

Apelação n. 0008427-72.2013.8.24.0038, Joinville
Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE EXTRAVIO DE BAGAGEM POR COMPANHIA AÉREA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. 1. DANOS MATERIAIS. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A EMPRESA REQUERIDA. NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DO FORMULÁRIO DE DECLARAÇÃO DE BENS AO PASSAGEIRO, NO MOMENTO DO EMBARQUE. PROVA INEXISTENTE NO CASO CONCRETO. ADEMAIS, NOTAS FISCAIS APRESENTADAS PELO REQUERENTE QUE SE MOSTRAM CONDIZENTES COM OS BENS POR ELE ARROLADOS. REPARAÇÃO DEVIDA NO VALOR CONSTANTE DAS ALUDIDAS NOTAS, LIMITADO À IMPORTÂNCIA MÁXIMA ESTIPULADA NA PETIÇÃO INICIAL. 2. DANOS MORAIS. AUTOR QUE VIAJAVA COM O INTUITO DE PARTICIPAR DE COMPETIÇÕES INTERNACIONAIS DE CICLISMO. PERDA DE ÍTENS IMPORTANTES PARA OS TREINAMENTOS E PARA AS PROVAS. EVIDENTE AFLIÇÃO. ABALO MORAL PRESUMÍVEL (*IN RE IPSA*). 3. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE DEVE SER MANTIDO EM R\$15.000,00 (QUINZE MIL REAIS), EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CARÁTER COMPENSATÓRIO E PEDAGÓGICO DA VERBA. 4. JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL. DATA DO EVENTO DANOSO. EXEGESE DO ARTIGO 398 DO CÓDIGO CIVIL. 5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA VERBA EM 15% (QUINZE POR CENTO) DO VALOR DA CONDENAÇÃO, EM OBSERVÂNCIA ÀS DIRETRIZES DO ARTIGO 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 6. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0008427-72.2013.8.24.0038, da Comarca de Joinville (3ª Vara Cível), em que é apelante South African Airways e apelado Geraldo Bandoch:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para alterar o valor da reparação por danos materiais, nos termos da fundamentação. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 28/07/2016, foi presidido por este Relator e dele participaram os Desembargadores Domingos Paludo e Saul Steil.

Florianópolis, 29 de agosto de 2016.

Desembargador Raulino Jacó Brüning
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 116/124, da lavra do Magistrado Rogério Manke, por refletir fielmente o contido no presente feito, *in verbis*:

Geraldo Bandoch, devidamente qualificado nos autos em epígrafe, ingressou em juízo com **Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais** contra South African Airways Proprietary Limited, igualmente qualificada, na qual aduziu que: a) é praticante de ciclismo desde 1974 e é reconhecido pelos seus feitos no esporte em território nacional; b) no dia 21-8-2012, embarcou no aeroporto de Curitiba com destino final em Pietermaritzburg, África do Sul, local onde participaria do campeonato mundial de ciclismo; c) por ocasião do embarque, despachou uma mala *bike* que continha sua bicicleta de competição, sapatilhas e capacete, e outra mala comum, com todas as suas roupas de uso pessoal, calçados, uniformes de competição, considerando sua estadia de duas semanas no exterior; d) em 22-8-2012, ao chegar no aeroporto de Johannesburg na África do Sul, local onde realizaria escala até o destino final, constatou que somente sua mala *bike* estava ali; e) noticiou à ré do **extravio de sua outra mala**; f) foi orientado a seguir viagem; g) viu-se obrigado a comprar itens básicos para o seu bem-estar, já que apenas possuía a roupa que estava no corpo; h) sem notícia de sua bagagem, adquiriu um uniforme para poder participar da competição de ciclismo; i) continuou seu roteiro, uma vez que tinha se inscrito para outras duas provas de ciclismo; j) em 27-8-2012, chegou na Alemanha e necessitou de outro tipo de vestimentas em virtude da diferença climática; l) em 2-9-2012, ao retornar ao Brasil, procurou o escritório da ré no aeroporto de Guarulhos e localizou sua bagagem que, até então, estava perdida; m) notou que **sua mala estava violada e o sumiço de diversos itens** e n) além dos prejuízos de ordem material, é evidente o abalo emocional experimentado. Assim, requereu a indenização por danos materiais, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e por danos morais. Pugnou pela inversão do ônus da prova. Juntou documentos às fls. 17-74.

