



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000030094

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0000704-15.2003.8.26.0323, da Comarca de Lorena, em que é apelante CELITA DE OLIVEIRA REBOUÇAS, são apelados ITAÚ SEGUROS S/A, AGF BRASIL SEGUROS S.A, IRB BRASIL RESSEGUROS S/A, MITSUI SUMITOMO SEGUROS S/A e MRS LOGÍSTICA S/A.

ACORDAM, em 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FORTES BARBOSA (Presidente sem voto), SILVIA ROCHA E CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2017

Themístocles **NETO BARBOSA FERREIRA**

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

COMARCA: Lorena – 2ª Vara Cível
APTE.: Celita de Oliveira Rebouças e Outro
APDO.: MRS Logística S/A e Outros
JUIZ: José Fabiano Camboim de Lima
29ª Câmara de Direito Privado

VOTO Nº 3616

Ementa: *Acidente de Trânsito. Indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade Civil Extracontratual de Concessionária de Serviço Público pautada pela Teoria do Risco Administrativo. Inadmissibilidade da responsabilização pelo risco integral – Atropelamento ocorrido na via férrea – Prova coligida aos autos indica de forma séria e concludente, que a concessionária não cumpriu eficazmente com seu dever de prevenção e fiscalização – De fato, elementos constantes do feito, evidenciam que a via férrea que transpassa o interior de bairro popular, de perfil residencial, no qual há relativo fluxo de pessoas, famílias e crianças não estava resguardada por qualquer cerca, muro ou alambrado ao longo de sua extensão e, em especial, no lugar em que ocorreu o acidente. Ademais, é possível verificar nos autos, a proximidade dos trilhos com as residências e as ruas pavimentadas. Caracterizada, pois, a negligência (modalidade de culpa), da ré, exsurge o seu dever de indenizar – Precedentes – Recurso especial repetitivo – REsp 1210064/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 08/08/2012 – Realmente, comprovado o dano, o nexo de causalidade e a falha na prestação do serviço, a condenação da concessionária ré ao pagamento de indenização pelos danos suportados pela autora é medida que se impõe – Todavia, também restou demonstrada a concorrência de causas (culpa concorrente), na medida em que a conduta da autora, que ingressou na via férrea, mesmo tendo avistado a aproximação da locomotiva, foi à semelhança da negligência da ré, preponderante para a ocorrência do acidente – Indenização devida à razão de 50% do total da aferida – Inteligência do art. 945, do Código Civil - Danos materiais (danos emergente e lucros cessantes) que se afiguram indevidos, posto que sua alegação não foi demonstrada sequer por indícios de prova – Danos extrapatrimoniais – Cicatrizes decorrentes do acidente – Amputação dos membros inferiores abaixo do joelho – Dano estético configurado, pelo que de rigor o pagamento de indenização a tal título – Dano moral puro, cuja comprovação é dispensável em razão da própria situação. Destarte, o pagamento de indenização pelos danos morais*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sofridos é medida que se impõe – Lide secundária – Valor total da condenação imposta à segurada que é inferior ao valor da franquia do seguro contratado – Denúnciação da lide julgada improcedente – Sentença reformada – Recurso da autora provido – Recurso da ré improvido.

Vistos.

Por sentença proferida a fls. 728/735, cujo relatório adoto, o I. Juízo de Primeiro Grau julgou improcedente a ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trânsito, ajuizada por Celita de Oliveira Rebouças em face da empresa MRS Logística S/A, que havia denunciado da lide a AGF Brasil Seguros S/A.

A lide secundária foi extinta com fundamento no art. 267, VI, do CPC, de 1973.

AGF Brasil Seguros S/A alegou litisconsórcio passivo necessário com IRB Brasil Ressegurados S.A. e requereu a notificação das cosseguradoras Unibanco AIG Seguros S/A e Mitsui Sumimoto Seguros S/A, que posteriormente integraram o polo passivo da lide.

O MM. Juízo *a quo*, à luz das provas produzidas, entendeu que o atropelamento da autora em via férrea ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que atravessou a via em local inapropriado e em momento inoportuno, tornando inevitável o acidente, a despeito de todos os procedimentos de segurança adotados pelo maquinista da locomotiva.

Via de consequência, extinguiu o feito com resolução do mérito e condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, observados os benefícios da gratuidade processual conferida à autora.

Outrossim, condenou a ré MRS Logística a pagar à denunciada AGF Brasil Seguros S/A as verbas de sucumbência relacionadas à lide secundária, arbitrando os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00.

Relativamente a IRB Brasil Ressegurados S.A.; Unibanco AIG Seguros S/A e Mitsui Sumimoto Seguros S/A, observou o douto julgador que por ostentarem a condição de assistentes litisconsorciais, não há que se falar em pagamento ou recebimento de honorários sucumbenciais (fls. 736).

Inconformada, a autora apelou (fls. 743/760), alegando, inicialmente, que a despeito da empresa ré alegar que o local do acidente se constitui passagem clandestina, na qual os alambrados e cercas existentes haviam sido retirados pelos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

transeuntes, não há nos autos qualquer prova nesse sentido.

Aponta contradição e inconsistência no depoimento das testemunhas de defesa, rogando a sua desconsideração por se tratar de declarações isoladas.

