Trata-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS movida por FERNANDO SANTOS GÊNOVA em face do MUNICÍPIO DE MARÍLIA e do DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE MARÍLIA (DAEM).

Alega o autor que sofreu grave acidente em 03 de fevereiro de 2019, por volta das 7h40min, quando retornava do trabalho e perdeu o controle de sua motocicleta ao passar sobre um buraco na [PARTE], na cidade de Marília. Assevera que o buraco estava coberto por uma poça d’água em decorrência da chuva. Relatou que o acidente resultou em ferimentos graves, com necessidade de atendimento hospitalar e internação na UTI, cicatriz permanente na testa, prejuízos materiais à motocicleta, e abandono temporário de curso universitário.

Pleiteou, assim, o pagamento de danos materiais no valor de R$ 4.089,00; Indenização por danos morais no montante de R$ 50.000,00; Indenização por danos estéticos no montante de R$ 60.000,00. Atribuiu à causa o valor de R$ 114.089,00.

Recebida a exordial, foram concedidos os benefícios da gratuidade de justiça ao autor e determinada a citação dos réus para contestar o feito (fls. 36).

Contestação do Município de Marília (fls. 50/67), arguindo sua ilegitimidade passiva, na medida em que a manutenção do buraco na via pública é de responsabilidade exclusiva do DAEM, autarquia com personalidade jurídica própria e autonomia financeira e administrativa, conforme [PARTE] nº 1.369/1966. Arguiu, ainda, a ilegitimidade ativa do autor na medida em que não seria o proprietário do veículo acidentado.

No mérito argumentou acerca da inexistência de nexo causal, alegando que o autor não comprovou que o buraco estava presente no local no momento do acidente. Baseou-se em boletim de ocorrência, vídeos e fotos que indicariam a inexistência do buraco ou condições da via contrárias às alegações do autor. Além disso, apontou que, em casos de responsabilidade estatal por omissão, exige-se comprovação de dolo ou culpa, conforme jurisprudências superiores, e que não houve demonstração de falha ou negligência estatal no caso concreto.

Pleiteou a improcedência da demanda com a exclusão do Município do polo passivo e condenação do autor ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Contestação do DAEM (fls. 73/83), sustentando a que, conforme a responsabilidade subjetiva do poder público, o autor não demonstrou nexo causal suficiente entre o acidente e as ações da autarquia. Citou que a abertura do buraco para concerto de encanamento subterrâneo foi devidamente sinalizada e que condições climáticas adversas (chuva) e possível imprudência do autor poderiam ter contribuído para o evento.

Argumentou que, mesmo que se admitisse responsabilidade pelo ocorrido, esta seria limitada à reparação objetiva dentro do critério de razoabilidade e proporcionalidade. Defendeu que o autor não adotou as devidas precauções ao transitar no local do acidente, o que caracterizaria culpa concorrente, reduzindo ou afastando a responsabilidade da autarquia. Ademais, aponta que os valores pleiteados pelo autor a título de danos morais e estéticos são excessivos e desproporcionais ao dano efetivamente comprovado. Pleiteou que, em caso de condenação, os valores fossem arbitrados com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Laudo pericial foi juntado aos autos às fls. 138/157.

Em audiência de instrução fora ouvida a testemunha BRUNO HENRIQUE FAGUNDES, arrolada pelo autor e, em seguida, encerrada a instrução processual com a concordância das partes.

Eis a síntese do essencial.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Preliminares.

Da ilegitimidade passiva do Município de Marília.

Conforme disposto na [PARTE], a prestação de serviços públicos é uma atribuição do [PARTE], o qual pode delegar essa atividade a particulares, como as concessionárias. Efetivada a concessão, a responsabilidade direta por eventuais danos causados a terceiros recai sobre a concessionária, que possui personalidade jurídica e patrimônio próprios, sendo, assim, a principal responsável pelo cumprimento de suas obrigações.

A responsabilidade subsidiária do poder concedente, por sua vez, ocorre em situações de insolvência ou incapacidade financeira da concessionária para satisfazer suas obrigações. Essa previsão encontra amparo no artigo 37, § 6º, da [PARTE], que determina que tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as entidades privadas prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros. Contudo, a responsabilidade do poder concedente é de caráter subsidiário, aplicando-se apenas quando houver insuficiência de bens da concessionária para a reparação dos danos.

A Lei nº 8.987/95, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos, reforça essa diretriz ao estabelecer que a concessionária é diretamente responsável pelos prejuízos decorrentes da prestação do serviço público delegado. A responsabilidade subsidiária do poder concedente é acionada apenas em caráter excepcional, diante da comprovação de que a concessionária não dispõe de patrimônio suficiente para indenizar os prejudicados.