A ré, citada, apresentou defesa em forma de contestação (fls. 80-94), na qual alegou que: a) é aplicável ao caso a Convenção de Montreal a fim de delimitar eventual indenização; b) a bagagem do autor foi temporariamente extraviada e o suposto furto de objetos não ficou comprovado; c) não há prova efetiva dos itens acondicionados na mala extraviada e d) o simples extravio de bagagem não é causa ensejadora de indenização por danos morais. Pugnou pela improcedência da demanda. Juntou os atos constitutivos e procuração (fls. 95-106).

O autor apresentou réplica às fls. 108-115 (grifos acrescidos).

Acresço que o Togado *a quo* julgou procedentes os pedidos, conforme parte dispositiva que segue:

Ante o exposto, com fulcro no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, acolho os pedidos formulados por Geraldo Bandoch contra South African Airways para:

a) condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), devidamente atualizado a partir do extravio da mala (22-8-2009), conforme Súmula 43 do STJ, e juros de mora a partir da citação (artigo 405 do CC) e

b) condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescido de correção monetária pelo INPC a partir da publicação sentença (Súmula 362 do STJ) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da data do extravio da bagagem (Súmula 54 do STJ).

Tendo em vista a sucumbência integral da parte ré, condeno-a ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes no importe de 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, com espeque no artigo 20, §3º, do Código Processual Civil.

South African Airways opôs embargos declaratórios (fls. 127/129), que foram rejeitados (fls. 130/131).

Inconformada, a companhia aérea apela, sustentando que: (a) não obstante o extravio temporário da bagagem do autor, o suposto furto dos bens do interior da mala não restou comprovado; (b) o crime pode ter sido praticado quando a bagagem estava em poder do requerente; (c) não há provas de que os bens listados pelo demandante estivessem, de fato, na mala extraviada; (d) as notas fiscais apresentadas pelo consumidor são posteriores ao extravio e estão em outro idioma; (e) os acontecimentos configuraram simples aborrecimento; (f) em caso de manutenção da condenação: (f.1) o *quantum* relativo aos danos morais deve ser minorado; (f.2) os juros de mora devem retroagir à data da citação ou do arbitramento; (f.3) os honorários advocatícios devem ser reduzidos de 15% (quinze por cento) para 10% (dez por cento) do valor da condenação (fls. 134/144).

Contrarrazões às fls. 151/162, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O recurso é tempestivo (fl. 148) e está munido de preparo (fl. 146).

Depreende-se do caderno processual que o requerente é atleta inscrito na Federação Catarinense de Ciclismo e na Confederação Brasileira de Ciclismo, sendo que em 21/8/2012 viajou para a África do Sul e, em seguida, para a Áustria, com o intuito de participar de competições naqueles países. Na ocasião, uma de suas malas, contendo itens de uso pessoal importantes, tais como uniformes específicos para as provas e para os treinamentos, foi extraviada, tendo sido encontrada e devolvida somente no seu retorno ao Brasil. Os acontecimentos motivaram a propositura da presente ação indenizatória, que foi julgada procedente, dando origem a recurso da empresa aérea requerida.

1. Da ordem de julgamento

Ab initio, convém salientar que o novo Código de Processo Civil, cuja vigência teve início em 18/3/2016, instituiu a ordem cronológica de julgamento dos processos, nos seguintes termos:

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

Vê-se que a ordem é preferencial, e não obrigatória, de modo que cabe ao julgador avaliar eventual necessidade de transpor o critério da antiguidade, segundo as peculiaridades do caso concreto. Ou seja, o novel regramento autoriza a desconsideração da ordem cronológica, em caráter excepcional, de acordo com as circunstâncias específicas do processo.

Neste aspecto, considerando-se a singeleza da causa e a farta jurisprudência existente nesta Corte e nos Tribunais Superiores, visando primar pelos princípios da eficiência e celeridade processual, impõe-se o imediato julgamento do feito.

2. Do recurso

Cumprе ressaltar que a matéria devolvida à apreciação desta Corte de Justiça está adstrita aos danos materiais e morais, bem como aos juros de mora e honorários advocatícios, inexistindo insurgência da companhia aérea quanto à sua responsabilidade pelo extravio da bagagem do autor.

2.1. Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Importante destacar, também, que a relação jurídica existente entre as partes mostra-se como típica relação de consumo, atraindo os princípios e regras da Lei n. 8.078/1990, sobretudo a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente, consoante determinação do artigo 6º, VIII.

