5

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

25

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº
01758656

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação** nº **7155293-9**, da Comarca de **São Paulo**, em que é **Apelante Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/a e outros**, sendo **Apelado Os Mesmos**:

ACORDAM, em **14ª Câmara Direito - Privado** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: " **Deram provimento parcial a ambos os recursos, v.u. Declara voto convergente o Des. Revisor. Sustentou oralmente pelo apelante/apelado 'J.G.S.F. e outro' o Dr. Ricardo Aprigliano.**", de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão.

Participaram do julgamento os(as) Desembargadores(as) **Pedro Ablas, Virgilio de Oliveira Junior e Mário de Oliveira.** Presidência do(a) Desembargador(a) **Everaldo de Melo Colombi.**

São Paulo, 9 de abril de 2008.

Pedro Ablas
Relator(a)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 3138

APELAÇÃO Nº 7.155.293-9

APELANTES: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A e Jessé Gomes da Silva Filho e JGS Produções Artísticas

APELADOS: Os mesmos

COMARCA: São Paulo (36ª Vara Cível)

INDENIZAÇÃO – Danos morais e materiais – Contrato de utilização da imagem e voz de cantor em campanha publicitária de cerveja – Quebra do contrato, com o debande do artista para empresa concorrente – Violação do contrato, com efetivação de danos materiais e morais – Provimento parcial a ambos os recursos – Danos materiais a serem apurados em liquidação de sentença por arbitramento, proporcionalmente ao efetivo cumprimento do contrato de prestação de serviços – Dano moral, considerando a condição das partes e o valor do contrato, na quantia de R$ 420.000,00

A r. sentença de fls. 676/687, considerando a quebra do contrato, determinou aos réus a devolução à autora da quantia de R$ 930.000,00, relativamente ao dano material, arbitrando o dano moral em igual quantia, com a responsabilização dos réus pelas custas e despesas processuais, inclusive despesas com a perícia e honorários de advogado, arbitrados, por equidade, em R$ 90.000,00 (fls. 687).

Ambas as partes apelaram. A autora para a majoração do valor indenizatório dos danos morais, em quantia estimada em R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais); incidência dos encargos sobre as indenizações; declaração de que o contrato entre as partes produziu efeitos até o dia 31 de agosto de 2004 e, por último, a fixação dos honorários advocatícios entre 10% a 20% da totalidade do valor condenatório (fls. 710). Os réus pretendem a reforma integral da r. sentença: a redução da multa por eqüidade, pelo "inadimplemento contratual parcial", uma vez que o cantor gravou "todos os comerciais previstos no contrato", ou, então, restringir "a condenação apenas ao importe de 20% do contrato"; na hipótese de ser "considerada a inadimplência total do contrato"; pugnou pela redução da multa, com supedâneo no artigo 412 do Código Civil, ou pelo menos incidir *"apenas a penalidade prevista na segunda parte da cláusula 16ª do contrato, sem aplicação cumulativa e logicamente insubsistente as duas multas computadas na r. sentença apelada"* e, por fim, afastar *"a condenação por danos morais jamais comprovados, ou, ao menos, para fixá-los com parcimônia e eqüidade, restando reduzido o altíssimo importe trazido na r. sentença recorrida"* (fls. 749/750).

Os apelados apresentaram contra-razões e os recursos foram regularmente processados, com a subida dos autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

A Schincariol moveu ação indenizatória por danos materiais e morais contra Jessé Gomes da Silva e JCS Produções com fundamento na falta de observação pelos réus das cláusulas constantes de *"instrumento particular de contrato de prestação de serviço, concessão de direitos de uso e imagem e som de voz por tempo determinado para utilização em campanha publicitária"*.

A inicial assegura que os réus, voluntariamente, não cumpriram a avença assumida no contrato assinado.

A r. sentença de 1º grau, admitindo a quebra do contrato, determinou a devolução à autora da quantia de R$ 930.000,00, relativamente ao dano material, arbitrando o dano moral também em R$ 930.000,00.

