



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000206580

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002020-31.2010.8.26.0028, da Comarca de Aparecida, em que são apelantes/apelados M R S LOGÍSTICA S/A e ALLIANZ SEGUROS S/A, é apelada/apelante PAULA HELENA AZEVEDO CUSTÓDIO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos das requeridas e deram provimento ao recurso da autora. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente sem voto), LINO MACHADO E MARCOS RAMOS.

São Paulo, 21 de março de 2018.

Maria Lúcia Pizzotti
RELATORA
Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

APELANTE: MRS LOGÍSTICA S.A., ALLIANZ SEGUROS S.A. e PAULA HELENA AZEVEDO CUSTÓDIO

APELADO: OS MESMOS

COMARCA: APARECIDA

MAGISTRADO PROLATOR DA DECISÃO: DRA. RITA DE CÁSSIA SPASINI DE SOUZA LEMOS

(cra)

EMENTA

REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – ATROPELAMENTO – VIA FÉRREA – CULPA CONCORRENTE – VÍTIMA EMBRIAGADA QUE DORMIU SOBRE A LINHA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SEGURADORA – ADEQUAÇÃO AO REPETITIVO

1 – A transportadora deve assumir os riscos de sua atividade, na qual se inserem os atropelamentos pela ausência de limites no bordo da ferrovia. A repetição de casos análogos torna previsível o risco, tanto que repetidamente prevenido por meio de construção de passarelas e grades nas regiões de linhas férreas. Supor que a embriaguez da vítima foi capaz de agravar o risco ou causar exclusivamente o acidente significa tipificar uma conduta tolerada pelo ordenamento afinal, não é crime embriagar-se esporadicamente e caminhar, não verificado que o autor tenha realizado qualquer conduta estranha ao comportamento normal capaz de admitir a excludente de responsabilidade;

2 – Considerando os paradigmas jurisprudenciais para o dano-morte, os dados do caso concreto e o pedido inicial, entendo por bem fixar a indenização em R\$40.000,00 (QUARENTA mil reais), diante da culpa concorrente. Referido valor deverá ser corrigido nos termos da Súmula 362 do STJ, da data do arbitramento, com juros de mora, de 1% ao mês, do evento danoso (S. 54, do STJ). Falecimento do pai da autora enquanto esta ainda era uma criança;

3 - Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice. (STJ, REsp n. 925.130/SP– Rel. Des. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2012);

4 – C. STJ que já pacificou entendimento, em sede de repetitivo, a tese de que atropelamento de pedestre em via férrea configura a concorrência de causas, impondo a redução da indenização por

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

danos morais pela metade. Caso em estudo no qual foi fixada originalmente indenização em R\$ 80.000,00 que, reduzida pela metade, corresponde a R\$ 40.000,00.

RECURSO DAS RÉS ALLIANZ E MRS IMPROVIDOS.

RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de fls. 505/512, cujo relatório se adota, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o pedido inicial, condenando a ré MRS ao pagamento de indenização por danos morais em 50 salários mínimos, bem como ao pagamento de pensão mensal para o autor, no valor de um salário mínimo nacional, vigente a cada vencimento, subtraído de um terço e dividido pela metade.

Ainda, julgou PROCEDENTE a denunciação, condenando o denunciado ao pagamento solidário da indenização, observado o limite da apólice. Diante da sucumbência, condenou o réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação.

Entendeu, o magistrado *a quo*, que inexistia controvérsia quando a ocorrência do acidente, ao falecimento e ao nexo de causalidade entre um fato e outro, sendo que a vítima foi colhida por uma composição na linha férrea e veio a falecer posteriormente. Disse que o laudo pericial constatou que na oportunidade a vítima se encontrava embriagada, configurando-se caso de culpa concorrente, pois no local inexistia proteção para os pedestres locais. Afirmou que a culpa concorrente não afasta o dever de indenizar, mas autoriza a redução do valor da indenização. Entendeu pela configuração do dano moral *in re ipsa* em virtude da morte do genitor da autora, que deve receber pensão mensal até completar 24 anos de idade.

