



Órgão	4ª Turma Cível
Processo N.	APELAÇÃO CÍVEL 0743352-26.2022.8.07.0001
REPRESENTANTE LEGAL(S)	B. O. T.
APELANTE(S)	E. D. Q. O., ZUNIA ENTRETENIMENTO LTDA, CONDOMÍNIO OPERACIONAL DO PIER 21 CULTURA E LAZER e PIER 21 CULTURA E LAZER S/A
REPRESENTANTE LEGAL(S)	B. O. T.
APELADO(S)	ZUNIA ENTRETENIMENTO LTDA, PIER 21 CULTURA E LAZER S/A, CONDOMÍNIO OPERACIONAL DO PIER 21 CULTURA E LAZER e E. D. Q. O.
Relator	Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO
Acórdão N°	1960916

EMENTA

CONSUMIDOR. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. FATO DO SERVIÇO. LESÃO EM SHOPPING CENTER. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LOJISTA E GESTORA DO CONDOMÍNIO. BRINQUEDOTECA. CRIANÇA AUTISTA. ACOMPANHAMENTO POR ADULTO. NECESSIDADE. CULPA CONCORRENTE. DANOS MORAIS. VALOR. RAZOABILIDADE. FIXAÇÃO ADEQUADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DOLO. PROVA CABAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO.

1. Nos termos já decididos pelo STJ, a ocorrência de acidentes de consumo enseja responsabilidade solidária entre o lojista/locatário e a gestora do *shopping*. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada.
2. Agressão sofrida por criança nas dependências de brinquedoteca afeta a sua integridade física e, por consequência, gera danos morais.
3. Se dos autos se evidencia que ação/omissão da genitora contribuiu para a ocorrência de agressão contra o filho, há de se reconhecer a culpa concorrente entre ela e a brinquedoteca para o evento danoso.
4. Configurada a ofensa moral, o *quantum* deve atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de obedecer ao caráter compensatório, punitivo e preventivo/pedagógico da medida, e de evitar o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra.
5. É inaplicável a multa por litigância de má-fé quando ausente prova cabal do dolo.
6. Apelações e recurso adesivo não providos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, MARIO-ZAM BELMIRO - Relator, AISTON HENRIQUE DE SOUSA - 1º Vogal e FERNANDO HABIBE - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA, em proferir a seguinte decisão: NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 05 de Fevereiro de 2025

Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas pelas partes contra sentença (ID 57589965) que, em sede de ação de indenização por danos morais ajuizada por E. D. Q. O. em face de ZUNIA ENTRETENIMENTO LTDA., PIER 21 CULTURA E LAZER S/A e CONDOMÍNIO OPERACIONAL DO PIER 21 CULTURA E LAZER, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para reconhecer a culpa concorrente entre os envolvidos, condenando os réus a pagarem, em caráter solidário, indenização ao autor no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Quanto à sucumbência, o comando sentencial condenou os requeridos ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

No recurso de ID 57589978, o requerente pugna pela reforma do édito sob o argumento de que não teria havido culpa concorrente e, sim, exclusiva dos réus na ocorrência do evento danoso.

Aduz, ainda, que foi agredido nas dependências da brinquedoteca e que o fato é de responsabilidade da prestadora do serviço, porquanto teria obrigação de zelar pela higidez física das crianças deixadas sob os seus cuidados.

Assinala, também, ter sido vítima de discriminação pela sua condição de portador de transtorno do espectro autista, circunstância apta a majorar a indenização fixada na origem, a fim de contemplar os R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) postulados na petição inicial.

Em sede de razões de contrariedade (ID 57589987), PIER 21 CULTURA E LAZER S/A e CONDOMÍNIO OPERACIONAL DO PIER 21 CULTURA E LAZER se insurgem contra o apelo do requerente, suscitando preliminar de não conhecimento, por inovação recursal. Quanto ao mérito, advogam a manutenção da sentença sob a alegação de que o demandante não teria demonstrado os danos sofridos, além do fato de a inversão do ônus da prova nas relações de consumo não ser automática.