Alega que no local do acidente não existia qualquer sinalização, cancelas ou grades de proteção, situação que denota a responsabilidade civil da empresa ré, conforme entendimento jurisprudencial colacionado.

Pondera que era obrigação da requerida realizar obras e melhorias com o escopo de conferir proteção e evitar a trânsito de pessoas no local.

Em suma, pugna pela responsabilização da empresa ré por negligência no dever de prevenção e fiscalização da ferrovia.

Bem por isso, requer o provimento do recurso e a reforma da sentença para que a ação de origem seja julgada procedente em sua integralidade.

Recurso tempestivo e sem preparo, visto que a apelante é beneficiária da gratuidade processual (fls. 735).

Embargos de declaração opostos pela requerida MRS Logística (fls. 764/788), que foram conhecidos e rejeitados pelo MM. Juízo *a quo*, nos termos da decisão de fls. 789/790.

Contrarrazões de Itaú Seguros a fls. 793/795 e da MRS logística a fls. 806/811.

A fls. 823, Allianz Seguros requereu a devolução de prazo para contrarrazões, o que foi deferido a fls. 825/826. A fls. 830/837, a peticionária ofereceu sua contrariedade.

Da r. sentença também apelou a ré MRS Logística S.A. (fls. 796/801).

Em apertada síntese, sustenta que a denunciada AGF Seguros não contestou a denúncia da lide, limitando-se a pontuar os limites da cobertura do contrato de seguros.

Com efeito, não havendo pretensão resistida, entende indevida sua condenação ao pagamento dos ônus de sucumbência.

Ante o exposto, requer o provimento do recurso, com a condenação da autora ao pagamento das verbas de sucumbência da lide secundária.

Intimada a complementar as custas de preparo (fls. 851), a apelante MRV Logística prestou os esclarecimentos de fls. 854/857.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É o relatório.

Em sede de juízo de admissibilidade, e à luz dos esclarecimentos prestados pela apelante MRV Logística, de rigor o conhecimento da apelação de fls. 796/801.

Realmente, limitando-se o objeto do recuso à discussão acerca do ônus das verbas de sucumbência da lide secundária, o preparo recursal recolhido (R\$ 100,70 – fls. 802) não carece de complementação.

Isto porque a apelante foi condenada em valor líquido, qual seja, R\$ 1.000,00 a título de honorários advocatícios.

Destarte, em sendo tal valor, menor do que 5 UFESPs, cabia à apelante o recolhimento do valor mínimo, então estipulado em R\$ 100,70, o que de fato foi feito.

Destarte, ante o preenchimento dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço os recursos de apelação interpostos.

Isso assentado, segue-se à análise do mérito.

Pois bem.

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Celita de Oliveira Rebouças contra MRV Logística S/A.

Narra a inicial que no dia 01.03.2003, a autora, que contava com 72 anos de idade, ao tentar transpor linha férrea por uma passagem de nível, que interligava a Rua São João à Rua Capitão Leovigildo Areco, na cidade de Lorena-SP, foi violentamente atropelada pela composição KEP 1154, composta por 71 vagões carregados de cimento, conduzida pelo maquinista Raimundo Lopes de Aquino.

Alega a suplicante que ao tentar transpor a via, ficou com os pés presos entre os trilhos e o pneu de sua bicicleta, ficando impossibilitada de escapar ao acidente, que resultou na amputação de suas duas pernas, abaixo dos joelhos.

Assevera que nesta passagem de nível não existe qualquer sinalização, cancela ou grades de proteção, razão pela qual, no seu entender, a empresa ré negligenciou no seu dever de prevenção e fiscalização.

Destarte, deve ser condenada ao pagamento de indenização correspondentes aos danos morais e materiais que alega ter sofrido por conta do acidente.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Citada, a ré contestou (fls. 50/62), alegando, em apertada síntese, que a passagem de nível onde ocorreu o acidente foi estabelecida de forma clandestina pelos transeuntes locais.

Aduz que não obstante, colocou no lugar do acidente, um trilho com suportes a aproximadamente um metro de altura, com o objetivo de barrar o acesso ao local.

Todavia independentemente das providências tomadas, o lugar continuou a ser invadido.

Outrossim, assevera que o maquinista, apesar de trafegar em baixa velocidade e acionar a buzina e o freio de emergência, não conseguiu estancar o avanço da composição.

Destarte, concluiu que mesmo após realizar todo o protocolo de emergência e prevenção de acidentes, não foi possível evitar o atropelamento da autora, motivo pelo qual pede a exclusão de sua responsabilidade por culpa exclusiva da vítima.

Eis a síntese dos fatos.

Atento à necessidade de manutenção de linha coerente de raciocínio, entendo conveniente, antes de ingressar no exame do mérito propriamente dito, efetuar breve digressão doutrinária e jurisprudencial, a respeito do tema objeto desta ação.

Pois bem.

Concessão, como ensina Hely Lopes Meirelles (Direito Municipal Brasileiro – 6ª. ed – pg. 292), “*é a delegação da execução do serviço, na forma autorizada por lei e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, cumulativo e realizado intuitu personae. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação de serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe executá-lo por delegação do poder concedente.*”

In casu, a suplicada é concessionária de serviço público e dentre suas atribuições, por força do contrato de fls. 73 e ss, nos termos em que postos na transcrição doutrinária acima efetuada, está a exploração do transporte ferroviário de carga, que, *in casu*, ocorre na malha rodoviária Sudeste (fls. 66 e ss.), que compreende a ferrovia pela qual transitava a autora na época dos fatos.

