

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

**O SURFISTA FERROVIÁRIO E O FATO OU CULPA EXCLUSIVA DA  
VÍTIMA**

**GEORGE ALMEIDA DUARTE DOS SANTOS**

RIO DE JANEIRO

2008

GEORGE ALMEIDA DUARTE DOS SANTOS

**O SURFISTA FERROVIÁRIO E O FATO OU CULPA EXCLUSIVA DA  
VÍTIMA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do  
Rio de Janeiro como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Cíntia Muniz de Souza

RIO DE JANEIRO

2008

Santos, George Almeida Duarte dos.

O surfista ferroviário e o fato ou culpa exclusiva da vítima / George Almeida Duarte dos Santos - 2008.

59 f.

Orientadora: Cíntia Muniz de Souza.

Monografia (graduação em direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro), Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 59.

1. Direito Civil. 2. Responsabilidade. I. Souza, Cíntia Muniz. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.151

GEORGE ALMEIDA DUARTE DOS SANTOS

**O SURFISTA FERROVIÁRIO E O FATO OU CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovação em

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

## RESUMO

Santos, G. A. D. *O surfista ferroviário e o fato ou culpa exclusiva da vítima*. 2008. 74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente labor tem por finalidade a análise da incidência da excludente de ilicitude – fato ou culpa exclusiva da vítima - em sede de responsabilidade civil, diante de acidentes nas dependências de empresas concessionárias prestadoras de serviços públicos de transporte ferroviário: tal abordagem tem por escopo o estudo de casos nos quais a vítima é denominada surfista ferroviário.

**Palavras-chave:** Direito Civil; Responsabilidade Civil; Surfista Ferroviário; Pingente; Fato Exclusivo da Vítima; Acidente Ferroviário.

# Sumário

Introdução .....	05
1 Breve histórico da responsabilidade civil.....	08
1.1 Direito Francês.....	09
1.2 Direito Português.....	10
1.3 Direito Brasileiro.....	11
2 Elementos da responsabilidade civil.....	14
2.1 Conduta.....	16
2.2 Dano.....	22
2.3 Nexo causal.....	27
3 Excludentes de responsabilidade civil subjetiva.....	31
3.1 Fato ou culpa exclusiva da vítima.....	31
3.2 Fato exclusivo de terceiro.....	33
3.3 Caso fortuito e força maior.....	35
3.4 Estado de necessidade .....	37
3.5 Legítima defesa.....	40
4 Estudo de casos: culpa exclusiva da vítima.....	42
4.1 Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	43
4.2 Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.....	52
4.3 Acórdão do Superior Tribunal de Justiça.....	55
Conclusão.....	57
Bibliografia.....	59

## INTRODUÇÃO

Acreditamos no Estado como único agente capaz de desempenhar a função jurisdicional, e não vemos outras possibilidades de se buscar a justiça senão por meio dele. Lógico que há hipóteses coerentes de autotutela, como é o caso da legítima defesa, mas salvo exceções, a verdadeira forma de se buscar a paz social é deixar a cargo do Estado a tutela jurisdicional.

Assim, obedecendo a uma enorme malha jurídica criada com a finalidade de se tornar possível a função jurisdicional, vislumbramos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, V que “*é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”. Faz-se, em decorrência deste dispositivo, norma de hierarquia máxima em nosso país, que posiciona-se no sentido de haver ressarcimento aos danos provocados a *outrem*, ainda que de natureza moral ou à imagem.

Incorremos então no seguimento patrimonial do Direito, ou seja, temos como base o Direito Civil – mais especificamente a Responsabilidade Civil – para discutir a indenização devida. Porém, o dever de ressarcir a vítima por danos a ele causados não é uma assertiva absoluta, pois há os casos em que incidem as excludentes de responsabilidade civil.

Conseqüentemente, o motivo de termos vislumbrado a possibilidade de fazer uma pesquisa acadêmica sobre o tema, se fez a partir do momento em que observamos a complexidade da matéria, não somente no que tange à doutrina, mas principalmente nos litígios. Nossos Tribunais tratam as excludentes de responsabilidade civil subjetiva extracontratual com muito zelo, pois em cada caso concreto há a necessidade de se trabalhar com esta delicadeza, posto que do contrário aos demandantes não será oferecida a segurança jurídica devida.