A propósito:

Na linha dos precedentes desta Câmara e da jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, em demandas que versam responsabilidade civil decorrente de transporte aéreo, prevalece a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em detrimento das Convenções Internacionais de Varsóvia, de Montreal e do Código Brasileiro de Aeronáutica (TJSC, Apelação n. 0308361-41.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 20-6-2016).

2.2. Dos danos materiais

Em seu apelo, a ré alega que a perda da bagagem do autor durou apenas alguns dias e que não há provas nos autos do alegado furto de bens do interior da mala, tampouco do valor de tais pertences. Aduz que as notas fiscais apresentadas pelo demandante são posteriores ao extravio e não estão traduzidas para o português, o que inviabiliza o ressarcimento.

Razão não lhe assiste.

Sabe-se que os danos materiais não se presumem, exigindo-se prova do efetivo prejuízo para que sejam passíveis de reparação pecuniária, uma vez que *"a indenização mede-se pela extensão do dano"* (artigo 944 do Código Civil).

Em se tratando de extravio de bagagem por empresa de transporte

aéreo ou terrestre, esta Corte de Justiça tem decidido que, "se a empresa não comprovar a entrega do formulário para declaração de bens aos passageiros no momento do embarque, arca com o ônus de responder pelos objetos declarados pelos passageiros" (TJSC, Apelação Cível n. 2013.088496-3, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 25-11-14).

No mesmo sentido:

Se a empresa transportadora não exigiu declaração prévia do conteúdo e do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização (CC, art. 734, parágrafo único), assumiu o risco quanto à bagagem transportada, ao seu conteúdo e ao seu valor, notadamente se inexistem dúvidas quanto à existência das bagagens e do extravio ocorrido, devendo prevalecer o montante dos danos materiais apontado pela passageira (TJDF, AC n. 448.561, Segunda Turma Cível, rela. Desa. Carmelita Brasil, DJDFTE 23/09/2010) (TJSC, AC n. 2014.026043-4, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 26-5-2015) (TJSC, Apelação Cível n. 2013.029812-4, da Capital, rel. Des. Edegar Gruber, j. 22-10-2015).

Em suma, a responsabilidade pelo conteúdo das bagagens transportadas pertence à companhia aérea, logo, se esta não exige o preenchimento da declaração de bens pelos passageiros, no momento do embarque, arca com as consequências da sua desídia.

Não bastasse isso, vale repetir, a incidência da lei consumerista autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor vulnerável.

Assim, tem-se que cabia à empresa ré apresentar a declaração de bens devidamente preenchida pelo autor por ocasião do embarque, prova que poderia ter sido facilmente produzida e que atestaria o conteúdo das malas por ele despachadas. No entanto, a requerida não trouxe qualquer documento hábil a amparar suas teses. Não o fazendo, deve ser aceita a relação de itens apresentada pelo requerente à fl. 49.

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, todavia, a sentença merece reforma.

Isso porque o Togado *a quo* arbitrou a indenização em R\$5.000,00 (cinco mil reais), por aproximação, considerando a boa-fé e a hipossuficiência do

lesado.

No entanto, as notas fiscais de fls. 67/70 demonstram o valor real dos gastos do autor, ou seja, os danos materiais estão devidamente discriminados em tais notas. Ainda que estejam em outro idioma, consegue-se constatar facilmente que as compras foram realizadas na Áustria, na mesma época da viagem, e que foram pagas em Euro. Assim, para encontrar o montante exato do prejuízo patrimonial, basta fazer a conversão para o Real (na data da emissão de cada nota) e, posteriormente, atualizar monetariamente o valor encontrado (até a data do pagamento).

Vale lembrar que a indenização deve estar limitada ao valor máximo consignado na petição inicial, qual seja, R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Destarte, a insurgência merece parcial acolhimento, tão somente para que os danos materiais sejam calculados de acordo com as notas fiscais de fls. 67/70, fazendo-se a conversão para moeda nacional (Real), segundo o valor vigente na data da emissão de cada nota, e, posteriormente, atualizando-se monetariamente até a data do efetivo pagamento.

2.3. Dos danos morais

Em relação aos danos morais, melhor sorte não socorre a apelante.

Com efeito, o extravio de bagagem causa inegáveis transtornos, angústia e frustração ao passageiro, decorrentes da perda de seus bens pessoais, sobretudo se o infortúnio acontece no início da viagem, privando-o do conforto de usufruir de seus objetos pessoais conforme planejado.

