the loss": o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

(REsp 758.518/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17/6/2010, REPDJe 1/7/2010, DJe 28/6/2010 - sem destaque no original)

Assim sendo, é o caso de dar provimento ao recurso especial da

IPIRANGA para abater da indenização por danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) o valor correspondente a **02 (dois) anos de vazamento de combustível**, em decorrência da aplicação do dever de mitigar o próprio prejuízo, proporcionalizando-se o volume de 66.268 (sessenta e seis mil e duzentos e sessenta e oito) litros de combustível perdidos em face do novo período de tempo aqui destacado, o que será apurado em liquidação de sentença.

Em suma: do total de 43 (quarenta e três) meses indenizáveis, serão abatidos 24 (vinte e quatro) meses pela inércia do posto, restando 19 (dezenove) meses a ser indenizados na proporção da litragem antes indicada (66.268 litros).

(8) Dos ônus da sucumbência (art. 21 do CPC/73)

A IPIRANGA se insurge contra os critérios de fixação dos ônus da sucumbência estabelecidos na origem, alegando que do extenso rol de pedidos formulados na inicial apenas três foram acolhidos, configurando sucumbência recíproca.

O Tribunal *a quo*, com base nos pedidos autorais, concluiu que o POSTO LADEIRA decaiu de parte mínima, por isso condenou a IPIRANGA a suportar por inteiro as despesas processuais e sucumbência, como se vê no acórdão integrativo:

*[...] esquadrinhando-se o acórdão embargado e a sentença de fls. 1.169/72, verifica-se que o Posto Ladeira do Uruguai Ltda. decaiu da parte mínima do pedido, visto que a maior parcela indenizatória - condenação pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes decorrentes da omissão na entrega do combustível - foi deferida, de modo que **merece ser aplicado o art. 21, parágrafo único, do CPC** [...] (e-STJ, fl. 1.678 - sem destaque no original).*

Ao contrário do decidido na origem, aplica-se na hipótese o disposto no art. 21, *caput*, do CPC/73: ***se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.***

Com efeito, a sucumbência do POSTO LADEIRA não é mínima, sendo certo que foi **vencedor** nos seguintes pontos: **(1)** rescisão dos contratos de concessão

comercial e comodato, assim como dos contratos de locação e sublocação celebrados entre as partes; **(2)** danos emergentes e lucros cessantes decorrentes do vazamento de combustível; **(3)** lucros cessantes decorrentes da omissão na entrega do combustível (faturas adimplidas). Foi ele **vencido** nos seguintes pedidos indenizatórios: **(1)** descapitalização do posto de combustíveis; **(2)** despesas com a compra de imóvel para instalação de um novo posto; **(3)** cobranças superfaturadas; e, **(4)** lucros cessantes decorrentes da omissão na entrega do combustível (faturas inadimplidas).

Portanto, cada um dos litigantes foi vencedor e vencido na demanda, devendo suportar as verbas sucumbenciais na proporção de sua derrota, bem como recebê-la na medida de sua vitória.

Assim, havendo sucumbência recíproca, em que cada parte decaiu de parcelas consideráveis de seus pedidos, não se justifica a aplicação do parágrafo único do art. 21 do CPC.

Nesse sentido, vejam-se precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. EXAME DO GRAU DE DECAIMENTO DE CADA UMA DAS PARTES. REEXAME DE FATOS E DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. Tendo sido cada litigante, em parte, vencedor e vencido, sem que um deles tenha decaído em parte mínima do pedido, devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre si os honorários e as despesas, a teor do art. 21, caput do CPC.

2. *Afastar o entendimento alcançado pela instância de origem quanto ao grau de decaimento de cada uma das partes demandaria reexame de fatos e de provas, medida inviável no âmbito do Apelo Nobre, consoante orientação firmada na Súmula 7 do STJ.*

3. *Agravo Regimental da UNIÃO desprovido.*

(AgRg no AREsp 22.707/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 18/2/2016, DJe 2/3/2016 - sem destaque no original)

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458, II E 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. IMÓVEL COMERCIAL. CABIMENTO. ARTS. 18 E 19 DA LEI Nº 8.245/1991. ÚLTIMO AJUSTE CONTRATUAL. TRANSCURSO DE MAIS DE TRÊS ANOS. VALOR REVISADO JUDICIALMENTE. ALTERAÇÃO NA VIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. PROVA EXCLUSIVAMENTE PERICIAL. SUFICIÊNCIA. PRAVO ORAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.245/1991. VALOR REVISADO. INCIDÊNCIA ATÉ A EFETIVA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE ULTERIOR REVISÃO POR CONVENÇÃO DAS PARTES OU POR DECISÃO JUDICIAL EM AÇÃO RENOVATÓRIA. [...]

8. A procedência do pedido autoral, com fixação de novo valor do aluguel em patamar equidistante tanto da pretensão original do locador quanto do valor defendido pelo locatário configura hipótese de sucumbência recíproca, impondo que sejam entre eles proporcionalmente distribuídos o ônus pelo pagamento das custas processuais e da verba honorária advocatícia.

9. Recurso especial de REPEL RECIFE PESCADOS LTDA. provido e recurso especial de TENDTUDO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. parcialmente provido.

(REsp 1.566.231/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 1/3/2016, DJe 7/3/2016)

Contudo, a divisão dos encargos de sucumbência não deve levar em conta apenas a proporção entre o número de pedidos deduzidos e atendidos, mas a repercussão econômica de cada um para a demanda.