Ainda, o fato gerador deste trabalho também é vinculado à enormidade de demandas judiciais existentes e relacionadas ao tema proposto, o que por si só demonstra a importância

do assunto. Esse grande número de ações indenizatórias acarretou uma verdadeira banalização do legítimo direito ao ressarcimento, seja ele vinculado aos danos morais ou materiais. Torna-se, então, obrigatório aos operadores do direito, que conheçam bem os institutos excludentes de responsabilidade civil subjetiva extracontratual.

Ante o exposto, merece ser salientado que, por envolver quantidades astronômicas de ações judiciais, qualquer discussão vinculada ao tema é relevante. Nosso cotidiano é claro: a função judiciária do Estado está sufocada, e por muitas vezes essa lotação acarreta uma prestação jurisdicional inadequada ao cidadão. Como muitas dessas ações que abarrotam nossa justiça estão diretamente vinculadas ao tema em estudo, acreditamos que, com um conhecimento de bom nível sobre o assunto que nos propusemos a analisar, até mesmo as demandas que afogam o Judiciário de trabalho irão diminuir, possibilitando – de fato – uma prestação jurisdicional adequada ao cidadão.

Este labor será realizado sob a seguinte forma: introdução, breve histórico da responsabilidade civil no Brasil, elementos da responsabilidade civil subjetiva extracontratual ou aquiliana – quais sejam; conduta, imputabilidade, culpa, dano, e nexos causal – excludentes de responsabilidade civil subjetiva extracontratual (fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior, estado de necessidade e legítima defesa no direito civil), estudo jurisprudencial, conclusão e referências bibliográficas.

A metodologia do trabalho se baseará em análises documentais, como a doutrina clássica e contemporânea, assim como o estudo da jurisprudência dos Tribunais brasileiros, notadamente os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro, de São Paulo, e o intérprete maior do Direito Privado, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2000 até os dias atuais. Este labor ainda terá como base de análise a Constituição Federal, e o ordenamento infraconstitucional vinculado à matéria.

Nosso objetivo é que seja feito um breve histórico da Responsabilidade Civil no Brasil, indicar seus elementos, expor as diferenças entre as excludentes de ilicitude relacionadas ao tema escolhido, qual seja, a responsabilidade civil subjetiva extracontratual, e ainda, realizar um estudo jurisprudencial vinculado a fato atual, objetivando a revelação de controvérsias e o posicionamento que acreditamos ser mais adequado no que concerne ao fato

exclusivo da vítima, excludente de responsabilidade civil que escolhemos para aprofundar nosso estudo.

Analisar a doutrina clássica e contemporânea, bem como os artigos do código civil atual, sempre fazendo menções objetivas às excludentes de ilicitude de Responsabilidade Civil Subjetiva Extracontratual ou Aquiliana.

## 1 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desde sempre, o ser humano se preocupa com a conservação daquilo que é seu. Da mesma forma luta para que o prejuízo que o fizeram suportar, seja compensado da melhor maneira possível.

As diversas civilizações humanas, em todo o momento da história, inventavam e repensavam as melhores maneiras de reintegrar-se de tudo aquilo que perderam, seja por provocação dos próprios homens, por catástrofes naturais, ou por qualquer outro motivo.

Com o passar dos tempos, e conseqüente evolução natural das sociedades, nasceram inúmeras formas de exigir, daquele que nos causou danos, que nos repare o prejuízo ora provocado.

Como não poderia deixar de ser, inicialmente o homem reagia aos danos provocados com o uso da violência. Tomava-se a força o que achava-se que era de direito, não excluindo nem mesmo a possibilidade de provocar danos físicos àqueles que geraram o prejuízo. Era a época da autotutela, da vingança privada, do mal pelo mal.

“Se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha a vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de talião, do olho por olho, dente por dente”<sup>1</sup>.

Em fase imediatamente posterior, o homem percebe que há vantagens na substituição do castigo imposto ao causador do dano, pela compensação econômica. A vingança é substituída por propostas feitas ao agente pela vítima, que dispunha da utilização de seus próprios critérios para elaboração de tal composição. Neste momento a culpa não era vislumbrada, bastava apenas que o dano estivesse configurado. Daí se conclui que a responsabilidade era objetiva.

Seguindo a evolução suscitada, surge a figura de um Estado soberano e sólido, que proíbe a autotutela e assume a jurisdição. Tomando essa atitude, este ente, através da

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

utilização do poder legislativo, cria leis capazes de regulamentar a forma pela qual será sanado o prejuízo imposta à vítima pelo agente. Este último agente, obviamente, arca com o ônus da restituição.

