

Apelação Cível n. 2011.005272-8, de Braço do Norte

Relatora: Des. Rosane Portella Wolff

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM.

AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DEFLAGRADA CONTRA A PESSOA QUE SE APRESENTAVA COMO PROPRIETÁRIO DA EMBARCAÇÃO NA QUAL A AUTORA SOFREU ACIDENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

PRELIMINAR. INSURGÊNCIA DA AUTORA QUANTO À EXTINÇÃO DO FEITO EM RELAÇÃO AO RÉU JURERÊ PRAIA HOTEL. TEORIA DA APARÊNCIA. CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS REALIZADOS PELO PRIMEIRO RÉU DENTRO DO ESTABELECIMENTO DO SEGUNDO. ARRENDANTE QUE AUFERIA PERCENTUAL DOS LUCROS MENSAIS COM OS SERVIÇOS PRESTADOS PELO ARRENDATÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA.

MÉRITO. ACIDENTE NÁUTICO SOFRIDO PELA REQUERENTE, ENQUANTO PARTICIPAVA DE ATIVIDADE INTITULADA "BANANA BOAT" (BÓIA EM FORMATO DE BANANA REBOCADA POR UMA LANCHAS). EXECUÇÃO DE MANOBRA DO CONDUTOR DA EMBARCAÇÃO, OCASIONANDO A QUEDA DOS PASSAGEIROS DA BÓIA E FRATURA NO FÊMUR DA DEMANDANTE. PARTICIPANTE QUE, AO ADERIR VOLUNTARIAMENTE AO PASSEIO, ASSUME OS RISCOS INERENTES À ATIVIDADE. CARÊNCIA DE INFORMAÇÃO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS PELOS PASSAGEIROS NÃO DEMONSTRADA. PROVA TESTEMUNHAL CONTRADITÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS RÉUS NÃO EVIDENCIADA. SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDOS.

Indenização. Ocupante de "banana boat" que vem a cair do equipamento e a se ferir. Atividade que sabidamente traz em si o risco de queda no mar, o que pode provocar danos corporais. Defeito na prestação do serviços não caracterizado. Art. 14 § 1º inciso II da Lei 8.078/90 que textualmente manda considerar, na qualificação do serviço como defeituoso, os riscos naturais da atividade. Apelação provida. (TJSP, Apelação Cível n. 0000472.97.2007.8.26.0020, rel. Des. Arantes Theodoro, j. 13-6-2013)

RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO AGRAVO RETIDO, PARCIALMENTE PROVIDO O APELO DA AUTORA E PROVIDO O APELO DO PRIMEIRO RÉU.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.005272-8, da 2ª Vara Cível da comarca de Braço do Norte, em que são apelantes e apelados C.S.U., M.Z. e outro:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos Recursos, desprover o Agravo Retido, dar parcial provimento ao Apelo da Autora e dar integral provimento ao Inconformismo de M.Z.

Custas legais. O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Henry Petry Junior.

Florianópolis, 4 de fevereiro de 2015.

Rosane Portella Wolff

RELATORA

RELATÓRIO

C.S.U. ajuizou a "ação de indenização por danos morais e materiais" n. 010.00.002833-9 em face de M.Z. e Jurerê Praia Hotel Ltda.

A Autora narrou na inicial que ela, seu marido e alguns amigos se dirigiram até a sede do Jurerê Praia Hotel, onde adquiriram ingressos para andar de "Banana Boat"; que, em alto mar, o condutor da lancha que rebocava a bóia efetuou manobra brusca e imprudente, lançando os passageiros na água, momento em que a Demandante fraturou o fêmur da perna direita.

Relatou a Requerente que, em função da lesão, ficou internada durante sete dias e, após a alta médica, foi obrigada a retornar ao hospital 4 (quatro) vezes para acompanhamento; que além das cicatrizes deixadas na parte posterior da coxa, sua perna direita foi reduzida em 4,5 cm (quatro centímetros e meio); que ficou impossibilitada de exercer a atividade de comerciante por mais de 6 (seis) meses, e foi obrigada a contratar 3 (três) funcionários para substituí-la nas atividades desempenhadas em seu restaurante.

Por isso, objetivou a condenação dos Réus ao pagamento de indenização por danos materiais, morais, estéticos e fixação de pensão alimentícia (fls. 2-15).

Citados (fls. 42-43), os Réus apresentaram resposta na forma de contestação (fls. 43-67 e 82-95).