Irresignadas, apelaram todas as partes, autora e rés.

Aduziu, em suma, a RÉ MRS LOGÍSTICA que ao contrário do afirmado pelo julgador, não houve culpa concorrente, mas sim culpa exclusiva da vítima, que se embriagou e passou a caminhar pela linha férrea, não podendo a apelante ser responsabilizada pela imprudência alheia. Disse ser inaplicável a responsabilidade objetiva que decorre do art. 37, §6º da Constituição Federal, uma vez que não transporta passageiros, mas apenas trens de carga, afastando-se, com isso, tal modalidade de responsabilização. Em tese alternativa, insurgiu-se contra o valor arbitrado a título de danos morais, afirmando que a vítima contribuiu para o evento, observando que a quantia fixada é causa de enriquecimento.

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

Argumentou, assim, pela reforma da r. decisão, dando-se provimento ao recurso interposto. Processado o recurso com o recolhimento das custas respectivas.

Também apelou a RÉ ALLIANZ. Aduziu, em suma, que não pode responder solidariamente pelo pagamento da condenação, pois não é ré e nem causadora do acidente, mas apenas a seguradora da demandada, de modo que não pode sofrer execução direta. Ressaltou que de acordo com a apólice possui responsabilidade apenas para realizar o reembolso de eventual quantia paga pelo segurado, não sendo responsável pelo cumprimento direto da obrigação. Disse que o acidente resultou da própria imprudência da vítima, observando a ausência de prova quanto aos rendimentos, devendo ser afastado o dano material fixado na via de pensão. Insurgiu-se contra o valor do dano moral e argumentou pela reforma da r. decisão. Processado o recurso com o recolhimento das custas.

Por fim apelou a AUTORA PAULA. Aduziu, em suma, ser evidente a responsabilidade da MRS pelo evento danoso, pois apesar de o falecido efetivamente ter sido encontrado embriagado no momento do acidente, competia à empresa que administra a linha férrea cuidar para que nenhum pedestre acessasse o local. Ressaltou a ausência de fiscalização e segurança no local, de modo que a apelada não impediu a ocorrência, afirmando que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais comporta majoração, sendo insuficiente para reparar os danos causados, fixando-se pensão mensal em um salário mínimo completo. Argumentou, assim, pela reforma da r. decisão, dando-se provimento ao recurso interposto. Sem o recolhimento de custas, por ser beneficiária da gratuidade.

Processados os recursos, vieram contrarrazões, sendo os autos posteriormente remetidos a este Tribunal.

Por votação unânime, em março de 2017 este recurso foi julgado, negando-se provimento aos recursos as rés Allianz e MRS, dando-se provimento ao recurso da autora, para majorar os danos morais.

Interposto recurso especial pelo sucumbente, a E. Presidência da Seção determinou o retorno dos autos a esta Câmara, a fim de observar a pacificação do tema em debate em sede de repetitivo pelo C. STJ (fls. 695).

É a síntese do necessário.

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

Trata-se de ação por meio da qual pretende o autor ver as rés condenadas ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em decorrência do atropelamento de seu genitor com o consequente falecimento. O pleito foi parcialmente acolhido pelo magistrado *a quo*, insurgindo-se todas as partes contra tal decisão por meio de recursos de apelação.

Com fulcro no artigo 1030, II, do CPC/15 (art. 543-C, §7º, do Código de Processo Civil/73), cumpre *“encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos”*.

No caso em estudo o acórdão proferido por este Tribunal quando do julgamento de recurso de apelação é posterior à fixação de tese pelo C. STJ em sede de repetitivo, razão pela qual a E. Presidência desta Seção determinou o retorno dos autos para realização de eventual adequação. E, de fato, é o caso de pequena modificação.

Restou incontroverso nos autos o fato de que a autora é filha de Paulo Sérgio, vítima de atropelamento em linha férrea administrada pela MRS, sendo que na data dos fatos a perícia constatou que o falecido estava em estado de embriaguez quando foi colhido pela composição e veio a óbito.

