



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27.ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Registro: 2013.0000592341

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0014031-55.2010.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante OSMAR DA SILVA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado ALL AMERICA LATINA LOGISTICA MALHA PAULISTA S/A,

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO LEME (Presidente), MORAIS PUCCI E CLAUDIO HAMILTON.

São Paulo, 24 de setembro de 2013.

Gilberto Leme
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Apelação com revisão n.º 0014031-55.2010.8.26.0590

Comarca: São Vicente

Apelante: Osmar da Silva Santos (justiça gratuita)
(menor representado)

Apelado: All América Latina Logística Malha Paulista S/A

Juíza sentenciante: Dra. Renata Sanches Guidugli Gusmão

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO. ATROPELAMENTO FERROVIÁRIO. CULPA CONCORRENTE. RECONHECIMENTO. Concorrem igualmente para o evento a vítima que invade clandestinamente o leito férreo e a empresa ferroviária pelo descumprimento das normas de segurança, tráfego e policiamento das estradas de ferro, previstas no Decreto n.º 2.089/63, quando não veda o acesso de pedestres às áreas de risco, permitindo a passagem livre e sem fiscalização. Recurso parcialmente provido.

VOTO N.º 7.570

Trata-se de recurso de apelação interposto à r. sentença que julgou improcedente ação de indenização de danos materiais, morais e estéticos em decorrência de atropelamento férreo. Sucumbente, o autor arcará com o pagamento de custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, fixados em R\$1.000,00, observando-se a gratuidade de justiça.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Recorre o autor, pleiteando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos, por ser pacífica na jurisprudência a presunção de culpa, somente elidida diante do caso fortuito e de força maior. Alega que há fluxo de pessoas na linha férrea, inclusive de carros, sem a devida sinalização, demonstrando claramente a falta de dever de cuidado da ré, sendo que sua inércia, no mínimo concorreu para a produção do resultado. Assevera a inexistência de prova da prática de surf ferroviário. Argúi a falta de fiscalização da linha férrea de modo a impedir invasão por terceiros. Subsidiariamente, requer o reconhecimento de culpa concorrente.

Recurso tempestivo, isento de preparado por ser o recorrente beneficiário da justiça gratuita e respondido.

O representante do Ministério Público, em primeiro grau, manifestou-se pelo provimento do recurso. O douto Procurador de Justiça manifestou-se também pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Infere-se dos autos que, em 21 de junho de 2009, o autor foi atropelado por um trem, na estrada Paratinga, em São Vicente, vindo a lesionar gravemente os membros superiores, inclusive com amputação da mão esquerda.

Narra o autor que, no local do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

acidente, era comum acesso aos transeuntes, que faziam a travessia de um lado a outro da estação de trem clandestinamente, já que ausente sinal de proibição da travessia.

Imputa a responsabilidade civil à concessionária de transporte porque lhe era incumbência cercar os arredores da linha de trem, fiscalizar e proibir, de modo que impeça a invasão de pedestres na via de forma clandestina.

Em contestação, a ré impute a responsabilidade exclusiva da vítima.

Ad initio, de assinalar-se a inaplicabilidade do Decreto n.º 2.681/12 ao caso concreto, isso porque ele regulamenta a responsabilidade contratual das estradas de ferro perante seus usuários.

A adequação de conduta e do fato concreto (norma-fato) à norma jurídica (norma-tipo) demanda a análise do descumprimento do Regulamento da Segurança, Tráfego e Polícia das Estradas de Ferro (Decreto n.º 2.089/63), na forma preconizada pela Teoria da Culpa.

A propósito, a responsabilidade civil, pelo nosso ordenamento jurídico, exige a tríplice concorrência do prejuízo à vítima, do ato culposos do agente e do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente (artigo 186 do atual Código Civil). Em outras palavras: para que se configure o dever de indenizar é indispensável que o prejuízo guarde etiologia causal com a culpa do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

agente.

Incontroverso nos autos o acidente de trânsito, restringindo-se o cerne da questão à culpabilidade da ré.

As testemunhas de fls. 225, 227 e 231 confirmam a existência de sítios residenciais próximo ao local do acidente, inclusive a existência de várias cachoeiras nas proximidades.

A existência de travessia de pessoas no local dos fatos foi confirmada pelas testemunhas de fls. 225, 227 e pela testemunha de fl. 229 que declarou a existência de trilha que atravessa a ferrovia.