Os argumentos formulados nas contrarrazões alhures mencionadas foram endossados pela apelada ZUNIA ENTRETENIMENTO LTDA. em sua peça (ID 57589997), na qual também afirmou ter sido a genitora do postulante omissa ao não informar a condição de autista da criança e negligente ao deixá-lo na brinquedoteca sem acompanhante.

Já na apelação de ID 57589981, ZUNIA LTDA. argumenta que o pedido formulado na inicial seria totalmente improcedente, porquanto a condição de autista demandaria a presença de um auxiliar e tal informação teria sido omitida por sua mãe, argumentando, ainda, que foi negligente a atitude de deixar a criança sozinha sem o acompanhante no espaço.

Não obstante, a empresa que prestou diretamente o serviço pontua que, conquanto haja supervisão e acompanhamento rigorosos, situações como as narradas pelo infante podem ocorrer, e que foi a primeira vez que tal fato aconteceu com o requerente. Destacou, ainda, que em outras oportunidades o autor frequentou o espaço sem que tivesse havido nenhuma intercorrência.

O demandante, em sede de contrarrazões (ID 57589984), veio aos autos a fim de atacar o recurso de ID 57589981 interposto pela brinquedoteca e ratificou que todas as lesões por ele sofridas são passíveis de indenização por danos morais. Requer, portanto, que o apelo seja desprovido.

Por seu turno, PIER 21 S/A e CONDOMÍNIO OPERACIONAL DO PIER 21 apelam adesivamente (ID 57589988), com o fito de afastar a responsabilidade solidária que lhes foi imputada e, assim, ter reconhecida a sua ilegitimidade.

Em resposta ao recurso adesivo, (ID 57590000), o requerente pleiteia a manutenção da condenação solidária entre todos os réus, conforme fixada em sentença.

ZUNIA ENTRETENIMENTO LTDA., intimada para se manifestar sobre o pedido de condenação nas penas da litigância de má-fé, traz o petitório de ID 61589119 e refuta a pretensão formulada pelo autor.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento da apelação do requerente e pelo desprovimento dos recursos dos réus (ID 60832768).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO - Relator

Admito e recebo os recursos e os conheço, porquanto estão presentes os requisitos legais.

No presente caso, impende rememorar que a ação foi ajuizada com o fito de obter o reconhecimento de direito à indenização por danos morais em razão de agressão sofrida nas dependências de brinquedoteca localizada em *shopping*.

A instrução processual revelou que, de fato, a criança foi vítima de algumas lesões por ocasião do período em que estava aos cuidados da empresa, mas também que a genitora do autor foi devidamente informada de que a condição de autista do filho demandava a necessidade da entrada com um acompanhante, a fim de prestar-lhe toda a assistência de que precisasse (áudio de ID 57589946).

Diante dos apontamentos, cinge-se a controvérsia em verificar se o evento danoso é passível de indenização por danos morais a ser suportada pelos réus de forma solidária ou se houve alguma excludente hábil a afastar ou mitigar eventual responsabilidade da parte requerida.

Analisando a preliminar de ilegitimidade passiva dos apelados PIER 21 S/A e CONDOMÍNIO OPERACIONAL DO PIER 21 CULTURA E LAZER (apelação adesiva de ID 57589988).

Do exame dos autos, verifica-se que a lide versa sobre acidente decorrente de relação de consumo e, portanto, regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por oportuno, atente-se para o que escreveu, com propriedade, Rosana Grinberg acerca do tema acidente de consumo:

é a manifestação externa e danosa de um defeito preexistente, causado por um produto ou um serviço, que esteja em circulação no mercado de consumo, carente de segurança que legitimamente os consumidores deles esperam, ou decorre da deficiência ou falta de informação sobre sua fruição ou riscos. É a materialização, portanto, de um defeito intrínseco de um produto ou de um serviço. (GRINBERG, Rosana. Fato do Produto ou do serviço: acidentes de consumo. Revista de Direito do Consumidor. Jul/Set 2000, n.º 35, p. 147).

