



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.905 - RJ (2009/0033265-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : BEBÊ SAÚDE LTDA
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE MACHADO CALMON DE AGUIAR E OUTRO(S)
RECORRENTE : MAM BABYARTIKEL GMBH
ADVOGADOS : ANTONIO CARLOS DANTAS RIBEIRO
LUIZ HENRIQUE FERREIRA LEITE E OUTRO(S)
RECORRENTE : BABYCARE COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
ADVOGADO : CLEA MARIA GONTIJO CORRÊA DE BESSA
RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. AJUSTE VERBAL. PRAZO INDETERMINADO. PRODUTOS INFANTIS. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO. OMISSÃO (CPC, ART. 535, II). OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DEMAIS PREJUDICADOS.

1. O aresto recorrido deixou de se pronunciar sobre três questões relevantes suscitadas pela distribuída em sede de apelação e reeditadas nos embargos de declaração então opostos.

2. Nesse contexto, deve ser anulado o acórdão que julgou os embargos de declaração, retornando os autos ao eg. Tribunal de origem para que novo julgamento seja proferido, suprimindo-se as omissões apontadas.

3. Recurso especial da distribuída provido. Prejudicados os recursos especiais da ex-distribuidora e da nova distribuidora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial de MAM Babyartikel GMBH, para anular acórdão dos embargos de declaração e julgar prejudicados os demais recursos especiais nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentaram, oralmente, o Dr. Rodrigo Marinho Crespo, pela recorrente BEBÊ SAÚDE LTDA, o Dr. Luiz Henrique Ferreira Leite, pela recorrente MAM BABYARTIKEL GMBH, e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dra. Rosane Lúcia de Souza Thomé, pela recorrente BABYCARE COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA.

Brasília, 1º de dezembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.905 - RJ (2009/0033265-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : **BEBÊ SAÚDE LTDA**
ADVOGADO : **LUIZ HENRIQUE MACHADO CALMON DE AGUIAR E OUTRO(S)**
RECORRENTE : **MAM BABYARTIKEL GMBH**
ADVOGADOS : **ANTÔNIO CARLOS DANTAS RIBEIRO**
LUIZ HENRIQUE FERREIRA LEITE E OUTRO(S)
RECORRENTE : **BABYCARE COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA**
ADVOGADOS : **OCTÁVIO VIZEU GIL E OUTRO(S)**
ROSANE LÚCIA DE SOUZA THOMÉ
MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(S)
RECORRIDO : **OS MESMOS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Por BABYCARE COMERCIAL, IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA foi proposta **ação de reparação de danos** (processo na origem de n. 98.001.159.088-8) em face de MAM BABYARTIKEL GMBH e BEBÊ SAÚDE LTDA, alegando, em apertada síntese, que, na qualidade de representante, pela força do trabalho de seus sócios conseguiu conquistar parte do mercado brasileiro para os produtos da marca "MAM", de propriedade da primeira ré, de origem austríaca, porém a representada decidiu prosseguir no mercado sem a autora, descartando-a e se apropriando de seu fundo de comércio, de parte de seus empregados e de todo o *know-how* mercadológico desenvolvido pela promovente.

Esclarece ter sido constituída, em 1993, com a finalidade de atender às exigências da MAM BABYARTIKEL, porém esta não formalizou suas relações comerciais com a autora, que ora tratava como sócia, ora como distribuidora, dependendo do interesse da sociedade empresária europeia.

Afirma que a parceria obteve grande sucesso, entretanto, por carta datada de 7.7.1998, a MAM BABYARTIKEL informou sua intenção de terminar suas relações comerciais com a sociedade brasileira, concedendo aviso prévio de 60 dias. Diz que, inconformada com o prazo exíguo e procurando obter condições mais justas para a rescisão pretendida, mesmo porque acabara de adquirir e receber um grande estoque de novos produtos da marca "MAM", buscou negociar com a MAM BABYARTIKEL, mas foi informada de que, caso não aceitasse a proposta inicial, estaria imediatamente proibida de vender os produtos "MAM".

Acrescenta que o objetivo da MAM BABYARTIKEL, planejado desde um ano



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antes, foi mesmo se associar a sua ex-gerente de vendas para constituir uma subsidiária no Brasil, a BEBÊ SAÚDE LTDA., valendo-se ainda de outros funcionários seus, bem como copiando toda a sua infraestrutura e estratégia de marketing.

A ação foi oportunamente contestada pelas rés, separadamente, por diferentes procuradores, e regularmente processada.

Em contrapartida, MAM BABYARTIKEL e BEBÊ SAÚDE LTDA propuseram **ação de reparação de danos** por concorrência desleal contra BABYCARE COMERCIAL, IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA (processo na origem de n. 2001.001.028.805), também regularmente contestada e processada.

Na mesma sentença foram julgadas ambas as ações. A primeira ação, movida por BABYCARE, teve os pedidos tidos como parcialmente procedentes para condenar: a) solidariamente, a MAM e a BEBÊ SAÚDE a pagar R\$ 819.505,75 (oitocentos e dezenove mil, quinhentos e cinco reais e setenta e cinco centavos), acrescidos de correção monetária pelo INPC e juros legais no valor de 0,5% ao mês, a contar do desembolso de cada parcela das despesas, até 12 de janeiro de 2003, quando a correção e os juros serão equivalentes à taxa SELIC, considerando a regra do artigo 406 do Código Civil de 2002; b) também solidariamente, as rés a recomprar os produtos MAM estocados pela BABYCARE, pelo preço de mercado do dia do pagamento, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento (v. sentença de fls. 1.010/1.044, datada de 31.1.2006); c) as rés aos ônus da sucumbência.

