

Recurso Especial Cível nº 0868525-27.2022.8.19.0001

Recorrente: ADVANTAGE PLUS AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO EIRELI

Recorrido: AMERICAN AIRLINES INC E AADVANTAGE LOYALTY IP LTD

DECISÃO

Trata-se de recurso especial tempestivo, fls. 81/104, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição da República, interposto em face de acórdãos da Décima Nona Câmara de Direito Privado, fls. 25/44 e fls. 73/79, assim ementados:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO EMPRESARIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. USO INDEVIDO DE MARCA ALHEIA. MESMO SEGMENTO DE SERVIÇOS. SALAS EM AEROPORTOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ. PLEITO DE IMPROCEDÊNCIA. IMITAÇÃO PARASITÁRIA DE ELEMENTO NOMINATIVO DA MARCA DOS AUTORES. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MATERIAIS DECORRENTES. CAPTAÇÃO IRREGULAR DE CLIENTELA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.”

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL. VIOLAÇÃO DE MARCA ALHEIA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ARESTO VERGASTADO. PREQUESTIONAMENTO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. MERA IRRESIGNAÇÃO COM O CONTEÚDO DECISÓRIO. ANÁLISE ADEQUADA DA QUESTÃO POSTA. DESNECESSIDADE DE ENFRENTAMENTO DE TODOS OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELAS PARTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.”

Inconformado, o recorrente sustenta a violação ao artigo 131 da Lei 9279/96; e ao artigo 475 do Código de Processo Civil. Alega dissídio jurisprudencial.

Contrarrazões apresentadas às fls. 170/203.

É o brevíssimo relatório.

Colhe-se do acórdão recorrido a seguinte fundamentação:

“(...) “In casu”, a confusão é evidente, visto que as duas empresas atuam em atividades afins e possuem a prestação do serviço no mesmo local, qual seja, salas de acomodação de passageiros em aeroportos e, ainda, o núcleo de seus nomes contém expressão quase idêntica: “ADVANTAGE” e “AADVANTAGE”.

Confira-se da exordial que a marca das empresas Apeladas “AADVANTAGE” identifica um dos mais vultuosos programas de fidelidade do mundo, conferindo pontos aos seus membros que voam pela Companhia Aérea Autora AMERICAN AIRLINES, estando inequivocadamente relacionada com a utilização dos seus “lounges”, tendo participação operacional no Brasil há muitos anos.

De igual modo, verifica-se nos autos os números de registros de marca fornecidos pelas Autores/Apeladas, bem como veiculação de propaganda de produtos com a marca “AADVANTAGE” às fls. 06/10 do id. 38885808, bem como trocas de e-mails onde a Ré/Apelante se compromete a deixar de utilizar a marca discutida em suas salas VIP (id.38885812 às fls. 01, 05).

(...)

Portanto, como bem destacado pelo Juízo “a quo”, a semelhança entre as marcas e a possibilidade de confusão é perceptível, “vez que a Ré se utiliza de expressão muito similar ao título do estabelecimento da Autora, ao seu nome de domínio na internet, e também à sua marca registrada”. Confira-se cadastro da Ré no id. 46514490.

(...)

Com efeito, à luz das máximas da experiência (CPC, art. 375), é fato que, ao se deparar com estabelecimentos de natureza afim e com nomes tão similares, o consumidor pode facilmente reservar a hospedagem em um local pensando ser outro, ou ainda se hospedar em um estabelecimento comercial acreditando ser outro, dada a extrema semelhança fonética entre os nomes.

Conclui-se, assim, que a conduta da Ré/Apelante, leva ao desvio de clientela e à concorrência desleal, além de aproveitamento parasitário da marca, em nítido prejuízo do renome da marca da autora em razão da atuação no mesmo ramo de negócio associado ao uso.

Dessa forma, havendo conflito com o nome empresarial e pelo princípio da anterioridade, é direito da autora fazer cessar a prática de concorrência desleal, sendo cabível a condenação à abstenção da utilização, pela ré, do termo "ADVANTAGE". (...)" (Fls. 32/38)

O detido exame das razões recursais revela que a parte recorrente pretende, por via transversa, a revisão de matéria de fato, apreciada e julgada com base nas provas produzidas nos autos, que não perfaz questão de direito, mas tão somente reanálise fático-probatória, inadequada para interposição de recurso especial.

Oportuno realçar, a esse respeito, o consignado no julgamento do REsp 336.741/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 07/04/2003, "(...) se, nos moldes em que delineada a questão federal, há necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, não merece trânsito o recurso especial, ante o veto da súmula 7-STJ".

Neste sentido:

"RECURSOS ESPECIAIS. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE

MARCA E INDENIZATÓRIA. ELEMENTO FIGURATIVO. RAIOS. EMPRESAS QUE ATUAM NO MESMO SEGMENTO DE MERCADO. ROUPAS E ACESSÓRIOS. PÚBLICO CONSUMIDOR COMUM. CONFUSÃO CARACTERIZADA. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL. VALOR. MAJORAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

1. Ação ajuizada em 13/4/2018. Recursos especiais interpostos em 3/12/2021 e 7/2/2022. Autos conclusos à Relatora em 10/4/2023.