YUSSEF SAID CAHALI, ao tratar da procedência parcial da demanda, obtendo o autor menos do que havia pedido, recomenda senso jurídico na aplicação da regra de distribuição da sucumbência, citando julgado da 8ª Câmara do TJSP no sentido de não se aplicar critério eminentemente aritmético:

[...] o jurídico não pode manter perspectiva quantitativa. Ao justo repugna critério de valoração estritamente pecuniário. A se

entender que excesso no pedir poderia ser tido como questão substancial, poderia restringir-se o campo de atuação relativo à manifestação judicial da pretensão, dados os riscos que a conduta processual sempre ensejaria. **Porque o ter direito tutelável é que se põe como questão substantiva, a ser qualificada ou restringida adjetivamente pela extensão do direito. E a proporção, dessa maneira, não há de ser colocada em termos estritamente aritméticos ou matemáticos, e aí do jurídico se assim ocorrer, de todo inviável e impraticável, porque o direito não é ciência exata, estabelecer-se regra três, em que o que se pede será correlacionado com o que se obtém. Pediu 100 e obteve 20, logo é sucumbente em 80. A distância se faz bem maior entre essa forma de equacionar o problema e outra: pleiteou um direito e lhe foi assegurado; a ré opôs-se a qualquer direito e viu-se compelida a suportar uma condenação de âmbito menor que aquela pleiteada na inicial. Se a contestação houvesse admitido que parcialmente fizesse jus à altura a algum ressarcimento, poder-se-ia estabelecer o equacionamento como o que pretende a embargante. Mas a contestação manifestou o repúdio à existência de qualquer direito. Propugnou pela improcedência da ação. O direito e o justo não permitem a contraposição e a correlação, substância de um lado e quantidade de outro. Como mensurar-se a tutela do direito, em confronto com a acessória e adjetiva extensão, sob o aspecto pecuniário desse direito? Estabelecer proporção relativamente a valores quantitativos é enveredar pela ciência do número. E a própria abstração matemática parte de menor relativização para maior, situando num primeiro grau seres ou objetos da mesma essência ou da mesma espécie, enquanto num segundo grau entende-se por espécie algo a que possa ser referida uma mesma grandeza quantitativa, para num terceiro grau de abstração, aquela metafísica (além da física), desconsiderar-se o número como referido a seres, a objetos, agora atingida a abstração máxima.** Ora, quando se cuida de um direito que será enunciado como correspondente a um valor quantitativo, mas que se mantém com autonomia no que concerne à quantidade, à sua mensuração, ao seu

âmbito, tanto que pode ser declarado para apenas após vir a se tornar líquido e exequível, não é possível atribuir-se a esse direito autônomo e abstraído da quantidade um valor quantitativo. Quanto valeria o direito totalmente negado na contestação, na proporção a ser estabelecida quanto à sua dimensão, exagerada no pedido? **Assim, a solução lógica do razoável em questão pertinente a perdas e danos só pode ser esta: o direito contestado existia, e, ao ser afirmada a sua dimensão, bem mais reduzida que a pretendida, a sucumbência será fixada em função do quantum menor admitido. Nas ações de perdas e danos, fugir a essa forma de dirimência é pretender introduzir critérios admissíveis nas ciências exatas, no campo jurídico ou do justo, o que é de todo inviável e inadmissível** (8ª Câmara do TJSP, 14.08.1985, Rel. Fonseca Tavares. RJTJSP 98/375) **(Honorários Advocatícios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012, p. 475/476 - sem destaques no original).

Sobre o tema, alguns julgados desta Corte Superior se amoldam à posição ora adotada:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DUPLICATA. PROTESTO INDEVIDO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PAGAMENTO DO TÍTULO. REGULARIDADE. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RESPEITO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na hipótese em exame, aplica-se o Enunciado 2 do Plenário do STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça." 2. Afirma a agravante que o Banco do Brasil era responsável pela cobrança do título, pretendendo demonstrar, com a produção de provas, a responsabilidade exclusiva da instituição financeira pelo protesto indevido. Ocorre que é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, na hipótese de endosso-mandato, a responsabilidade do banco e do mandante é solidária. Assim, não há falar em cerceamento de defesa, pois a

produção da prova em nada alteraria o resultado da demanda.

3. O Tribunal de origem entendeu que o pagamento do título se deu na forma correta, já que é pagável em qualquer instituição financeira. Assim, acolher a tese da agravante, no sentido de que o pagamento teria sido feito de forma não prevista, demandaria revisão do conjunto fático-probatório dos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. A análise da ocorrência de sucumbência recíproca não leva em conta apenas o número de pedidos que foram ou não acolhidos, mas sim a proporcionalidade do decaimento, ou seja, no quanto autor e réu foram vencidos e vencedores. Assim, o Tribunal, ao considerar a proporcionalidade do decaimento para fixar os percentuais de sucumbência (25% e 75%), não se afasta da regra do art. 21, caput, do CPC/73.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 586.453/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 16/6/2016, DJe 3/8/2016 - sem destaque no original)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE NA COBRANÇA DESDE QUE NÃO CUMULADA COM JUROS REMUNERATÓRIOS, CORREÇÃO MONETÁRIA OU ENCARGOS DA MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DIVISÃO PROPORCIONAL.

1. Admite-se a comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, à taxa média dos juros de mercado, limitada ao percentual fixado no contrato, desde que não cumulada com a correção monetária, com os juros remuneratórios e moratórios, nem com a multa contratual.

2. Havendo inadimplência, o termo final para a cobrança dos encargos contratados, entre os quais os juros remuneratórios, é o efetivo pagamento do débito.

2. A norma contida no art. 21 do CPC estabelece a divisão dos ônus de sucumbência de forma recíproca e proporcional entre vencido e vencedor, não significando, contudo, que essa divisão tenha de se ater exatamente ao percentual de sucumbência de cada parte.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 747.729/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 3/11/2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. CERTEZA E LIQUIDEZ DOS CRÉDITOS. DESNECESSIDADE. DECLARAÇÃO JUDICIAL. REPASSE FINANCEIRO. ART. 39, § 4º, DA LEI N. 9.250/95. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXPURGO INFLACIONÁRIO. PLANO REAL. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Ao Judiciário incumbe apenas declarar o direito à compensação, ficando resguardado à Administração o direito de fiscalizar a liquidez e certeza dos créditos compensáveis.

2. As teses que não foram debatidas pela Corte a quo – repasse financeiro e art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95 – encontram óbice na ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356/STF.

3. A norma contida no art. 21 do CPC estabelece a divisão dos ônus de sucumbência de forma recíproca e proporcional entre vencido e vencedor, não significando, contudo, que essa divisão tenha de se ater exatamente ao percentual de sucumbência de cada parte, mormente quando a lide não envolve, imediatamente, discussão de valores, mas apenas declaração de direitos.

4. O STJ já pacificou a tese de que, no período do Plano Real, não houve expurgo inflacionário.

5. Recurso especial do INSS parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. Recurso especial de Salf Produtos Eletrometalúrgicos Ltda. conhecido em parte e, nessa parte, não-provido.