A outra ação também foi julgada procedente em parte, resultando na condenação da ré BABYCARE a pagar às promoventes o "*valor dos lucros cessantes correspondentes ao desvio de clientela, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento*", além dos ônus da sucumbência.

Opostos embargos de declaração pela autora BABYCARE, foram acolhidos pelo d. Juízo de primeiro grau, que condenou as rés nas penas de litigância de má-fé, no montante de 1% sobre o valor da causa (art. 17, II, do CPC), bem como em reparar a autora em vista dos prejuízos experimentados (art. 18, § 1º, do CPC), fixando a indenização em 10% sobre o valor da causa, além de fazer incluir na parte dispositiva da sentença o seguinte, **verbis**:

"Condeno as Rés, MAM e Bebê Saúde, a pagarem a Babycare os lucros cessantes no valor de R\$1.228.060,59 (Hum milhão, duzentos e vinte e oito mil e sessenta reais e cinquenta e nove centavos), a ser corrigido a contar da data do laudo pericial pelo INPC e juros legais a contar da data em que haveria o lucro. Os juros legais são de 0,5% ao mês até 12 de janeiro de 2003, quando os índices de correção monetária e juros serão substituídos pela taxa Selic, tal como determina a regra do art. 406 do C.C. 2002.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Faço este parte integrante da sentença." (fls. 1.065/1.066).

Manejadas apelações pelas partes litigantes, a colenda 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferiu acórdão que guarda a seguinte ementa:

"APELAÇÃO. INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. PRODUTOS PARA BEBÊS. DENÚNCIA IMOTIVADA DO CONTRATO POR PARTE DA DISTRIBUÍDA. CONCESSÃO DE PRAZO EXÍGUO PARA O ESGOTAMENTO DO ESTOQUE REMANESCENTE JUNTO À DISTRIBUIDORA. CONSTITUIÇÃO POR PARTE DA DISTRIBUÍDA, DE OUTRA PESSOA JURÍDICA, CONTROLADA PELA MESMA, PARA A DISTRIBUIÇÃO DE SEUS PRODUTOS NO MERCADO NACIONAL. CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS DA ANTIGA DISTRIBUIDORA, BEM COMO UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIA DESENVOLVIDA PELA MESMA, ALÉM DE SEU CADASTRO DE CLIENTES. CONCORRÊNCIA DESLEAL. ALARGAMENTO DO PRAZO MEDIANTE LIMINAR PROFERIDA NOS AUTOS DE AÇÃO CAUTELAR, POSTERIORMENTE RECONSIDERADA EM PARTE E CONFIRMADA, COM AS ALTERAÇÕES, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMANDA INDENIZATÓRIA PROPOSTA PELA DISTRIBUIDORA VISANDO A REPARAÇÃO DE DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES EM RAZÃO DA DENÚNCIA DO CONTRATO. DEMANDA INDENIZATÓRIA PROPOSTA PELA DISTRIBUÍDA E SUA PARCEIRA EM FACE DA ANTIGA DISTRIBUIDORA, EM RAZÃO DO DESVIO DE CLIENTELA OCASIONADO PELA INDEVIDA COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS, TRAVESTIDOS POR EMBALAGENS COM OUTRO NOME, APÓS O FIM DO PRAZO CONCEDIDO NA AÇÃO CAUTELAR.

- Conquanto não se possa concluir pela existência de cláusula de exclusividade no contrato de distribuição celebrado verbalmente entre MAM e Babycare - inobstante a exclusividade de fato, reconhecida nos autos -, resta inequívoco que a denúncia imotivada da avença por parte da distribuída causou graves prejuízos à distribuidora, em razão da surpresa e da exiguidade do prazo concedido;

- Danos emergentes caracterizados, à luz de todo o investimento e despesas assumidas pela distribuidora para a divulgação e comercialização dos produtos da distribuída, sendo surpreendida pela denúncia imotivada do contrato, diante da conduta da distribuída, que lhe vendera grande estoque de mercadorias poucos dias antes de romper o ajuste;

- Afastamento da condenação por lucros cessantes, uma vez que, consistindo estes naquilo que se deixa de ganhar em razão do ilícito praticado, já encontram-se abrangidos pela condenação de obrigação de fazer imposta à distribuída e sua parceira. Confirmar-se este aspecto da condenação configuraria inviável bis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

in idem, proporcionando o enriquecimento sem causa da vítima;

- Litigância de má-fé por parte da distribuída e de sua nova parceira, ao negarem, em juízo, a existência do estreito vínculo social mantido pelas mesmas;

- Aplicação dos parâmetros constantes da Lei nº 6.729/79, diante da atipicidade do contrato em questão, bem como da semelhança entre o mesmo e a espécie regulada na referida lei;

- Juros incidentes sobre a condenação a contar da data da citação, nos termos do art. 305 do CC/02, à razão de 0,5% ao mês até o dia 12/01/03, passando, a partir de então, para 1% ao mês, na forma estabelecida no art. 161, § 1º, do CTN. Súmula nº 95 do TJ/RJ;

- Correção monetária, incidente a contar da data da propositura da ação, sendo calculada mediante a aplicação da UFIR, índice estabelecido pela Corregedoria-Geral da Justiça através do Provimento nº 03/1993;

- PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS INTERPOSTOS COM RELAÇÃO AOS AUTOS DE Nº 98.001.159088-8.