2. O propósito dos recursos especiais consiste em definir (i) se o uso de símbolos em formato de raio nas peças de vestuário e em acessórios comercializados por RESTOQUE COMÉRCIO E CONFECÇÕES DE ROUPAS S/A viola a marca figurativa de titularidade de K2 COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA e (ii) se o valor da compensação por danos morais comporta majoração.

3. O âmbito de proteção de uma marca é delimitado, acima de tudo, pelo risco de confusão ou associação que o uso de outro sinal, designativo de produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, possa ser capaz de causar perante o consumidor.

4. Para a tutela da Lei 9.279/96, basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetivo engano por parte de clientes ou consumidores específicos.

5. A alteração das conclusões do Tribunal de origem, no sentido da ocorrência ou não de confusão ou de associação indevida por parte dos consumidores, exigiria revolvimento do acervo probatório do processo, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

6. A jurisprudência do STJ entende que é devida reparação por danos patrimoniais (a serem apurados em liquidação de sentença) e compensação por danos extrapatrimoniais na hipótese de se constatar a violação de marca, independentemente de comprovação concreta do prejuízo material e do abalo moral resultante do uso indevido.

7. O valor arbitrado a título de reparação por danos morais pelos juízos de origem (R\$ 50.000,00) não destoa das balizas adotadas por esta Corte Superior para hipóteses semelhantes.

8. Recursos especiais não providos.”

(REsp n. 2.091.434/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 21/3/2024.)

Outrossim, no que toca à alegada violação ao artigo 475 do Código Civil, o recurso não pode ser admitido ante a falta de prequestionamento, como se verá a seguir.

Da simples leitura do acórdão recorrido, percebe-se que os dispositivos invocados pelo recorrente não foram objeto de análise expressa pelo colegiado, de modo que a tese agora aventada configura indevida inovação recursal, incapaz de preencher o requisito do prequestionamento.

Demais, ainda que tivesse vislumbrado contrariedade ao dispositivo de legislação federal apenas no acórdão recorrido, caberia ao recorrente invocar a contrariedade em seus embargos de declaração com vistas ao prequestionamento, mas não o fez.

Desse modo, as teses agora aventadas configuram indevida inovação recursal, incapazes de preencher o requisito do prequestionamento.

Não se trata de mero apego ao formalismo. O prequestionamento, com efeito, não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. Para além disso, a configuração do instituto pressupõe **debate e decisão prévios pelo Colegiado**, ou seja, emissão de juízo sobre o tema.

O procedimento tem como finalidade o cotejo indispensável a que se diga da matéria objeto do recurso excepcional. Logo, se o órgão julgador não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violação do preceito evocado pelo recorrente.

Nesse passo, de acordo com a jurisprudência do STJ, o levantamento do tema em sede de embargos aclaratórios é indispensável à interposição do recurso excepcional quando a questão não tiver sido **expressamente** enfrentada pelo acórdão vergastado – admitindo-se, quando muito, que o referido recurso, seja ele extraordinário ou especial, seja oferecido **também** com base em violação ao art. 1.022

do CPC, nas hipóteses em que a câmara de origem, mesmo instada a suprir a omissão, não corrigir o vício apontado (*pré-questionamento ficto*).

Nesse sentido:

“EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário. Direito administrativo. Ação declaratória. Câmara municipal. Deliberação sobre prestação de contas. Prequestionamento. Ausência. Precedentes. 1. É inadmissível o recurso extraordinário se os dispositivos constitucionais que nele se alegam violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. Agravo regimental não provido. 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.

(RE 1403742 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/12/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 23-02-2023 PUBLIC 24-02-2023)”

*“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESERVA DE HONORÁRIOS. ART. 22 DA LEI Nº 8.906/1994. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXPEDIÇÃO DE MANDADO. TESE. **PREQUESTIONAMENTO FICTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. ART. 1.025 DO CPC/2015. NÃO DEMONSTRAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC/2015.** AFRONTA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede seu conhecimento, a teor da Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça. 3. **Esta Corte não reconhece o prequestionamento pela simples oposição de declaratórios. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, sob pena de perseverar o óbice da ausência de***

prequestionamento. 4. Se a questão levantada não foi discutida pelo tribunal de origem, e não verificada, nesta Corte, a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade, não há falar em prequestionamento ficto da matéria, nos termos do art. 1.025 do CPC/2015, incidindo na espécie a Súmula nº 211/STJ. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1529862/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA - TERCEIRA TURMA - julgado em 16/03/2020 - DJe 19/03/2020)"

Na espécie, o recurso não argui a violação ao referido artigo 1.022 do CPC, de maneira que não restou preenchido o requisito do prequestionamento.

À falta de prequestionamento, os recursos especial e extraordinário encontram óbice nas **Súmulas 211 do STJ** ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo") e **282 do STF** ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada").

Verifica-se, portanto, que a ausência de prequestionamento obsta a análise da admissibilidade do recurso especial interposto tanto com fundamento na alínea "a", quanto na alínea "c", restando o alegado dissídio jurisprudencial prejudicado.

À vista do exposto, em estrita observância ao disposto no art. 1.030, V, do Código de Processo Civil, **INADMITO** o recurso especial interposto, nos termos da fundamentação supra.

Intime-se.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2025.

Desembargador **MALDONADO DE CARVALHO**
Terceiro Vice-Presidente