Em conseqüência, imputou aos réus o pagamento das custas e despesas processuais, inclusive honorários periciais e advocatícios, arbitrados, por eqüidade, em R$ 90.000,00 (fls. 687).

O douto sentenciante agiu corretamente ao atribuir aos réus a quebra do vínculo contratual, uma vez que o cantor "Zeca Pagodinho",em plena vigência do contrato celebrado com a "Schincariol", bandeou-se para o lado da concorrente, com a encenação do comercial "Amor de Verão".

Esse comercial foi bem dissecado pela r. sentença e é demonstração indubitável da quebra do vínculo contratual por parte do réu Jessé (fls. 679), evidente que ao fazer opção por participar de outra campanha publicitária, de outra marca de cerveja, notória concorrente da autora, houve efetiva e voluntária quebra contratual.

Como bem observou o ilustre juiz de 1° grau, não há falar em resolução do contrato pela proibição por órgão governamental da propaganda que vinha sendo encerrada pela "Schincariol", proibição que em nada afetou o contrato avençado entre as partes:

> *"Acaso o primeiro comercial não atendesse as regras específicas da área de publicidade ou dos bons costumes, a solução seria a feitura de outro comercial, uma vez que havia contrato em plena vigência"* (fls. 687).

A proibição da propaganda, tal como vinha sendo conduzida e veiculada na mídia televisiva, não autorizava, de modo algum, o abandono do contrato, que, ao que tudo indica, apenas atendeu ao interesse pecuniário dos réus.

O contrato estava em plena vigência, com cláusula expressa de exclusividade, patente a violação do contrato, diante da cooptação do cantor "Zeca Pagodinho", que coligou-se à empresa concorrente, ato pessoal que se tornou público e notório.

Com a obra "Amor de Verão", não só expôs a falta de solidez da palavra empenhada, mas praticou explícita "infidelidade", passando ao motejo e à mofa, em relação aos produtos da autora, para fazer sobressair os da cervejaria concorrente, em absoluto desprezo ao princípio da probidade e da boa-fé contratual, conceito ético, mas também econômico, *"ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue"*.

Persegue-se e ambos contratantes tem esse dever, 'a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através do comportamento fundido na lealdade e confiança" (Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, RT 819/382).

O princípio da probidade e boa-fé está presente no artigo 422 do Código Civil de 2002:

> *"Os contratantes estão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé".*

O insigne Washington de Barros Monteiro preleciona que *"O princípio da probidade versa sobre um conjunto de deveres, exigidos nas relações jurídicas, em especial, os de veracidade, integridade, honradez e lealdade.*

"Desse princípio decorre logicamente o da boa-fé, que reflete não apenas uma regra de conduta, mas consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do Código Civil de 2002.

"Segundo SILVIO DE SALVO VENOSA: 'A idéia central é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida. Toda cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço. Em cada caso o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé" (Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações, 2ª parte, 2003, Saraiva, 34ª edição, revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva, pág. 11).

A conduta do réu "Zeca Pagodinho" evidencia absoluta má-fé e não pode ser aceita como padrão de comportamento normal.

O interesse egoístico, a quebra da lealdade e confiança, com infringência do princípio da obrigatoriedade contratual, importaram em rompimento deliberado do contrato e prejuízos à outra parte.

Embora os réus devam ressarcir a autora pela quebra do contrato, o valor não pode ser no alto montante de R$ 1.860.000,00.

É que o artista participou de comerciais. A própria autora admite que *"a primeira inserção da campanha da autora ocorreu em 1° de setembro de 2003"*, de maneira que a exclusividade teria que ser observada até a data de 31 de agosto de 2004, em virtude do prescrito na cláusula sexta do contrato.

Os autos noticiam que, embora desprezada pelos réus, receberam eles a vultosa quantia de R$ 600.000,00, assumindo, na hipótese de quebra contratual, a obrigação de restituir tal importância, respondendo, ainda, por multa, em caso de descumprimento do contrato, desde que agissem com culpa (cláusula 16ª - fls. 73).

Nada obstante tenha havido quebra do contrato, afigura-se excessivo o montante indenizatório de R$ 1.860.000,00, conforme fixado em 1° grau.

