



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000247511

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0137795-35.2006.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado LEONILDO SERAFIM e Interessado FERNANDO DOS SANTOS TOMAZ, é apelado/apelante S.V.C. JARAGUA COMERCIAL LTDA.

ACORDAM, em 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Apelação da ré conhecida em parte e não provida. Apelação do autor não provida, V.U. E quanto aos honorários sucumbenciais, vencidos o 2º Juiz, que declara, e o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente), MELO BUENO, GILBERTO LEME E SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 9 de abril de 2018

Morais Pucci

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação n° 0137795-35.2006.8.26.0100
Comarca de São Paulo - 28ª Vara Cível
Juiz de Direito Dr. Rogério Murillo Pereira Cimino
Apelante/Apelado: Leonildo Serafim
Apelado: Fernando dos Santos Tomaz
Apelado/Apelante: S.v.c. Jaragua Comercial Ltda

Voto n° 18170

Apelação Cível. Ação indenizatória por danos morais fundada em acidente de trânsito. Sentença de procedência. Apelo da empresa corré e do autor.

Preliminar de litispendência já afastada por acórdão que julgou a apelação interposta em relação à primeira sentença proferida nestes autos. Preclusão. Preliminar de ilegitimidade passiva já afastada por decisão irrecorrida, na vigência do CPC/73. Impossibilidade de rediscussão da matéria. Ocorrência de preclusão consumativa, mesmo em relação à matéria de ordem pública.

Culpa do motorista do caminhão que é incontroversa nos autos. A empresa corré, tomadora dos serviços de transporte responde solidariamente pelos danos sofridos pelo autor, com fulcro no art. 932, III, CC. O fato de o suposto causador do ato ilícito ser funcionário terceirizado não exime a tomadora do serviço de sua eventual responsabilidade.

Indenização por danos morais que não comporta a majoração pretendida pelo autor.

Apelação da ré conhecida em parte e não provida. Apelação do autor não provida.

A r. sentença proferida à f. 500/505 destes autos de ação

indenizatória por danos morais, fundada em acidente de trânsito, movida por **LEONILDO SERAFIM**, em relação a **SVC JARAGUÁ COMERCIAL LTDA e FERNANDO DOS SANTOS TOMAZ**, julgou procedente o pedido para condenar os réus no pagamento ao autor de indenização por danos morais fixada em R\$ 50.000,00, corrigida desde a prolação da sentença e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a contar a citação e, também, no pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Apelaram o autor (f. 509/513) e a empresa corré (f. 517/526).

O autor sustentou, em suma, que: (a) o valor da indenização por danos morais deve ser majorado para R\$ 200.000,00, valor esse que não causará seu enriquecimento; (b) o valor fixado na sentença não é suficiente para compensar o autor pelos danos morais que experimentou em razão do acidente e das lesões sofridas; (c) os honorários advocatícios de sucumbência devem ser majorados para 20%.

A corré, por sua vez, alegou preliminar de (a) litispendência desta ação com outra, ajuizada pelo autor e sua esposa, na qual postularam indenização por danos materiais e por danos morais que sofreram pela morte de seu filho no acidente; (a1) aquela ação foi julgada parcialmente procedente; (a2) ninguém pode ser condenado duas vezes pelo mesmo fato; (b) ilegitimidade passiva porque o caminhão que se envolveu no acidente possuía o logotipo das Lojas Marabraz; (b1) nos termos do contrato de prestação de serviços de transporte, a empresa contratada é a única responsável pelos atos praticados por seus funcionários, ou seja, o contrato excluiu qualquer responsabilidade da apelante na execução dos serviços por ela

contratados. No mérito, sustentou que: (a) a culpa da corré apelante não foi demonstrada, não podendo prosperar sua condenação no pagamento da indenização; (b) o acidente foi causado pelo condutor do veículo com logotipo das Lojas Marabraz, que nunca foi funcionário da apelante; (c) celebrou contrato de prestação de serviços com a empregadora do motorista, que é a responsável pelos atos de seus funcionários.