(REsp 205.723/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, julgado em 5/5/2005, DJ 1/7/2005, p. 457)

Por fim, a Corte Especial, ao julgar o REsp n. 963.528/PR sob o rito do art. 543-C do CPC/73, julgado aos 2/12/2009, deixou assentado o entendimento de que a Lei n. 8.906/94 assegura ao advogado a titularidade da verba honorária incluída na condenação, embora a possibilidade de compensação dos honorários na hipótese de sucumbência recíproca não colida com o Estatuto da Advocacia,

ratificando o teor do Enunciado da Súmula nº 306 do STJ:

Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte (Súmula 306, CORTE ESPECIAL, julgado em 3/11/2004, DJ 22/11/2004, p. 411)

Diante do exposto, é o caso de dar provimento ao recurso especial da IPIRANGA para declarar a existência de sucumbência recíproca, devendo cada parte responder pelas custas a que tenham dado causa, bem assim com os honorários de seus respectivos advogado.

Em suma, **(1)** não ficou configurada conduta visando obstar o trâmite processual, não havendo que se falar em aplicação de pena por litigância de má-fé; **(2)** não se verifica ofensa ao art. 535 do CPC/73, uma vez que a controvérsia foi dirimida de forma completa e fundamentada pelo Tribunal local, embora de forma desfavorável à pretensão da IPIRANGA; **(3)** a alegação de ausência de lastro probatório mínimo não vinga, pois não está em furo que a IPIRANGA foi a responsável pela instalação dos tanques de combustível, equipamentos estes, aliás, de sua propriedade, já que foram cedidos em comodato ao POSTO LADEIRA. Além disso, o laudo lavrado por peritos constatou a presença de fita "veda rosca" na válvula de sucção do equipamento, ocasionando o vazamento de combustível, não sendo plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, que não pode ser considerada uma terceira instância recursal; **(4)** configurado o ato ilícito, a relação contratual não exclui a possibilidade de condenação por responsabilidade extracontratual, nos termos do art. 159 do CC/16. Isto porque a mera existência de uma relação contratual entre as partes não é suficiente para caracterizar a responsabilidade contratual, fazendo-se necessário que o dano tenha pertinência com a relação jurídica pactuada. Na hipótese dos autos, embora a relação estabelecida entre as partes seja contratual, as cláusulas pactuadas não disciplinam a ocorrência de vício na instalação dos equipamentos, devendo ser aplicadas as regras da responsabilidade aquiliana; **(5)** a análise da tese relativa à fragilidade das provas que embasaram a decisão condenatória, afirmando que não ficou configurado o dano, tampouco a culpa em decorrência do vazamento de combustível, demandaria incursão no conjunto probatório dos autos, configurando discussão de todo inadequada em sede de recurso especial em função do óbice da

Súmula nº 7 desta Corte Superior; **(6)** não há que se falar em *bis in idem* na condenação por danos emergentes e lucros cessantes porque o Tribunal de origem, baseando-se na prova pericial realizada nos autos, condenou a recorrente a arcar com o prejuízo apurado com base no preço de custo do combustível (danos emergentes) e o montante que o posto deixou de lucrar (lucros cessantes). Revisar tal entendimento demandaria a reavaliação de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula nº 7 do STJ; **(7)** não há que se falar em decisão que ultrapassa os limites da lide, pois o que ocorreu foi a mera atualização do montante do prejuízo apurado em decorrência do vazamento de combustível. Ademais, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que não se configura julgamento *extra* ou *ultra petita* quando as questões postas na inicial são resolvidas nos limites do pedido e da causa de pedir; **é o caso de dar parcial provimento ao recurso especial da IPIRANGA para (8) abater da indenização por danos materiais o valor correspondente a 02 (dois) anos de vazamento de combustível, em decorrência da aplicação do dever de mitigar o próprio prejuízo; e, (9) declarar a existência de sucumbência recíproca, dividindo-se os ônus respectivos na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma das partes, autorizada a compensação dos honorários advocatícios.**

Por derradeiro, advirta-se que eventual recurso interposto contra este acórdão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 77, §§ 1º e 2º, 1.021, § 4º, e 1.026, § 2º, do NCPC) e honorários recursais (art. 85, § 11, do NCPC).

Nestas condições, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso especial interposto por IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S.A., compensando-se a verba honorária. Cada parte suportará o pagamento das custas a que deu causa.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0226832-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.455.296 / PI**

Números Origem: 00119933620008180140 10006400 1950014193 201200010022770

PAUTA: 20/09/2016

JULGADO: 20/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS ALPINO BIGONHA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR - DF011555
RENATO BORGES BARROS - DF019275
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S) - PI004045
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES - DF002734
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF016379
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S) - DF036647
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Agência e Distribuição

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. **RENATO BORGES BARROS**, pela parte RECORRENTE POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA

Dr. **ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA**, pela parte RECORRENTE IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento a ambos os recursos especiais, pediu vista a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.296 - PI (2013/0226832-5)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR - DF011555
RENATO BORGES BARROS - DF019275
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S) -
PI004045
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES - DF002734
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF016379
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S) -
DF036647
RECORRIDO : OS MESMOS

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recursos especiais interpostos por POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA e IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A.

Ação: de rescisão de contrato de concessão comercial e comodato de bens, c/c pedido de indenização por danos materiais, ajuizada por POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA em face de TEXACO BRASIL S.A, atualmente denominada IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A. Alega a autora que sofreu diversos prejuízos em decorrência de vazamento de combustível, durante os anos de 1988 a 1992, ocasionado pela incorreta instalação e montagem dos equipamentos entregues em comodato, além de outros danos derivados das práticas comerciais adotadas pela ré (e-STJ fls. 4/15).

Sentença: julgou parcialmente procedentes os pedidos, para (i) declarar rescindido o contrato; (ii) condenar a IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A ao pagamento de danos emergentes relativos ao combustível derramado, no montante de R\$ 17.901,71, atualizado e acrescido de juros moratórios (e-STJ fls. 1273/1276).

Embargos de declaração: opostos pelo POSTO LADEIRA DO

URUGUAI LTDA, foram rejeitados (e-STJ fls. 1297/1298).