A propósito:

O extravio de bagagem causa vários inconvenientes ao consumidor, gerando angústia, desconforto e sofrimento moral merecedores de compensação pecuniária (TJSC, Apelação Cível n. 2003.017515-6, rela. Desa. Maria do Roccio Luz Santa Ritta, j. 7-11-2006).

Em resumo, a situação vivenciada pelo autor, que teve sua mala

extraviada no início de uma viagem internacional feita com o objetivo de participar de competição importante para sua carreira, por certo causou sofrimento moral, o qual extrapola o conceito de "mero dissabor cotidiano".

2.4. Do *quantum* indenizatório

O pedido de minoração da verba indenitória, igualmente, não pode ser acolhido.

Bem se sabe que a fixação do valor dos danos morais deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que a indenização não seja meramente simbólica, ou, por outro lado, excessiva.

Imperioso que seu arbitramento seja composto levando-se em consideração a ideia de compensação à vítima pelos danos morais, sem importar em enriquecimento, e, simultaneamente, penalização civil ao ofensor, sem lhe ocasionar empobrecimento.

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho pontua:

A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia, que de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116)

Assim, entre outros critérios, ao estabelecer o montante reparatório, o julgador deve considerar a extensão do dano, a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento vivenciado e a capacidade econômica das partes.

Ademais, deve-se atentar à dupla finalidade da condenação: ressarcir o lesado e evitar que o causador do dano reincida na prática do ato

danoso. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa leciona: *"há um duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo, didático ou pedagógico que essas indenizações apresentam para a sociedade"* (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 285).

Em suma, o valor da indenização possui um viés pedagógico, punitivo, sancionador. Cabe ao Judiciário reprimir eficazmente a violação aos direitos da personalidade. Nesse campo, uma indenização em valor baixo beneficiará o ofensor, que não se preocupará em "corrigir" o seu erro, porquanto a mudança de comportamento será mais "cara" do que a certeza da pequena condenação nas decisões judiciais.

Nesse panorama, *"a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido da redistribuição)"* (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106).

No caso, para o arbitramento do montante reparatório, deve-se considerar que o autor estava em viagem com o intuito de participar de uma competição internacional, tendo sido extraviados pertences importantes para seus treinamentos e para as provas. Ademais, a perda da bagagem certamente lhe trouxe angústia e frustração, num momento delicado, em que necessitava de tranquilidade e concentração.

Deve-se sopesar, ainda, o fato de que a companhia aérea lhe devolveu a bagagem (avariada), somente no seu retorno ao Brasil, ou seja, durante toda sua viagem o requerente preocupou-se em tentar solucionar seu problema.

Além disso, deve-se levar em consideração o volume crescente de demandas semelhantes à presente, em razão de extravio de bagagens por empresas aéreas, sendo flagrante o descaso das companhias com os

passageiros.

Por derradeiro, observa-se que a prática configura negligência e grave falha na prestação de serviços por parte da fornecedora, comprometendo seriamente as viagens – compromissos e/ou passeios – dos consumidores.

Assim, tendo em vista as particularidades da situação litigiosa, bem como os precedentes desta Corte de Justiça, entende-se que o *quantum* deve ser mantido em R\$15.000,00 (quinze mil reais).

2.5. Dos juros de mora

No que tange ao termo inicial dos juros moratórios, o apelo não merece provimento, mantendo-se na data do evento danoso.

Para análise do tema, faz-se necessária uma breve digressão acerca do conceito de contrato, consoante a legislação pátria.

Ensina Arnaldo Rizzardo:

A própria origem etimológica do termo conduz ao vínculo jurídico das vontades, com vistas a um objetivo específico: *contractus*, do verbo *contrahere*, no sentido de ajuste, convenção, pacto, transação. Ou seja, a ideia de um acordo entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer. Constitui um ato injurídico, cuja finalidade visa criar, modificar ou extinguir um direito. Mais tecnicamente, como conceitua Caio Mario da Silva Pereira, trata-se de "*um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos*", ou sinteticamente, "um acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos".

[...] desdobrando-se o conceito, transparece a bilateralidade do ato jurídico; exige-se o consentimento válido, emanado de vontades livres; pressupõe a conformidade com a ordem legal; e tem por escopo objetivos específicos, ou seja, a produção de direitos" (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.5/6).

Não se pode olvidar que, sendo o contrato um negócio jurídico, há de abarcar, para sua validade, uma série de requisitos, dentre os quais destaca-se: a) manifestação da vontade; b) agente capaz; c) objeto lícito; d) forma prescrita e não defesa em lei.