As apelações, preparadas (f. 514/515, 527/529), não foram contra-arrazoadas (f. 932).

É o relatório.

Não há nos autos certidão de disponibilização da sentença no DJE; entretanto, em consulta ao site do DJE, verificou-se que tal disponibilização se deu em 06/04/2016 – f. 535; as apelações, protocoladas em 25 e 29 de abril daquele ano, são tempestivas.

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo as apelações do autor e da corré nesta instância, em ambos os efeitos.

É incontroversa nos autos, estando, ademais, comprovada documentalmente, a ocorrência do acidente no dia 26/07/2003, às 16h, que vitimou o autor, além de outras pessoas que se encontravam na calçada central da Av. Bussocaba n. 300, em Osasco.

Nesse acidente, o filho do autor, Daniel Serafim, também faleceu; o corréu Fernando dirigia o caminhão que atropelou as vítimas (f. 19/21, 27).

A presente ação foi, de início, julgada extinta pela ocorrência da litispendência porque o autor e sua esposa já haviam ajuizado ação indenizatória fundada nesse mesmo acidente, em trâmite perante a 39ª Vara Cível Central, de n. 0032509-39.2004.8.26.0100 (f. 297/298).

Entretanto, no julgamento da apelação interposta pelo autor, esta C. 35ª Câmara de Direito Privado, por voto de relatoria do

Exmo. Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho, afastou a sentença, rechaçando a alegada litispendência, nos seguintes termos:

“Como visto, embora a causa de pedir mediata seja idêntica (o acidente sofrido), a causa de pedir imediata é diversa, pois em um caso a indenização funda-se na dor decorrente da morte do filho, no outro caso funda-se nos danos físicos causados ao pai do filho falecido. Entendendo-se como causa de pedir o conjunto de fatos suscetível de produzir o efeito jurídico pretendido pelo autor (no caso, a indenização decorrente de dano), considerando-se ainda que no conjunto dos fatos de uma e outra ação, há diversidade (morte do filho de um lado, danos físicos no pai de outro lado), verifica-se que a causa de pedir é diversa, em seu conjunto. O pedido, novamente lamentando-se a ausência de clareza das petições iniciais, também é diverso, como já acima examinado”. (f. 356/360).

Transitado em julgado o acórdão, o processo seguiu seu curso, com designação de prova médica pericial no autor (f. 395/397).

No despacho saneador, foi afastada a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela empresa corré, considerando o MM Juiz que o veículo causador do acidente foi contratado para prestar serviços a essa empresa e que “a existência de cláusula contratual afastando a responsabilidade solidária da ré por eventos dessa natureza tem o condão apenas de obrigar as partes contratantes ao seu cumprimento, em observância ao princípio “pacta sunt servanda”, não sendo lícito impor a terceiros o cumprimento de cláusula de contrato do qual não participou, firmando-o. Assim, fica rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva.” (f. 396/397).

O perito médico judicial concluiu que:

- “1- A data de relevância do caso em tela é 26 de julho de 2003; politraumatismo sofrido pelo Autor;
- 2 – O referido politraumatismo, com TCE (Traumatismo Crânio-Encefálico), implicou internação hospitalar em função do risco de morte constatado nos documentos médicos aduzidos.
- 3 - Do referido politraumatismo decorreram mais lesões corporais, tendo a do braço esquerdo exigido repetidos tratamentos cirúrgicos que, apesar de adequados, tiveram sucesso limitado.
- 4- O autor periciando sustém diferenças clinicamente

perceptíveis entre os membros superiores em detrimento do lado esquerdo, considerando formato, movimentação, força, função nervosa e resistência, além das cicatrizes cirúrgicas, portanto, com sequelas estéticas funcionais.

5- Resta pseudoartrose do cotovelo com fratura de parafuso, implicando trata-se de quadro instável, ainda em evolução após 11 anos do evento desencadeante, que deve ser apreciado com cautela;

6- Nexo causal: o politraumatismo documentado determinou a internação para tratamento, as complicações decorrentes, as sequelas observadas e o quadro atual de pseudoartrose.” (f. 460).