Outrossim, oportuno lembrar que a concessionária do serviço público, tal como o Estado, tem responsabilidade extracontratual pelos danos causados a seus



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

usuários e terceiros.

Hely Lopes Meirelles, em comentário ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ensina que *“o exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente de prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados. Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as pessoas físicas e as pessoas jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Todavia, evoluímos no sentido de que também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, como dissemos precedentemente (cap. VI, item 1.2), não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.”* (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 32ª ed., 2006, p.653).

Porém, como anota Rui Stoco, em Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial – RT – pg. 338, *“evidente que o Estado não responde sempre por qualquer ato ou fato danoso sofrido pelo particular.*

A regra do art. 37., parág. 6o., da CF/88 impõe a responsabilidade objetiva apenas quando os agentes da Administração causarem danos a terceiros.

(...)

Se assim não fosse o Estado transformar-se-ia em tutor e responsável por qualquer evento que viesse a ocorrer com as pessoas, de forma indistinta e levada às últimas conseqüências, o que não se admite.

Como advertiu Celso Antônio, “solução diversa conduziria a absurdos” e o Estado estaria erigido em segurador universal.”

A jurisprudência, adotando tal entendimento, vem se pronunciando, conforme julgado publicado em RT 730/93, pela negação da responsabilidade objetiva da Administração Pública ou do risco integral, para adoção da chamada teoria do risco administrativo.

E neste sentido é que se delimita a responsabilidade das concessionárias de serviço público, notadamente em relação ao chamado dever de prevenção e/ou fiscalização do bem público concedido.

Assim, em questões da espécie dos autos, se for constatado que a concessionária foi omissa ou que não cumpriu com os deveres de prevenção/fiscalização de maneira suficiente, demonstrado o dano e o nexo de causalidade, exsurge seu dever de indenizar.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tais considerações, aliás, estão consolidadas na jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça.

A propósito, veja-se:

“APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE (CRIANÇA) NA VIA FÉRREA POR TREM (LOCOMOTIVA). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. NECESSIDADE. CULPA EXCLUSIVA OU FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA PELA PRÁTICA DE "SURF FERROVIÁRIO" NÃO COMPROVADO NO ÂMBITO JUDICIAL. VIGORA, NO CASO, O NÃO CUMPRIMENTO DA RÉ QUANTO AO DEVER LEGAL DE CERCAR E CONSERVAR A FAIXA OCUPADA POR LINHA FÉRREA, ESPECIALMENTE NA PASSAGEM DE NÍVEL PRÓXIMA À ÁREA URBANA COM HABITUAL INCIDÊNCIA DE OUTROS ACIDENTES. ÔNUS DA PROVA. INTELECÇÃO DO ART. 333, I E II, DO CPC. CONDUTA OMISSIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E O DANO CAUSADO NA VÍTIMA. PRECEDENTES DO C. STJ. RECURSO IMPROVIDO. O acervo probatório coligido nos autos, jungido aos elementos indiciários colhidos no inquérito policial, fornece seguro juízo de certeza, de que a vítima foi atropelada em plena passagem de nível desprovida de qualquer sinalização e até de meios próprios de segurança. Tais medidas, se implantadas, poderiam minimizar os riscos em áreas cujo adensamento populacional fixado em trecho urbano é considerado ponto crítico. *Contrária à assertiva da ré, é de sua responsabilidade o dever de segurança e vigilância contínua nas vias férreas não podendo ser transferida em hipótese alguma ao município local.* Ainda que assim não fosse, calha consignar que a ré não conseguiu demonstrar no âmbito judicial que a vítima praticava o denominado "surf ferroviário" ou que pegava carona indevida na composição férrea.” (Apelação nº 0008773-35.2012.8.26.0189, TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Adilson de Araujo, j. 02/02/2016, g.n.).

Destarte, como bem anotado no v. aresto supracitado, cabe ao usuário lesado demonstrar que, no âmbito de atuação da concessionária, sofreu danos, e que tais danos guardam nexo de causalidade com a atividade desenvolvida pela concessionária.

À concessionária, por sua vez, incumbe demonstrar a observância dos deveres de prevenção/fiscalização, ou mesmo alguma das causas excludentes de responsabilidade.

Isso assentado, e preservado o entendimento do d. Juízo sentenciante, verifica-se que *in casu*, a situação-modelo faz crer na responsabilidade da ré.

Isto porque além da ré não provar que preveniu as cercanias da via férrea, no local do acidente, com obstáculos físicos, a prova produzida nos autos dá conta de que tais barreiras nunca existiram.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

De início, constato que o registro fotográfico de fls. 25/32, referenciado por testemunhas oculares como sendo o local do acidente (fls. 503 e ss), atesta que o acesso ao trilho do trem é totalmente desguarnecido.

Tais fotos também revelam que a via férrea transpassa o interior de um bairro popular, de perfil residencial, dando conta, ainda, de relativo fluxo de pessoas, famílias e crianças no local.

Outrossim, é possível verificar a proximidade dos trilhos com as residências e as ruas pavimentadas, sem qualquer cerca, muro ou alambrado ao longo de sua extensão.