- DESPROVIMENTO DE TODOS OS APELOS INTERPOSTOS COM RELAÇÃO AO PROCESSO DE Nº 2001.001.028805-4." (fls. 1.213/1.215)

Opostos embargos de declaração por todas as partes, foram rejeitados (fls. 1.259/1.262).

Vem, então, recurso especial de BABYCARE COMERCIAL, IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA, com fundamento nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, alegando maltrato ao art. 402 do Código Civil de 2002; aos arts. 208 e 210 da Lei 9.279/96, bem como dissídio jurisprudencial em relação aos REsps 320.417/RJ, 412.798/BA e 33.578-8/SP.

O inconformismo da ora recorrente se limita à exclusão, pela Corte de origem, do valor relativo aos lucros cessantes do montante da condenação.

Diz que os lucros cessantes não decorrem apenas da denúncia imotivada, mas também da prática pela MAM de concorrência desleal e correspondem, segundo perícia contábil, ao que teria lucrado nos anos subsequentes se a MAM e a "Bebê Saúde" não a houvessem impedido de atuar, com deslealdade e má-fé.

Afirma, nesse sentido, que no ano da ruptura do contrato adotou nova estratégia de marketing que aumentou significativamente a margem de lucro da distribuição, porém não pôde se beneficiar desse incremento, auferido, na realidade, pela Bebê Saúde, que copiou o mecanismo.

Acrescenta que a estratégia de importar os produtos a granel e embalá-los no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasil também foi copiada pela Bebê Saúde, que se favoreceu com a ideia.

Em vista desses argumentos, sustenta que a indenização por lucros cessantes (o que razoavelmente deixou de ganhar) não se confunde com a obrigação de recompra do estoque (o que efetivamente perdeu).

Repisa que a concorrência desleal é fato incontroverso, transcrevendo trecho do aresto recorrido, relatando que, nos casos em que fica comprovada, determina o art. 208 da Lei 9.279/96, que: "A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido", o que é confirmado pelo art. 210 do mesmo diploma legal.

Alega, ainda, que os lucros cessantes se revestem da ideia de algo que viria no futuro, enquanto a determinação para recompra do que ficou em estoque se refere nitidamente a fato ocorrido no passado, razão pela qual não podem ser confundidos, tanto é assim que o art. 402 do Código Civil atual fala do que efetivamente se perdeu, bem como do que razoavelmente se deixou de ganhar.

Aponta, ademais, a existência de dissídio jurisprudencial em relação ao REsp 320.417/RJ, da relatoria do eminente Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, no qual teria ficado consignado que os lucros cessantes são sempre uma projeção para o futuro, para aquilo que teria ocorrido sem o fato danoso.

Ressalta, além disso, que não possui estoque remanescente, porquanto a MAM descumpriu a ordem judicial que determinou sua recompra, o que obrigou a recorrente a fabricar embalagens específicas para a revenda desses produtos, o que está sendo penalizado na outra ação que corre entre as partes. Diz que a situação posta é inaceitável, porquanto está sendo penalizada duplamente, com o afastamento da condenação em lucros cessantes e porque tomou medidas para minimizar os prejuízos causados pela conduta criminosa das rés.

Assinala dissídio também em relação ao REsp 412.798/BA, da relatoria da ilustrada Min. ELIANA CALMON, que traz definição dos lucros cessantes como o ganho que o credor deixou de auferir, e ao REsp 33.578-8/SP, da relatoria do digno Min. TORREÃO BRAZ, que afirma que a indenização deve ser completa, contemplando também o que se deixou de ganhar, tema ligado ao futuro.

Há, ainda, recurso especial de MAM BABYARTIKEL GMBH, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, afirmando violação aos arts. 18, "caput" e § 2º, 128, 293, 460 e 535, II, do Código de Processo Civil; aos arts. 159, 1.056, 1.059 e 1.060 do Código Civil de 1916; ao art. 884 do Código Civil atual; ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduz que o aresto recorrido padece de omissão, porquanto não se manifesta acerca de matéria trazida na apelação, isto é, a ocorrência de julgamento **ultra petita**, já que foram incluídas na condenação verbas não requeridas pela autora. Salienta, nesse ponto, que a autora não pediu o ressarcimento de todas as despesas feitas nos cinco anos de execução do contrato verbal de distribuição, mas tão somente os investimentos em publicidade, marketing e outros destinados ao desenvolvimento da marca.

Aponta, ainda, que a recorrida trabalhava com outros produtos, sendo que apenas 86% de sua atividade era representada por produtos "MAM". Porém, a condenação não levou isso em conta, questão também apontada em apelação, mas não apreciada pela Corte de origem.

Diz que o Tribunal estadual também não prestou jurisdição no que se refere à impugnação feita à condenação em perdas e danos, como decorrência direta de uma suposta litigância de má-fé. Afirma, nesse passo, que essa indenização depende da prova efetiva dos prejuízos sofridos pela autora, o que não se verificou nos autos.

Sustenta, de outra parte, que os danos emergentes se traduzem no que o credor efetivamente perdeu. Porém, na espécie, a condenação a esse título abrangeu despesas e investimentos que geraram lucros à recorrida, não podendo ser tidos como perda.

Ressalta que nem mesmo a Lei 6.729/79 prevê o pagamento de indenização ao concessionário pelo valor correspondente a todas as despesas feitas durante a execução do contrato.