Sobreveio, então, a sentença ora apelada.

As preliminares arguidas pela corré apelante já foram apreciadas, aquela relativa à litispendência por acórdão proferido por esta 35ª Câmara de Direito Privado, no julgamento, em 06/08/2012, da apelação interposta em relação à primeira sentença proferida nestes autos, e aquela relativa à ilegitimidade passiva no despacho saneador de f. 395/398.

Sobre ambas as preliminares já se operou a preclusão.

A litispendência, como mencionado, foi afastada por acórdão já transitado em julgado.

A ilegitimidade passiva foi afastada por decisão saneadora disponibilizada no DJE em 03/09/2013 (f. 399/400).

Mesmo considerando-se que a atual regra processual não prevê o cabimento de agravo de instrumento na hipótese de afastamento de preliminar de ilegitimidade de parte (art. 1015, VII, CPC/15), o que levaria à não ocorrência de preclusão sobre essa questão, não se pode olvidar que, quando da prolação e disponibilização da decisão saneadora no DJE, ainda estava em vigor o CPC revogado, que previa o agravo como recurso cabível contra essa decisão. Como não foi ela atacada por esse recurso, operou-se a preclusão.

Ademais, ainda que se trate de questão de ordem pública,

cognoscível de ofício pelo julgador, em qualquer tempo e grau de jurisdição, operou-se a preclusão consumativa com a discussão e exame de tal questão, o que impede seja ela reexaminada.

Nesse sentido, menciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. "Consoante jurisprudência desta Corte, ainda que a questão seja de ordem pública, há preclusão consumativa se esta tiver sido objeto de decisão anterior definitivamente julgada" (AgRg no AREsp 264.238/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015). 2. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 650.737/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 04/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MATÉRIAS DECIDIDAS EM ANTERIOR EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ALEGAÇÃO DE CAUSA DE PEDIR DIVERSA. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. Entendimento desta Corte no sentido de que apesar das matérias de ordem pública não serem passíveis de preclusão, tal não ocorre na hipótese em que há decisão a respeito dos referidos temas em anterior exceção de pré- executividade, sem a interposição do recurso cabível pela parte interessada. Precedentes: AgRg no REsp 1098487/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 9.9.2011; AgRg no Ag 1395964/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 16.8.2011. 2. Ademais, registre-se que o Tribunal a quo asseverou que não houve causa de pedir diversa da sustentada na exceção de pré- executividade, pelo que a revisão de tal conclusão importa revolver o suporte fático-probatório dos autos, providência essa vedada nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 1267614/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. em 11/10/2011, DJe 18/10/2011).

No mérito, melhor sorte não assiste à corrê.

A empresa corrê celebrou contrato de prestação de serviços com a empregadora do motorista, para a realização de transporte e entrega de móveis aos clientes da contratante na região de São Paulo e Grande São Paulo (f. 228/231).

Assim, sendo incontroversa nos autos a culpa do motorista do caminhão causador do acidente, contratado pela corrê para lhe prestar serviços de transporte, responde ela pelos danos causados por esse motorista, nos termos do art. 932, III, do CC, independentemente de ser ele funcionário da corrê ou terceirizado.

Nesse sentido, menciono lição e jurisprudência colacionadas por Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, na obra “Código Civil e Legislação Civil em Vigor”:

“O fato de o suposto causador do ato ilícito ser funcionário terceirizado não exime a tomadora do serviço de sua eventual responsabilidade. A jurisprudência do STJ entende como preposto aquele que possui relação de dependência ou presta serviço sob o interesse de outrem” (STJ-3ª T., REsp 904.127, Min. Nancy Andrighi, j. 18.9.08, DJ 3.10.08). Ainda “Responsabilidade civil. Usina. Transporte de trabalhadores rurais. Motorista. Prestador de serviço terceirizado. Vínculo de preposição. Reconhecimento. Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviço sob o interesse e o comando de outrem” (STJ-4ª T., REsp 304.673, Min. Barros Monteiro, j. 25.9.01, DJ 11.3.02). (verbete 5 ao art. 932, Saraiva, 29º ed., 2010, pg. - 287).