O cantor participou de comerciais e a autora admite o sucesso inicial da estratégia publicitária, transformando em sucesso de vendas a "Nova Schin" (fls. 6), com ganho por parte da autora,

circunstância que não permite a devolução integral da quantia de R$ 600.000,00.

Assim, cabe à prova pericial apurar a parte do contrato que foi desempenhada pelo artista, que fará jus ao pagamento proporcional em decorrência da prestação de serviço realizada, montante a ser apurado em liquidação por arbitramento, o que deverá ser abatido da quantia de R$ 600.000,00, com a condenação dos réus à devolução do restante.

Em relação à multa (fls. 73), considerando a realização parcial do contrato, deverão os réus responder apenas pela sanção de 20% sobre o valor do contrato (cláusula 16ª, primeira parte – fls. 73).

Não há dúvida que houve ofensa ao contrato (CC, art. 408), sendo a multa compensatória uma justa indenização pelo descumprimento da obrigação.

Devem, pois, os réus responder pela restituição, em favor da autora, da quantia a ser apurada, conforme especificado, acrescida da multa de 20% sobre o valor total do contrato (fls. 73) afastada a multa de 35%, que importaria em duplicidade.

A autora fundamentou seu pedido de indenização por danos morais na depreciação de sua imagem pelo teor da encenação de "Zeca Pagodinho" no comercial da concorrente "Brahma", quanto pelas declarações feitas em diversos órgãos da imprensa.

Não há dúvida, conforme anotado no agravo de instrumento interposto pela Ambev, por ocasião da liminar que impedia a divulgação da música "Amor de Verão", mencionado pelo autor-apelante (fls. 704 e 705), que houve efetivo ataque à imagem da autora, ao acentuar que "Zeca Pagodinho" na veiculação da propaganda ironiza o período em que se apresentou como consumidor da cerveja fabricada pela autora ao *"colocar em patamar inferior a cerveja da Schincariol, fazendo com que o artista, em meio à música, classifique-a como uma 'paixão de verão', 'ilusão', 'coisa de momento', e conclua dizendo que 'não tem comparação com aquela que fabrica seu 'grande amor'"* (fls. 705), o que foi repetido em entrevista, com menoscabo do produto fabricado pela autora – *"fazia propaganda da Nova Schin tomando Brahma"* – conforme mencionado por ela na inicial (fls. 17 e 26).

O abalo da imagem é, desenganadamente, dano patrimonial, por seus patentes reflexos na ordem econômica, haja vista a redução da participação da Schincariol no mercado de cervejas, asserção não contrariada, que se traduz em diminuição dos negócios, da clientela e do faturamento. Sua influência prejudicial se exerceu em relação ao patrimônio da autora, cuja atividade depende da manutenção de seu prestígio junto aos usuários de seu produto.

A conduta discriminatória e injustificada do réu Jessé em relação ao produto fabricado pela autora, causou, pois, danos a sua

imagem, com evidentes reflexos patrimoniais, passível de ensejar reparação civil: *"fica clara a ocorrência dos danos morais, pois o comportamento deletério do réu Jessé ofendeu a imagem da autora, inicialmente do ponto de vista subjetivo e certamente também do ponto de vista objetivo.*

"Um contrato em vigência foi quebrado e, não bastasse, houve ofensa à honra daquela que havia pago considerável quantia aos réus" (fls. 686/697).

Com efeito, o E. STJ ensina que *"A pessoa jurídica pode padecer de ataque à sua honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua, circunstância que lhe dá o direito de ser indenizada pelo dano moral experimentado, que existe e pode ser mensurado através de arbitramento"* (RT 767/210).

O v. acórdão salienta que *"Esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta e imediata sobre seu patrimônio" (...). "É certo que, além disso, o dano à reputação da pessoa jurídica pode causar-lhe dano patrimonial, através do abalo de crédito, perda efetiva de chances de negócios e de celebração de contratos, diminuição de clientela,*

etc, donde concluo que as duas espécies de danos podem ser cumulativas, não excludentes.