Dentre essas características e a fim de enfrentar o tema proposto, mister destacar o objeto do contrato. Rizzardo, com propriedade, esclarece que:

[...] para que seja viável o contrato e tenha eficácia, a obrigação depende da reunião de vários requisitos a seguir analisados:

2.1. Possibilidade da prestação

Apresenta-se impossível o objeto quando fora do comércio ou inatingível.

A impossibilidade classifica-se em natural, ou física, e jurídica. Na primeira, o que se promete nunca existiu ou não existe mais. É jurídica quando concerne ao que não se permite seja contratado. Írrito torna-se o negócio porque impossível o objeto. Não se autoriza seja constituído por não trazer resultado algum, como na transferência de propriedade imobiliária a quem já consta no registro imobiliário ser o proprietário. Na prática, importa o reconhecimento da impossibilidade do objeto em virtude de regras jurídicas impeditivas. É o caso da constituição de direito real em imóvel insuscetível de registro; do contrato de transporte de mercadorias cujo comércio é vedado; da compra e venda de gêneros alimentícios, para o comércio, quando houve confisco pelo governo. Da mesma forma, o casamento de dois varões.

Identicamente, impossível é o objeto nos negócios de compra e venda em que a coisa pereceu, fato desconhecido do comprador; ou se há alienação de coisa fora do comércio, como de área inalienável, de praça pública, de uma espécie de vegetal já desaparecida.

Especificamente sobre a matéria, o Código, em seu art. 426 (art. 1.089 do Código anterior, proíbe que seja objeto de contrato a herança de pessoa viva: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva": Não são válidos, pois, os negócios que envolvem venda ou cessão de herança cujo titular dos bens está vivo, o que não o impede que ele próprio disponha do patrimônio que possui, inclusive destinando-o para depois de sua morte por meio de testamento.

[...]3. Licidade da prestação

Ilícito é o ato contrário ao direito, apto a infringir princípio do ordenamento cívico. Acarreta a nulidade do negócio. Mas, o termo "ilícito" não equivale apenas ato ilegal, como as infrações aos contratos e o descumprimento das obrigações; envolve, também, o atentado contra os bons costumes, a moral e a ordem pública. Impõe a imoralidade do motivo, que leva alguém a praticar algo absurdo e que ofende princípios que estão na base de nossa concepção de vida.

Às vezes, é praticado em fraude da lei, procurando aparentar certa conformidade com a ordem jurídica, mas é torpe no fim colimado, como na aquisição de bens do curatelado, por meio de interposto terceiro.

No conteúdo do conceito de ilicitude, incluem-se os negócios ou as ações que atentam contra os costumes, a moral social e a ordem pública.

É a questão do jogo, onde as obrigações oriundas não são aprovadas pela lei. Nesta linha, condenáveis os ajustes envolvendo o lenocínio e a prostituição. Não se tolera demandar o cumprimento de dever nascido da advocacia administrativa em na repartição pública, nem é aceitável impor-se o

pagamento a um funcionário porque apressou o processamento de certo requerimento.

Em outras situações, para se obter um emprego, compromete-se alguém a pagar na soma, representada em documento. Ilícita e imoral é a cobrança. A aproximação de casais, numa autêntica corretagem matrimonial, não enseja o ônus da contraprestação pecuniária.

Contrato comum é o de vida conjugal por tempo determinado. Impõem-se os tratantes a se prestarem serviços de ordem conjugal. Mas inexequível é qualquer :manda visando o adimplemento de dever não cumprido.

Por conseguinte, a licitude da prestação é condição para a validade do contrato (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2013. p.124/125).

Portanto, para que um contrato seja considerado válido e eficaz deve abarcar prestação lícita e possível.

Neste contexto, a própria legislação civil enumera as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento do pacto (a fim de evitar-se danos de ordem material com o não cumprimento do ajuste). Tais disposições podem ser lançadas como cláusula penal, ressarcimento das perdas e danos, arras ou multa; sem esquecer a autorização legal de fixação, pelos contratantes, da incidência de juros legais no termo e percentual a serem previamente acordados. Atentemo-nos, que ao dispor sobre as penalidades a incidir em caso de descumprimento, a legislação somente menciona a possibilidade de pré-fixação dos danos de ordem material.

No entanto, não só no caso enfrentado nestes autos, mas em diversas situações verificadas no cotidiano forense, observa-se que o inadimplemento de um contrato (ilícito contratual) pode trazer consequências que ultrapassam os limites do ajuste, como o abalo moral (ilícito civil).