Corroboram com as declarações de existência de travessia de pessoas naquele local, as fotografias de fls. 33, 35; 36; 37; 38; 39; 111 e 112. Note-se que nas fotografias de fls. 111 e 112, elaboradas pela ré no laudo de investigação sumária de acidentes n.º 010/2009, a trilha é bem visível, aliás, na fotografia de fl. 111 é possível visualizar um transeunte, o que demonstra que o local era utilizado habitualmente como travessia pelas pessoas.

Como remate, a fotografia de fl. 111 demonstra que a ré tinha conhecimento da passagem de pedestres no local do acidente.

Nos depoimentos prestados, ficou demonstrada a inexistência de muro divisório ou cerca para

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

impedir a passagem de pedestres.

O artigo 10 do Decreto n.º 2.089/63 estabelece que "sempre que o julgarem necessário à defesa de sua propriedade ou à livre circulação dos trens, ou, ainda, quando assim expressamente determinar o D.N.E.F. deverão as estradas de ferro fazer cercar a faixa ocupada por linhas, cabendo-lhes conservar as cercas, muros ou valas construídas, de forma a preencherem, eficazmente e a todo tempo, o seu fim."

Indubitável é o poder discricionário das estradas de ferro para decidir a conveniência e oportunidade na construção de muros e cerca. Não obstante, permanece incólume a responsabilidade civil da ré por ter assumido o risco de acidentes em local de circulação de trens próximo a residências, ainda que de menor intensidade demográfica.

Ante a previsibilidade da ocorrência de acidentes em via férrea de livre acesso à população, o artigo 12 do Decreto n.º 2.089/63 impõe às estradas de ferro a construção de passagem inferior ou superior, com dimensões e características adequadas às necessidades de circulação e, ainda, sinalização adequada, cancela e guardas.

Além desse fator, as estradas de ferro impedir o ingresso de pessoas estranhas aos serviços nos trilhos, incumbindo-lhes a fiscalização da estrada nos locais não destinados ao público.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

In casu, o livre acesso de pedestre na via férrea, sem qualquer fiscalização por parte da ré, configura o descumprimento de tal dever jurídico e, conseqüentemente, é inegável sua responsabilidade sobre o evento por culpa *in omittento* e *in vigilando*, nos termos dos artigos 186 do atual Código Civil.

De assinalar-se que inexistente nos autos prova de que o autor estivesse "praticando surf ferroviário". Contudo, não há dúvidas de que ele concorreu para a ocorrência do evento ao invadir clandestinamente a linha férrea e, mais, permanecer próximo aos trilhos, não aguardando a distância segura do percurso do trem.

À época, o autor estava com quatorze anos, não era mais uma criança, tinha discernimento do risco de se atravessar uma via férrea.

Ao invadir clandestinamente a linha férrea e permanecer próximo aos trilhos, a vítima colocou em risco não só a própria vida, mas também a de outras pessoas, como o maquinista, e também o patrimônio da empresa-ré diante da necessidade do acionamento brusco dos freios com a possibilidade de descarrilamento da composição.

Não é sem razão que o artigo 70 do Decreto n.º 2.089/63 veda o ingresso de pessoas estranhas aos serviços e à fiscalização da estrada nos recintos que não forem destinados ao público e, ainda, proíbe o trânsito de pessoas no leito da estrada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

A par disso, é de se reconhecer a responsabilidade concorrente da vítima para o evento.

Nesse sentido:

"Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Segurança de pedestres. Indenização. O não-cumprimento do dever legal de cercar e conservar a faixa ocupada por linhas férreas, nas proximidades de local populoso, com habitual trânsito de pedestres, gera a obrigação de indenizar pelo acidente. Arts. 10 do regulamento aprovado pelo Decreto n.º 2.089/63 e 588, § 5.º do Cód. Civil. 2. Culpa concorrente. No caso de culpa concorrente, porque comprovada também a imprudência da vítima 'impede reconhecer o dever de indenizar proporcionalmente' (REsp-20.163). 3. recurso especial conhecido e provido, julgando-se procedente em parte a ação." (STJ, 3.ª T, REsp n.º 29.291-1/RJ, rel. Min. CLÁUDIO SANTOS, j. 8.2.93, v.u.)

Geralmente, a questão posta envolve prova pericial da área médica, a qual, *in casu*, não foi realizada, todavia, os documentos acostados os autos são suficientes à formação do convencimento do julgador.