Portanto, conheço em parte da apelação da corrê e, na parte conhecida, lhe nego provimento.

Melhor sorte não assiste ao autor em sua apelação.

Como já estabelecido no julgamento da apelação interposta em relação à primeira sentença, o que se busca nesta ação é a indenização pelos danos morais experimentados pelo autor em razão

das lesões sofridas no acidente.

E, considerando o exposto no laudo médico pericial, é de concluir que o autor sofreu lesões graves, merecendo destaque (a) o traumatismo crânio-encefálico que gerou o risco de morte na ocasião do acidente, (b) as lesões no braço esquerdo, com necessidade de mais de uma cirurgia, (c) a sequela consistente nas diferenças entre os membros superiores, e (d) a pseudoartrose do cotovelo que ainda apresenta quadro instável.

A sentença fixou a indenização no valor de R\$ 50.000,00 (aproximadamente 57 salários mínimos à época da prolação da sentença – abril/2016, quando o salário mínimo era de R\$ 880,00).

Esse valor se afigura suficiente para compensar o autor por tais danos.

Não há que se falar, também, em majoração dos honorários advocatícios de sucumbência, pois 10% sobre o valor atualizado da condenação tem o condão de remunerar condignamente o patrono do autor nestes autos.

Finalmente, considerando que a sentença foi disponibilizada no DJE em 06/04/2016, já na vigência do atual CPC, de rigor a majoração dos honorários de sucumbência nos termos do disposto no art. 85, §11º, do CPC/15.

Considerando que a corré foi derrotada em seu recurso, majoro os honorários por ela devidos ao advogado do autor para 15% do valor atualizado da condenação.

O autor também foi derrotado em seu recurso e, como não foi condenado no pagamento de honorários advocatícios em primeiro grau, condeno-o, nos termos do art. 85, §1º, CPC/15, a pagar honorários advocatícios recursais ao advogado da ré, fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), corrigidos a partir deste julgamento e acrescido de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado.

Por tais motivos, conheço em parte a apelação da corré e lhe nego provimento na parte conhecida e nego provimento à apelação do autor.

Morais Pucci
Relator
Assinatura eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelantes/Apelados: Leonildo Serafim e S.V.C. Jaraguá Comercial Ltda.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO Nº 18648

Respeitado o entendimento da douta maioria, dela ousou divergir, nos seguintes termos:

O Autor não foi condenado ao pagamento de honorários, o que impossibilita a fixação de honorários da fase recursal, anotando que o artigo 85, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil (que se refere ao “caput” – “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”) estabelece que são devidos honorários na reconvenção, no cumprimento de sentença, na execução, e nos recursos interpostos, “cumulativamente”, ou seja, naqueles feitos mencionados (na sentença) e nos recursos interpostos contra as sentenças proferidas naqueles feitos – e não em todos os recursos (incluídos aqueles não elencados).

Se fosse possível a fixação de honorários em todos os recursos, a expressão “e nos recursos interpostos” constaria em parágrafo diverso, anotando-se que, se possível fosse a fixação de honorários em todos os recursos, seria descabida a menção, no artigo 85, parágrafo 11, acerca da “majoração” de honorários fixados anteriormente (bastaria constar que os honorários fixados no acórdão levariam em conta o trabalho adicional, observados os limites de fixação).

Assim, não condeno o Autor ao pagamento de honorários do patrono da Requerida – em meu voto –, respeitado o entendimento da douta maioria, evidentemente.

FLAVIO ABRAMOVICI



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	10	Acórdãos Eletrônicos	ANTONIO CARLOS MORAIS PUCCI	7EE2388
11	11	Declarações de Votos	FLAVIO ABRAMOVICI	4D5AF53

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0137795-35.2006.8.26.0100 e o código de confirmação da tabela acima.