Pois bem.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, por sua vez, assegura a inviolabilidade da vida privada, honra e imagem, bem como garante a indenização por abalo moral, acaso não respeitadas tais garantias.

Ainda, dispõe o artigo 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A respeito do tema, leciona o doutrinador Fernando Noronha:

Sobreleve-se que a responsabilidade civil subjetiva pressupõe, assim, a demonstração da conduta malévola do agente, do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano, bem como do prejuízo, "de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 474).

E mais adiante:

[...] podemos ordenar os pressupostos da responsabilidade civil, de forma mais didática, dizendo ser necessário, para que surja a obrigação de indenizar: a) que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências); b) que esse fato possa ser imputado a alguém, seja por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos danos; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta. A estes quatro pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais estão de acordo praticamente todos os juristas, deve-se acrescentar uma condição suplementar (e que, aliás, em rigor, precede todos eles): e) é preciso que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 468/469).

Assim, o que se conclui é que ato ilícito, segundo dicção do artigo 186 do Código Civil, configura-se quando, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola-se direito e causa-se dano a outrem. Trata-se, portanto, de instituto jurídico diverso da relação contratual firmada entre as partes.

Como visto, para a configuração de uma relação contratual, é

necessário, entre outros requisitos, a existência de objeto lícito e a manifestação de vontade de ambos os contratantes.

O ilícito é, necessariamente, extracontratual. Ninguém pode pactuar o ilícito.

Ora, não é difícil perceber que, ao realizar um contrato, as partes pactuam seus direitos e obrigações, além de entabularem previamente os valores a serem exigidos em caso de inadimplência contratual (que não se deseja, porém se cogita a possibilidade de ocorrer). Todavia, quando as consequências experimentadas por um dos contratantes ultrapassam o mero inadimplemento, causando danos de ordem anímica, exsurge novo instituto jurídico, qual seja, o ilícito civil, que, por óbvio, não era inerente ao pacto ou sequer cogitado pelas partes no momento da fixação do acordo. O ilícito é estranho ao contrato.

Desse modo, evidente que o dano moral decorrente da prestação de serviços não pode ser encarado como derivado da relação contratual, mas, sim, do ilícito civil.

Ademais, em se tratando o abalo moral decorrente de ilícito civil, evidente a impossibilidade de sua pactuação contratual, porquanto o objeto é vedado pela legislação em vigor. Ainda que se considerasse a absurda possibilidade de pactuação de valores indenizatórios no caso de ocorrência de abalo anímico, tal avença seria considerada nula.

Nessa toada, tem-se que, gerando o inadimplemento contratual abalo moral, exsurge a ocorrência de instituto diverso da relação contratual, e, porque não dizer, até mesmo incompatível com ela.

Ainda, deve-se ponderar a existência do princípio *accessio cedit principali* (o acessório segue o principal). Em uma interpretação extensiva do brocardo, há de se reconhecer que os juros de mora incidentes sobre o valor da indenização por danos morais devem considerar o bem da vida a ser protegido, qual seja – indenização pelo ato ilícito – independentemente de sua origem (se

extracontratual ou contratual). Ora, conhecendo-se a existência de um dano moral, não há dúvidas que os juros de mora a serem considerados são aqueles relativos ao instituto violado (ato ilícito).

Desse modo, o silogismo que parte da premissa de que o dano moral decorrente de um ato ilícito deve ser indenizado, mas conclui que os juros de mora a incidirem sobre essa obrigação devem considerar a obrigação contratual (frisa-se nula ou inexistente, porquanto impossível de ser pactuada), afigura-se ilógico.

Ou seja, verificando-se que o descumprimento do contrato, por desídia de um dos contratantes, gerou danos que transcendem a relação pactuada, resultando em danos de ordem extrapatrimonial, evidente a configuração do ilícito, e, por conseguinte, o dever de indenizar. Assim, o abalo emocional experimentado é único, independente da relação que o originou (contratual ou extracontratual).

Pensar distintamente implicaria gerar compensações distintas para situações exatamente idênticas, considerando somente os motivos que fizeram com que as partes envolvidas no fato tivessem suas vidas enredadas.

Explica-se:

Pensemos, por exemplo, em um acidente automobilístico envolvendo um passageiro de ônibus e um pedestre que é atropelado pelo mesmo veículo.