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pelo POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA, para condenar a ré ao pagamento de lucros cessantes referentes à gasolina vazada e aos lucros cessantes decorrentes da omissão da distribuidora no fornecimento de combustível. Ademais, deu parcial provimento ao apelo da IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A, para determinar o abatimento, do *quantum* indenizatório relativo aos danos emergentes, do valor correspondente a 6 meses de combustível perdido, em razão da aplicação do princípio do *duty to mitigate the loss* (e-STJ fls. 1530/1567).

Embargos de declaração: os embargos opostos pelo POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA foram parcialmente acolhidos, exclusivamente para reestabelecer a condenação da ré ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Os embargos opostos pela IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A foram parcialmente acolhidos, para estabelecer a forma de incidência dos juros moratórios (e-STJ fls. 1662/1685).

Recurso especial de POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA: alega violação dos arts. 302, 458 e 535 do CPC/73; 186, 422 e 927 do CC/02; 1º, § 1º, I, da Lei 9.847/99, bem como dissídio jurisprudencial. Além de negativa de prestação jurisdicional, sustenta que:

(i) não se aplica a teoria do *duty to mitigate the loss*, tendo em vista que, por força contratual, a comodataria estava proibida de manusear os equipamentos cedidos em comodato. Além disso, não houve má-fé de sua parte, pois, tão logo tomou conhecimento do vazamento, comunicou o fato à recorrida, para imediato reparo;

(ii) o inadimplemento das duplicatas decorreu dos prejuízos sofridos com o evento danoso, razão pela qual a recorrida deve indenizar os lucros cessantes oriundos da sua recusa em fornecer combustível, sendo inaplicável a exceção de contrato não cumprido;

(iii) o fato relacionado à aquisição de bem imóvel para a instalação de novo posto de combustíveis não desafiava produção de prova, pois não foi especificamente impugnado pela recorrida na contestação;

(iv) a conduta da recorrida impediu que o empreendimento se desenvolvesse economicamente, razão pela qual, aplicando-se a teoria da perda de uma chance, é procedente o pedido de indenização pela diminuição de sua competitividade no mercado (e-STJ fls. 1687/1722).

Recurso especial de IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO

S/A: alega violação dos arts. 21, 128, 165, 333, 368, 374, 458, 460 e 535 do CPC/73; 159 e 1059 do CC/16; 186, 187, 422 e 927 do CC/02. Sustenta que:

(i) o acórdão recorrido padece de vícios de omissão, contradição e obscuridade;

(ii) o ônus da prova não foi observado pelo Tribunal de origem, pois não foi demonstrado nos autos que: a) a causa do vazamento foi a instalação inadequada das bombas de combustível; b) a comodante seria responsável pela manutenção dos equipamentos;

(iii) os documentos acostados aos autos pelo recorrido, por serem unilaterais, não prestam para comprovar a alegada omissão no atendimento aos pedidos de fornecimento de combustível;

(iv) as regras relativas à responsabilidade extracontratual não se aplicam à hipótese, tendo o acórdão deixado de apreciar os deveres e direitos das partes estabelecidos no contrato;

(v) há equívoco do acórdão na fixação da base de cálculo para apuração dos danos emergentes e dos lucros cessantes decorrentes do vazamento, pois o pagamento da quantia equivalente ao valor de venda dos 66.268 litros de gasolina abrange ambas as indenizações;

(vi) o acórdão é *ultra petita*, na medida em que determinou que a indenização fundada no vazamento seja apurada considerando 66.268 litros de

combustível, e não 36.987 litros, como consta na petição inicial;

(vii) reconhecida a negligência do recorrido em mitigar suas próprias perdas, não há justificativa para que seja abatido do *quantum* indenizatório apenas o valor correspondente a 6 meses;

(viii) o recorrido restou vencido em parte considerável de seus pedidos, razão pela qual os ônus sucumbenciais devem ser proporcionalmente distribuídos entre as partes (e-STJ fls. 1742/1769).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/PI negou seguimento aos dois recursos especiais (e-STJ fls. 1858/1861 e 1862/1865).

Decisão: proferida pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, determinou a reatuação dos agravos como recursos especiais (e-STJ fls. 1992/1994).

Prevenção: consultado, o Min. Moura Ribeiro reconheceu sua prevenção para o julgamento dos recursos, por ter me sucedido na 3ª Turma (e-STJ fl. 2004).

Petição da IPIRANGA: aduziu que não havia a alegada prevenção, haja vista que os agravos em recursos especiais teriam sido distribuídos em 28/08/2014, ou seja, após a minha posse como Corregedora Nacional de Justiça (e-STJ fls. 2007/2012).

Petição do POSTO LADEIRA: suscitou a litigância de má-fé da IPIRANGA, na medida em que alterou a data de distribuição dos agravos, que na verdade é 28/08/2013 (e-STJ fls. 2017/2020).

Petição DA IPIRANGA: reconheceu o equívoco quanto à data de distribuição dos recursos nesta Corte (e-STJ fls. 2023/2025).

Voto do Relator, Min. Moura Ribeiro: negou provimento a ambos os recursos especiais, aplicando multa de 1% sobre o valor da causa à IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A, por litigância de má-fé.

Na sequência, pedi vista para melhor análise.

Revisados os fatos, decido.

Pedindo todas as vênias ao eminente relator, divirjo parcialmente de Sua Excelência, no que concerne ao pedido de indenização por danos materiais decorrentes do vazamento, à distribuição dos ônus sucumbenciais e à condenação da IPIRANGA ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Examino os recursos especiais conjuntamente, à luz do CPC/73.

I – Delimitação da controvérsia

1. As partes contendem quanto a pretensões indenizatórias deduzidas pelo POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA com base em quatro causas de pedir distintas: (i) danos decorrentes, direta e indiretamente, do vazamento de gasolina; (ii) prejuízos oriundos do atendimento parcial de pedidos de combustível; (iii) prejuízo originado pela aquisição de bem imóvel para a instalação de novo posto; (iv) cobranças superfaturadas (e-STJ fls. 4/15).

II – Dos danos materiais decorrentes do vazamento

2. O Tribunal de origem entendeu que houve responsabilidade da IPIRANGA pelos danos materiais decorrentes do vazamento, na medida em que restaram caracterizados: a) a sua conduta, consistente na instalação inadequada dos bens cedidos em comodato; b) a sua culpa, em razão da má-instalação e da ausência de assistência técnica; c) o nexo de causalidade; d) o dano, constituído pelo vazamento de 66.268 litros de combustível.