Ressalte-se que tanto a administração do *shopping center*, quanto o lojista, estão inseridos na cadeia de consumo. A respeito da responsabilidade solidária entre ambos na hipótese de acidentes, confirmam-se ementas extraídas da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE CONSUMO OCORRIDO NO INTERIOR DE SHOPPING CENTER. EXPLOSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA GESTORA DO SHOPPING. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Consoante entendimento desta Corte Superior, a ocorrência de acidentes de consumo no interior de shopping center enseja a responsabilidade civil pela reparação de danos ao consumidor, não apenas do lojista/locatário diretamente responsável pelo evento, mas também da gestora do shopping, não havendo falar, na hipótese, em exclusão da responsabilidade desta por ato exclusivo de terceiro. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ — AgInt no AREsp: 762095 SP 2015/0194740-6, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 08/03/2021, T4 — QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2021. Sem negrito no original.)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA NA VIGÊNCIA DO NCPC. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE OCORRIDO NO INTERIOR DE LOJA LOCALIZADA EM SHOPPING CENTER. ART. 1.022 DO NCPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS LOJISTAS E O SHOPPING CENTER CARACTERIZADA. PRECEDENTES. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. DANO MORAL. COMPROVADO. REEXAME. DOS FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

1. Não há falar em omissão, falta de fundamentação e/ou negativa de prestação jurisdicional, na medida em que o Tribunal a quo dirimiu, fundamentadamente, a questão que lhe foi submetida, apreciando a controvérsia posta nos autos.

2. Tendo a Corte local concluído que a atividade desenvolvida pela administradora do Shopping e as lojas conveniadas traduzem evidente prática comercial, não há como afastar o enquadramento do CONDOMÍNIO no conceito de fornecedor (art. 3º da Lei nº 8.078/1990) e sua consequente responsabilidade solidária pelo dano causado ao consumidor, porquanto configurada a falha na prestação de serviços.

3. Para desconstituir as premissas delineadas no aresto impugnado, seria indispensável nova análise dos elementos fático-probatórios existentes nos autos, providência vedada em recurso especial, ante o óbice contido no enunciado da Súmula nº 7 do STJ.

4. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte, no sentido de que os shoppings centers são responsáveis pela integridade física e pelos bens de seus frequentadores (AREsp. 608.712/SP, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe 3/3/2015). Aplicável, na espécie, a Súmula nº 568 do STJ.

5. Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação a aplicabilidade do NCPC, aplica-se ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

6. Agravo interno não provido, com imposição de multa.

(AgInt no AREsp n. 1.325.551/MT, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 18/3/2019, DJe de 20/3/2019. Sem negrito no original.)

Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada na apelação adesiva de ID 57589988.

Passo à apreciação do mérito e, desde logo, esclareço que, na espécie, a sentença deve ser mantida.

Extrai-se das provas coligidas aos autos, em especial do áudio de ID 57589946, que a genitora da criança foi devidamente informada de que seu filho deveria ser acompanhado por um adulto durante a sua permanência no espaço de lazer.

Por outro lado, conquanto a mãe tenha sido previamente comunicada de tal necessidade, não houve nenhuma ação por parte da área lúdica ré no sentido de fiscalizar se o autor utilizaria o seu tempo de entretenimento devidamente acompanhado por um responsável designado pela genitora.

Então, se de um lado a representante do requerente não atendeu à orientação da requerida, esta última, por sua vez, deixou de tomar os devidos cuidados a fim de garantir que o infante não adentraria ao lugar sozinho.

Ante a constatação de que as condutas perpetradas por todos os litigantes foram determinantes à ocorrência do evento danoso (agressão do autor e negligência da genitora), verifica-se que o entendimento de culpa concorrente apontado na sentença foi acertado.

Por esse motivo, a responsabilidade da brinquedoteca quanto à condenação por danos morais deve ser devidamente compensada. Sobre o tema, já decidiu esse egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DISCUSSÃO ENTRE CONDÔMINO E SÍNDICO. AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS. DANOS MORAIS E MATERIAIS VERIFICADOS. ART. 945 DO CÓDIGO CIVIL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE.