"...

"A proteção dos atributos morais da personalidade para a propositura da ação de responsabilidade não está reservada somente às pessoas físicas. Aos grupos personalizados tem sido admitido o uso dessa via para proteger seu direito ao nome ou para obter a condenação de autores de propostas escritas ou atos tendentes à ruína de sua reputação. A pessoa moral pode mesmo reivindicar a proteção, senão de sua vida privada, ao menos do segredo dos negócios (...)" (pg. 213).

A autora sofreu sérios transtornos, considerados os graves aborrecimentos sofridos com os diversos atentados à sua honra objetiva, inexistindo legislação de qualquer natureza que limite o valor da indenização para a reparação por dano moral, devendo o *quantum* indenizatório ser proporcional à gravidade do dano, e à condição econômica das partes, afigurando-se adequada e moderada à espécie a indenização por dano moral em quantia equivalente a 1.000 (mil) salários mínimos, ou seja, R$ 420.000,00 (quatrocentos e vinte mil reais).

Por essas razões, pelo meu voto, dou provimento em parte a ambos os recursos, respondendo os réus pela restituição, em favor da autora, pela quantia que vier a ser apurada em liquidação de sentença, conforme especificado, acrescida da multa de 20% sobre o total do contrato (fls. 73), com sua condenação ao pagamento de indenização por dano moral, na quantia de R$ 420.000,00, monetariamente corrigido a partir desta data e com juros de mora de 12% ao ano a partir da citação.

Tendo em vista a sucumbência parcial das partes, responderão elas, por equidade, proporcionalmente à sucumbência, pelas custas e despesas, sendo 20% para a autora e 80% para os réus, respondendo os réus, ainda, pelos honorários de advogado da autora, fixados em 10% sobre o valor corrigido da condenação, tendo em vista que decaiu ela de parte menor de sua pretensão.

Pedro Alexandrino Ablas
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

APELAÇÃO Nº 7.155.293-9

VOTO Nº 8173

COMARCA DE SÃO PAULO

Declaro, em separado, meu voto a respeito da controvérsia dos autos.

A Schincariol moveu ação contra Jessé Gomes e JGS Produções fundada na falta de observação pelos réus das cláusulas formalizadas no ***'instrumento particular de contrato de prestação de serviço, concessão de direitos de uso de imagem e som de voz por tempo determinado para utilização em campanha publicitária'****. E os réus, por vontade própria, descumpriram a avença nele assumida [fls.68].*

A prova disso está evidenciada na encenação protagonizada pelo cantor Zeca Pagodinho que, bandeando-se para o lado da concorrente, participou do comercial ***'Amor de Verão'****. Essa obra é demonstração inatacável da quebra de qualquer vínculo com a autora.*

O ato pessoal se tornou fato público e, portanto, notório.

Segundo Houaiss, notório é o ***"que se mostra evidente ..... que é do conhecimento de todos, que não precisa ser provado"*** *[cf.Dicionário, Ed.Objetiva, 1ª edição, 2001, p.2030]. E, para De Plácido e Silva,* ***"apresenta-se como o fato que deve ser sabido, constituindo uma verdade, que está no domínio público"*** *[cf. Vocabulário Jurídico, Forense, 1967, 2ª ed., vol. II, p.680].*

Por isso, reza o art. 334 do Código de Processo Civil que os fatos notórios não dependem de provas. Bastam por si mesmos para serem considerados verdadeiros.

O cantor, naquele comercial, confessa ter cometido ato adulterino com a autora e, perdoado em sua infidelidade, mostra-se feliz por retornar aos braços da concorrente. Só que por esse modo expôs a fragilidade da palavra empenhada, descumprindo, expressamente, os termos do contrato. Não houve atitude ética nesse capítulo, pela simples razão de que, afora a quebra do contrato, exibiu-se com desprezo e escárnio para aviltar os produtos da autora, e, por essa conduta reprovável, ressaltar os da outra cervejaria. Reconhece-se, aí, a ofensa à contratante e que, indubitavelmente por isso, sofreu prejuízo.