3. Veja-se o que constou no acórdão recorrido (e-STJ fls. 1.547/1.549):

“Ocorre que os bens cedidos (bombas, tanques e filtros) não foram adequadamente instalados, consoante o Laudo de Exame de fls. 46/8, lavrado por peritos do Instituto de Criminalística do Estado do Piauí, em 20 de maio de 1992, tendo as seguintes constatações, in verbis

'Feita a abertura do pequeno fosso estruturado com paredes em alvenaria de tijolos, que abriga a [sic] válvula, os Peritos, para uma melhor análise, escavaram as imediações do referido mecanismo “(válvula) rompendo a parede e descobrindo para do prolongamento da tubulação que leva até a bomba de abastecimento, (ilegível), constatando no solo, imediatamente sob o conjunto de conexão da citada válvula de sucção, substância que flue pela tubulação em exame tendo os infra assinados contestado, ainda, a presença de fita "veda rosca" naquele conjunto de conexões indicando um anterior reparo em decorrência de deficiência na estrutura das conexões com isso [sic] deixado claras evidências de vazamento daquele combustível pelas conexões da válvula examinada. Assim sendo, os Peritos passam a transcrever e a oferecer respostas pela autoridade requisitante da maneira que segue: 01 - Nos exames realizados nos tanques de reserva de combustíveis do citado posto, foi verificado vazamento nos mesmos? R = Sim. 02. (...). Em face da análise e interpretação das evidências físicas constatadas e levantadas, os Peritos subscritores do presente laudo de exame o concluem afirmando que, o local ora examinado apresenta em suas instalações físicas, características evidentes de vazamento de combustível (gasolina) de pequena proporção pelas conexões da válvula de sucção do reservatório de gasolina para a bomba de abastecimento.'

Referido Laudo de Exame corrobora a declaração de fls. 45, oferecida pelo antigo Gerente do posto, e o Laudo de Avaliação Técnica de fls. 49, lançada pelo Engenheiro MAUIRO SANTOS DE MELO, bem como as várias correspondências endereçadas à 2ª Apelante - Texaco do Brasil S/A - às fis. 76/88, reportando o vazamento.

A seu turno, em contestação de fls. 122/51, a 2ª Apelante explora incoerências redacionais nas mencionadas correspondências e no Laudo de Exame, sem comprovar, apesar disso, a inexistência do vazamento de combustível, tampouco que prestou qualquer assistência técnica ao 1º Apelante, vez que que a responsabilidade pela instalação dos equipamentos lhe incumbia, de modo que fraquejou em seu ônus probatório (art. 333, II, do CPC), assim como restou demonstrada sua culpa.

Com efeito, o vazamento constatado equivale às perdas efetivamente sofridas, ensejando reparação civil, a teor do art. 927, do CC, in verbis:

[...]

Em razão disso, tem-se como válido o tópico da sentença que reconheceu o vazamento de combustível por defeito de instalação, mas não apenas de 36.987 litros, e sim de 66 .268 litros, nos termos sugeridos pelo Perito compromissado, in verbis:

[...]

Assim, a conduta (instalação inadequada dos bens cedidos em comodato), a culpa lato sensu (instalação inadequada dos bens cedidos em comodato e a ausência de assistência técnica), o dano (vazamento de 66.268 l de combustível) e o nexo de causalidade são flagrantes, abonando o pedido reparatório, nos termos do art. 927 e seguintes do CC/02” (grifos nossos).

4. O laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística, transcrito no

acórdão, apenas certifica a ocorrência de (i) vazamento de gasolina de pequena proporção e, (ii) a presença de fita “veda rosca” no conjunto de conexões da válvula de sucção do reservatório de gasolina para a bomba de abastecimento, “indicando um anterior reparo em decorrência de deficiência na estrutura” (e-STJ fls. 1.547/1.548).

5. Essas conclusões, todavia, não atestam que a causa do vazamento tenha sido a má instalação dos equipamentos por parte da IPIRANGA, como também não o faz o “Laudo de Avaliação Técnica” elaborado unilateralmente pelo POSTO LADEIRA, antes do ajuizamento da ação (e-STJ fl. 66).

6. É importante ressaltar que, entre a instalação dos equipamentos e a lavratura do laudo do Instituto de Criminalística, transcorreram mais de 3 (três) anos, circunstância que impede deduzir que o mencionado reparo na válvula de sucção, com a colocação da fita “veda-rosca”, tenha sido feito invariavelmente no momento da instalação.

7. Ademais, a declaração assinada pelo antigo gerente do Posto Revendedor (e-STJ fl. 58) não serve para provar o fato controvertido (a causa do vazamento), senão apenas a própria declaração firmada pelo signatário do documento, à luz do disposto no art. 368, parágrafo único, do CPC/73.

8. De outro turno, ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, o dever de realizar a manutenção dos bens não cabia à IPIRANGA, mas sim ao comodatário – o POSTO LADEIRA DO URUGUAI –, nos termos da Cláusula II, item 1, do contrato de comodato firmado entre as partes (e-STJ fl. 28).

9. Nesse contexto, evidencia-se que houve má-avaliação das provas dos autos pelo TJ/PI no que concerne à fixação da culpa da IPIRANGA pelo vazamento e à existência de nexo de causalidade com o prejuízo sofrido pelo POSTO LADEIRA, o qual não requereu a produção de outras provas, notadamente a realização de perícia técnica judicial e a oitiva de testemunhas, a exemplo do antigo gerente do Posto.

10. Logo, dos fatos e documentos que integram o acórdão, impõe reconhecer que a parte autora não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia no processo, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC/73.

11. O recurso especial interposto pela IPIRANGA, assim, comporta provimento quanto ao ponto, para reformar o acórdão recorrido e julgar improcedente o pedido de indenização por danos emergentes e lucros cessantes decorrentes do vazamento de gasolina.

12. Por conseguinte, resta prejudicada a análise do recurso especial da IPIRANGA quanto às alegações de indevida aplicação das normas relativas à responsabilidade aquiliana (arts. 159 do CC/16; 186, 187 e 927 do CC/02), de condenação em duplicidade (art. 1.059 do CC/16), de julgamento *ultra petita* (arts. 128 e 460 do CPC/73), e de aplicação errônea do princípio da boa-fé (arts. 422 do CC/02; 165 e 458 do CPC/73).