1. A apelação versa sobre o cabimento de indenização por danos morais e materiais quando verificada culpa concorrente da vítima para a ocorrência do evento danoso.
2. Durante discussão envolvendo vizinhos (condômino e síndico), foram verificadas agressões verbais proferidas por ambas as partes, bem como agressões físicas desferidas pelo réu contra o autor (empurrão e murro).
3. O art. 945 do CC, estabelece que se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. **Há de ser reconhecida a culpa concorrente, sendo cabível a compensação moral.**
4. In casu, as indenizações foram fixadas mediante prudente arbítrio, levando-se em consideração o grau de culpa para a ocorrência do evento danoso, a extensão do dano experimentado e as condições pessoais das partes envolvidas. 5. Apelação conhecida e não provida.

(Acórdão 1601068, 07304850620198070001, Relator(a): JOÃO LUÍS FISCHER DIAS, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 27/7/2022, publicado no DJE: 22/8/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada. Sem negrito no original.)

O STJ também já enfrentou a necessidade de redução da indenização quando há culpa concorrente:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE SUBLICENCIAMENTO DE SOFTWARE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AFASTAMENTO. PRECLUSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. CULPA CONCORRENTE. AVENÇA. RESOLUÇÃO. RETORNO AO STATUS QUO ANTE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Contrato celebrado por usuário final com empresa autorizada a sublicenciar software de gestão empresarial de propriedade da recorrente (SAP BRASIL LTDA.) e a operar nas demais etapas necessárias à operacionalização do sistema.
3. Resolução do contrato por culpa concorrente imputável à desenvolvedora do software, à empresa responsável pela sua implantação e ao próprio usuário final.
4. Não havendo danos a serem reparados, materiais ou morais, a liquidação do contrato resolvido deve se restringir à recomposição da situação jurídica de cada um dos contratantes anteriormente à celebração da avença.
5. Hipótese em que as instâncias ordinárias afastaram a aplicabilidade das normas consumeristas, a impedir o reconhecimento da solidariedade por vício do produto ou do serviço nos moldes do Código de Defesa do Consumidor.
6. Na enumeração das partes de um contrato de licenciamento de software no qual também estejam contemplados os serviços de implantação, manutenção, suporte etc., dadas as diversas peculiaridades que o cercam, devem ser abarcados, além do usuário final, todos aqueles que assumem, ainda que indiretamente, a responsabilidade pelo adequado funcionamento do sistema.
7. Dever de devolução das parcelas recebidas do usuário final que deve recair tanto sobre a proprietária dos direitos de uso do software quanto sobre a empresa autorizada a sublicenciá-lo e a operar nas demais etapas necessárias à sua operacionalização, na extensão do que cada uma recebeu.
8. **A constatação de culpa concorrente poderia, se dano houvesse, servir para fins de redução do valor da respectiva indenização, nos termos do art. 945 do Código Civil, mas não para afastar o dever de restituição integral das parcelas pagas pelo usuário final, que, ao fim e ao cabo, não pôde usufruir das facilidades que o software de gestão empresarial poderia lhe proporcionar.**
9. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.728.044/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/4/2018, DJe de 13/4/2018. Sem negrito no original.)

Ademais, é mister ressaltar que, do ponto de vista jurídico, não se constata nenhuma discriminação por parte da brinquedoteca, ao ter apontado que a condição de autista do autor demandaria acompanhamento por um adulto de escolha de sua representante.

Pelo contrário, as especificidades da criança pressupõem a adoção de medidas conjuntas que visem sua maior proteção.

Assim, todos os elementos acostados aos autos evidenciam que, diante da clara culpa concorrente no caso concreto, o *quantum* arbitrado a título de danos morais se revela adequado.

Acerca dos danos morais, colho o seguinte excerto doutrinário de respeitável posição doutrinária:

O dano é pressuposto inafastável da responsabilidade civil. Não há sequer falar em responsabilidade civil sem dano – que pode qualificar-se como patrimonial ou moral. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 160).