No primeiro caso, o sofrimento experimentado pelo passageiro deveria ser acrescido de juros de mora desde a citação, por se considerar a disposição contida 405 do Código Civil.

Já no segundo – quando inexistente contrato de transporte – os juros de mora incidiriam desde o momento do evento danoso, consoante interpretação do artigo 398 do Código Civil.

Ora, como já dito, **os danos morais experimentados por ambas as vítimas são equivalentes, porquanto sofreram danos físicos ou**

psíquicos, que resultaram em lesões a direito da personalidade. Em resumo, trata-se de um único ilícito civil, sendo despicienda a diferenciação da relação preexistente que gerou o vínculo entre as partes.

Outro exemplo ainda pode ser mencionado: consideremos a hipótese de uma briga dentro de uma "casa de shows" em que sejam demandados o causador de um dano (agressão física) e a pessoa jurídica.

O abalo moral experimentado pelo autor da demanda deverá ser suportado por ambos os requeridos, acaso reconhecida a responsabilidade solidária. Todavia, deverá ser estabelecido termos diferentes de juros de mora somente por se considerar a relação havida entre o autor e os réus (a primeira contratual em razão da segurança que espera um frequentador de casa noturna e a segunda, de mero causador do ilícito).

Pois bem, entendo que, configurado o ilícito civil, devem os juros de mora incidir de acordo com a previsão contida no artigo 398 da legislação material, seja porque configurado o ilícito – deve ele ser tratado como tal –, seja porque os consectários legais devem considerar a obrigação principal a que foi condenado o causador do dano.

Ora, não é difícil perceber que, independente do objeto contratado (quando lícito e possível), inexistente manifestação da vontade em pactuar indenização prévia em caso de abalo moral. Ademais, tal acordo seria ilícito, pois em total dissonância com as disposições constitucionais e infra-constitucionais de proteção à vida, à saúde e à honra.

Desse modo, evidente que o dano moral decorrente de qualquer obrigação contratual deve ser encarado como ilícito civil que é.

Assim, imperiosa a incidência do artigo 398 do Código Civil que dispõe: "*nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou*".

Sobre o tema:

Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o praticou (art. 398 do Cód. Civil de 2002). Como diz Clóvis, desde o momento em que se pratica o ato delituoso, correm os riscos da coisa devida exclusivamente por conta do devedor. (Monteiro, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 32. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 324).

Nas obrigações oriundas de delito, ou seja, nos casos de responsabilidade por ato ilícito, o devedor é considerado em mora desde o momento em que foi cometido o ato ilícito (art. 398 do novo Código Civil, correspondente ao art. 962 do Código de 1916), embora sendo ainda responsabilidade ilíquida, pois o seu montante só se torna certo com a sentença transitada em julgado, o que fixa seu valor (Wald, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 91).

Em situações muito semelhantes (ocorrência de ato ilícito por descumprimento contratual), ao reconhecer que o abalo psíquico configura ilícito absoluto e, por conseguinte, deve ter seu valor acrescido de juros de mora desde o evento danoso, decidiu o Desembargador Joel Dias Figueira Júnior:

Tratando-se, ainda, de dano moral oriundo de ilícito absoluto, ainda que no âmbito de uma relação contratual, os juros deverão incidir a partir da data do evento danoso, como preleciona a Súmula 54 do Tribunal Superior (adotando-se, no caso, a data da paralisação da obra, julho de 2004). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.041704-8, de Itajaí, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 16-12-2013).

Em suma, a relação contratual deve ser analisada como tal enquanto houver discussão acerca das obrigações e resultados dela advindos e pactuados entre as partes. Entretanto, constatando-se a ocorrência de consequências que ultrapassam tal avença, surge novo instituto jurídico – o ato ilícito absoluto – e sobre ele devem incidir os efeitos legalmente previstos, entre eles, os juros de mora desde o evento danoso, conforme supra mencionado.

Em arremate, e a fim de bem esclarecer o tema, mister tecer considerações, ainda, acerca da inaplicabilidade do artigo 405 do Código Civil para casos desse jaez. Para tanto, necessário, inicialmente, a transcrição da redação contida no artigo 397 da lei material:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Conforme ensinam Nelson Nery Júnior e Rosamaria de Andrade Nery:

Obrigação a termo. É a que tem data fixada para seu cumprimento. O dispositivo comentado institui regra caracterizadora do inadimplemento absoluto da obrigação na data do vencimento, considerando-se em mora o devedor em decorrência do próprio fato do inadimplemento, sem necessidade de interpelação. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 513).