Lembro, aqui, que os réus receberam a nada desprezível importância de R$ 600.000,00. Assumiram, no entanto, a obrigação de restituir tal importância, respondendo, ainda, por multa, em caso de descumprimento do contrato, desde que agissem com culpa [cf. cláusula décima sexta – fls.73].

Como se deu a quebra do contrato, a autora para afastar de si o prejuízo, ingressou com a ação de indenização, reclamando, com apoio na cláusula sétima do contrato de fls.68/74, a condenação dos réus em danos materiais, calculados em R$ 930.000,00,

e os danos morais, em quantia a ser fixada, judicialmente, afora os encargos legais [fls.38].

De sua parte, o d. juiz sentenciante, considerando a quebra do contrato, determinou aos réus a devolução à autora de R$ 930.000,00, a título de dano material, arbitrando o dano moral também em R$ 930.000,00. Por fim, responsabilizou os réus pelas despesas do processo, inclusive os gastos com a perícia, e pelos honorários advocatícios, arbitrados, por eqüidade, em R$ 90.000,00 [fls.687].

Apelam as partes. A autora tem como propósito [1] a elevação do valor indenizatório dos danos extrapatrimoniais, sugerindo-o em torno de dois milhões de reais; [2] a incidência dos encargos sobre as indenizações; [3] a declaração de que o contrato entre as partes produziu efeitos até o dia 31 de agosto de 2004; e, por fim, [4] a fixação dos honorários advocatícios entre 10% a 20% do valor total da condenação [fls.710]. Os réus pleiteiam [1] a reforma integral da r. sentença apelada; [2] a redução da multa por eqüidade, por ***"ter ocorrido inadimplemento contratual parcial"****, pois o cantor gravou* ***"todos os comerciais previstos no contrato"****, ou, então, restringir* ***"a condenação apenas ao importe de 20% do valor do contrato"****; [3] em sendo* ***"considerada a inadimplência total do contrato"****, que haja a redução da multa, com apoio no art. 412 do Código Civil,* ***"ou que, pelo menos"*** *incidir* ***"apenas a penalidade prevista na segunda parte da cláusula 16ª do contrato, sem a aplicação cumulativa e logicamente insubsistente das duas multas computadas na r.sentença apelada"****; e, por fim, [4] afastar* ***"a condenação por danos morais jamais comprovados, ou, ao menos, para fixá-los com parcimônia e eqüidade, restando reduzido o altíssimo importe trazido na r.sentença recorrida"*** *[fls.749/750].*

Frente aos pedidos formulados, entendo não ser possível manter a integralidade do 'decisum' apelado.

Assim, embora devam os réus ressarcir a autora pela quebra do contrato, o valor não pode ser no extraordinário montante de R$ 1.860.000,00. Adiante, aclaro essa conclusão.

O contrato de prestação de serviço, na cláusula sétima, fixou em R$ 600.000,00 o valor pago aos réus, sendo R$ 300.000,00, no ato; R$ 150.000,00, em 45 dias da assinatura do instrumento; e R$ 150.000,00, em 90 dias, contados da data do contrato [fls.71].

Não ignoro, contudo, que o artista participou de comerciais. A própria autora confessa, no entanto, que ***"a primeira inserção da campanha da autora ocorreu em 1º de setembro de 2003"****, de maneira que a exclusividade teria que ser observada até a data de 31 de agosto de 2004, em virtude do prescrito na cláusula sexta do contrato. A autora admite que, em razão da cerveja fabricada e* ***"da estratégia publicitária, o produto logo se transformou em sucesso enorme, gerando aumento de mais de 50% nas vendas da Nova Schin ..... entre agosto e dezembro de 2003, saltando de 9,3% para 14,1% de participação, ... fenômeno poucas vezes presenciado em todo mundo"*** *[fls.06]. Portanto, a autora auferiu ganho. Esse é um motivo para ela não ser ressarcida no valor de R$ 600.000,00, até porque o artista lhe prestou serviço.*