13. Quanto ao recurso especial do POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA, julgo prejudicado o exame da aventada inaplicabilidade da teoria do *duty to mitigate the loss* (art. 422 do CC) e do suposto dissídio jurisprudencial quanto à aplicação da teoria da “perda de uma chance”.

III – Dos lucros cessantes advindos do não atendimento dos pedidos de fornecimento de combustível no período de inadimplemento, pleiteados pelo POSTO LADEIRA

14. Nos contratos bilaterais, caracterizados pela existência de direitos e deveres recíprocos entre as partes, não é dado a um dos contratantes reclamar a prestação do outro antes de cumprida a sua própria, nos termos do art. 476 do Código Civil.

15. Dessa maneira, a pretensão do POSTO LADEIRA de ser indenizado pelos lucros cessantes derivados do não atendimento integral dos pedidos de fornecimento de combustível realizados em período de inadimplência

das faturas não procede, devendo ser mantido o acórdão recorrido quanto ao ponto.

16. Assim, não restou caracterizada a violação dos arts. 186 e 927 do CC/02, aventada pelo POSTO LADEIRA.

IV – Dos lucros cessantes decorrentes do atendimento parcial dos pedidos no período de normalidade contratual

17. À luz dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, positivados nos arts. 421 e 422 do Código Civil, deve haver equilíbrio e igualdade entre as partes contratantes, assegurando-se trocas justas e proporcionais.

18. Desse modo, conforme bem delineado no acórdão recorrido, à obrigação contratual do POSTO LADEIRA de adquirir uma quantidade mínima mensal de combustível deve corresponder simétrica obrigação da IPIRANGA de fornecer, a cada mês, ao menos essa mesma quantidade de produto.

19. Compulsando-se os autos, especialmente o laudo pericial elaborado pelo contador compromissado (e-STJ fls. 666/737), observa-se que o POSTO LADEIRA não logrou comprovar a totalidade dos pedidos de fornecimento que não teriam sido atendidos pela IPIRANGA. Todavia, por meio de alguns telegramas e notas fiscais, mencionados no laudo em exame, demonstrou a existência de pedidos atendidos parcialmente pela Distribuidora, o que, sem dúvidas, trouxe-lhe prejuízos, na medida em que deixou de lucrar com a venda dos produtos.

20. Quanto à questão, a recorrente IPIRANGA limita-se a sustentar a inaptidão dos telegramas para a prova da omissão no atendimento, por constituírem documentos “unilaterais e sem conteúdo técnico” (e-STJ fls. 1757/1758).

21. Nos termos do art. 374 do CPC/73, o telegrama possui a mesma

força probatória do documento particular. E, quanto a esse, estabelece o art. 372, *caput*, do mesmo Código que eventual ausência de veracidade do seu contexto deve ser arguida pela parte contra quem foi produzido, presumindo-se, no silêncio, que o tem por verdadeiro. Veja-se:

“Art. 372. Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro”.

22. Na hipótese dos autos, a ré IPIRANGA não arguiu a inveracidade do conteúdo dos telegramas em sua contestação (e-STJ fls. 205/234), tampouco nas contrarrazões à apelação do Posto Revendedor (e-STJ fls. 1414/1436) ou no recurso especial (e-STJ fls. 1742/1769).

23. Logo, presumem-se verdadeiros os pedidos de fornecimento realizados por meio dos telegramas, sendo pertinente ressaltar, como consta no acórdão recorrido, que o contrato firmado não prevê formalidades a serem adotadas nas solicitações de combustível.

24. Nesses termos, procede a pretensão indenizatória por lucros cessantes advindos do não atendimento integral dos pedidos de fornecimento no período de adimplência do POSTO LADEIRA, impondo-se a manutenção do acórdão recorrido quanto ao ponto.

25. Deixa-se, assim, de acolher a violação dos arts. 368 e 374 do CPC/73, suscitada pela recorrente IPIRANGA.

V – Do pedido de indenização pela aquisição de bem imóvel para instalação de novo Posto Revendedor

26. Não há nos autos qualquer elemento probatório que ateste a alegação da parte autora de que a IPIRANGA teria imposto a aquisição de terreno para a instalação de novo Posto Revendedor.

27. Por outro lado, a ausência de impugnação específica dessa

alegação pela ré implica simples presunção relativa de veracidade do fato, o que não impede o julgador, à vista dos elementos probatórios presentes nos autos, formar livremente sua convicção e julgar improcedente o pedido, consoante reiteradamente tem decidido esta Corte (AgRg no Ag 1.047.677/SP, **3ª Turma**, DJe de 13/03/2009; AgInt no AREsp 584.261/ES, **3ª Turma**, DJe de 08/09/2016 e AgRg nos EDcl no REsp 1.370.373/DF, **4ª Turma**, DJe de 17/02/2016).

28. Portanto, não se vislumbra a violação do art. 302 do CPC/73, conforme aventado pelo POSTO LADEIRA.

VI – Das cobranças superfaturadas

29. Também não consta nos autos prova sólida quanto ao suposto erro de cálculo na cobrança das faturas, no momento de conversão da moeda.

30. Na petição inicial, o Posto Revendedor limitou-se a lançar alguns valores e índices (e-STJ fl. 8), sem, contudo, apresentar planilha de cálculo ou, por ocasião do exame pericial contábil, formular quesito ao perito com vistas à elucidação da questão.

31. Assim, descumprindo a parte autora o ônus probatório que lhe cabia, a teor do art. 333, I, do CPC/73, o pedido reparatório deve ser julgado improcedente por falta de provas, como acertadamente decidiu o Tribunal de origem.

VII – Da distribuição dos ônus sucumbenciais

32. Novamente, peço vênia ao ilustre relator para discordar da conclusão adotada quanto ao pedido da IPIRANGA para a readequação dos ônus sucumbenciais.

33. É que, como já assinali no julgamento do REsp 1.100.798/AM (**3ª Turma**, de minha relatoria, DJe de 08/09/2009), a distribuição dos ônus sucumbenciais pauta-se “*pelo exame do número de pedidos formulados e da*

proporcionalidade do decaimento de cada uma das partes em relação a cada um desses pleitos”, procedimento esse que não exige o revolvimento dos fatos e provas do processo, mas apenas a análise comparativa da petição inicial, da sentença e das demais tutelas jurisdicionais concedidas na demanda.