Debatem-se as partes quanto à configuração de culpa concorrente ou exclusiva da vítima, quanto ao valor do dano moral a ser arbitrado, quanto ao pagamento de pensão mensal e quanto à responsabilidade da seguradora.

De início, importante consignar que a relação entre as partes deve ser interpretada sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, estando as partes perfeitamente incluídas nos artigos 2º e 3º da Lei 8.078, de 1990. Deste modo, não é demais lembrar que cumpre ao fornecedor a *“efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais”* – direito que integra o rol do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor.

Consequentemente, a transportadora deve assumir os riscos de sua atividade, na qual se inserem os atropelamentos pela ausência de limites no bordo da ferrovia. A repetição de casos análogos torna previsível o risco, tanto que repetidamente prevenido por meio de construção de passarelas e grades nas regiões de linhas férreas. Supor que a embriaguez da vítima foi capaz de agravar o risco ou causar exclusivamente o acidente

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

significa tipificar uma conduta tolerada pelo ordenamento afinal, não é crime embriagar-se esporadicamente e caminhar, não verificado que o autor tenha realizado qualquer conduta estranha ao comportamento normal capaz de admitir a excludente de responsabilidade.

Não bastasse a incidência do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento no sentido da responsabilidade civil objetiva da empresa que explora a linha férrea nos moldes do artigo 37, §6º da Constituição Federal. A obrigação de indenizar surge da prova do dano e do nexo causal. Com efeito, repelida a tese da culpa exclusiva da vítima, indubitosa a procedência do pedido indenizatório.

Não é razoável que o Poder Público e as concessionárias de transporte sejam omissos ao permitir o trânsito de trens de carga em regiões de significativa densidade populacional sem qualquer proteção, ou com um simples *guard rail*. A construção de passarela é ineficaz se não há efetivo obstáculo ao trânsito de pedestres. Aliás, é lastimável a negligência da ré em locais de periferia, mostrando-se despropositado que em determinados lugares instale muros e grades e, em outros, tão ou mais adensados, limite-se a permitir o trânsito de trens no meio de um bairro sem qualquer obstáculo sério.

É obrigação de a empresa ferroviária fiscalizar a linha férrea, a fim de impedir a travessia de pedestres, principalmente em se tratando de área urbana, independente se no centro ou na periferia. Neste esteio, não há como afirmar a culpa exclusiva da vítima. Poder-se-ia aventar tal tese se a vítima tivesse escalado eventual proteção da via ou utilizado passagem clandestina, como ocorre em diversos processos. *In casu*, não há qualquer indício de que a embriaguez tenha afetado a dinâmica dos fatos. Para corroborar, transcrevo:

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

*“APELAÇÃO. CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ATROPELAMENTO DE CRIANÇA QUE BRINCAVA NAS PROXIMIDADES DA VIA FÉRREA. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA VÍTIMA, CONCORRÊNCIA DE CAUSAS E CULPA IN VIGILANDO DOS PAIS. TESES AFASTADAS. IMPOSSÍVEL ESTABELECEER À VÍTIMA DO SINISTRO, APURADO SENSO DE PERIGO EXIGIDO PARA A SITUAÇÃO. VIGORA, NO CASO, O NÃO CUMPRIMENTO DA RÉ QUANTO AO DEVER LEGAL DE CERCAR E CONSERVAR A FAIXA OCUPADA POR LINHA FÉRREA, ESPECIALMENTE, NA ÁREA DE DOMÍNIO EM VOLTA DA ESTRADA DE FERRO QUE CONCENTRAM MUITAS CASAS, CUJA ROTINA DOS MORADORES DA REGIÃO É DIVIDIR O ESPAÇO COM OS TRENS. HABITUAL INCIDÊNCIA DE OUTROS ACIDENTES. CONDUTA OMISSIVA. RECURSO DA RÉ IMPROVIDO (...)*A ausência de políticas de manutenção e conservação de sinalização, cercas e muros em volta das linhas férreas, tornou, assim, o espaço destinado ao transporte ferroviário e a vida comunitária num só lugar, compelindo as pessoas a uma convivência forçada e rigorosamente injusta. Se implantadas medidas de segurança, estas 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.” (Ap. n. 0011365-81.2011.8.26.0223, 31ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 22/07/2014).