Esclarece, além disso, que, segundo o acórdão recorrido, o ilícito cometido pela recorrente estaria limitado ao fato de a denúncia do contrato ter sido feita "de surpresa" e mediante a concessão de prazo curto para o escoamento do estoque. Nesse sentido, a indenização somente poderia alcançar as perdas e danos diretamente decorrentes desses dois elementos, jamais se estendendo sobre todos os valores despendidos pela recorrida enquanto durou o contrato de distribuição. Assim, pondera que não há nexo de causalidade entre o ilícito supostamente praticado e a condenação em danos emergentes no molde em que realizada.

Conclui, assim, que a condenação deveria se limitar à recompra do estoque remanescente, com o que o pagamento de todas as despesas da recorrida implica **bis in idem**.

Assevera que nem mesmo a prática de concorrência desleal, na verdade atribuída à Bebê Saúde, acarretaria condenação tão ampla, inexistindo, também nesse caso, nexo de causalidade. No seu entender, deve ser apurado no que a concorrência desleal afetou os resultados da recorrida, verificando-se, aí sim, os danos efetivamente ocorridos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Argumenta, em outra linha, que o aresto recorrido determinou o ressarcimento de danos presumidos, porquanto baseados na *"experiência comum dos fatos da vida"*, contrariando os arts. 159 e 1.059 do Código Civil de 1916. Isso, porque, no seu entender, não teria a perícia obtido os elementos necessários para apurar os danos efetivos. Requer, em face disso, seja excluída a condenação ao pagamento dos danos emergentes.

Afirma, ademais, não ter existido ilícito, porquanto é direito incontestável da parte denunciar imotivadamente o contrato a qualquer tempo. Assim, a "surpresa" com a denúncia faz parte desse tipo de relação, não se traduzindo em ilícito civil ou contratual.

Diz, também, que o prazo de aviso prévio de 180 dias, conseguido judicialmente pela recorrida em sede de cautelar, é bastante razoável, não podendo ser tido como exíguo em uma contratação que teve a duração de cinco anos.

Acrescenta que a ampliação do prazo de aviso prévio conseguida por meio de liminar no exato momento da denúncia do contrato afasta a possibilidade de reparação, porquanto *"indenizar a recorrida sob a justificativa de que o prazo para o escoamento do estoque, por ela própria pedido, teria sido exíguo, importa em violação ao art. 1059 do Código Civil de 1916, pois não existe, quanto ao prazo, qualquer ilícito contratual tampouco dano indenizável"*.

Assinala, nesses termos, ter havido malferimento ao art. 1.056 do Código Civil de 1916, pois, sem que tenha havido descumprimento algum do contrato, foi condenada a pagar perdas e danos.

Sustenta, ainda, não haver prova da acusação de concorrência desleal por suposta cooptação de empregados, já que não implica em ilícito a contratação de ex-funcionários da recorrida pela co-ré, Bebê Saúde, além de inexistir prova acerca da utilização de cadastro de clientes, conforme afirmado no próprio laudo pericial.

Aponta, em seguida, que a recorrida distribuía itens de outros fabricantes, representando seus produtos apenas 86% das atividades por ela exercidas, com o que sua condenação a indenizar todas as despesas da recorrida resulta em enriquecimento ilícito desta.

Assevera, outrossim, ter havido julgamento ***ultra petita***, tendo em vista que o pedido feito pela recorrida na exordial não engloba o ressarcimento de salários e comissões, custos de viagens e cartão de crédito, estando restrito aos investimentos feitos pela recorrida em marketing, publicidade, serviços jurídicos e outros contratados em benefício ou defesa dos produtos MAM. Assim, insiste que não há pedido para ressarcimento de todas as despesas para a comercialização dos produtos da MAM.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Repisa que despesas ordinárias de uma sociedade empresária não se confundem com investimentos, lembrando que os pedidos devem ser interpretados restritivamente.

Argumenta, em outro rumo, não ser possível a aplicação, por analogia, da Lei 6.729/79 para regular a relação jurídica estabelecida entre as partes, porquanto mantinham um contrato atípico de distribuição e a referida lei trata especificamente de contratos de concessão comercial de veículos automotores.

Transcreve, em abono a sua tese, doutrina de **Humberto Theodoro Junior** na qual se afirma que: *"a lei que cria regime jurídico excepcional para um só tipo de contrato não se presta a servir de padrão para generalizar a norma especial nela contida, pois isso importaria contrariar sua própria natureza, tornando regra geral aquilo que o legislador quis dispor apenas a título de exceção"* (fl. 1.353).

Assinala, no ponto, a existência de dissídio jurisprudencial em relação ao AgRg no Ag 43.329-3/SP, da relatoria do ilustre Min. EDUARDO RIBEIRO, no qual estaria consignada a tese de impossibilidade de aplicação analógica dos dispositivos constantes da Lei 6.729/79.

A recorrente deduz, por fim, pretensão no sentido de que seja afastada a condenação relativa à indenização prevista no art. 18 do Código de Processo Civil, por não ter havido, segundo entende, comprovação do dano decorrente de litigância de má-fé.

Aponta, a esse respeito, divergência em relação ao REsp 220.054/SP, relator o eminente Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS.

Há, também, recurso especial de BEBÊ SAÚDE LTDA, com esboço no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, no qual se aponta violação aos arts. 18, 128 e 460 do Código de Processo Civil e aos arts. 186 e 884 do Código Civil atual.

Diz a recorrente que a condenação ao pagamento dos danos emergentes extrapolou os limites do pedido contido na exordial, porquanto toma em consideração não somente os investimentos em marketing e publicidade, consoante requerido, como também todas as despesas que a recorrida teve ao longo da vigência do contrato verbal firmado entre ela e a MAM BABYARTIKEL GMBH, resultando em enriquecimento sem causa da parte favorecida.