34. Na espécie, observa-se que, dos 5 (cinco) pedidos indenizatórios formulados pelo POSTO LADEIRA, apenas 2 (dois) foram acolhidos pelo Tribunal de origem, a saber, o pagamento de danos materiais ocasionados pelo vazamento e de lucros cessantes derivados do não atendimento integral dos pedidos de fornecimento de combustível (e-STJ fls. 1.530/1.567).

35. Dessa forma, não é possível afirmar que houve decaimento mínimo da parte autora, a justificar que a IPIRANGA arque, sozinha, com os ônus sucumbenciais.

36. Logo, o recurso especial da IPIRANGA também merece provimento quanto à suscitada violação do art. 21 do CPC/73.

VIII – Da condenação da IPIRANGA ao pagamento de multa por litigância de má-fé

37. Peço novamente licença ao i. Relator, para divergir quanto à condenação da IPIRANGA ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé.

38. Na esteira da jurisprudência desta Corte, o reconhecimento da litigância de má-fé pressupõe a demonstração do dolo da parte em alterar a verdade dos fatos ou obstar o regular trâmite do processo, circunstâncias que, a meu ver, não se fazem presentes na hipótese.

39. Com efeito, a equivocada informação de que os recursos teriam sido distribuídos no STJ em 28/08/2014 (ao contrário de 28/08/2013), não revela, por si só, intenção da recorrente IPIRANGA de tumultuar o andamento do processo ou de induzir o julgador a erro, na medida em que esse dado pode ser

facilmente aferido por meio de consulta ao “Termo de Distribuição e Encaminhamento” constante à fl. 1.991 dos autos (e-STJ).

40. Ademais, imediatamente à manifestação da parte adversa (e-STJ fls. 2.017/2.020), a IPIRANGA se retratou, confessando que incorreu em erro quanto à data da distribuição.

41. Destarte, entende-se que não restou caracterizada a litigância de má-fé por parte da IPIRANGA.

Forte nessas razões, novamente pedindo todas as vênias ao eminente relator, divirjo parcialmente de Sua Excelência, para:

(i) DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial interposto pela IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A, com o fim de julgar improcedente o pedido de indenização por danos emergentes e lucros cessantes decorrentes do vazamento de gasolina, bem como para condenar ambas as partes ao pagamento dos ônus sucumbenciais, a serem suportados na proporção de 80% pelo POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA e de 20% pela IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A;

(ii) DEIXAR de condenar a recorrente IPIRANGA a multa por litigância de má-fé.

No mais, acompanho o voto do eminente relator.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0226832-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.455.296 / PI**

Números Origem: 00119933620008180140 10006400 1950014193 201200010022770

PAUTA: 20/09/2016

JULGADO: 04/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR - DF011555
RENATO BORGES BARROS - DF019275
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S) - PI004045
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES - DF002734
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF016379
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S) - DF036647
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Agência e Distribuição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministro Nancy Andrichi, divergindo em parte do Sr. Ministro Relator, dando parcial provimento aos recursos especiais interpostos por IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A e por POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA, pediu vista regimental o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze (Presidente).

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0226832-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.455.296 / PI**

Números Origem: 00119933620008180140 10006400 1950014193 201200010022770

PAUTA: 20/09/2016

JULGADO: 18/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO PIMENTEL ALBUQUERQUE**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR - DF011555
 MÁRCIO KAYATT - SP112130
 RENATO BORGES BARROS - DF019275
 JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S) - PI004045
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES - DF002734
 ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF016379
 SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
 MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S) - DF036647
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Agência e Distribuição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após a vista regimental do Sr. Ministro Moura Ribeiro que retificou parcialmente seu voto para dar parcial provimento ao recurso especial interposto por Ipiranga Produtos de Petróleo S/A, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Aguardam os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Bellizze (Presidente).

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0226832-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.455.296 / PI**

Números Origem: 00119933620008180140 10006400 1950014193 201200010022770

PAUTA: 22/11/2016

JULGADO: 22/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR - DF011555
 MÁRCIO KAYATT - SP112130
 RENATO BORGES BARROS - DF019275
 JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S) - PI004045
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES - DF002734
 ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF016379
 SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
 MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S) - DF036647
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Agência e Distribuição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado para a Sessão do dia 01/12/2016."

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.455.296 - PI (2013/0226832-5)
RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO
RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR - DF011555
MÁRCIO KAYATT - SP112130
RENATO BORGES BARROS - DF019275
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S) - PI004045
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES - DF002734
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF016379
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S) - DF036647
RECORRIDO : OS MESMOS

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA:

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria em debate.

Ao relatório elaborado pelo eminente Relator, Ministro Moura Ribeiro, acrescente-se que o feito foi levado a julgamento pela egrégia Terceira Turma em 20/9/2016, tendo o relator proferido voto no sentido de negar provimento a ambos os recursos especiais.

Após, a Ministra Nancy Andrighi pediu vista e, na sessão do dia 4/10/2016, acompanhou o voto do relator em relação ao recurso interposto por Posto Ladeira do Uruguai Ltda e, inaugurando a divergência, concluiu por dar parcial provimento ao recurso especial interposto por Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. com o fim de julgar improcedente o pedido de indenização por danos emergentes e lucros cessantes decorrentes do vazamento de gasolina, bem como para condenar ambas as partes ao pagamento dos ônus sucumbenciais e deixar de condenar a recorrente Ipiranga à multa por litigância de má-fé.

Em seguida, pediu vista regimental o Ministro Relator e, na sessão do dia 18/10/2016, retificou parcialmente seu voto, afastando a condenação por litigância de má-fé e conferindo parcial provimento ao recurso interposto por Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. para abater da indenização por danos materiais o valor correspondente a 2 (dois) anos de vazamento de combustível, em decorrência da aplicação do dever de mitigar o próprio prejuízo e declarar a sucumbência recíproca.

É o breve relatório.