Indubitável, portanto, o dever de indenizar com fulcro nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. A este respeito, cumpre destacar a mudança de paradigma da responsabilidade civil, reconhecida como *“um problema de garantia social”* (MOACYR PORTO, 1987, p. 20). Importante lição de Anderson Schreiber:

“Daí a aplicação da teoria do fortuito interno ser mais intensa no campo da responsabilidade objetiva, onde é de praxe atribuir ao responsável certos riscos que, embora não tenham sido causados pela sua atividade em si, não devem recair tampouco sobre a vítima”. (Flexibilização do nexo causal nas relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. Temas de Direito do Consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38/39).

E, considerando que a indenização se mede pela extensão do dano (art. 944, do CC), resta apurar o *‘quantum’*. Neste esteio, imperativa a observância do artigo 948, do Código Civil:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima,

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

A pensão mensal vitalícia em favor do demandante decorre, portanto, da previsão do artigo 948, do CC. O valor do salário indicado na petição inicial não deve ser considerado, porque não comprovado, impositiva a fixação da verba com base em UM salário mínimo.

Aqui, basta a notícia de que a vítima realizava trabalho informal de pedreiro, insubsistente a tentativa de exclusão da indenização por força da ausência de prova de renda. Para tanto, destacável que, em regra, as pessoas precisam trabalhar para o próprio sustento, sendo irrelevante a informalidade do exercício profissional para configurar o *'an debeatur'*.

Ademais, veja-se que o C. Superior Tribunal de Justiça já sedimentou que até mesmo a morte do filho menor, que não exerça atividade remunerada é indenizável (Súmula 491). Por isso, o Supremo Tribunal Federal há muito estabeleceu que na ausência de prova da renda do acidentado, a pensão deve ser considerada com base no salário mínimo (Súmula 490 - "*A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores*").

Referida verba, entretanto, deve ser limitada em 2/3, uma vez que se presume 1/3 correspondente aos gastos da vítima (cf. STJ, REsp. 88973/PR), até a idade que completaria 25 (vinte e cinco) anos.

Segundo iterativa jurisprudência, a pensão aos genitores após a vítima constituir economia própria (25 anos) não pode ser a integralidade dos vencimentos; razoável, portanto, a limitação da pensão de 2/3 – cfr. Recurso Especial n. 1.112.849/RJ, do Superior Tribunal de Justiça.

Nos termos dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, o dano moral é ilidível, uma vez que o autor sofreu com o falecimento de seu pai, de inequívoca convivência, o que comporta o acolhimento PARCIAL do pedido indenizatório também neste aspecto.

Fenômeno interno, o dano moral, em si mesmo, não precisa nem pode ser

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

provado. O que deve ser provado são fatos, condutas ou omissões que ocasionem ofensa aos direitos da personalidade. A avaliação sobre quais fatos que causam dano moral deve ser feita pelo juiz, segundo a jurisprudência e as regras da experiência. E no caso em tela verifico evidente lesão aos mencionados direitos da personalidade. O eminente Desembargador CARLOS ROBERTO GONÇALVES pondera a questão (in Responsabilidade Civil. 12 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 645):

"O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente".

Muito se questionou sobre a reparabilidade dos danos morais. Não se ignora que, inicialmente, havia certa resistência quanto à possibilidade de reparação, mas a discussão restou superada em face da Constituição Federal de 1.988, que em seu artigo 5º, incisos V e X, deixou evidente a possibilidade de reparação do dano moral, bem como a sua cumulatividade com o dano material. Neste sentido inclusive foi editada a Súmula nº 37 do STJ, cujo enunciado destaca: "*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*". Prevaleceu, portanto, a correta orientação de que os danos morais devem ser reparados.