Acrescenta que parte das despesas efetuadas pela recorrida se deveu a sua atividade de representação de outros produtos, já que os produtos MAM significavam 86% de suas atividades, devendo ser excluídos do montante fixado, a título de danos emergentes, os 14% restantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assevera, ademais, não estar comprovado na hipótese o dano processual, devendo, assim, ser afastada a condenação por litigância de má-fé.

Contrarrazões de BABYCARE COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA às fls. 1.428/1.457. Diz que a MAM BABYARTIKEL GMBH esqueceu de esclarecer nas razões do especial que sua condenação se deveu não somente à ruptura surpreendente e desmotivada de um contrato comercial, mas principalmente à prática de concorrência criminosa e à má-fé objetiva que cercou todos os atos preparatórios da rescisão. Afirma que o Código de Propriedade Industrial impõe ampla indenização nesses casos, mormente quando experimentado prejuízo tão vultoso, como na espécie. Sustenta que todas as questões suscitadas na causa foram examinadas minuciosamente, além de ter sido o pedido feito de forma abrangente, incluindo o ressarcimento dos serviços contratados, e não somente dos investimentos, como quer fazer crer, maliciosamente, a MAM. Acrescenta que qualquer discussão acerca da perícia, de seus valores ou critérios, está preclusa, já que, intimada para se manifestar, a primeira requerida não apontou nenhuma irregularidade relativa aos documentos juntados. Relata, ademais, que as modalidades de litigância de má-fé comprovadas nos autos são diversas, como "alterar a verdade dos fatos", quando a MAM afirmou que era sociedade empresária distinta e independente da Bebê Saúde, ficando demonstrado o contrário, ou quando afirma que a denúncia do contrato se deveu à sua má *performance*, ficando provada situação diversa, e também como "resistência injustificada à lide", tentando a MAM de diversas formas evitar sua citação. Sustenta, ademais, que a verificação da existência de nexo de causalidade entre a conduta criminosa, de dolo intenso, e os danos experimentados demanda incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. Alerta, de outra parte, que a condenação das recorridas está baseada em laudo pericial idôneo, e não em suposições, e sua revisão, ademais, esbarra também na Súmula 7/STJ. Diz, de todo modo, que em matéria de propriedade industrial o dano é presumido. Afirma, ainda, que a Lei 6.729/79 não foi aplicada analogicamente à hipótese dos autos, se servindo a Corte de origem apenas de seus princípios regentes.

Contrarrazões de MAM BABYARTIKEL GMBH às fls. 1.429/1.447. Diz não existir nenhum ilícito em constituir novo distribuidor no Brasil ou em contratar ex-funcionários da recorrente. Alega, ademais, não ter havido desvio de clientela, consoante se pode verificar no laudo pericial, além de a Bebê Saúde ter dado prejuízo nos anos de 1999 e 2000, sendo mais próprio se falar em "empobrecimento lícito". Afirma, ainda, que as normas contidas nos arts. 402 do Código Civil vigente e 209 e 210 da Lei 9.279/96 não foram prequestionadas. Além disso, o Código Civil de 2002 nem sequer estava vigente na data dos fatos. Assevera, ademais, inexistirem lucros cessantes indenizáveis e que as perdas e danos decorrentes de concorrência desleal devem ser cabalmente comprovadas. Entende, ainda, não ter sido firmado na perícia o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nexo de causalidade entre os lucros cessantes e os atos a si atribuídos, demandando eventual revisão dessa parte do revolvimento de provas, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ. Aduz, também, que não faz sentido que em um contrato por prazo indeterminado, que vigorou por cinco anos, se calcule lucros cessantes por mais cinco anos. Afirma, nesse passo, que o distribuidor só faz jus aos danos que decorram do caráter abusivo da denúncia, e não àquelas perdas que são naturais e esperadas por quem não possui contrato por prazo determinado. Ainda que se aplicasse a Lei 6.729/79 ao caso, a indenização não ultrapassaria o prazo de 21 meses. Acrescenta que, para apurar os lucros cessantes, a sentença considerou um período superior ao pedido e deixou de observar não ter havido crescimento dos lucros nessa fase. Assinala, ainda, a existência de outros equívocos na perícia, como não considerar que os produtos MAM representavam apenas 86% da atividade da recorrente e que o lucro contabilizado é maior que o lucro efetivo. Insiste na existência de julgamento *extra petita* e no excesso de condenação. Diz, por fim, não ser possível o conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, dada a ausência de similitude fática entre os arestos trazidos a confronto e a não realização do indispensável confronto analítico.

Contrarrazões de Bebê Saúde Ltda às fls. 1.450/1.454. Diz, em apertada síntese, que a análise da pretensão exposta pela BABYCARE implica o reexame de fatos e provas, o que esbarra na censura da Súmula 7/STJ. Entende que a recorrente está inconformada com a perda da *"galinha dos ovos de ouro"*, pois o prazo de 180 dias de aviso prévio concedido judicialmente foi suficiente a evitar a ocorrência de prejuízos. Assevera, ademais, não ter havido desvio de clientela, quebra do dever de sigilo ou transferência de "Know how". Salienta não se poder falar em concorrência desleal e desvio de clientela quando o mercado é único e cativo dos produtos. Afirma, ainda, que a contratação de funcionários se deu depois de mais de um ano de sua demissão.