O primeiro Demandado, preliminarmente, arguiu a ilegitimidade passiva, a impossibilidade jurídica do pedido e apontou confusão entre os pedidos formulados pela Demandante. No mérito, alegou que aos participantes era dado o direito de escolha entre realizar o passeio "com emoção" ou "sem emoção". Na primeira hipótese, o barco efetuaría manobra de modo a projetar os passageiros na água, enquanto na segunda o movimento não seria realizado. Sustentou o primeiro Requerido que os passageiros teriam escolhido a primeira opção, e que a Requerente, apesar de ter sido avisada para se projetar no mar na hora da queda, esforçou-se no sentido de não ser lançada na água, sendo desta, portanto, a culpa exclusiva pelos danos verificados (fls. 43-67).

O segundo Réu arguiu, prefacialmente, ilegitimidade passiva, e, no mérito, em suma, sustentou que inexistente solidariedade passiva entre a pessoa que exercia as atividades relatadas na exordial e a pessoa jurídica do Hotel, não tendo este contribuído de nenhuma forma para a ocorrência do acidente. No que diz respeito à dinâmica do acidente, reforçou os argumentos deduzidos pelo outro Réu, pugnando pela improcedência dos pedidos iniciais (fls. 82-95).

A Autora apresentou réplica às fls. 99-104 e 105-108.

No despacho saneador de fl. 115 o Magistrado a quo verificou a legitimidade das partes, postergando a análise das demais preliminares. A realização da prova pericial requerida foi deferida, designando-se, ainda, audiência de instrução e julgamento.

O primeiro Réu interpôs Agravo Retido (fls. 127-128), insurgindo-se contra a decisão que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva.

A perícia médica foi juntada às fls. 148-152.

Na audiência de instrução realizada às fls. 195-205 foram ouvidas 3 (três) testemunhas arroladas pela Autora e às fls. 225-228, 239-244 e 246-247 foram juntadas as cartas precatórias expedidas para inquirição das demais testemunhas arroladas nos autos.

As partes apresentaram alegações finais às fls. 272-276, 279-281 e 283-284 e o Togado de primeiro grau prolatou sentença às fls. 293-311, extinguiu, por ilegitimidade ad causam, o feito em relação ao segundo Réu, e, em relação ao remanescente, julgou parcialmente procedentes os pedidos, conforme consta no dispositivo abaixo transcrito:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, com fulcro no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil, e, em consequência, condeno o réu M.Z. ao pagamento:

A) de R\$ 9.300,00 (nove mil e trezentos reais), a título de danos morais, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês calculados a partir da data do evento danoso (16/04/2000 Â- Súmula 54 STJ), e correção monetária a partir do trânsito em julgado desta sentença;

B) de R\$ 6.975,00 (seis mil, novecentos e setenta e cinco reais), a título de danos estéticos, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês calculados a partir da data do evento danoso (16/04/2000 Â- Súmula 54 STJ), e correção monetária a partir do trânsito em julgado desta sentença;

C) de R\$ 2.426,00 (dois mil, quatrocentos e vinte e seis reais), a título de danos materiais, corrigidos monetariamente, pelos índices da CGJ, a partir de cada desembolso e acrescidos de juros de 1% ao mês, a contar da data do evento danoso (16/04/2000 Â- Súmula 54 do STJ). [...] tendo em vista que a autora decaiu de parte mínima do pedido, condeno tão somente o réu no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor total atualizado da condenação, nos termos do artigo 20, §3º, alíneas "a" à "c" do Código de Processo Civil.

Custas pelo réu. Bem ainda, declaro resolvido o feito em relação ao réu Jurerê Praia Hotel Ltda., com fulcro no artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil. Condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 930,00 (novecentos e trinta reais), a teor do disposto no artigo 20, § 4º do CPC. Custas ex lege. No entanto, suspendo a exigibilidade das referidas verbas, pelo prazo a que alude o artigo 12 da Lei nº 1.060/50. P.R.I.

Insatisfeita, a Autora interpôs Recurso no qual pugna pela reforma da sentença no que diz respeito à responsabilidade do réu Jurerê Praia Hotel Ltda., requerendo, ainda, a majoração do quantum indenizatório fixado como reparação dos danos morais e estéticos, além da fixação de pensão mensal (fls. 313-321).