Portanto, rejeito a tese de ilegitimidade ativa passiva arguida pelo Município de Marília, já que há pertinência subjetiva em relação aos fatos narrados pelo autor. Apesar disso, reconheço sua responsabilidade subsidiária (respondendo apenas na impossibilidade do corréu), na medida em que o DAEM se trata de concessionária de serviço público, devendo responder diretamente pelos fatos narrados nos autos.

Da ilegitimidade ativa

Tendo arguido a ilegitimidade ativa do autor em relação aos danos materiais, na medida em que o motociclo não se encontra registrado em seu nome, tornou-se incontroverso, em réplica à exordial, que o autor, de fato não era proprietário do veículo.

O fato de se ter argumentado no sentido de que o veículo estaria no nome do pai do autor que o teria presenteado ao primeiro com o veículo não fora comprovado nos autos.

Com efeito, considerando-se o artigo. 18 do Código de [PARTE] que denota que “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”, e não sendo o caso de substituição processual, acolho a preliminar arguida pela [PARTE] de Marília, extinguindo-se sem resolução de mérito o pleito relativo aos danos matérias sustentado pelo autor.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo a análise do mérito.

No mérito, o pedido é PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A responsabilidade das Concessionárias de [PARTE], conforme amplamente indicado pela jurisprudência pátria, é objetiva, em virtude do próprio artigo 37, § 6º da [PARTE]. De fato, conforme argumentado pelas defesas, em casos de omissão, a responsabilidade ganha contornos subjetivos, havendo a necessidade de se comprovar o dolo ou a culpa. Vale dizer: em casos de omissão, deverá ser comprovado que o Estado (ou concessionário prestador de serviço público), agira de forma negligente e que o dano tenha advindo de forma direta desta negligência.

Nesse sentido é a doutrina majoritária, conforme as lições de [PARTE] de Mello:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar- se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o [PARTE] não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Foge ao juízo lógico, neste sentido, a aplicação de responsabilidade objetiva em casos de omissão. Ora, mas se o Estado não agiu, somente seria pertinente responder pelos fatos caso houvesse a obrigação de agir para evitar o dano. Havendo essa obrigação, haverá incorrido em uma das modalidades de culpa (imperícia, imprudência ou negligência), sendo possível se reconhecer sua responsabilidade. No mesmo sentido, frise-se, é a lógica a ser seguida em casos envolvendo concessionários ou prestadores de serviços públicos.

Portanto, a decisão será construída sob o prisma da responsabilidade subjetiva. E, neste particular, de fato restou demonstrada a culpa da Concessionária.

Cabe salientar que é incontroverso nos autos que o autor sofrera acidente de trânsito quando trafegava na [PARTE], altura do numeral 1008, na data de 03/02/2019, por volta das 07h40.

Quanto ao ponto controvertido alega o autor que havia um buraco na via deixado pelas manutenções de água e esgoto, o que motivara o acidente. Por outro lado, o DAEM afirma que o buraco somente fora aberto posteriormente, não tendo sido, portanto, a causa do acidente.

As alegações do DAEM de que o buraco que fora aberto somente após o acidente e que a filmagem teria ocorrido após estes dois fatos restou ilhada. Na filmagem, cujo link fora juntado em fls. 43, fica evidente que a pessoa que a realizou indicou – sem sombra de dúvidas – que o acidente fora causado pelo buraco existente na via. Na filmagem há relato de que fora fechado pouco tempo após o acidente (ainda se encontrando recoberto apenas por areia).

A testemunha ouvida a rogo do autor também aponta a existência do buraco e que fora a causa do acidente. Por certo, a cada abertura de via para manutenção dos encanamentos inferiores, há a necessidade de manutenção imediata do asfalto ou indicação de perigo por sinais de trânsito, o que não se encontrava presente, conforme filmagens já indicadas.

O DAEM, por sua vez, poderia ter apresentado ordens de serviço ou quaisquer outros documentos que viessem a comprovar sua versão de que o buraco não existia. Assim não o fez, transparecendo que a verdade dos fatos era mesmo a narrada pelo autor.

Desta forma, configurada a culpa do Departamento de Água e Esgoto de Marília, sendo certo que se encontram presentes todos os requisitos para se reconhecer sua responsabilidade civil, quais sejam, o ato comissivo ou omissivo praticado com culpa lato sensu, o dano experimentado pelo autor e o nexo de causalidade ligando um ao outro.

Nos termos do artigo. 186 do [PARTE], quem de qualquer forma causar prejuízo a outrem, agindo com dolo ou culpa, fica obrigado a reparar o dano. Já o artigo 927 do [PARTE] determina que aquele que causar os efetivos danos fica obrigado a repará-lo. Já o artigo 944, também do [PARTE] denota que a indenização se mede pela extensão do dano.