Neste momento houve a tarifação dos danos causados, “*sendo estipulado um determinado preço para cada tipo de lesão*”<sup>2</sup>. Para tal, surgiram: o código de Ur Mannu, de Mannu, e a Lei das XII Tábuas.

O Direito Romano se incumbiu de diferenciar a “pena” e a “reparação”, criando os conceitos de direito público e privado. Nos atos ilícitos de direito público, de maior gravidade, o destino dos valores referentes ao ressarcimento era para o tesouro do Estado, enquanto nos atos ilícitos de caráter privado, a vítima era a recebedora da prestação pecuniária.

Nesta tendência evolutiva nasce com a Lei de Aquília o primeiro princípio norteador da moderna concepção de responsabilidade civil: qual seja, a culpa. Conseqüentemente à análise da culpabilidade do agressor, vislumbramos o surgimento da responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana, em cujo escopo, se deve apurar a culpa do agente causador do dano para que se tenha a obrigação do ressarcimento.

## **1.1 Direito Francês**

O Direito Civil Francês herdou toda uma gama de dispositivos jurídicos dos romanos, e com o passar dos anos os aperfeiçoou. Os novos critérios civilistas adotados pelos franceses romperam fronteiras, e essa nova malha principiológica geral da responsabilidade civil influenciou outros povos, que aproveitaram tais idéias no momento da criação de seus próprios institutos de direito civil.

Entre as contribuições francesas para este ramo jurídico estão:

---

<sup>2</sup> MIGUEL, Frederico de Ávila.  
[www.advogado.adv.br/artigos/2006/fredericodeavilamiguel/responsabilidade.htm](http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/fredericodeavilamiguel/responsabilidade.htm). Acessado em 27/05/2008.

“direito a reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina na negligência ou da imprudência.

Era a generalização do princípio aquiliano: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, o de que a culpa, ainda que levisima, obriga a indenizar.”<sup>3</sup>

Após a Revolução Francesa, com a edição do Código Napoleônico, passa a ser previsto, então, na França, a responsabilidade contratual, assim como é feita a distinção da responsabilidade penal da civil.

Observamos que o revogado Código Civil brasileiro de 1916, assim como o vigente diploma civil, abraçam os princípios franceses que mencionamos a pouco.

Contudo, não só o Brasil, mas todo o mundo, incorporou a idéia de que a responsabilidade civil é fundada na culpa.

## **1.2 Direito Português**

Evidente que fomos influenciados pelo direito português em sede de responsabilidade civil. Essa influência se deve ao fato de termos sido colonizados pelos lusitanos.

Na época do Brasil colônia, as Ordenações do Reino – que vigoravam por aqui – confundiam reparação, pena e multa. Porém os modernos institutos de responsabilidade civil em Portugal abraçaram a idéia da culpa norteando os rumos da obrigação de indenizar.

## **1.3 Direito Brasileiro**

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Sobre as primeiras disposições a respeito da responsabilidade civil no Brasil, ensina Carlos Roberto Gonçalves que: *“Numa primeira fase, a reparação era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil da criminal”*.<sup>4</sup>

O renomado autor assim se pronuncia em função de haver, nesta época, um código civil e criminal originados, ambos, do Código Criminal de 1830. Tal feito se deu mediante orientações da Constituição do Império.

Abraçamos a teoria subjetiva – que prevê a culpa como princípio norteador da responsabilidade civil – em nosso código civil de 1916. Porém, mesmo adotando a supracitada teoria, o revogado diploma ainda fazia a presunção da culpa do agente causador do dano, casos de responsabilidade objetiva estabelecida por lei. São exemplos disso os artigos 1.527, 1.528 e 1529 da referida lei.

“Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

I - Que o guardava e vigiava com cuidado preciso;

II – Que o animal foi provocado por outro;

III – Que houve imprudência do ofendido;

IV – Que o caso resultou de caso fortuito, ou força maior.

Art. 1.528. O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

---

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Art. 1.529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelos danos provenientes das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.”

Com o passar dos anos o acúmulo de situações nas quais há incidência da responsabilidade civil aumentou, fato este que acarretou na criação de teorias distintas e complementares – em alguns casos – da teoria subjetiva. É o caso da teoria do risco, que defende a responsabilização do agente causador dos danos independentemente de culpa.