Os três recursos especiais foram inadmitidos pela ilustre Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (fls. 1.457/1.461) e ascenderam a esta Corte por força do provimento dos Ags 954.785/RJ, 960.016/RJ e 967.753/RJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.905 - RJ (2009/0033265-7)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : BEBÊ SAÚDE LTDA
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE MACHADO CALMON DE AGUIAR E OUTRO(S)
RECORRENTE : MAM BABYARTIKEL GMBH
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS DANTAS RIBEIRO
LUIZ HENRIQUE FERREIRA LEITE E OUTRO(S)
RECORRENTE : BABYCARE COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
ADVOGADOS : OCTÁVIO VIZEU GIL E OUTRO(S)
ROSANE LÚCIA DE SOUZA THOMÉ
MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (RELATOR):

Transcrevo, para facilitar a compreensão do quanto ocorrido nestes autos, o panorama fático delineado no voto condutor do acórdão recorrido, **verbis**:

"Nesse ponto, resta demonstrado nos autos que as sociedades MAM e Babycare mantinham contrato de distribuição, pelo qual esta última explorava a revenda de produtos fabricados por aquela. Tal avença jamais foi instrumentalizada, de modo que reputa-se por tempo indeterminado.

Exercendo seu direito de denunciar a convenção, a MAM informou a Babycare sobre a ruptura do pacto, em julho de 1998, concedendo-lhe prazo de 60 (sessenta) dias para esvaziar seus estoques, após o que estaria proibida de negociar os produtos com a marca MAM.

Pouco antes da denúncia do contrato, havia a fornecedora vendido grande quantidade de produtos à distribuidora, tendo esta considerado exíguo o prazo fornecido para esgotamento das reservas.

Para substituir a Babycare na distribuição de seus produtos, a MAM constituiu nova pessoa jurídica, a Bebê Saúde, sob seu controle social.

Esta sociedade, Bebê Saúde, contratou diversos ex-funcionários da antiga distribuidora, bem como utilizou-se de tecnologia semelhante à utilizada por ela, vinda a absorver naturalmente boa parcela de sua clientela, o que foi considerado por ela como concorrência desleal.

Diante de tal situação, a BabyCare ajuizou demanda cautelar inominada objetivando obrigar a MAM a recomprar o estoque



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

remanescente de produtos fornecidos à mesma, pelo valor de mercado à época do pagamento, ou, alternativamente, autorizá-la a prosseguir revendendo os bens constantes de suas reservas por 180 (cento e oitenta) dias, obrigando a fornecedora a recomprar os produtos acaso excedentes.

Pretendeu também a proibição da contratação de qualquer outra pessoa física de vender produtos com a marca MAM durante o prazo concedido, além da autorização de veiculação de informes publicitários acerca da liminar, demonstrando a legitimidade das suas atividades durante o prazo supra.

Às fls. 276/277 dos autos da Cautelar, foi deferida em parte a liminar, determinando-se que a MAM 'se abstenha de autorizar qualquer outra empresa a vender e promover os seus produtos no território nacional, pelo prazo de 180 dias ou, então, que recompre o saldo do estoque remanescente pelo preço de mercado.'

Tal medida foi reconsiderada em parte às fls. 416/417, autorizando a MAM a contratar com terceiros a distribuição de seus produtos, 'estando ciente que poderá a vir a suportar os eventuais prejuízos da ruptura contratual, indenizando a autora naquilo que deu causa.'

Interposto Agravo de Instrumento, foi proferido o acórdão de fls. 515/518, negando provimento ao recurso e confirmando a decisão de fls. 276/277, na forma da reconsideração parcial de fls. 416/417.

Foi proposta então a ação principal, indenizatória, sob o nº 98.001.159088-8.

Posteriormente, MAM e Bebê Saúde também propuseram demanda indenizatória em face de Babycare, sob o nº 2001.001.028805-4, alegando que a ré estaria praticando concorrência desleal, ao comercializar ilegítimamente produtos fabricados pela MAM, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias concedido judicialmente, identificando-os fraudulentamente sob a marca 'babi'.

Foi também requerida a busca e apreensão de tais produtos, em sede criminal, sendo tal medida deferida, e posteriormente elaborado laudo técnico atestando que, de fato, as embalagens dos mesmos indicavam a marca 'babi', e no interior constava a fabricação pela MAM." (fls. 1.216/1.218)

Passo a examinar, então, o recurso especial de MAM BABYARTIKEL GMBH, o que faço em primeiro lugar, pois aponta questões preliminares que, se acolhidas, implicam a nulidade do acórdão recorrido.

Diz a recorrente que a Corte local deixou de se pronunciar acerca de três temas suscitados em apelação, quais sejam:

a) a ocorrência de julgamento **ultra petita**, na medida em que a autora não pediu o ressarcimento de todas as despesas feitas durante a execução do contrato, mas tão somente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos investimentos em marketing, publicidade, serviços jurídicos e outros contratados em benefício ou em defesa dos produtos MAM. Apesar disso, afirma que foram incluídas na condenação despesas com salários, rescisão de contrato de trabalho, custas de viagens, gastos com cartão de crédito e outras, as quais não estavam incluídas no pedido inicial;

b) a condenação não levou em conta que os produtos MAM significavam apenas 86% da atividade empresarial da autora; e

c) a condenação em ressarcir os prejuízos sofridos pela Babycare em vista da litigância de má-fé (art. 18, **caput**, do CPC) se deu sem a efetiva comprovação da existência dos referidos prejuízos.