A prova oral produzida também guarda ressonância com o cenário acima descrito.

Veja-se que Adevaldo Dias de Souza (fls. 503), morador do local que presenciou o acidente, é claro ao afirmar que *“não tinha, não tem nem nunca teve cerca naquele local. A composição era grande. Não tinha e não tem cancela ou placa naquele local. (...) Não há passarela por perto, 'a população briga até hoje por uma passagem de nível lá. **Por MRS:** a população improvisa passagem naquele local, ou seja, coloca terra no meio da linha do trem para atravessar. Por duas vezes a FEPASA desmanchou essa improvisação e depois do acidente colocaram um ferro em um dos lados da linha. Não há placa de proibido atravessar ali hoje, 'nunca existiu'. Existe uma passagem elevada que fica distante uns oitocentos metros do local do acidente.”* (g.n.).

No mesmo sentido, é o depoimento de Amilton Ayres dos Reis (fls. 504), que afirma que *“na época, não havia grade, cerca, ferro ou placa ou cancela ou guarda no local, não há até hoje, só colocaram um ferro em um dos lados da linha.”*

O maquinista da composição, Raimundo Lopes de Aquino (fls. 506), também faz referência a falta de obstáculos e sinalização. Relata que *“na época dos fatos, não havia redutor de fluxo, como há hoje. O redutor faz o pedestre olhar aos dois lados antes de acessar a linha. Deve haver também junto com o redutor uma placa contendo 'pare, olhe, escute'. É a única coisa que há no local hoje.”*.

É certo que a testemunha José Maria Lagden (fls. 604 e ss.) afirma que *“o local sempre teve cerca de fora a fora, de ambos os lados, sempre ela colocou e com placas, né, de certos lugares onde há passagem oficial e alertando o perigo, né.”* (fls. 606).

Todavia, tal versão, além de isolada, foi prestada por um ex-funcionário da empresa ré, que apesar de compromissado, seu depoimento não pode ser tido, com a máxima vênia, como expressão isenta da verdade e prevalecer sobre os demais elementos de prova que apontam em sentido contrário.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Portanto, a realidade que avulta do conjunto probatório é a de que no local do acidente, quando de sua ocorrência, não havia cercas ou grades de proteção impedindo o acesso da via férrea.

Caracterizada tal situação, forçoso concluir que a concessionária do serviço público falhou no dever de prevenção/fiscalização, o que implica em culpa, na modalidade de negligência, e, via de consequência, em sua responsabilidade e dever de indenizar.

Acresce notar que o C. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do REsp 1210064/SP, que seguiu a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, em caso análogo ao dos autos, firmou entendimento de que a prestadora de serviço de transporte ferroviário age com culpa quando deixa de erigir obstáculos, e respectiva sinalização, que impeçam o acesso aos trilhos.

A propósito, veja-se:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. COMPROVADA A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA 7 DO STJ. NÃO COMPROVAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NOS MOLDES EXIGIDOS PELO RISTJ.

1. A culpa da prestadora do serviço de transporte ferroviário configura-se no caso de atropelamento de transeunte na via férrea quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia com muros e cercas bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população. Precedentes.

2. A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano.

3. A exemplo de outros diplomas legais anteriores, o Regulamento dos Transportes Ferroviários (Decreto 1.832/1996) disciplinou a segurança nos serviços ferroviários (art. 1º, inciso IV), impondo às administrações ferroviárias o cumprimento de medidas de segurança e regularidade do tráfego (art. 4º, I) bem como, nos termos do inciso IV do art. 54, a adoção de "medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativas destinadas a prevenir acidentes". Outrossim, atribuiu-lhes a função de vigilância, inclusive, quando necessário, em ação harmônica com as autoridades policiais (art. 55).

4. Assim, o descumprimento das medidas de segurança impostas por lei, desde que aferido pelo Juízo de piso, ao qual compete a análise das questões fático-probatórias, caracteriza inequivocamente a culpa da concessionária de transporte ferroviário e o consequente dever de indenizar.

5. A despeito de situações fáticas variadas no tocante ao

descumprimento do dever de segurança e vigilância contínua das vias férreas, a responsabilização da concessionária é uma constante, passível de ser elidida tão somente quando cabalmente comprovada a culpa exclusiva da vítima. Para os fins da sistemática prevista no art. 543-C do CPC, citam-se algumas situações: (i) existência de cercas ao longo da via, mas caracterizadas pela sua vulnerabilidade, insuscetíveis de impedir a abertura de passagens clandestinas, ainda quando existente passarela nas imediações do local do sinistro; (ii) a própria inexistência de cercadura ao longo de toda a ferrovia;

(iii) a falta de vigilância constante e de manutenção da incolumidade dos muros destinados à vedação do acesso à linha férrea pelos pedestres; (iv) a ausência parcial ou total de sinalização adequada a indicar o perigo representado pelo tráfego das composições.

6. No caso sob exame, a instância ordinária, com ampla cognição fático-probatória, consignou a culpa exclusiva da vítima, a qual encontrava-se deitada nos trilhos do trem, logo após uma curva, momento em que foi avistada pelo maquinista que, em vão, tentou frear para evitar o sinistro. Insta ressaltar que a recorrente fundou seu pedido na imperícia do maquinista, que foi afastada pelo Juízo singular, e na responsabilidade objetiva da concessionária pela culpa de seu preposto. Incidência da Súmula 7 do STJ.