A teoria do risco protege a vítima nos casos em que se leva em conta a atividade por si só perigosa, ou seja, a natureza dos métodos adotados presume a culpa do “causador do dano”, pois este agente deve zelar pelo perfeito funcionamento de seu sistema, posto que, do contrário, o potencial risco fundamenta a culpa para o caso de haver prejuízos às vítimas. É o caso do dono de uma fábrica, que ao se beneficiar do bônus de seus meios de produção, deve suportar o ônus de um acidente de trabalho. Como exemplo temos o caso de um operário que perde a mão em uma das máquinas da empresa, pois este estava trabalhando sem os chamados EPIs (equipamento de proteção individual) que se encontravam em local de difícil acesso. O empregador em questão assume a indenização não por ter culpa, mas pelo fato de que é dono de maquinaria que possui potencial para gerar danos.

Embora a teoria subjetiva seja aplicada de forma maciça, a responsabilidade civil objetiva possui cada vez mais espaço, e está previsto em nosso vigente código civil (ano de 2002). Merecem ser citadas as palavras dos Mestres Pablo Gagliano e Rodolfo Filho, quais sejam:

“O código civil de 2002, de forma mais técnica, não abre um título para as “obrigações por ato ilícito”, mas sim, de maneira genérica, estabelece um título próprio para a “responsabilidade civil”, dividindo-o em dois capítulos, o primeiro sobre a obrigação de indenizar (arts. 927/943) e o segundo sobre parâmetros da própria indenização (arts. 944/954).”<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

Hoje vislumbramos cada vez mais a aplicação das teorias de responsabilidade objetiva em nosso Direito. Para tal, merece ser registrada a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

“Veremos que a responsabilidade estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual também não seria demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva.”<sup>6</sup>

Entendemos que atualmente, no Brasil, para a responsabilidade ser imputada a alguém, primeiro analisa-se se há culpa do agente, e sendo este critério (responsabilidade subjetiva) insuficiente ou inadequado para sua aplicação, a lei nos indica casos pontuais, nos quais a responsabilidade adquire um caráter objetivo, ou seja, o dever de indenizar surge por ato não fulminado pela culpa. Para melhor elucidarmos a questão, podemos extrair exemplo do próprio diploma civil de 2002. Nele encontramos a responsabilidade subjetiva nos artigos 186 e 927 (caput), e ao mesmo tempo podemos retirar do exposto nos artigos 936 e 937 a responsabilidade objetiva. No último caso presumi-se a culpa por fato de coisa. Outro exemplo é a aplicação do código de defesa do consumidor, que é pontual no tratamento da responsabilidade objetiva atribuída ao fornecedor de serviços e produtos.

## **2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

---

<sup>6</sup>FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

Não se pode iniciar qualquer estudo sobre a Responsabilidade Civil sem antes enfrentar as particularidades de seus elementos, pois são estes que, quando existentes, geram direitos à pessoa lesada a reivindicar a restituição de seus prejuízos.

Como sabemos, a responsabilidade civil não pode ser atribuída a um ser vivo, ou a algum fato da natureza. Tal instituto jurídico somente pode vincular pessoas, pois está diretamente ligado à conduta humana. Pessoas jurídicas, por existirem e funcionarem através de ações dos homens, também sofrem os efeitos do nosso objeto de estudo, pois por essas atuações ela pode ser responsabilizada.

Eis então o primeiro elemento da responsabilidade civil, qual seja, a conduta humana, que será alvo de maiores elucidações adiante.

Ainda que exista divergência; pensando na conduta de maneira ampla, acreditamos estar nela contida a culpa, não sendo esta última por si só um elemento da responsabilidade civil, mas uma característica fundamental da ação humana voluntária, para que o instituto jurídico em destaque tenha sua utilidade. Assim, citamos Rogério Greco:

“A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).<sup>7</sup>”

O renomado autor penalista foi citado neste trabalho, pois o estudo da conduta é tão importante, que mais de um braço do Direito se preocupa em estudá-lo e defini-lo. Com a devida *venia*, entendemos que por se tratar de um labor de Direito Civil, e para que não deixemos a entender que a visão civilista é menos apropriada para este estudo, merecem ser citados dois autores de destaque no âmbito do Direito Civil brasileiro.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho: *“entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas”*.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2004.