Em igual sentido são precisas as lições do douto doutrinador Sérgio Cavalieri Filho. Leia-se:

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11º ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.)

Outros doutrinadores, como Rizzato Nunes (2014, p. 373), defendem que a indenização no campo moral possui dois objetivos, satisfativo e punitivo. O primeiro é o de satisfazer a dor do ofendido, compensando-o por tudo que lhe foi causado, e o segundo é o de servir como punição ao causador do sofrimento alheio, para que ele não volte a causar novos danos a ninguém.

Esta egrégia Casa vem compreendendo em diversos casos que a reparação deve ser proporcional aos danos causados àquele que teve seu direito da personalidade violado, em quaisquer de suas vertentes, entre as quais, pode-se mencionar a imagem, a integridade física, moral e psíquica.

A violação a tais prerrogativas afeta a dignidade do indivíduo, rompendo o equilíbrio emocional da pessoa. Desse modo, para estimar uma importância razoável, o magistrado deve considerar o grau de lesividade da conduta, sua intensidade, a extensão do dano e a capacidade econômica das partes (autor e vítima).

Além disso, prevalecem a máxima da vedação do enriquecimento sem causa, a função pedagógico-preventiva, a repercussão da conduta do agressor na esfera pessoal da vítima, a prévia existência de relação contratual, a proteção dada pela lei, entre outros vetores.

Destaco que o parecer psicológico de ID 57589955 juntado pelo próprio autor consigna na página 2 que o evento danoso pode ser precursor de prejuízos sociais e psicológicos futuros que dificilmente poderão ser mensurados a curto prazo.

A própria conclusão do mencionado documento traz desdobramentos que podem acontecer, mas que, segundo se evidencia do caderno processual, não ocorreram efetivamente.

O único — e reconhecidamente significativo — prejuízo comprovadamente enfrentado pelo demandante foram as agressões à sua integridade psíquica e esse foi o fato sopesado por ocasião da fixação do valor da indenização.

Sobre o dano efetivo para a fixação de indenização moral, vejam-se ementas de julgados desta colenda Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CANCELAMENTO DE VOO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.

1 A conduta, o nexa ou relação de causalidade e o dano patrimonial ou moral são os elementos imprescindíveis para a configuração da responsabilidade civil.

2. O dever de indenizar somente será configurado pela existência inequívoca de dano efetivo experimentado pela vítima.

3. A ausência de comprovação dos gastos ocorridos em virtude de cancelamento de voo impedem o acolhimento da indenização pretendida.

4. O valor do dano moral não pode promover o enriquecimento ilícito da vítima e não deve ser ínfimo a ponto de aviltar o direito da personalidade violado. É devida a majoração dos valores fixados a título de reparação por dano moral quando o valor fixado pelo Juízo de Primeiro Grau não atender aos preceitos visados e se demonstrar desproporcional à violação ocorrida.

5. A majoração da reparação de danos morais arbitrados em sentença faz-se necessária em virtude da situação particular das vítimas, que não puderam usufruir com plenitude os benefícios da viagem de lazer da família segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

6. Reparação por dano moral majorada para R\$ 3.000,00 (três mil reais) por vítima, consideradas as peculiaridades do caso concreto.

7. Apelação parcialmente provida.

(Acórdão 1854644, 07303573320228070016, Relator(a): HECTOR VALVERDE SANTANNA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 24/4/2024, publicado no PJe: 10/5/2024. Pág.: Sem Página Cadastrada. Sem negrito no original)

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Síndrome de Li Fraumeni. Mastectomia Bilateral com colocação de próteses de silicone. LEGITIMIDADE ATIVA. CUSTEIO DE PROCEDIMENTO NEGADO. DANO MORAL EXISTENTE. HOSPITAL NÃO CREDENCIADO AO PLANO DE SAÚDE. REEMBOLSO PARCIAL. DANOS MATERIAIS INEXISTENTES. RECURSOS DESPROVIDOS

1. Na presente hipótese a questão submetida a julgamento consiste em verificar: a) se o Hospital Sírío Libanês de Brasília fazia parte da rede credenciada da operadora de plano de saúde ré; b) se a autora tem a legítima pretensão ao custeio integral de cirurgia de "mastectomia bilateral", com a colocação de próteses de silicone, bem como direito ao recebimento em dobro das despesas materiais e c) se a autora deve ser compensada pelos danos morais que alega haver experimentado em decorrência da negativa de custeio após a realização do aludido procedimento cirúrgico.