Isto posto, cabe indicar que o laudo médico apresentado em fls. 138/157 revela que:

O periciando apresentou foi vítima de acidente de moto em 03/02/2019. Apresentou trauma cervical, com fratura da 7ª vértebra cervical, trauma torácico e ferimento corto-contuso em região frontal direita. Foi tratado de forma conservadora e com sutura do ferimento.

Apresenta sequelas morfofuncionais, cuja repercussão do dano, nas diversas perspectivas do dano estão descritas no item 5 e personalizadas na condição do periciando, no item 6.

Apurado:

- Período do déficit temporário: 90 dias.

- Quantum doloris: Moderado.

- Déficit funcional permanente: Não apresenta.

- [PARTE]: Não está caracterizada situação atual de incapacidade, mas esteve incapaz no período de déficit temporário.

- Dano estético: Leve.

Assim, a condenação ao pagamento de indenização pelo dano moral experimentado merece a procedência. Para a reparação do dano, segue-se orientação jurisprudencial no sentido de que o valor da indenização deve ser fixado com moderação, considerando o ânimo de ofender, o risco criado, as repercussões da ofensa, evitando-se o enriquecimento sem causa.

Ademais:

“se inexiste uma regra legal que trate a indenização do dano moral como pena, seu cálculo haverá de se fazer apenas dentro dos parâmetros razoáveis da dor sofrida e da conduta do agente (...) com equidade haverá de ser arbitrada a indenização, que tem institucionalmente o propósito de compensar a lesão e nunca de castigar o causador do dano e de premiar o ofendido com enriquecimento sem causa” ([PARTE], in “Comentários ao [PARTE]”, vol. III, Tomo II, 4ª ed., p. 82 e 85).

Em relação aos critérios para fixação da indenização, leciona [PARTE]:

“Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes” (in Programa de Resp. Civil, 9ª ed., [PARTE]: Malheiros, 2005, p. 98).

Adoto, ainda, o critério bifásico proposto pelo STJ em que primeiro são observados os parâmetros médios de condenações em casos análogos e, posteriormente, verificam-se as peculiaridades do caso concreto para se diferenciar o quantum indenizatório.

Assim, considerando tais aspectos, entende-se que o quantum a título de indenização pelos danos morais deve ser fixado em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), porquanto condizente com os valores envolvidos na demanda e com a dimensão do dano comprovado, com correção monetária pela tabela prática do TJ (IPCA-E) desde a sentença (Súmula nº 362 do STJ) e os juros de mora pela incidência da taxa SELIC, deduzido o índice de atualização monetária (art. 406, § 1º, do CC), a partir da citação.

Com relação ao dano estético, em vista da sua secção em relação aos danos morais em sua análise ontológica, conforme ratio extraída da Súmula 387 do [PARTE] de Justiça, em que se reconheceu sua dimensão apartada dos danos morais, e considerando-se a classificação de ‘leve’ sustentada em perícia, fixo o valor de R$10.000,00 (dez mil reais) em favor do réu, com correção monetária pela tabela prática do TJ (IPCA-E) desde a sentença (Súmula nº 362 do STJ) e os juros de mora pela incidência da taxa SELIC, deduzido o índice de atualização monetária (art. 406, § 1º, do CC), a partir da citação.

Pelo exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por FERNANDO SANTOS GÊNOVA em face do MUNICÍPIO DE MARÍLIA e do DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE MARÍLIA (DAEM):

Extinguir o processo sem resolução de mérito em relação ao pedido de danos materiais – com fulcro no artigo 485, inciso VI do Código de [PARTE];

Reconhecer a responsabilidade direta do DAEM e subsidiária do Município de Marília;

CONDENAR os réus ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$15.000,00 e estéticos no importe de R$10.000,00 ao autor, com correção monetária pela tabela prática do TJ (IPCA-E) desde a sentença (Súmula nº 362 do STJ) e os juros de mora pela incidência da taxa SELIC, deduzido o índice de atualização monetária (art. 406, § 1º, do CC), a partir da citação.

Condeno, ainda, o réu DAEM ao pagamento de custas e despesas processuais.

Em virtude da sucumbência mínima da parte autora (artigo 86, parágrafo único do Código de [PARTE]), arcarão os requeridos, em razão do disposto no artigo 85, §2 do CPC, com o pagamento de honorários advocatícios, que ora fixo, na forma do artigo 85, §3º, inciso I, do Código de [PARTE], em 10% sobre o valor da condenação, com atualização monetária pela [PARTE] par Cálculo de [PARTE] – IPCA-E – do E. TJ, a partir da presente data até o efetivo pagamento, de forma integral.

Anoto a adoção expressa da Súmula 326 do [PARTE] de Justiça.

Dispensada a remessa necessária, nos termos do artigo 496, §3º, inciso II, do Código de [PARTE].

PUBLIQUE-SE, REGISTRE-SE, INTIME-SE.