Agora, segundo as letras 'a' e 'b' da cláusula primeira do contrato, o réu se obrigou a participar de dois filmes publicitários de 90 segundos cada um. A autora, sem fazer menção a essas letras, afirma que ele não observou as letras 'c' e 'd' da cláusula primeira, e que se referem à cessão pelo artista da música 'Bendito seja'

50.18.025

e, ainda, a da obrigação de o artista participar de uma sessão de fotos para anúncios na mídia impressa [fls.69]. Assim, se o cantor desempenhou 1/5 ou 1/3, ou qualquer outra expressão fracionária, do contrato, faz jus ao pagamento proporcional em decorrência de serviço prestado. Não produzida prova pericial a esse respeito, o montante tem que ser apurado em liquidação por arbitramento e, posteriormente, abatido da quantia de R$ 600.000,00. Somente nessa oportunidade será possível saber qual a quantia líquida a ser devolvida à autora.

Quanto às multas, houve previsão delas no contrato em duas situações distintas, prescrevendo a cláusula décima sexta a rescisão do contrato, independentemente de notificação, em caso de descumprimento por qualquer das partes, sujeitando-se a parte infratora ***"ao pagamento de multa no valor correspondente a 20% ..... do valor total deste contrato"****, respondendo, ainda, por honorários, despesas judiciais e extrajudiciais e, ainda perdas e danos; e, mais adiante, estabelecendo que* ***"Caso o objeto do presente [contrato] não puder realizar-se por culpa do contratado, ou por qualquer outra causa que dele advenha"*** *obriga-se* ***"a restituir à contratante os valores pagos, acrescidos de multa de 35% [trinta e cinco por cento] sobre o valor total do contrato, obrigação essa também estendida às intervenientes"*** *[fls.73].*

A r. sentença, apegada a essa cláusula, ordenou o reembolso de R$ 600.000,00, mais a multa de 20%, no importe de R$ 120.000,00, e, ainda, a multa de 35%, no valor de R$ 210.000,00, implicando no total de R$ 930.000,00, relativamente ao dano material. [fls.684 e 687].

Entendo, no entanto, inadmissível a exigência de penalização em duplicidade frente ao que prescreve a lei civil

50.18.025

Parto da assertiva de que o artista, por haver cumprido em parte o contrato, deve responder por sua falta proporcionalmente ao descumprimento das obrigações assumidas, e somente por uma das multas.

Considerando que o objeto do instrumento particular realizou-se em parte, impossível impor aos réus a multa de 35%, de sorte que havendo quebra contratual devem eles responder pela sanção de 20% sobre o valor do contrato [cf. cláusula 16ª, primeira parte – fls.73].

Sem dúvida, houve ofensa ao contrato, como prescreve o art. 408: ***"Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora".***

A culpa está evidente nos autos.

E a cláusula penal, que é um pacto acessório pelo qual as próprias partes contratantes estipulam a pena pecuniária contra a parte infringente da obrigação em havendo inexecução culposa, não intimidou o artista. Mas, a quebra contratual impõe-lhe ressarcir a autora.

Lembra De Plácido e Silva que a multa compensatória, também conhecida por cláusula penal, ***"é a que se institui no contrato, representando a prévia determinação dos prejuízos que possam advir pela inexecução do contrato, como indenização ou pagamento, que venha contrabalançar o montante dos mesmos prejuízos. Estes prejuízos entendem-se as perdas e danos resultantes ou conseqüentes da falta de cumprimento do contrato".*** *E, sobre a multa moratória, expressa que* ***"é a que se fixa para pagamento , quando ocorre o retardamento na execução da obrigação contratada. Assim, a***

50.18.025

multa moratória claramente se distingue da multa compensatória. Enquanto esta é devida pela inexecução parcial ou total do contrato, a moratória resulta da impontualidade no cumprimento da obrigação" *[cf.Vocabulário Jurídico, Forense, vol. III, J-P, p.1043].*

Alerta esse mesmo jurista que, se a multa compensatória consiste ***"numa justa indenização pelo não cumprimento da obrigação, entende-se que o pedido deve recair ou nela ou na obrigação, não nas duas. Torna-se, pois, alternativa, cabendo a escolha ao credor"*** *[cf.obra citada, idem].*