2. A respeito da preliminar de ilegitimidade ativa, ressalta-se que de acordo com a teoria eclética atribuída a Enrico Tulio Liebman configura-se, em regra, a legitimidade ad causam aos sujeitos da relação jurídica processual desde que tenha alguma relação aferível, a priori, com a relação jurídica de direito substancial. 2.1 No caso em deslinde, a autora tem interesse de agir em virtude da legítima pretensão à obtenção do reembolso do valor exigido pela instituição hospitalar, bem como garantido o acesso à Jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal).

3. A relação jurídica negocial em exame é de consumo, uma vez que os contratantes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor, como preveem os artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, o enunciado nº 296 da Súmula do Colendo do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".

4. A impugnação da eficácia do contrato coligido aos autos pela ré não foi analisada em razão da preclusão temporal da matéria. 4.1 A ausência de impugnação no momento oportuno acarreta a preclusão em relação ao tema. Deve ser destacada também a existência de óbice à discussão a respeito da matéria na presente oportunidade, pois isso representaria supressão de instância.

5. A negativa de reembolso, mesmo que parcial, ao argumento de tratar-se de procedimento estético foi indevida. 5.1. No caso em deslinde o procedimento cirúrgico não era de natureza meramente estética e está previsto no rol da ANS.

6. As provas coligidas aos autos demonstraram que o Hospital Sírío Libanês de Brasília não era credenciado à rede de prestadores de serviços ao plano de saúde, sendo assim devido o reembolso parcial do valor cobrado pelos serviços médicos prestados, a ser calculado de acordo com as regras previstas no contrato celebrado entre as partes.

7. A obrigação de indenizar assenta-se na demonstração simultânea da ação ou omissão, da existência do dano efetivo e do nexo de causalidade, sendo este a correlação lógica e necessária entre a ação e o evento danoso.

8. No presente caso observa-se que a recusa injustificada do custeio relativo ao procedimento cirúrgico realizado pela autora causou inegável dano à esfera extrapatrimonial da demandante, sendo devida a indenização por dano moral.

9. Recursos conhecidos e desprovidos.

(Acórdão 1413293, 07080783520218070001, Relator(a): ALVARO CIARLINI, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 30/3/2022, publicado no DJE: 28/4/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada. Sem negrito no original.)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INCLUSÃO DE CANDIDATO NA CONDIÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA - PCD NA LISTA DE APROVADOS DO CERTAME. TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA - TEA. ENQUADRAMENTO LEGAL. LEI FEDERAL 12.764/2012. PREVISÃO NO EDITAL. CONDIÇÃO COMPROVADA POR LAUDO MÉDICO. ILEGALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ABALO SOFRIDO. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. Somente em caso de evidente ilegalidade ou de ato inconciliável com os princípios que pautam a Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal) é permitido, de forma excepcional, ao Poder Judiciário avaliar o ato administrativo, se restringindo na verificação da legalidade e da vinculação ao edital.

2. O ordenamento jurídico garante às pessoas com deficiência a possibilidade de concorrerem a vaga em certame público, em condições especiais, nos moldes do art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal. Nesse passo, é dado ao Poder Judiciário o poder de rever o ato que exclui candidato de vaga destinada a portadores de deficiência física, em razão da necessidade de se analisar a legalidade do ato.

3. Comprovando-se que o candidato possui Síndrome de Asperger, incluída no Transtorno do Espectro Autista, a deficiência está amparada em conclusão trazida pelo legislador, conforme a Lei Federal 12.764/2012.