De fato, quanto ao primeiro ponto, item "a" *supra*, consta da inicial o seguinte pedido:

"Por todo o exposto, vem requerer a V. Exa. se a presente julgada procedente, condenando as rés, solidariamente, nas custas judiciais e honorários advocatícios, e além desses no seguinte:

.....

*55.4. na indenização pelos **investimentos** feitos pela BABYCARE em marketing, publicidade, serviços jurídicos e outros contratados em benefício ou em defesa dos produtos MAM." (v. e-STJ fl. 22 - grifou-se)*

Por sua vez, na r. sentença de fls. 1.010 a 1.044 (e-STJ), tem-se a seguinte fundamentação, que, ao que parece referindo-se a despesas em geral, pouco esclarece acerca do tema, "investimentos em marketing, publicidade, serviços jurídicos e outros contratados em benefício ou em defesa dos produtos MAM", *in verbis* :

*"(...) O laudo igualmente conclui que a BABYCARE arcou sozinha com os custos de publicidade e marketing para promover a marca da MAM no mercado brasileiro, despendendo esforços financeiros para o bom cumprimento de sua obrigação contratual, com atuação decisiva para propagação destes, arcando inicialmente até com as despesas de embalagem do produto, como atesta o anexo 3 do laudo, que segue apensado aos autos por linha; esclarecendo, ainda, que a partir de 1994 a comercialização dos produtos MAM representava 86% das atividades desenvolvidas pela BABYCARE, mais um indício de dominação, tendo ela suportado **despesas** equivalentes a R\$809.505,75 (oitocentos e nove mil, quinhentos e cinco reais e setenta e cinco centavos), em valores históricos, sem qualquer reembolso." (v. e-STJ, fl. 1.038 - grifou-se)*

Cabe deixar registrado que o laudo pericial e seus anexos, compostos de dois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

volumes (apensados aos autos por linha), não se encontram digitalizados, inexistindo, nesta instância especial, possibilidade de acesso a eles.

Quanto à existência de julgamento **ultra petita**, a questão vem assim delineada nas razões de apelação, **verbis**:

"Primeiramente, note-se que o anexo 9 do laudo pericial informa despesas totais da embargada no montante de R\$ 705.178,53. Esse anexo foi elaborado unilateralmente pela apelada e entregue ao Perito. Ora, a r. sentença, em sua fundamentação, foi clara quanto ao direito da embargada de reaver despesas com publicidade e marketing dos produtos da MAM (aliás, assim foi o pedido inicial). Sucede, porém, que tal relatório contém inúmeras despesas (a maioria delas, aliás) com pagamento de SALÁRIOS E GASTOS DE NATUREZA DIVERSA aos de publicidade e marketing (pagamento de cartão de crédito, por exemplo), incorridas desde 1994, as quais não são o efetivo alvo do ressarcimento buscado pela sentença. Por quê a apelante deveria ressarcir a apelada por salários pagos a funcionários e comissões pagas a vendedores?

Essa questão é fundamental, ainda, porque eventual condenação nas despesas objeto do tal anexo 9 importará em julgamento ultra petita pois nem a embargada cogitou, em seu pedido (item 55.4 de fls. 21), ver-ser ressarcida por salários, viagens, cartões de crédito etc.

(...)

Em terceiro lugar, relembre-se que dano indenizável é o dano concreto, efetivo, e não o dano presumido (art. 1.059 e 1.060 do Código Civil de 16). E as únicas despesas efetivamente comprovadas, no tocante à publicidade e marketing somam R\$ 49.808,22, conforme resposta ao quesito 30 da apelada, POR ELA OMITIDO EM SUAS ALEGAÇÕES FINAIS E QUE ACABOU INDUZINDO A JUÍZA 'A QUO' A GRAVE EQUÍVOCO.

'30. Considerando as respostas para os quesitos acima, queira o Sr. Perito quantificar os investimentos feitos pela autora, sem suporte financeiro da MAM, para a divulgação dos produtos MAM no Brasil;

RESPOSTA: O somatório dos valores apurados nos quesitos 22 (R\$ 7.640,00), 27 (R\$ 36.622,80) e 28 (R\$ 5.545,42) corresponde a R\$ 49.808,22'

Em outros termos, os tais investimentos de 'mais de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) para a criação e divulgação de uma marca', referidos pela r. sentença, somam, em verdade, R\$ 49.808,22 (quarenta e nove mil, oitocentos e oito reais e vinte e dois centavos). É vergonhosa a pretensão da apelada de receber os valores constantes do anexo 9 do laudo pericial (por ela unilateralmente produzido e entregue ao Perito que, ao final, só confirmou a efetiva realização das despesas indicadas no quesito 30 da apelada), pois como já se destacou esta contempla inúmeras despesas com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

salários, comissões e outras que nada têm a ver com o pedido deduzido na exordial, o qual só abrange despesas com publicidade e marketing dos produtos e da marca MAM." (fls. 1.122/1.123)

Pois bem, no que respeita a essa matéria, bem como à descrita na letra "b" (os produtos MAM representavam somente 86% da atividade da recorrida), o v. acórdão da apelação se cingiu a afirmar, **verbis**:

"Presente, portanto, a má-fé contratual, entendo igualmente caracterizados os danos emergentes. Muito embora o laudo técnico formulado nos autos não tenha sido categórico quanto à vinculação dos investimentos feitos pela BabyCare - e consequentemente dos prejuízos suportados pela mesma - à execução do contrato de distribuição firmado com a MAM, a simples análise dos fatos descritos e a experiência comum dos fatos da vida permitem presumi-la.

(...)