Pelo relatório médico de fls. 18, o autor foi avaliado pela equipe de traumatologia e de cirurgia vascular, a qual indicou a amputação traumática da mão esquerda devido à inviabilidade do reimplante, sendo que no membro superior direito os médicos optaram "por colocação de fixadores externos úmero e punho + procedimento cirúrgico com a vascular posteriormente para tentativa de salvar membro que também se encontrava muito acometido por lesões de partes moles, lesões vasculares e lesões nervosas".

As fotografias de fls. 47; 48; 49; 50;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

51; 52; 53 demonstram a gravidade das lesões sofridas pelo autor, e as fotografias de fls. 56; 57; 58 e 59 evidenciam a consolidação definitiva das lesões.

Evidente, pelas fotografias de fls. 56; 57 e 58, que o autor apresenta severa perda da mobilidade da mão direita, além de amputação da mão esquerda.

Patente o fato de ter o autor se tornado um deficiente físico após o acidente, apresentando incapacidade laborativa que inviabiliza seu ingresso no mercado de trabalho em quase todas as atividades profissionais, considerando-se, aqui, os projetos de inclusão social de pessoas com deficiência física e mental.

Efetivamente, alguém que tenha perdido seus membros superiores estará inevitavelmente subordinado a uma evidente redução da capacidade de trabalho, o que ao meu entender deve significar, concretamente, uma redução das oportunidades oferecidas no mercado de trabalho.

As lesões corporais sofridas, sem dúvida, prejudicam o exercício de qualquer profissão ou ao menos constituem uma grande limitação à potencialidade do autor para as atividades profissionais em geral, não se trata, portanto, de dano futuro, nem representa indenização de meras expectativas, o dano, aqui, é certo e atual.

A finalidade é indenizar a perda da profissionalidade, da carreira e de outras chances, isso porque o Código Civil, no instituto da responsabilidade civil, é regido pelo princípio da *restitutio in integrum*,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

de modo a não se dar menos do que o efetivo prejuízo sofrido.

A indenização pelos danos físicos e patrimoniais, na forma do artigo 950 do atual Código Civil, consistentes na incapacidade para o trabalho, deve ser fixada em forma de pensão mensal.

Na espécie, o pensionamento deve ser fixado em 1/2 do salário mínimo vigente em 26.12.2010, levando-se em conta o reconhecimento da culpa concorrente, devido desde quando seria autorizado legalmente o ingresso do autor no mercado de trabalho, ou seja, a partir dos 16 (dezesseis) anos de idade (26.12.2010) até a data em que atingirá 65 (sessenta e cinco) anos de idade, conforme requerido na inicial.

De assinalar-se que não incorre em qualquer tipo de contradição o estabelecimento de reajuste do valor das prestações vencidas e vincendas do pensionamento mensal ao mesmo índice que alterar o *quantum* do salário mínimo, uma vez que o parâmetro determinado visa assegurar ao autor tratamento igualitário àquele conferido aos trabalhadores em geral no momento do reajuste anual do salário.

As pensões vencidas e em atraso serão pagas de uma só vez. Tendo em vista que será observado o valor do salário mínimo vigente na data do pagamento, e como este já é corrigido monetariamente, para as parcelas atrasadas da pensão mensal incidirão apenas juros de mora a partir do vencimento de cada parcela.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

No que tange à indenização por danos morais e estéticos, as importâncias fixadas demonstraram-se excessivas.

A indenização pelo dano moral, como assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, não depende de prova do prejuízo, sendo suficiente que esteja o fato que causou o dano moral devidamente comprovado (REsp n.º 233.597-MG, relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 30.10.2000).

Segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos" (*apud* Da Culpa e do Risco como Fundamentos da Responsabilidade Civil, Nehemias Domingos de Melo, Juarez de Oliveira, 2005, pág. 55).

In casu, o dano moral não podia deixar de ser reconhecido em função da dor, da angústia e do sofrimento todo que resultou do acidente ocorrido com o autor, pois foi submetido à intervenção cirúrgica, com vários dias de internação, além de tratamentos fisioterápicos.

CARLOS ALBERTO BITTAR sustentava que o dano moral dispensa prova em concreto. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa o autor comprovar que sentiu dor, angústia, sofrimento etc.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Na verdade, não se pode sentir as dores de outrem, mas ninguém ignora que as sofreria, em condições idênticas.

Devido às lesões sofridas, o autor teve a perda total dos movimentos dos membros superiores pela amputação traumática da mão esquerda e pelas lesões de partes moles, vasculares e nervosas que causaram a inutilização do membro superior esquerdo.

É evidente que as seqüelas sofridas causam impressões penosas, o que, evidentemente, causa sofrimento e angústia ao autor, além de dificultar a colocação no mercado de trabalho.