7. Ademais, o dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes exigidos pelo RISTJ, o que impede o conhecimento do recurso especial interposto com fundamento tão somente na alínea "c" do permissivo constitucional.

8. Recurso especial não conhecido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (REsp 1210064/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 31/08/2012).

In casu, como visto, restou comprovado a saciedade que no local do acidente não havia cercas ou grades de proteção impedindo o acesso da via férrea, motivo pelo qual a empresa ré deve ser responsabilizada pelo acidente, também por força do entendimento jurisprudencial consolidado da Superior Instância.

Todavia, tal entendimento não veda a análise, no caso concreto, de eventual concurso de causas.

E, *in casu*, não há como ignorar a conduta imprudente da vítima que em grande parte contribuiu para a consumação do acidente.

De fato, pelo que constou dos depoimentos colhidos em Primeiro Grau, é possível afirmar que autora iniciou a transposição dos trilhos quando já era possível estabelecer contato visual com a locomotiva.

Conforme esclarece Amilton Ayres dos Reis, testemunha ocular do acidente (fls. 504), “O trem vinha vindo e ela foi atravessar a linha, a bicicleta enroscou no trilho e ela acabou atropelada.”.

No mesmo sentido, é o depoimento do maquinista, ao afirmar que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Dado momento, viu uma senhora com uma bicicleta entrando na linha do trem, acionou a buzina. Ao ver que ela ia ingressar na linha, acionou o freio da composição. O pedal da bicicleta enroscou num dos trilhos e a composição atingiu aquela senhora.” (fls. 506).

Em sendo possível avistar a locomotiva, forçoso concluir que a aproximação da composição era previsível.

E neste cenário, dúvida não há de que o comportamento da autora foi por demais imprudente, máxime considerando que, na época dos fatos, contava com 72 anos de idade.

Realmente, visualizando a locomotiva, antevendo sua aproximação e considerando as limitações naturais de movimentos próprias de sua idade (fato perfeitamente previsível), deveria a autora, naquelas circunstâncias e por imperativo de prudência, ter aguardado o término do percurso da composição.

Em outras palavras, a passagem da composição.

Todavia, optou por cruzar a ferrovia, colocando sua vida em risco, circunstância esta que também foi decisiva para que ocorresse o lamentável sinistro.

Conforme ensina Sergio Cavalieri Filho (Programa de Responsabilidade Civil – pg. 66 – 11ª. Ed. – Atlas), o nosso Direito Civil, em se tratando de Responsabilidade Civil Extracontratual, adotou a teoria da causalidade adequada, segundo a qual, *“nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada para produzir concretamente o resultado.”*

Prosseguindo, observa o ilustre autor que *“para aferir a responsabilidade civil pelo acidente, o juiz deve retroceder até o momento da ação ou da omissão, a fim de estabelecer se esta era ou não idônea para produzir o dano. A pergunta que então se faz é a seguinte: a ação ou omissão do presumivelmente responsável era, por si mesma, capaz de normalmente causar o dano?”*.

Ora, como visto, se a autora não tivesse ingressado inadvertidamente na via férrea, certamente o acidente não teria ocorrido. Porém, o mesmo pode ser dito em relação à conduta da empresa ré, que deixou de erigir edificações impedindo o acesso de transeuntes na linha do trem.

Tais circunstâncias apontam para a ocorrência da chamada concorrência de causas ou de responsabilidade.

Ainda recorrendo ao I. civilista Sergio Cavalieri Filho, *“fala-se em culpa concorrente quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos. A doutrina atual tem preferido falar, em lugar de*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

concorrência de culpas, em concorrência de causas ou de responsabilidade, porque a questão, como teremos oportunidade de ver (item 13.4), é mais de concorrência de causa do que de culpa. A vítima também concorre para o evento, e não apenas aquela que é apontado como único causador do dano.” (Op. Cit., p. 58) – (g.n).

Assim, analisando-se a controvérsia à luz de tais considerações doutrinárias, a conclusão que se impõe é a de que houve concorrência de causas, na medida em que a conduta da autora e da empresa ré foram, igualmente, preponderantes para a ocorrência do acidente, de onde se extrai também o nexo de causalidade com os danos relatados.

Aliás, é como vem se orientando a mais recente jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. A propósito, veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALECIMENTO. ATROPELAMENTO EM LINHA FÉRREA. CONCORRÊNCIA DE CULPA. DEVER DE INDENIZAR. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA.

DANOS MATERIAIS PRESUMIDOS. 3. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. NECESSIDADE.

4. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. 5.

RECURSO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, a concessionária de transporte ferroviário é civilmente responsável, por culpa concorrente, pela morte de vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto lhe assiste o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, principalmente em locais urbanos e populosos.

2. A fixação do montante da indenização deve levar em conta a existência de culpa concorrente, situando-se no patamar de cerca de 50% do valor que seria devido na hipótese de culpa integral da concessionária de transportes.

3. Dano moral fixado em razão da perda da genitora em valor condizente com a linha dos precedentes do STJ.

4. Por questão de coerência jurídica, e em observância ao art. 945 do CC, a existência de culpa concorrente deve repercutir, também, no valor da indenização por danos materiais, na modalidade de pensão mensal, o que impõe, no presente caso, a sua redução também pela metade.