Pelo Réu também foi interposto Recurso de Apelação, no qual pleiteou a reforma do julgado, sustentando, em preliminar, ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda e, no mérito, defendeu a ausência de provas para a fixação de pensão alimentícia e danos estéticos, e apontou supostas contradições nos depoimentos das testemunhas ouvidas na instrução, abrigando a tese de que a lesão teria ocorrido por culpa exclusiva da própria autora (fls. 329-334).

As contrarrazões foram apresentadas pelas partes e juntadas aos autos às fls. 352-362 e 374-378.

Dessarte, vieram os autos a este Areópago.

É o necessário escorço.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos Recursos.

I Â- Do Agravo Retido Â- Da ilegitimidade passiva da Apelante/Agravante

Inicialmente, pugna o Réu M.Z. pela análise do agravo retido de fls. 125-128, interposto contra decisão que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva.

Sustenta o Agravante ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, pois o contrato de arrendamento do espaço utilizado para locação do "banana boat" se deu entre o réu Jurerê Praia Hotel Ltda. e Lumar Empreendimentos Náuticos Ltda., e não em seu nome.

Contudo, extrai-se do contrato de arrendamento que o apelante é o representante da empresa Lumar Empreendimentos Náuticos Ltda., tanto é que consta como fiador na cláusula nona da avença, e o endereço de M. é o mesmo endereço da empresa Lumar.

Além do mais, o próprio réu M.Z. apresentava-se como responsável pela locação das embarcações, o que se constata pelo cartão juntado à fl. 30.

Diante disso, conhece-se do Agravo Retido e nega-se-lhe provimento, afastando-se, por consequência, a preliminar de ilegitimidade passiva do réu M.Z..

II Â- Da ilegitimidade passiva do réu Jurerê Praia Hotel Ltda.

A Autora pretende a alteração da sentença no que diz respeito ao reconhecimento da ilegitimidade passiva do réu Jurerê Praia Hotel Ltda., sob os seguintes argumentos: (i) que o Demandado é o proprietário do imóvel arrendado a M.Z., e que lhe era repassado percentual sobre o faturamento mensal do arrendatário; (ii) que o contrato de arrendamento entre as partes previa que os profissionais responsáveis pelos serviços náuticos deveriam usar uniforme com o logotipo do Jurerê Open Shopping; (iii) que os preços praticados pelo réu M.Z. eram pré-aprovados pela arrendadora.

Razão assiste à Demandante.

Isso porque, deve ser aplicada ao caso a teoria da aparência, haja vista que as atividades desenvolvidas pelo réu M.Z. ocorriam, além da orla marítima e do mar, dentro da área do estabelecimento do réu Jurerê Praia Hotel, conforme consta na descrição do objeto do "Instrumento Particular de Contrato de Arrendamento" (fl. 69) firmado entre eles, a saber:

OBJETO: O arrendamento do imóvel constituído de uma área de 910,22 m², totalmente calçada e um quiosque nela construído, com 133,84 m² no térreo, 111,62 no primeiro pavimento e 51,46 m² no segundo pavimento, totalizando 296,92 m² totais de área interna, localizada no interior das dependências da ARRENDADORA, em local devidamente demarcado em planta anexa que, rubricada pelos contratantes, fica fazendo parte integrante do presente instrumento, imóveis estes destinados exclusivamente às atividades do ARRENDATÁRIO que consistem na exploração e prestação de serviços náuticos, com locação de equipamentos pertinentes à sua atividade, exclusivamente.

Tal realidade foi confirmada pelo relato da testemunha Anderson Cândido (fls. 200-201), "os coletes foram entregues nos fundos do hotel, no local onde estavam os barcos".

Além disso, pela cláusula terceira da avença, observa-se que a arrendante auferia o equivalente a 15% (quinze por cento) da receita bruta mensal do arrendatário. Confira-se:

CLÁUSULA TERCEIRA: O valor do presente arrendamento será o equivalente a 15% (quinze por cento) do faturamento bruto mensal do ARRENDATÁRIO, apurado com base nos livros caixa e contábeis ou por qualquer outro meio, deduzidos os custos de operação, limitados estes a 15% (quinze por cento) da receita bruta diária. Entende-se por custos de operação exclusivamente o consumo diário de gasolina, óleo dois-tempos, graxas, cuja planilha de consumo deverá ser apresentada diariamente junto com o resumo de horas de locação dos equipamentos. O valor do arrendamento será pago na sede da ARRENDADORA, ou onde e a quem esta indicar, até o dia 10 do mês subsequente ao vencido.