<sup>8</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

Ainda, estudando a obra de Arnaldo Rizzardo, vislumbramos a seguinte opinião sobre a conduta:

"ato ou omissão constituindo um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação contratual, quer de uma prescrição legal, quer do dever que incumbe ao homem de se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com os seus semelhantes"<sup>9</sup>.

Nesses termos, faremos as devidas exposições sobre a culpa na área deste trabalho destinada ao estudo da conduta.

A imputabilidade é outra questão que merece nossa observação. Optamos por uma postura que a julga não como um elemento autônomo da responsabilidade civil subjetiva, e cremos que esta idéia de se responsabilizar alguém, acompanha a idéia de se imputar culpa às pessoas. Nas considerações de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho encontramos sustentação, vejamos:

“Contudo, entendemos que esta noção se encontra englobada na caracterização dos pressupostos já citados, além do fato de residir sua importância, em verdade, na verificação de quem é o sujeito responsável, e não se há efetivamente responsabilidade(...)

Em verdade, todas as discussões sobre o tema da imputabilidade podem ser resolvidas com a delimitação da necessidade de culpa ou não para a caracterização da responsabilidade civil”<sup>10</sup>.

Para que possamos defender nosso direito ao ressarcimento, faz-se mister que algum bem jurídico sofra danos, pois não há possibilidades de se reparar algo que não foi atingido pela conduta humana. Merece ser salientado que entende-se ser objeto do dano não somente os bens materiais, mas também os de natureza moral, como a honra, a imagem etc.

Acabamos, pois, por expor o terceiro segundo da responsabilidade civil – o dano – pois sem ele não há nenhum objeto de reparação. Em momento apropriado desenvolveremos o estudo do dano.

<sup>9</sup> CAPITANT, *Vocabulaire Juridique*, apud Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de Direito Civil*. 2a. edição, Freitas Bastos, 1962, apud RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 3a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>10</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

Há que se vislumbrar também a relação de causa e efeito entre a conduta voluntária do agente e o dano experimentado pela vítima. Esse nexo de causalidade se faz necessário, pois uma vez que o dano gerado não tenha relação com a conduta do agente em questão, a este não pode ser imputada a responsabilidade pelo evento, nada tendo o mesmo a ressarcir.

Assim como no direito penal o nexo de causalidade é fundamental para que possamos determinar que a conduta típica do agente possui elo de ligação com o crime tentado ou consumado, pois sem ele nada poderá ser atribuído ao agente, no direito civil, quando não há esse requisito, não há o dever de indenizar por parte do ora agente do evento danoso.

Vislumbra-se, logo, em função dessa determinante importância, que o nexo de causalidade é o terceiro e último elemento de existência da responsabilidade civil, pois sem ele não há como se determinar a quem se deve fazer a cobrança do ressarcimento, inexistindo, pois, a aplicabilidade do instituto jurídico em estudo.

## **2.1 Conduta**

A responsabilidade civil é gerada somente pela atividade humana. Mas as pessoas dão margem às indenizações somente quando têm consciência daquilo que estão fazendo, ou seja, a voluntariedade é determinante para que esta conduta seja capaz de gerar um dever de ressarcimento. Na responsabilidade subjetiva, assim como na objetiva, é necessário que o sujeito causador do dano esteja agindo de acordo com a sua total capacidade de autodeterminação. Não pode ser entendido como fator determinante o fato do agente ter conhecimento da ilicitude de seu ato, mas tão somente que ele tenha essa noção integral dos atos que está praticando.

Nunca será responsabilizado por danos provocados a terceiros, aquele que tem condutas forçadas, ou seja, aquele que sofre coações irresistíveis. Este causador dos danos até praticou suas ações consciente de suas práticas, porém não eram voluntárias.

Os atos humanos são gerados de duas maneiras apenas, através de ações ou omissões. As ações, *stricto sensu*, são aquelas nas quais o agente positivamente realiza movimentos, estes sendo capazes de modificar o ambiente a sua volta, e é nessa modificação que pode ocorrer o dano. As omissões, ação humana voluntária negativa, ocorrem quando há uma obrigatoriedade de se tomar atitudes, mas, seja pelo motivo que for, tais iniciativas não são adotadas. Essa abstenção é, por si só, capaz de gerar danos patrimoniais a *outrem*.