Assim, considerando-se correta a aplicação dos parâmetros constantes na Lei nº 6.729/79, bem como que os recorrentes não questionam o laudo e seus métodos de análise, mas tão-somente formulam alegações antagônicas entre si quanto às conclusões do experto entendo merecer prestígio a perícia, bem como sua interpretação e valoração efetuadas pelo magistrado a quo." (fls. 1.220 e 1.222).

Renovadas as questões em sede de embargos de declaração, a Corte de origem afirma, **verbis**:

"Assim, tendo considerado demonstrada a cooptação de pessoal, bem como a reprovabilidade da conduta processual da rés, esta a ensejar a imposição de multa, bem como a legitimidade do quantum indenizatório apurado nos autos, inclusive quanto à sua extensão, manifestou-se expressamente esta Corte sobre os pontos suscitados pelas partes." (fl. 1.262).

Nesse contexto, com a vênia devida, os questionamentos trazidos pela recorrente e referidos nos itens "a" e "b" *supra* deixaram de ser apreciados em ambos os acórdãos recorridos, o que enseja o reconhecimento da violação ao art. 535, II, do Estatuto Processual.

Também sobre a necessidade de comprovação dos efetivos prejuízos para amparar o dever de indenizar, com base no art. 18, *caput, in fine*, e seu § 2º, do Código de Processo Civil, o aresto da apelação se mostra silente, afirmando quanto ao tema apenas a ocorrência da litigância de má-fé, nos seguintes termos, **verbis**:

"Quanto à multa imposta à MAM e à Bebê Saúde por litigância de má-fé, entendo não merecer reparo a sentença. Com efeito, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punição foi bem manejada pelo juiz a quo, tendo em vista a reprovável conduta processual das mesmas, ao tentar negar em juízo a existência de seus estreitos vínculos, bem como do controle social exercido pela MAM sobre a Bebê Saúde. Tal desrespeito à Justiça, aliado às condutas desleais perpetradas em face da BabyCare, não só autorizam como recomendam a aplicação das multas relativas à litigância de má-fé, pelo que merece prestígio, neste aspecto, a sentença alvejada." (fl. 1.223)

Reeditada a alegação em embargos de declaração, a questão também não foi enfrentada, como se pode ver no trecho do acórdão dos aclaratórios acima transcrito, o que impõe, mais uma vez, o reconhecimento de maltrato ao art. 535, II, do Código de Processo Civil.

De fato, embora baseados em pressuposto comum, a existência de má-fé na litigância (CPC, art. 17), a multa e a indenização previstas no art. 18 da Lei Processual Civil não se confundem, sendo que a indenização reclama comprovação do prejuízo, conforme o seguinte precedente:

PROCESSO CIVIL - LITIGANTE DE MÁ-FÉ - INDENIZAÇÃO - PROVA DO PREJUÍZO - NECESSIDADE - ARTIGO 18 DO CPC.
1. A condenação do litigante de má-fé a indenizar a parte contrária pressupõe demonstração de prejuízo resultante da conduta ilícita.
(REsp 220.054/SP, Rel. **Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS**, PRIMEIRA TURMA, julgado em 8/8/2000, DJ de 18/9/2000, p. 100)

Como esclarecem LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO:

"Se for possível desde logo demonstrar o montante do dano causado, deve o Juiz fixá-los já na sentença, em quantia não superior a 20% sobre o valor da causa. Não sendo possível, remete-se a parte à liquidação por arbitramento (arts. 475-C - 475-D, CPC). Sendo o dano causado superior ao patamar estabelecido no art. 18, § 2º, CPC, cabe ainda ação autônoma para apuração de responsabilidade pelo restante (...)" (in Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. Ed. RT, 3ª ed., p. 120)

No mesmo sentido é a lição de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA (*in Código de Processo Civil Comentado*. Ed. RT, ed. 2011, p. 57).

Em vista dessas considerações, dou provimento ao recurso especial de MAM BABYARTIKEL GMBH, para anular o acórdão dos embargos de declaração de fls. e-STJ 1.259 a 1.262, relativos à apelação civil n 2006.001.33032, e determinar o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para o suprimimento das omissões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontadas.

Prejudicada a análise das demais questões trazidas no recurso especial de MAM BABYARTIKEL GMBH, bem como dos dois outros recursos especiais acostados aos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2009/0033265-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.127.905 / RJ**

Números Origem: 19980011590888 200600133032 200613515454 200702241742
200713708487 330322006

PAUTA: 01/12/2011

JULGADO: 01/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BEBÊ SAÚDE LTDA
ADVOGADO : LUIZ HENRIQUE MACHADO CALMON DE AGUIAR E OUTRO(S)
RECORRENTE : MAM BABYARTIKEL GMBH
ADVOGADOS : ANTONIO CARLOS DANTAS RIBEIRO
LUIZ HENRIQUE FERREIRA LEITE E OUTRO(S)
RECORRENTE : BABYCARE COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
ADVOGADOS : OCTÁVIO VIZEU GIL E OUTRO(S)
ROSANE LÚCIA DE SOUZA THOMÉ
MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). RODRIGO MARINHO CRESPO, pela parte RECORRENTE: BEBÊ SAÚDE LTDA

Dr(a). LUIZ HENRIQUE FERREIRA LEITE, pela parte RECORRENTE: MAM BABYARTIKEL GMBH

Dr(a). ROSANE LÚCIA DE SOUZA THOMÉ, pela parte RECORRENTE: BABYCARE COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial de MAM Babyartikel GMBH, para anular acórdão dos embargos de declaração e julgou prejudicados os demais recursos especiais nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.