4. O dano moral consiste em uma lesão que ofenda a integridade psíquica da pessoa, a sua honra, dignidade ou vida privada, fazendo-se necessário que a ofensa tenha repercussão na esfera subjetiva da vítima, causando-lhe sofrimento, a fim de exceder o mero dissabor ou aborrecimento. 4.1. Ainda que a posse no concurso público tenha sido postergada pelo ato administrativo vicioso, não ficou demonstrado ter o ocorrido extrapolado os limites do mero dissabor, a fim de fundamentar uma indenização a título de danos morais.

5. Recursos de Apelação conhecidos e não providos. Sentença mantida.

(Acórdão 1905813, 07005768620248070018, Relator(a): EUSTÁQUIO DE CASTRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 13/8/2024, publicado no PJe: 27/8/2024. Pág.: Sem Página Cadastrada. Sem negrito no original.)

Assim, em atenção às lesões sofridas e efetivamente comprovadas nos termos do laudo de ID 57589921, o valor fixado na sentença é adequado e proporcional, além de atender ao caráter compensatório, punitivo e preventivo/pedagógico da medida.

Analisar o pedido de condenação da ré ZUNIA ENTRETENIMENTO LTDA. nas penas da litigância de má-fé formulado nas contrarrazões de ID 57589984.

Não é o caso de acolhimento de tal pretensão:

Isso porque não se verifica prova cabal de dolo na conduta da brinquedoteca, a fim de incorrer em quaisquer das hipóteses exaustivamente previstas no art. 80, incisos I a VII, do Código de Processo Civil.

Destarte, filio-me ao entendimento dessa emérita Corte no sentido de que não se aplica a sanção em comento quando ausente demonstração inequívoca da atuação dolosa.

Rejeito o pedido.

Por tais razões, **nego provimento aos recursos e à apelação adesiva.**

Diante do resultado do julgamento dos apelos, impõe-se algumas considerações quanto aos honorários.

A sucumbência fixada na origem contra os réus deve ser majorada em 2% (dois por cento) com amparo na incidência direta do art. 85, §11, do CPC, totalizando 12% (doze por cento) sobre o valor da causa.

Não obstante, as peculiaridades do caso concreto justificam excepcionalmente a fixação de honorários sucumbenciais também contra o autor.

O STJ possui entendimento reiterado de que os honorários recursais são devidos quando atendidos cumulativamente os seguintes pressupostos: (a) publicação da decisão recorrida na vigência do CPC/2015; (b) desprovimento ou não conhecimento do recurso; (c) previsão de honorários sucumbenciais desde a origem no feito em que interposto o recurso e (d) respeito aos percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC.

Sobre o tema, trago julgado do denominado Tribunal da Cidadania:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE INDENIZAÇÃO DOS VENCIMENTOS E DEMAIS VANTAGENS NO PERÍODO EM QUE TEVE CURSO O PROCESSO JUDICIAL. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É entendimento do STJ de que os candidatos posteriormente nomeados em concurso público não fazem jus aos vencimentos e demais vantagens referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, mesmo que a situação seja reconhecida judicialmente, em razão da imprescindibilidade do efetivo exercício do cargo (AgRg no REsp. 1.526.638/RN, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 18.11.2015; AgRg no REsp. 1.484.118/CE, Rel. Min. MARGA TESSLER, DJe 10.4.2015).

2. Este Tribunal Superior entende que a fixação dos honorários advocatícios recursais é devida quando atendidos, cumulativamente, os seguintes pressupostos: (a) publicação da decisão recorrida na vigência do Código Fux, consoante o Enunciado Administrativo 7; (b) desprovimento ou não conhecimento do recurso; (c) a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso; e (d) respeito aos percentuais previstos nos §§ 2o. e 3o. do art. 85 do Código Fux. (AgInt nos EDcl no AREsp.1.126.486/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.3.2020; AgInt nos EREsp. 1.539.725/DF, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 19.10.2017).