5. Agravo regimental parcialmente provido.” AgRg no AREsp 181.235/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 30/05/2016, g.n.)

Destarte, cabe à ré indenizar os danos suportados pela autora, porém, não em sua totalidade, posto que, nos termos do art. 945 do Código Civil, “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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dano.”.

Ora, como visto acima, tanto a ação da autora quanto omissão da ré foram igualmente preponderantes para o evento danoso.

Logo, os danos materiais e extrapatrimoniais devem ser repartidos, cabendo à suplicante indenizar a autora em metade da indenização que restar fixada.

Isso assentado, passo à análise das verbas indenizatórias pleiteadas.

Pelo que se infere da inicial, a autora objetiva indenização por danos morais, estéticos e emergentes e lucros cessantes.

Relativamente aos danos materiais, alega que teve que suportar inúmeras despesas com a amputação de suas pernas, bem como com o custeio de próteses e tratamento fisioterápico.

Aduz, ainda, que necessita de uma enfermeira para lhe assistir durante todo o dia, bem como de uma empregada para os afazeres domésticos.

Estima, ao final, que os custos dos danos emergentes somam a importância aproximada de R\$ 35.000,00.

Pois bem.

A despeito das despesas alegadas, a autora não juntou qualquer documento comprobatório neste sentido.

Inicialmente, observo que a internação da requerente, bem como o procedimento cirúrgico de amputação dos membros inferiores foram realizados pelo Sistema Único de Saúde - SUS, precisamente na Santa Casa de Misericórdia de Lorena, conforme atesta o documento de fls. 33 e ss.

Outrossim, a autora não juntou qualquer documento comprovando as propaladas despesas com a amputação, aquisição e colocação de prótese e tratamento fisioterápico.

Em outras palavras, não se sabe, pelo que se tem dos autos, se tais despesas efetivamente existiram, isto é, se tais expedientes foram custeados pelo SUS ou se a autora teve que dispendir parcela de seu patrimônio para custear tais procedimentos com prestadores de serviço da rede privada de saúde.

É certo que o filho da autora, em depoimento prestado em Juízo (fls. 505), alega que *“tentaram colocar uma prótese, mas a autora não se adaptou, atualmente ela se locomove em cadeira de rodas.”*.

Todavia, não se sabe se tal prótese foi efetivamente custeada pela autora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ou fornecida pelo Estado.

O mesmo ocorre com o custeio de profissional de enfermagem e empregada doméstica, não havendo nos autos qualquer comprovante de pagamento neste sentido.

Outrossim, observo que o filho da requerente informou que a autora vive atualmente com o marido e a filha, familiares que têm, por lei, o dever de auxiliar a autora em suas necessidades.

Vale dizer, o marido, por força do que dispõe o art. 1.566, inciso III, do CC tem o dever de prestar assistência à autora. E a filha, pelo imperativo constitucional positivado no art. 229, tem “*o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.*”.

Destarte, à míngua de qualquer evidência ou início de prova, afigura-se inviável a condenação da ré ao pagamento dos danos emergente mencionados.

No que tange aos lucros cessantes, também não há prova nos autos de que a autora deixou de auferir rendimentos em razão do acidente.

De fato, conforme esclarecido por Irapuan Pereira, filho da requerente, “*na época dos fatos, a autora já era aposentada.*” (fls. 505).

Portanto, à míngua de prova de atividade remunerada, também não há que se falar em condenação da ré ao pagamento de lucros cessantes.

Em relação aos danos morais e estéticos, ao contrário do que sustentam as denunciadas, não há que se falar, para fins de caracterização, em unificação, posto que cada qual requer pressupostos específicos para sua configuração.

O dano moral, segundo Silvio de Salvo Venosa, “*é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima*” (Direito Civil, 7ª ed., vol. IV, p. 38).

Já o dano estético, segundo Maria Helena Diniz, é “*toda alteração morfológica do indivíduo que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa*”. (Curso de Direito Civil Brasileiro, 7º Vol., Saraiva, 14ª ed., São Paulo, 2000, p. 73).

Em verdade, ante tais definições, o dano estético pode ser tido como espécie do gênero dano moral, já que também reverbera na esfera subjetiva da pessoa.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

De fato, não se desconhece a possibilidade da verificação do dano moral decorrente de um dano estético, como, e.g., a vergonha e humilhação daquele que ostenta pelo resto da vida marcas e mutilação no corpo por conta de danos causados por terceiro.

Todavia, *in casu*, o dano moral pleiteado possui fundamento diverso, pois se relaciona com o sofrimento experimentado com o acidente propriamente dito, e não por eventuais deformidades aparentes do corpo, que ficaram como sequelas do ocorrido.

Logo, os danos devem ser considerados separadamente, para fins de caracterização.

Isso assentado, observo que a autora não juntou qualquer prova daquilo que considera dano estético.

Não obstante, o laudo pericial juntado a fls. 446 e ss., é categórico ao afirmar que a requerente sofreu “*Amputação em nível de 1/3 proximal das pernas direita e esquerda (...) evidenciando-se sequela de traumatismo em membros inferiores com nexo para o acidente descrito na exordial, respectivas sequelas repercutem negativamente ao convívio social*”. (fls. 447/448), concluindo pela existência de dano estético e psicológico em grau máximo.