Caio Mário da Silva Pereira é dessa mesma opinião ao revelar que a multa contratual compensatória, ***"como indica a própria denominação, substitui obrigação principal, indenizando o credor das perdas e danos gerados do inadimplemento do devedor"; e, ainda, que, "Quando a penalidade é compensatória, o inadimplemento da obrigação pera como uma condição que abre ao credor um alternativa e lhe oferece dois objetos em solução: ou o cumprimento da obrigação, que pode pedir por via da açãoi correspondente ao título, ou a pena convencional, que tem a fnalidade de compensá-lo ao dano sofrido"*** *[cf. Instituições de Direito Civil, vol. II, 6ª edição, ns. 150 e 151, p.135 e 140].*

No entanto, pondera De Plácio e Silva que a ***"jurisprudência tem admitido que a pena convencional se apresenta como uma prefixação, pels partes contratantes, do rejuízo que lhes possa advir, pelo não cumprimento das cláusulas contratuais. E, nestas condições, sua cobrança já se indica uma prova do prejuízo, sem que se exija, portanto, sua demonstração pela parte que a ela tem direito. No entanto, quando se prova que o prejuízo pela infração é maior que a pena estipulada, pode o prejudicado pedir perdas e danos, além do***

50.18.025

montante da pena, para cobrir-se dos prejuízos realmente tidos, sob a modalidade de indenização" *[cf. obra citada, vol I, A-C, p.345].*

Tendo a empresa pago o valor total do estipulado no instrumento particular, tem, à evidência, interesse na penalização dos réus e que eles lhe devolvam o valor proporcional ao serviço que não foi, em parte, prestado pelo cantor na forma combinada.

Dispõe o art. 409 do diploma civil que: ***"A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora"****.*

Segundo Nery & Nery, ao comentarem o art. 409, destacam que a ***"cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simples mora. Quando a pena se refere a alguma cláusula especial, ela é compulsória. É compensatória quando estabelecida para a violação de qualquer cláusula do contrato. A cláusula que menciona indeterminadamente – 'infringir cláusula deste acordo' – abrange qualquer cláusula do contrato"****. Mais adiante, reforçam a idéia de que,* ***"Quando a cláusula penal for estipulada ..... em segurança especial de outra cláusula determinada, o credor pode exigir cumulativamente a obrigação principal e a pena cominada [CC 411]*** *[cf.Código Civil Comentado, RT, 3ª edição, p.370].*

Preceitua o art. 411 do Código Civil: ***"Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra clásula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal"****.*

Maria Helena Diniz, atentando para esse preceito, afirma que, ***"Se a cláusula penal visar a garantia da execução de alguma cláusula especial do título obrigacional, possibilitará ao credor o direito de reclamar a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal"*** *[cf. Códig Civil Anotado, Saraiva, 8ª edição, 2002, p.299].*

Com mais ênfase, lecionava Washington de Barros Monteiro, reportando-se ao então art. 919, do Código Civil de 1916, em tudo semelhante ao art. 411 do atual diploma civil, de que ***"assiste ao credor, desrespeitada a avença, direito de exigir conjuntamente multa e desempenho da obrigação principal".*** *E isso porque seria absurdo que* ***"o devedor ficasse isento de satisfazer a prestação principal só porque se revelara impontual ou inadimplente em relação a determinada cláusula especial do negócio jurídico. Semelhante liberação constituiria, sem dúvida, prêmio à malícia e à má-fé. Por isso mesmo, prescreve a lei, sabiamente, que o devedor não só pague a multa pela infração que cometeu, como satisfaça, ainda, cumulativamente, a prestação principal, a que se obrigara"*** *[cf. Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, 1ª parte, Saraiva, 20ª edição revista e atualizada, 1985, p.203].*

No caso dos autos, é evidente que a multa de 20% se mostra insuficiente para indenizar a autora do descumprimento parcial do contrato, pois a importância de R$ 120.000,00 não a irá ressarcir do prejuízo sofrido, porquanto houve, sem dúvida, perdas com a não observação integral do instrumento particular. Portanto, o valor da multa e mais o reembolso na quantia a ser apurada, servirá para recompor, possivelmente, o patrimônio da autora.