3. Agravo Interno do Particular a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no AREsp: 1630330 MG 2019/0358653-3, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/12/2020, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2020, sem negrito no original)

Essa construção jurisprudencial não ostenta natureza de precedente qualificado, o que confere ao magistrado maior discricionariedade para sopesamento, a fim de trazer solução adequada e proporcional ao processo sob sua análise.

Em relação aos honorários advocatícios, Araken de Assis destaca:

Os esforços exigidos do órgão judiciário para aplicar corretamente o art. 85 revelam-se desproporcionais, comparativamente à atividade desenvolvida para julgar (ou não, porque fixará honorários em sentenças terminativas) o mérito. Às vezes, o juiz terá mais trabalho para fixar os honorários do que para resolver as questões de direito e de fato suscitadas e debatidas pelas partes mediante motivação suficiente (art. 489, § 1.º).

(ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro, volume II: parte geral. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015)

O art. 85, §11, do CPC preconiza que o tribunal, em sede recursal, majorará os honorários fixados anteriormente, adotando critérios que são observados por esta Casa de Justiça.

Já o art. 7º, ao dispor sobre as normas fundamentais do processo civil, assegura tratamento igualitário às partes no exercício de direitos e faculdades processuais, meios de defesa, ônus, deveres e sanções.

Ao tratar do assunto, Didier assinala:

Da primeira parte do art. 7º do CPC decorre, diretamente, em um plano infraconstitucional, o princípio da igualdade processual. A redação é prolixa, mas o propósito é simples: as partes devem ser tratadas com igualdade.

(DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 21. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019 v. 1.)

Daniel Assumpção Neves ressalta:

Não resta dúvida de que a nova regra é justa, porque remunera um trabalho do advogado que ainda está por vir e que, por tal razão, não poderia ser considerado pelo juiz que proferiu a decisão recorrida. Não se duvida que um processo no qual a sentença transitada em julgado por ausência de interposição de apelação dá muito menos trabalho do que aquele que chega até os tribunais superiores, em razão da sucessiva interposição de recursos.

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador, Juspodivm. 2021 p. 290)

Uma interpretação exegética do art. 85, § 11, do CPC ao caso em análise, dadas a complexidade e as peculiaridades, em especial pela sensibilidade do tema e pela quantidade de recursos principais, adesivo e respectivas contrarrazões, ensejaria antinomia em relação ao dever legal de paridade de tratamento processual, o que é inadmissível.

Nos presentes autos, o vocábulo “majorar” deve ser lido sob um prisma teleológico, de modo a se alinhar aos demais preceitos processuais, especialmente considerando que o recurso de apelação interposto pela criança inaugura instância processual.

Assim, as normas fundamentais que regem o Processo Civil ao garantir paridade podem ensejar, a depender da circunstância, a possibilidade da condenação tanto para o recorrente quanto para o recorrido (posições processuais ocupadas por todos os litigantes). Afinal, o resultado do julgamento do recurso afeta igualmente todos os polos processuais, sem imposição de encargos desproporcionais.

Em relação aos parâmetros a serem adotados para fixação da sucumbência do autor em grau recursal, é adequado que sejam os mesmos utilizados para fixação/majoração suportada pelos réus.

O valor da causa não é irrisório, e o montante considerado para fins de honorários (10% - dez por cento) supera dois salários mínimos, excedendo a renda média da maioria dos brasileiros.

Assim e com base no art. 85, § 11, combinado com a inteligência do art. 7º, ambos do Código de Ritos, majoro em 2% (dois por cento) os honorários de sucumbência fixados contra a parte ré, totalizando 12% (doze por cento) e, pelos mesmos fundamentos, fixo honorários recursais de sucumbência contra o autor em 10% (dez por cento) do valor da causa. É vedada a compensação, conforme disposição expressa do art. 85, § 14, do CPC.

É o meu voto.

O Senhor Desembargador AISTON HENRIQUE DE SOUSA - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador FERNANDO HABIBE - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. UNÂNIME