Sérgio Cavalieri Filho apresenta total precisão em sua exposição da relevância jurídica da omissão:

“A omissão, todavia, como pura atitude negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada, nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem *dever jurídico* de agir, *de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.”<sup>11</sup>.

Há casos muito nítidos, nos quais a omissão é capaz de gerar danos. A enfermeira que não cumpre o acordo feito com seu empregador, ou tomador de serviços, não aplicando a medicação que deveria aplicar, acaba por acarretar danos. Nosso Direito Penal também atribui importância à omissão, pois em certas situações o “não fazer” do agente acaba por configurar crime. O exemplo mais prático é a omissão de socorro.

A lei civil brasileira prevê não somente a responsabilidade direta – por ato próprio – mas também a prevê por fatos de *outrem* e de coisas (responsabilidade indireta). Essa última hipótese se encontra no diploma civil em seus artigos 932, 936, 937 e 938.

Na letra da lei observamos a responsabilidade civil por ato ou fato de terceiro:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

---

<sup>11</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casa ou estabelecimento onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”.

Os animais também podem causar danos, levando seus proprietários, ou detentores, a serem responsabilizados pelos efeitos:

“Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”.

Por fim, merece expor as disposições, feitas pelo Código Civil, a respeito da responsabilidade por fato de coisa:

“Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier por falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.”.

Ainda, as ações podem ser maculadas pela culpa ou pelo dolo. O dolo é a intenção que se tem de gerar danos, sejam morais ou materiais. Ao praticar uma ação com dolo, o agente sabe exatamente o resultado que irá produzir, e o deseja. Culpa é a inobservância de um dever de cuidado, ou seja, é aquela percepção que o homem médio tem, que quando observada não provoca prejuízos de nenhuma natureza aos demais. Um ato culposo é aquele ato maculado pela negligência, imperícia ou imprudência, que não são elementos da culpa, mas tão somente a forma como ela se manifesta.

Imprudência ocorre quando se falta com cuidado ou cautela durante uma conduta positiva. A negligência está também vinculada à falta de cuidado ou cautela, porém ocorre junto às condutas negativas, ou seja, às omissões. Por fim, imperícia é a falta de habilidade ao exercer um ofício, uma atividade técnica.

Entendemos estar a culpa inserida na conduta, pois uma ação pode estar livre de culpa, mas esta última, para existir de fato, precisa estar vinculada às ações humanas. A discussão sobre o instituto jurídico “culpa”, quando não vinculado às condutas, somente têm cabimento no mundo das idéias.

Não cabe neste labor argumentar sobre a gravidade da culpa, nem mesmo se ela é consciente ou não, pois no Direito Civil, para fins de reparação de danos, o dolo e a culpa além de se equipararem, não é feita nenhuma distinção com relação aos graus de culpa, estando todos eles no mesmo patamar no momento de estipular quem possui responsabilidade sobre determinado prejuízo.

Merece, porém, ser observado, que a culpa pode ser concorrente, ou seja, há possibilidade de existir mais de um culpado para o fato danoso. Assim, incide essa hipótese nos fatos nos quais agente causador do dano e vítima são culpados pelo evento. Em capítulo

posterior, ao tratarmos das excludentes de responsabilidade civil, elucidaremos o exposto neste parágrafo.

Faz-se mister observar que o ato ilícito provoca a imensa maioria dos casos nos quais nasce a obrigação de reparação civil por danos, porém sabemos que há casos onde um ato não maculado pela ilicitude, ou seja, um ato conforme a lei, pode também gerar a responsabilidade civil, como exemplo, citamos o instituto da servidão, quando da passagem forçada por propriedade alheia. Conclui-se com isso que o ato ilícito não é necessário para que haja dever de ressarcir, mas ocorre na grande maioria das hipóteses.

Devemos ressaltar que mesmo que a ilicitude acompanhe a ação voluntária do homem, nos casos onde há incidência de responsabilidade civil, a antijuridicidade não é fundamental para que seja gerado o mesmo efeito, ou seja, a indenização. Nossa argumentação se baseia nos fatos estabelecidos em lei. Assim, mesmo que o agente haja em conformidade com os preceitos legais, poderemos ter configurado o dever de ressarcir, pois mesmo sem a antijuridicidade, a lei civil atribui responsabilidade às pessoas. É o caso da obrigação a partir de ato ilícito de terceiro, ou de coisa.