Destarte, à luz do laudo produzido pelo IMESC, afigura-se indubitável a configuração dos danos estéticos, restando a controvérsia em relação à sua extensão.

Pois bem.

Dúvida não há acerca da repercussão negativa de tais cicatrizes, apontadas pela perícia, que, certamente, podem acarretar estigma psicológico à vítima.

Outrossim, observo que a amputação dos membros inferiores atribui à requerente sérias limitações, na medida em que acarretam invalidez, em notório prejuízo à sua imagem e reputação no meio social e familiar.

Em outras palavras, pode-se dizer que o prejuízo estético, consolidado em grau máximo, tem o potencial de causar repugnância no meio social em que vive, sendo insuscetível de correção por intermédio de cirurgia reparadora ou outro procedimento estético reconhecido pela Medicina.

Destarte, em vista das provas, e levando em consideração a gravidade e o local das cicatrizes, considero adequada **a fixação de indenização para os danos estéticos, em R\$ 28.110,00, quantia equivalente a 30 salários mínimos, levado em conta o valor federal da unidade (R\$ 937,00)**, que deverá ser corrigida desde o seu arbitramento (ou seja da publicação deste julgado) e acrescida de juros de mora contados do evento danoso.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Em relação aos danos morais propriamente ditos, em virtude de sua natureza subjetiva, é por demais complexa e dificultosa a sua ponderação por intermédio de elementos concretos e objetivos.

Destarte, há que se levar em conta na situação, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, regras de experiência técnica, tal como posto no art. 335, do CPC, de 1973.

Como bem ensinava MOACYR AMARAL SANTOS *"as regras da experiência comum, que surgem pela observação do que comumente acontece, e fazem parte da cultura normal do juiz, serão por este livremente aplicadas, independente de prova das mesmas. O juiz não pode desprezá-las quando aprecia o conteúdo de um testemunho ou mesmo de um documento, para extrair a verdade dos fatos testemunhados ou documentados."* E, citando ECHANDIA, salienta o saudoso Professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e Ministro do STF que *"tampouco pode olvidá-las quando aprecia a prova de indícios e somente com o seu concurso poderá reconhecer em vários deles o mérito de formar suficiente convicção, ou a um só a especial qualidade de constituir por si só prova plena. Essa qualificação de indicio necessário e a capacidade indicadora dos não-necessários, conforme sua conexão entre si com o fato por se provar, não podem reconhecer-se sem o auxílio das regras da experiência, pois de outra maneira não poderia o juiz aplicá-los"*. A propósito, veja-se: Comentários ao Código de Processo civil. 3 a ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982, vol. IV, n. 32, p.43.

In casu, o acidente causou lesões corporais à autora, sendo inegável que a violência presumida do impacto da composição com suas pernas, posteriormente amputadas em procedimento cirúrgico (fls. 33 e ss), causaram dor e sofrimento à vítima (autora).

Outrossim, incontroversa a dor psíquica sofrida pela autora, decorrente das sequelas, propriamente ditas, e da exposição decorrente do tratamento a que foi obrigada a se submeter.

Realmente, fácil compreender a situação de constrangimento vivenciada pela autora, que foi forçada a se afastar de situações do cotidiano, passando a se locomover por cadeira de rodas, por fato a que não deu causa.

Trata-se, *in casu*, de situação em que doutrina aponta como sendo de dano moral puro, cuja comprovação é dispensável em razão da própria situação.

Caracterizados, pois, os danos morais sofridos pela autora e, via de consequência, a responsabilidade da ré em repará-lo, de rigor a condenação de pagamento de indenização a tal título.

No tocante à sua quantificação, como já assentado em iterativa jurisprudência, a indenização por dano moral tem natureza compensatória e visa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

proporcionar ao ofendido um bem estar psíquico pela ofensa propriamente dita, mas, não enriquecê-lo.

Outrossim, o arbitramento da indenização deve levar em conta não só as consequências do fato para o autor, mas, também, a situação econômica do réu, além de sua culpabilidade.

Por fim, é necessário considerar o caráter pedagógico ou punitivo da indenização por dano moral, que deve ser suficiente para desencorajar futuras repetições da mesma conduta pelos condenados.

Como ensina Caio Mario da Silva Pereira, a indenização em questões da espécie, deve ser constituída de soma compensatória "*nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.*" (Responsabilidade Civil, 2a edição, Forense, 1990, pág. 67).

Nesse diapasão, também considero adequada, à luz do princípio da proporcionalidade e dos critérios acima mencionados, a **fixação da indenização por danos morais em R\$ 28.110,00, quantia equivalente a 30 salários mínimos, levado em conta o valor federal da unidade (R\$ 937,00).**

Consigne-se que o montante ora fixado deverá ser devidamente corrigido a partir da data da publicação desta decisão e acrescido de juros de mora, estes contados do evento danoso.

Contudo, da procedência da lide principal, com a condenação da seguradora MRS Logística, não decorre a procedência da lide securitária.

Isto porque o valor total da condenação é inferior ao valor da franquia do seguro contratado.