Ainda, esclarecem os renomados autores:

Mora *ex re*. A norma cuida da mora automática, ou mora *ex re*, vale dizer, encontra-se na própria coisa (*in re ipsa*), independentemente de notificação ou interpelação para constituir-se o devedor em mora. O só fato do inadimplemento constitui o devedor automaticamente em mora. [...]

Mora *ex persona*. Ao contrário da norma regulada pela norma ora comentada, a mora *ex persona* ocorre quando não houver tempo certo fixado para o cumprimento, ou se a obrigação não for positiva ou líquida. Para constituir-se o devedor em mora, nesses casos, é preciso que o credor providencie sua interpelação, notificação (judicial ou extrajudicial), protesto ou citação em ação judicial (*op cit.* p. 512/513).

Da leitura dos dispositivos mencionados, portanto, conclui-se que: existindo termo certo para pagamento (por lei ou por contrato), ocorrendo o termo, o devedor automaticamente encontra-se em mora.

Como já mencionado, a lei material em vigor é clara ao fixar, no artigo 398, que, em caso de ilícito, o devedor encontra-se em mora desde a prática do aludido ato, sendo, por evidente, mora *ex re*.

Nessa toada, em interpretação sistemática da legislação acerca do tema, o que se conclui é que: fixando a lei ou o pacto data para cumprimento da obrigação, este termo deve ser observado. Inexistindo tal previsão, a mora estará configurada desde que tenha havido prévia interpelação judicial e, nestes casos, aplicar-se-á o disposto no artigo 405 do Código Civil.

Portanto, tem-se que a norma supra mencionada tem aplicação

residual, somente quando não existente previsão sobre o tema, aplicando-se, diante da omissão, a data da citação, dia em que o devedor tomou conhecimento de sua mora.

Entretanto, salienta-se, configurado e reconhecido o ilícito civil, há de ser aplicada a norma cogente e específica (artigo 398).

Ao comentar o disposto no artigo 405, Rosamaria Andrade Nery e Nelson Nery mencionam:

Juros de mora *ex re*. Incidência a partir da citação. Impossibilidade. Os juros de mora incidentes sobre o débito têm, como termo inicial, o vencimento de cada parcela, e não a citação. Trata-se de mora *ex re*. Consoante já se registrou, a incidência de juros, a partir da citação, ou de outro termo, que não o do vencimento da parcela, somente é possível para a hipótese de mora *ex persona*, hipótese em que se impõe a constituição do devedor em mora, não se operando seus efeitos de pleno direito (2º TACiv SP, 10ª Câmara. Ap. 573328-0/6, rel Juíza Rosa Maria de Andrade Nery, v.U., j. 27.1.2000) (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.520).

Assim, a título de exemplificação, em caso de inadimplemento contratual em que se constate somente danos previsíveis ou que não ultrapassem a esfera moral dos contratantes, as perdas e danos deverão ser acrescidas de juros de mora desde a data pré-fixada no pacto, ou, não existindo termo, desde interpelação extrajudicial ou judicial (artigo 397, parágrafo único, do Código Civil) ou, residualmente, desde a citação (artigo 405 da lei material).

Entretanto, constatando-se que a desídia no cumprimento do pacto causou danos morais, tal dano deve ser visto como ilícito civil puro, atraindo, conseqüentemente, a incidência dos consectários legais que a ele são aplicáveis (artigo 398).

Diante do esposado, os juros de mora incidentes sobre indenização por danos morais devem retroagir à data do evento danoso, ainda que decorrentes de relação contratual, por se tratar de ilícito civil, consoante disposição contida na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, não merece acolhida a irresignação neste ponto.

2.6. Dos honorários advocatícios

Por fim, no tocante aos honorários advocatícios, o apelo deve ser desprovido, mantendo-se a remuneração do causídico em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Com efeito, os parâmetros para a fixação da verba honorária devem estar de acordo com o disposto no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil em vigor (anterior artigo 20, § 3º), *in verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor da causa, atendidos:

- I – o grau de zelo do profissional;
- II – o lugar da prestação do serviço;
- III – a natureza e a importância da causa;
- IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Fazendo-se a subsunção da norma ao caso em exame, verifica-se que o advogado do autor desempenhou adequadamente seu mister, dedicando-se à persecução dos direitos do seu cliente. Assim, faz-se razoável manter a verba honorária em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, patamar que remunera dignamente o profissional.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para alterar o valor da reparação por danos materiais, nos termos da fundamentação.