Vê-se que não só as atividades eram desenvolvidas dentro do estabelecimento do réu Jurerê Praia Hotel, mas que este também auferia lucro sobre o faturamento com os serviços prestados pelo réu M..

Ressalta-se que o contrato de arrendamento sequer isentou a arrendante de responsabilidade por danos causados a terceiros, limitando-se, na alínea "m", da cláusula quinta (fl. 72), a delimitar responsabilidade exclusiva do arrendatário apenas no caso de inobservância dos dever de "manutenção dos equipamentos náuticos próprios ou de terceiros com certificados de propriedades devidamente regularizados e liberados pela Capitania dos Portos, sendo expressamente proibido sua locação para pessoas inabilitadas [...] a qualquer título".

E, ainda que houvesse disposição no sentido de afastar a responsabilidade da arrendante, tal cláusula não seria oponível a terceiros, vinculando apenas as partes contratantes.

Assim, detém legitimidade o Réu Jurerê Praia Hotel Ltda. para figurar no polo passivo da demanda, motivo pelo qual deve arcar, solidariamente, com o montante de eventual condenação.

III Â- Da responsabilidade civil dos Réus

Cuida-se de demanda na qual a Autora busca a condenação dos Réus ao pagamento de indenização por danos materiais, morais, estéticos e pensão alimentar, decorrentes de acidente náutico, ocasionado pela queda da Demandante de uma bóia em formato de banana ("banana boat") que, juntamente com outros passageiros, eram rebocados por uma lancha em alto mar.

Sobre o tema, veja-se o relato inicial:

[...] a lancha que puxava o "Banana Boat", onde estava a Autora, efetivou uma manobra brusca e de repente, sem qualquer aviso, foi efetivada uma manobra brusca e imprudente pelo guia/motorista da Lancha e as pessoas que se encontravam sobre a embarcação foram lançadas na água, sem qualquer possibilidade de defesa. (fl. 3).

O réu M. sustentou que a Autora, ao optar por participar do "banana boat", sabia dos riscos oferecidos pela modalidade de passeio escolhida, e que o acidente ocorreu por culpa exclusiva dela que, embora alertada para projetar-se na água no caso de manobra da lancha, segurou-se na bóia e dificultou a queda, fazendo com que ocorresse a fratura do fêmur.

A lide, adianta-se, deve ser analisada sob a luz do Código de Defesa do Consumidor, pois a Autora enquadra-se no conceito legal de consumidor (art. 2º do Código de Defesa do Consumidor), enquanto os réus caracterizam-se como fornecedores de serviço, a teor do art. 3º da Legislação Consumerista.

O art. 8º, da legislação consumerista, preconiza que

os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. (grifo nosso)

Por sua vez, o art. 14 do referido diploma legal dispõe que "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

O § 1º, II, do aludido artigo, entretanto, estabelece que "o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: [...] II Â- o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam".

Para que um serviço seja reputado defeituoso, portanto, deve-se levar em consideração sua natureza e os riscos que dele se esperam.

No entanto, do acontecimento relatado pela Demandante na exordial, não se pode concluir pelo defeito na prestação do serviço, mas, ao contrário disso, entende-se que os fatos narrados decorrem do próprio risco da atividade ao qual a participante aderiu voluntariamente e, por isso, impassível de indenização.

A adesão do participante na atividade intitulada "banana boat" pressupõe sua concordância com os riscos inerentes ao próprio passeio, principalmente o de cair na água durante o deslocamento da bóia. E bem por isso os ocupantes do reboque são obrigados a utilizar o colete salva vidas. Ora, se não houvesse risco de os usuários serem arremessados na água, não haveria necessidade da utilização do dispositivo de flutuação.

No que diz respeito à dinâmica do acidente em si, não há dúvida de que a queda sofrida pela Autora e pelos outros passageiros foi ocasionada pela guinada da lancha que rebocava a bóia Â- a Autora afirma na inicial e os Réus não negam o fato na contestação.

Os Demandados sustentam que a fratura foi ocasionada porque a Demandante, ao invés de se projetar na água, facilitando a queda, "esforçou-se no sentido de não ser lançada ao mar" (fl. 47). A acionante não nega tal versão na réplica, limitando-se a afirmar que não teria sido avisada sobre a manobra brusca que a lancha realizaria.