Neste sentido, observo, inicialmente, que a cláusula 6.1 (fls. 121) das condições gerais juntadas pelo próprio segurado a fls. 116 e ss., é expressa ao estabelecer que "*CORRERÃO POR CONTA DO SEGURADO, OS PREJUÍZOS E DESPESAS INDENIZÁVEIS RELATIVOS A CADA SINISTRO COBERTO, ATÉ O LIMITE DAS FRANQUIAS ESTIPULADAS NA APÓLICE.*".

Com efeito, a despeito da apólice de seguros de fls. 115 não especificar o valor da franquia, é certo que a seguradora denunciada alega em contestação (fls. 173) que o valor franqueado é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), juntando, neste sentido, documentos e condições particulares do contrato, acostados a fls. 190 e ss.

Acresce anotar que a denunciante MRS Logística, mesmo após intimada a se manifestar sobre a contestação (fls. 253), não impugnou as afirmações e os documentos apresentados pela denunciada AGF Seguros, deixando transcorrer *in albis* o prazo concedido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Assim, face à preclusão temporal, tem-se por incontroversa as alegações expendidas pela seguradora denunciada.

Isto assentado, de rigor concluir que a verba indenizatória a que foi condenada a ré denunciante, no total de R\$ 26.400,00, já descontada a parcela de responsabilidade da autora ($R\$ 26.400,00 \times 2 = 52.800,00 / 2 = R\$ 26.400,00$), é manifestamente inferior ao valor da franquia (R\$ 100.000,00).

Com efeito, a denunciada e cosseguradoras não podem ser condenadas ao pagamento da indenização securitária contratada pela requerida, sendo de rigor, portanto, a improcedência da lide secundária, que deve ser julgada extinta, nos termos do art. 269, inc. I, do então vigente CPC/1973.

Neste sentido, é a interativa jurisprudência deste E. Tribunal. A propósito, veja-se:

“AÇÃO PRINCIPAL - Queda de cliente em supermercado, ao tropeçar em cesta de compras abandonada no chão do estabelecimento Negligência da ré quanto à organização dos corredores Nexo de causalidade configurado Não demonstrada a culpa exclusiva ou concorrente da autora Responsabilidade da ré reconhecida Afastamento da indenização por lucros cessantes, por ausência de provas dos alegados prejuízos – Devido, por outro lado, o reembolso das despesas arcadas pela autora Indenização por danos morais também mantida Valor que não comporta redução, sob pena de frustrar suas finalidades compensatória e punitiva Partes igualmente vencidas e vencedoras Sucumbência recíproca Sentença parcialmente reformada RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

DENUNCIAÇÃO DA LIDE - Seguradoras da empresa ré - Não configurada a responsabilidade solidária - Indenização devida pela ré que não soma o valor mínimo da franquia contratualmente prevista - Ausente obrigação das seguradoras - Improcedência da lide secundária - RECURSOS DAS DENUNCIADAS PROVIDOS.” (Apelação nº 0019412-25.2002.8.26.0008, TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Elcio Trujillo, j. 25/06/2013, g.n.).

Ante o exposto, e evidenciada a culpa concorrente da ré, de rigor concluir pela procedência ou acolhimento parcial do recurso da autora e, com efeito, pela procedência parcial da ação, com extinção do feito, nos termos do art. 269, inc. I, do CPC/1973.

Em consequência fixo em R\$ 28.110,00 a indenização título de danos morais, e igual valor, R\$ 28.110,00, a título de danos estéticos, quantias equivalentes, cada qual, a 30 salários mínimos, levado em conta o valor federal da unidade (R\$ 937,00), que deverão ser devidamente corrigidas a partir da data da publicação desta decisão (Súmula 362, STJ) e acrescidas de juros de mora, estes contados do evento danoso (Súmula 54, STJ).

Reconhecida a culpa ou responsabilidade concorrente, a ré, MRS Logística S/A deverá arcar com a metade do total do quantum indenizatório ora



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fixado, nos termos do art. 945 do Código Civil, ou seja, valor principal de R\$ 28.110,00.

Considerando o princípio da causalidade, como também a sucumbência, experimentado pela requerida em maior grau, condeno-a ao pagamento das custas e despesas processuais e, amparado nas balizas impostas pelo art. 20, § 3º, do CPC, de 1973, ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atualizado da condenação.

Outrossim, de rigor concluir pela improcedência da lide secundária, com a extinção do feito, nos termos do art. 269, inc. I, do CPC/1973.

Sucumbente na lide secundária, condeno a denunciante a pagar à denunciada as custas e despesas processuais por ela despendida, bem como à verba honorária aos patronos seguradora AGF Brasil Seguros S/A, fixados por equidade em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

Deixo de condenar a denunciante ao pagamento do ônus sucumbencial em relação a IRB Brasil Resseguros S/A, ao UNIBANCO AIG Seguros S/A e à Mitsui Sumimoto Seguros S/A, dada condição de assistente litisconsorcial dos intervenientes mencionados em relação à seguradora líder, AGF Brasil Seguros S/A.

Com efeito, o improvimento do recurso da requerida denunciante, cuja pretensão recursal se fundamentou na ausência de pretensão resistida, é medida que se impõe, diante da improcedência da lide secundária, nos termos supramencionados.

Com tais considerações, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso da autora e nego provimento ao recurso da ré, nos termos supracitados.**

Themístocles **NETO BARBOSA FERREIRA**
Relator