Devem os réus, portanto, responder pela restituição, em favor da autora, pela quantia a ser apurada, acrescida da multa de 20% sobre o valor total do contrato [fls.73].

Por essa conclusão, afasto a multa de 35%.

Agora, no tocante ao dano moral, reduzo a indenização de R$ 930.000,00 para R$ 420.000,00 [quatrocentos e vinte mil reais], porque, embora seja ácido o cinismo do cantor em se expor na condição de 'adúltero' de produtos, com visível intenção de prejudicar a contratante, pois tudo não passaria de ser ele mera vítima de uma paixão passageira, porque não possuiria a ofendida dote algum que o pudesse prender na condição de 'garoto propaganda' e o fizesse permanecer fiel até o final do prazo do contrato na forma como ficou entre eles ajustado, não deixa o cantor, no entanto, de ser pessoa física, não apresentando condições econômico-financeiras para ressarcir à altura da pretensão da empresa a ofensa que lhe irrogou. Não serve de fundamento o fato dele, Zeca Pagodinho, ser bem sucedido no cenário musical brasileiro, até porque não houve comprovação de que possui fortuna capaz de responder pelo montante em torno de quase dois milhões de reais como arbitrado em Primeiro grau e que não comprometesse o sustento e a tranquilidade dele e da família. Ademais, a autora poderia ter demandado contra a agência de propaganda, que se mostrou criativa na elaboração da ofensa nos meios de comunicação, e contra a própria Brahma, sua concorrente, que demonstrou força na reconquista do profissional, sucubindo a autora por sua força econômico-financeira, além de obrigá-la a suportar os gracejos inoportunos desferidos na guerra dos produtos. Assim, se a Schin tivesse visado, apenas, o ganho de dinheiro, teria que se voltar contra o cantor, a agência de propaganda e a concorrente. Ao optar pela parte mais

fraca, é evidente que não pode conquistar tudo o que pretendeu com a presente ação, mesmo fundada no contrato celebrado entre os litigantes.

Quanto aos encargos – juros e correção monetária – incidentes sobre o dano material, deverão ser considerados a partir de 11 de dezembro de 2006, data de julgamento de Primeiro grau [fls.684]. No tocante ao dano moral, incidirão esses encargos a partir da data do julgamento coletivo, em definitivo.

Fica, ainda, declarado que o contrato, porque teve a primeira inserção do anúncio na dia 1° de setembro de 2003, as partes teriam que observar o contrato pelo período de doze meses, significando isso que o seu término ocorreria no dia 31 de agosto de 2004, como se infere da cláusula sexta do contrato [fls.06 e 70].

No tocante à sucumbência, acompanho o entendimento do i. relator.

Assim, em resumo, e no tocante ao [1] apelo da autora, [1] nego a elevação do valor indenizatório a título de dano moral; [2] o dano material será corrigido a partir do julgamento de Primeiro grau e o dano moral do julgamento em segunda Instância; [3] o contrato produzirá seus efeitos até a data de 31 de agosto de 2004; e, por fim, [4] arcará a autora com 20% e os réus com 80% das despesas processuais, respondendo estes por 10% sobre o valor atualizado da condenação, a título de honorários advocatícios. Com relação ao recurso dos réus [1] acolho-o para reformar, em parte, a r. sentença apelada, impondo somente a multa de 20%; [2] de outro lado, nego o pedido para não haver a cumulação da obrigação principal com a obrigação acessória, como também nego o pedido para afastar o dano moral, por estar comprovado nos autos, mas acolho o pleito para reduzir o valor indenizatório, arbitrando-o em R$ 420.000,00.

Assim, pelo meu voto, *também dou provimento em parte a ambos os recursos, com observação, mantendo-se, no mais, a r. sentença apelada.*

Virgilio de Oliveira Junior
Desembargador Revisor