A indenização econômica, assim, tornou-se o único meio para a reparação do dano moral. Ocorre por mera compensação ou neutralização e não exatamente por restauração dos bens lesados, o que, à evidência, seria impossível. Diante de tais situações, a única via pela qual se pode ao menos minorar os efeitos do dano é por meio da reparação pecuniária.

Assim, para a fixação dos danos morais, além do dano, também se deve levar em conta a situação econômica das partes, a fim de não dar causa ao enriquecimento ilícito, mas gerar um efeito preventivo, com o condão de evitar que novas situações desse tipo ocorram, e também considerando o porte financeiro daquele que indenizará, não se podendo fixar o valor de indenização em quantia irrisória, sob pena de não vir a surtir o efeito repressivo que se pretende, qual seja, fazer com que o agente perceba, eficazmente, as consequências de seu ato ilícito.

E, para a fixação, adota-se o critério bifásico sugerido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp. n. 959.780/ES. O '*quantum*' deve ser arbitrado de forma casuística dentre os valores próximos de precedentes análogos da jurisprudência; neste

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

sentido, considerando os paradigmas jurisprudenciais para o dano-morte, os dados do caso concreto e o pedido inicial, entendo por bem fixar a indenização em R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

CONTUDO, de acordo com entendimento fixado em sede de recurso repetitivo, o C. STJ já consignou que se tratando de atropelamento de pedestre em linha férrea, configura-se a concorrência de causas, impondo-se a redução da indenização por danos morais pela metade. E no caso dos autos, evidentemente a vítima contribuiu para a ocorrência do acidente, agindo de forma imprudente, já que acessou a linha férrea em estado de embriaguez e deitou na linha do trem. O REsp. em questão encontra-se assim ementado (1.172.421 - SP):

...

5. Para efeitos do art. 543-C do CPC: no caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a concorrência de causas, impondo a redução da indenização por dano moral pela metade, quando: (i) a concessionária do transporte ferroviário descumpra o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros; e (ii) a vítima adota conduta imprudente, atravessando a via férrea em local inapropriado.

Portanto, muito embora entenda que a indenização deva ser fixada em R\$ 80.000,00, é o caso de reduzir pela metade tal quantia, em obediência ao entendimento acima destacado, correspondendo a indenização a R\$ 40.000,00, que ainda assim é superior àquele fixado na sentença, que correspondeu a 50 salários mínimos de maio de 2014, o que corresponde a R\$ 36.200,00, insuficiente para reparar os danos causados.

Por fim, observe-se que efetivamente, a seguradora deve responder pelo pagamento da condenação nos limites da apólice. Contudo, não deve ser afastada a responsabilidade na forma solidária, pois como já ressaltado alhures, aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor e também entendimento pacificado pelo C. STJ sobre o tema (REsp n. 925.130/SP):

"Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólic." (STJ, REsp n. 925.130/SP- Rel. Des. Luís Felipe Salomão, j. 08.02.2012).

APELAÇÃO Nº 0002020-31.2010.8.26.0028
VOTO 21479

Assim, apenas o recurso interposto pela autora deve ser provido, para majorar a indenização por danos morais e o valor da pensão mensal.

Os recursos interpostos pelas rés devem ser improvidos.

Destarte, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso interposto pela MRS Logística e pela Allianz.

De outra banda, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso interposto pela autora Paula, para o fim de: a) majorar o valor da indenização por danos morais para quantia equivalente a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Referida quantia deverá ser corrigida pela Tabela do TJSP a contar da data da sentença, bem como acrescida de juros de mora de 1% ao mês, do evento danoso; b) fixar pensão mensal correspondente a 2/3 (dois terços) de um salário mínimo nacional, até a vítima completar 25 anos de idade.

Diante da sucumbência, arcarão as rés MRS e Allianz com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor total da condenação.

Maria Lúcia Pizzotti
Desembargadora