Conclui-se com a exposição acima, que a ilicitude não é necessária ao surgimento do dever de ressarcir, embora ela esteja ligada à maioria dos casos nos quais há incidência de tal obrigação.

Não podemos deixar de mencionar a questão tocante à imputabilidade. Divergimos daqueles que consideram a imputabilidade como elemento à responsabilização por danos patrimoniais. Pelo que expusemos no início deste capítulo, defendemos que as questões tocantes à imputabilidade se resolvem ao fazermos considerações sobre a necessidade de culpa ou não para o surgimento da responsabilidade civil.

Pode haver obrigação de ressarcimento pecuniário mesmo sem culpa, quando a lei assim deseja, e para essas exceções pode-se não falar em imputabilidade. Citamos, como exemplo, o artigo 928 que prevê a hipótese de inimputáveis serem responsáveis, subsidiariamente, pela indenização resultante de ato danoso que tenha cometido, e o artigo 934, também do diploma civil, que prevê a possibilidade dos mesmos serem os causadores

diretos de danos. Em tal situação o dever de indenizar recai sobre seu ascendente. Vejamos o conteúdo de ambos os dispositivos:

“Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.”.

“Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”.

Carlos Roberto Gonçalves referindo-se ao artigo 934, e remetendo-se a Caio Mário, ressalta que *“a razão jurídica dessa exceção reside em considerações de ordem moral e da organização econômica da família”*<sup>12</sup>.

Assim, cabe salientar que a conduta – positiva ou negativa - capaz de gerar a obrigação de reparação pecuniária deve ser humana, unida de voluntariedade, dolosa ou com culpa (imprudência, imperícia ou negligência) – salvo nos casos de responsabilidade objetiva, que é estabelecida por lei, onde há responsabilização pelos danos causados independentemente de incorrer, o agente, em culpa.

## 2.2 Dano

Somente há que se falar em responsabilidade civil nas hipóteses nas quais haja um dano, ou seja, sem um prejuízo configurado, por não haver objeto de ressarcimento, não podemos de forma alguma requerer reparação pecuniária. Desta forma, podemos afirmar que sem dano não há responsabilidade civil.

---

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Merece ser citada, pelo brilhantismo da definição, a lição de Sérgio Cavalieri Filho, quando sustenta a imprescindibilidade do dano para que a responsabilidade civil se concretize:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco – proveito, risco criado etc. - , o dano constitui seu elemento preponderante. Tanto é assim, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo, se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa nem outros bens, não haverá o que indenizar.”<sup>13</sup>

Assim, dano é toda aquela depreciação pecuniária de um bem, ou prejuízo personalíssimo de coisa não material, que se sofre em decorrência de uma conduta humana – comissiva ou omissiva – voluntária.

Quando expusemos sobre o dano não material à pessoa, nos referimos aos danos morais. Sob a moderna ótica da responsabilidade civil, e da própria evolução do direito constitucional, estamos no tempo no qual o homem é visto como o ponto central do direito. Por ser sujeito de direitos, e principal foco de nosso ordenamento jurídico, os direitos do ser humano são o verdadeiro “*fio condutor de todos os ramos jurídicos*”<sup>14</sup>.

Sobre tal exposição, merecem ser citadas as considerações expostas por Luiz Edson Fachin:

“A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração. Nessa esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se apreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a

---

<sup>13</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

<sup>14</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial.”<sup>15</sup>

Discussões anteriores à vigência de nossa atual constituição versavam sobre a possibilidade de ser ou não indenizável o dano moral. Nesta época, enquanto a majoritariedade da doutrina pátria partia em defesa deste direito à indenização, nossa Corte Suprema da época, em sua jurisprudência, era contrária a tal possibilidade. Essa questão restou resolvida no momento que passamos a ter vigente uma constituição que é expressa na defesa deste direito: “*é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”. É o que estabelece a vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, V.

Após encerrada a discussão sobre ser indenizável ou não os danos morais, a possibilidade de cumulatividade de indenizações oriundas de danos morais e materiais entrou em pauta, porém atualmente essa questão mostra-se mais que superada, tanto é que tivemos a edição da súmula número 37 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.*”

Sendo assim, cada vez mais, aos direitos personalíssimos não patrimoniais inerentes à pessoa humana são objetos de ressarcimento, tanto quanto os materiais.