Registra-se, por oportuno, que a expressão "dano moral" é utilizada de forma genérica, abrangendo o dano estético que é uma espécie do primeiro.

Os danos estéticos têm condições efetivas de serem aferidos diante da constatação das anomalias permanentes que o autor passou a ostentar no seu aspecto físico, múltiplas cicatrizes irregulares em toda extensão do braço direito, além das cicatrizes da amputação da mão direita (foto fl. 57), as quais permitem afirmar que causam mal-estar, desgosto, desagrado e vexame ao portador, que, no caso, é um jovem.

O acidente causou à vítima não só trauma psicológico, mas também dores físicas e deformidades permanentes, pelo que devem ser ressarcida pelos danos

estéticos sofridos.

É errôneo pensar que essa indenização só é devida quando resultar em consequências patrimoniais diretas, como é o caso, por exemplo, de danos estéticos em quem tem a profissão de modelo. A lei tem por finalidade precípua a proteção do interesse geral de todos, sem olhar para sexo, idade, condição social, pois todo indivíduo tem direito à integridade física e funcional do seu corpo.

Portanto, são devidas as indenizações por danos morais e estéticos de forma separada, pois o fundamento para cada um é diverso.

Urge ressaltar que a lei não indica os elementos que possam servir de parâmetro para se estabelecer o *quantum* da indenização, apenas dispõe que deve ser pautada com base na extensão do dano (artigo 944 do novo Código Civil), sendo do prudente arbítrio do julgador tal ponderação, em cada caso.

Dessa forma, os danos estéticos devem ser reparados de modo satisfatório, em virtude do princípio da *restitutio in integrum*. Por isso, não se pode deixar de indenizar amplamente o autor seja para proporcionar-lhe instrumento capaz de amenizar a dor moral e trazer-lhe alguma alegria, seja para que tenha alento e consolo por carregar as cicatrizes e as deformidades permanentes devido ao acidente, razão pela qual arbitro a indenização por dano moral devida ao autor em R\$25.500,00 e, a título de dano estético, a importância de R\$12.750,00, com observância a Súmula n.º 362 do STJ, a qual prescreve que: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide

desde a data do arbitramento."

É preciso observar que essas quantificações poderiam ser fixadas em patamar mais elevado, considerando-se a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade das lesões, a repercussão na sua rotina diária e etc. Todavia, a condenação condiz exatamente com os pedidos deduzidos na peça inicial, pois, caso contrário, estar-se-ia diante de um julgamento *ultra petita*, atentando-se, também, para o fato de que houve o reconhecimento da culpa concorrente da vítima, a qual influi na indenização, ensejando a repartição proporcional dos prejuízos sofridos. Dessa forma, o autor só tem direito à metade das indenizações pleiteadas.

Pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso para julgar parcialmente procedente a pretensão inicial, condenando a ré a pagar ao autor: 1) pensão mensal de 1/2 do salário mínimo vigente em 2010, a partir de 26.12.2010 até a data em que atingirá 65 (sessenta e cinco) anos de idade. As pensões vencidas e em atraso serão pagas de uma só vez, tendo em vista que será observado o valor do salário mínimo vigente na data do pagamento, e como este já é corrigido monetariamente, para as parcelas atrasadas da pensão mensal incidirão apenas juros de mora a partir do vencimento de cada parcela; 2) a importância de R\$25.500,00, a título de danos morais, com a correção monetária desde a data do arbitramento, nos termos do disposto na súmula 362 do STJ, e acrescida de juros moratórios de 12% ao ano, desde o evento, conforme súmula 54 e 362 do STJ; 3) a importância de R\$12.750,00, a título de danos estéticos, com a correção monetária desde a data do arbitramento, nos termos do disposto na súmula 362 do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

STJ, e acrescida de juros moratórios de 12% ao ano, desde o evento, conforme súmula 54 e 362 do STJ. Serão recíproca e proporcionalmente distribuídos os encargos financeiros da sucumbência, de acordo com a derrota objetiva experimentada, respondendo o autor pela perda sofrida em razão do reconhecimento de culpa concorrente e a ré em face do reconhecimento do dever de pagar a indenização a título de danos materiais, morais e estéticos. Assim, arcará cada parte com a metade das custas e das despesas processuais corrigidas e com os honorários do respectivo advogado. Sobrestada a exigibilidade da condenação do autor até que ele possa fazer o pagamento sem prejuízo do sustento próprio ou da família, nos termos do artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

GILBERTO LEME
Relator