Na origem, cuida-se de ação de rescisão de contrato de concessão comercial e comodato cumulada com indenização por danos materiais e lucros cessantes ajuizada por Posto Ladeira do Uruguai Ltda. contra a atualmente denominada Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. Em sua inicial, a autora afirma que sofreu diversos prejuízos em decorrência de vazamento de combustível, durante os anos de 1988 a 1992, ocasionado pela incorreta instalação e montagem

Superior Tribunal de Justiça

de equipamentos entregues em comodato, além de outros danos derivados das práticas comerciais adotadas pela ré.

O magistrado de piso julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar rescindido o contrato e condenar a Ipiranga ao pagamento de danos emergentes relativos ao combustível derramado (fl. 1.276 e-STJ). O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação interposta pelo Posto Ladeira a fim de condenar a ré ao pagamento de lucros cessantes decorrentes da omissão da distribuidora no fornecimento de combustíveis e, igualmente, deu provimento ao apelo da Ipiranga para determinar o abatimento no valor da indenização pelos danos emergentes à quantia referente a 6 (seis) meses de combustível perdido, em virtude da aplicação do princípio do *duty to mitigate the loss* (fls. 1.530-1.567 e-STJ).

Irresignados, Posto Ladeira do Uruguai Ltda e Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. interpuseram recurso especial.

De início, relativamente ao recurso especial interposto pelo Posto Ladeira, assim como a Ministra Nancy Andrighi o fez, acompanho o voto do eminente relator no sentido de negar-lhe provimento.

No tocante ao segundo recurso especial - Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. -, destaco que, após a retificação do voto do relator, que afastou a anterior condenação da recorrente Ipiranga por litigância de má-fé e reconheceu a sucumbência recíproca, remanesce apenas um ponto de dissenso, qual seja, a pretensão indenizatória decorrente dos danos diretos e indiretos do vazamento do combustível; quanto ao tema, acompanho a divergência.

No tópico, o Tribunal de origem entendeu que houve responsabilidade da Ipiranga pelos danos materiais resultante do vazamento em razão da "*culpa latu sensu (instalação inadequada dos bens cedidos em comodato e a ausência de assistência técnica), o dano (vazamento de 66.268 de combustível) e o nexo de causalidade são flagrantes, abandonando o pedido reparatório, nos termos do art. 92 e seguintes no CC/02*" (fl. 1.549 e-STJ).

Contudo, a conclusão da Corte local não encontra respaldo nas provas apresentadas nos autos, como destaca a Ministra Nancy Andrighi em seu bem lançado voto-vista:

"(...)

4. O laudo elaborado pelo Instituto da Criminalística, transcrito no acórdão, apenas certifica a ocorrência de (i) vazamento de gasolina de pequena proporção e, (ii) a presença de fita 'veda rosca' no conjunto de conexões da válvula de sucção do reservatório de gasolina para bomba de abastecimento, 'indicando um anterior reparo em decorrência de deficiência na estrutura' (e-STJ fls. 1.547/1.548).

5. Essas conclusões, todavia, não atestam que a causa do vazamento tenha sido a má instalação dos equipamentos por parte da IPIRANGA, como também não o faz o 'Laudo de Avaliação Técnica' elaborado unilateralmente

Superior Tribunal de Justiça

pelo POSTO LADEIRA, antes do ajuizamento da ação (e-STJ fl. 66).

6. É importante ressaltar que, entre a instalação dos equipamentos e a lavratura do laudo do Instituto de Criminalística, transcorreram mais de 3 (três) anos, circunstância que impede deduzir que o mencionado reparo na válvula de sucção, com a colocação da fita 'veda-rosca', tenha sido feito invariavelmente no momento da instalação.

7. Ademais, a declaração assinada pelo antigo gerente do Posto Revendedor (e-STJ fl. 58) não serve para provar o fato controvertido (a causa do vazamento), senão apenas a própria declaração firmada pelo signatário do documento, à luz do disposto no art. 368, parágrafo único, do CPC/73.

8. De outro turno, ao contrário do que entendeu o Tribunal de origem, o dever de realizar a manutenção dos bens não cabia à IPIRANGA, mas sim ao comodatário - o POSTO LADEIRA DO URUGUAI -, nos termos da Cláusula II, item 1, do contrato de comodato firmado entre as partes (e-STJ fl. 28).

(...)

10. Logo, dos fatos e documentos que integram o acórdão impõe reconhecer que a parte autora não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia no processo, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC/1973".

Como visto, por falta de lastro probatório consistente, os únicos fatos incontrovertidos nos autos são a existência do vazamento e a presença de fita "veda rosca" no conjunto de conexões da válvula de sucção do reservatório de gasolina indicando um anterior reparo, e tais fatos, por si sós, não são suficientes para imputar à Ipiranga o dever de reparação.

Na espécie, é patente a fragilidade das provas do fato constitutivo do direito da empresa recorrida e incontestável o fato de que a procedência do pedido se deu com base em mera presunção de veracidade das alegações autorais, tendo em vista a ausência de prova de que o vazamento foi ocasionado pela deficiência na montagem de equipamentos pela Ipiranga.

Logo, entendo que o pedido reparatório dos danos decorrentes do vazamento deve ser julgado improcedente, com a consequente readequação da sucumbência, como fixada no voto divergente.

Ante o exposto, pedindo vênias ao Relator, Ministro Moura Ribeiro, acompanho a divergência inaugurada pela Ministra Nancy Andrighi.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0226832-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.455.296 / PI**

Números Origem: 00119933620008180140 10006400 1950014193 201200010022770

PAUTA: 22/11/2016

JULGADO: 01/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MOURA RIBEIRO**

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS SIMÕES MARTINS SOARES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA
ADVOGADOS : IBANEIS ROCHA BARROS JUNIOR - DF011555
MÁRCIO KAYATT - SP112130
RENATO BORGES BARROS - DF019275
JOÃO CLETO BARATTA MONTEIRO SOUSA E OUTRO(S) - PI004045
RECORRENTE : IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A
ADVOGADOS : GLÊNIO AUTO MONTEIRO GUIMARÃES - DF002734
ANDRÉ LUIZ SOUZA DA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF016379
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
MARCOS LUIZ DOS MARES GUIA NETO E OUTRO(S) - DF036647
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Agência e Distribuição

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanhando a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial interposto pela IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi e, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial interposto por POSTO LADEIRA DO URUGUAI LTDA. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Participaram do julgamento a Sra. Ministra Nancy Andrighi e os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.