Aliás, a própria perícia, ainda que registre ter a Autora sido projetada na água, em resposta ao quesito n. 16 do réu M., consigna que:

[...] as fraturas com desenho helicoidal são causadas por forças em torção no osso. Este movimento provavelmente foi realizado quando a Autora tentava se manter em cima da "banana boat" com o pé preso em aparato próprio para este fim [...] e a força cinética a projetou para fora devido ao movimento brusco da embarcação. (fl. 152).

E, sobre a suposta ausência de informação, que poderia dar ensejo à responsabilização dos Réus, a prova produzida nos autos é frágil e não oferece condições para a formação da convicção necessária à condenação dos Demandados.

Isso porque o depoimento das testemunhas arroladas pela Autora Â- Anderson Cândido (fls. 200-201), Claiton Della Giustina Coan (fl. 202-203) e Lusinete Matos Salvador (fls. 204-205), que participavam da mesma excursão para Florianópolis/SC Â-, no sentido de que não teria sido dada nenhuma informação a respeito das "manobras radicais" que a lancha efetuará, foi contraposto pelo depoimento das testemunhas arroladas pelo réu M.Z. Â- Ivan Regis Rodrigues (fl. 241), Fernando dos Santos (fl. 242) e Ricardo Aimone Contreira (fl. 246) Â-, foram enfáticos ao relatar que os passageiros receberam instruções acerca dos procedimentos a serem seguidos durante o passeio.

A bem da verdade, a testemunha da Autora, Claiton, que estava no mesmo passeio, afirma que: "o cara que estava pilotando a lancha comentou que iria fazer algumas curvas e era para o pessoal se jogar (fl. 202).

Por sua vez, Lusinete, que havia feito o passeio no dia anterior, confirmou que manobras foram feitas, que caíram na água e que inclusive "pediram para andar mais rápido" (fl. 204).

Ainda, Anderson e Claiton confirmaram que já tinham visto a prática da atividade, com quedas na água, sendo que as três testemunhas estavam na mesma excursão da Autora.

Vale dizer, tem-se que a informação sobre o tipo de prestação de serviço e, inclusive, acerca dos riscos inerentes à atividade foram prestadas à Requerente.

Já noutro giro, tem-se que, patente a informação à Autora, e, inexistente qualquer fortuito interno na prestação do serviço, bem como por não estar comprovada nenhuma negligência, imprudência ou imperícia, nem mesmo culpa in vigilando, não há como imputar a responsabilidade civil das Rés em reparar os danos experimentados pela Autora.

É que a fratura que sofreu em sua perna decorreu de sua tentativa de permanecer no "banana boat", quando deveria ter acompanhado o movimento (força centrífuga), lançando-se ao mar.

Com isso, patente que essa situação decorre da própria prática da atividade recreativa (lançar os passageiros ao mar como forma de diversão), o infortúnio experimentado pela Autora não pode ser imputado aos Demandados.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Indenização. Ocupante de "banana boat" que vem a cair do equipamento e a se ferir. Atividade que sabidamente traz em si o risco de queda no mar, o que pode provocar danos corporais. Defeito na prestação do serviços não caracterizado. Art. 14 § 1º inciso II da Lei 8.078/90 que textualmente manda considerar, na qualificação do serviço como defeituoso, os riscos naturais da atividade. Apelação provida. (Apelação Cível n. 0000472.97.2007.8.26.0020, rel. Des. Arantes Theodoro, j. 13-6-2013)

Assim, não obstante o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam do réu Jurerê Praia Hotel, tem-se o afastamento da responsabilidade civil, razão pela qual a sentença deve ser reformada para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Por consectário, alterada a tutela jurisdicional, a verba sucumbencial deve ser redimensionada.

Integralmente vencida a Autora, ela deve arcar com a totalidade das despesas processuais (art. 20 do Código Buzair), bem como com os honorários advocatícios devidos aos Advogados das Rés, os quais são arbitrados em conformidade com o § 4º e alíneas "a", "b" e "c", do § 3º, do suso apontado comando normativo.

Assim, observado o tempo de tramitação da lide, a ocorrência de instrução processual, o êxito dos Demandados por conta do labor desenvolvido por seus Patronos, tem-se que essa verba deve ser fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada Réu.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se dos Recursos, nega-se provimento ao Agravo Retido, dá-se parcial provimento ao Apelo da Autora, tão somente para reconhecer a legitimidade passiva do réu Jurerê Praia Hotel, e dá-se provimento ao Apelo do réu M.Z., a fim de reformar a sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais, redistribuindo os ônus sucumbenciais.