Nossa Constituição Cidadã em seu artigo 1º, III, expõe como fundamento basilar da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Entendemos ser dignidade da pessoa humana, um conjunto que engloba e norteia todos os valores morais da nossa sociedade, tais quais a imagem, o direito à honra, ao nome etc. Pelo fato de ter sido considerado em dispositivo constitucional, é inquestionável a importância e o valor atribuído aos direitos da personalidade.

Logo, entende-se por danos morais todo aquele dano que incide sobre a dignidade da pessoa. E, conforme Silvio de Salvo Venosa:

---

<sup>15</sup> FACHIN, Luiz Edson, **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

“[...]a indenização pelo dano exclusivamente moral não possui o acanhado aspecto de reparar unicamente o pretium doloris, mas busca restaurar a dignidade do ofendido”.<sup>16</sup>

Resolvida a questão da indenizabilidade do dano moral, assim como a cumulação desta com o dano material, e ainda sobre a essência do instituto do dano imaterial, resta-nos tecer considerações sobre os danos patrimoniais.

De menor complexidade elucidativa, danos patrimoniais são aqueles gerados pela conduta humana voluntária que atingem os bens materiais da vítima. Este tipo de prejuízo possui a especificidade de ser passível de avaliação técnica. Daí a reparação pode ser feita através de mera restauração, ou mediante prestação pecuniária.

Obrigatório destacar importante divergência doutrinária. Esta divergência incide sobre o dano estético. Essa nomenclatura é, por alguns, enquadrada como dano moral, enquanto outros a inserem junto ao dano material. Outros defendem ser, ainda, uma terceira modalidade de dano.

A divergência de opiniões dos mais renomados doutrinadores se baseia no fato de ser o dano moral impossível de se visualizar, restando à mente da vítima traumas e desconfortos em geral, enquanto que o dano estético é visível, gerando, muitas vezes, repulsa àqueles que observam a pessoa que arcou com tal dano.

Entendemos, assim como Sérgio Cavalieri Filho, ser o dano estético uma modalidade de dano moral (“*tudo se resume a uma questão de arbitramento*”<sup>17</sup>), uma vez que, por mais que haja prejuízos àqueles que trabalham com suas imagens – atores, modelos etc – é um tipo de prejuízo de âmbito mental. As capacidades de alguém que adquire uma cicatriz no rosto não são alteradas, porém sua auto-estima é, em muitos casos, fulminada – o que caracteriza o dano moral.

Para o caso de pessoas que adquirem deformidade física permanente, ou mesmo aleijões, em função de ser dano que perdura no tempo, a indenização percebida pela vítima deve ser mais elevada, pois consideramos ser a agressão também mais grave.

<sup>16</sup> VENOSA, Silvio. Direito Civil. 7ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2007.

<sup>17</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

Chamamos de lucros cessantes aqueles dividendos que não mais existirão, em função de ter o agente causador de danos agido através de atos ilícitos de natureza patrimonial. Não podemos de ressaltar, mais uma vez, as lições do Mestre Sergio Cavaliere Filho, quando conceitua lucros cessantes:

“Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.”<sup>18</sup>.

Os lucros cessantes vêm previstos no nosso Diploma Civil em seu artigo 402, Caput – segunda parte:

“Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Como exemplo de lucros cessantes temos a questão enfrentada no julgamento da Apelação Cível número 2008.001.18859 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>19</sup>: uma empresa de cartões de crédito, ora ré, por argüir ser a autora displicente com relação às providências necessárias para evitar fraudes, retirou sem prévio aviso as máquinas de leitura de cartão de crédito, instaladas no estabelecimento comercial em questão, impossibilitando, por conseguinte, a comercialização de bens/serviços. Tal rescisão unilateral por inviabilizar a movimentação de bens/valores por parte da autora, configurou danos ao patrimônio da mesma, pois esta deixou de adquirir lucro, dividendo este que poderia ter como serventia à reposição de estoque para novas vendas, pagamentos de fornecedores, que na ausência desta prestação não mais forneceriam produtos à comercialização etc.

Para encerrar este tópico, devemos, por fim, expor a maneira pela qual faz-se a reparação do dano.

---

<sup>18</sup> FILHO, Sérgio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

<sup>19</sup> Apelação Cível nº 2008.001.18859. Relatora Desembargadora Cristina Tereza Gaulia. [www.tj.rj.org.br](http://www.tj.rj.org.br). Acessado em 06/05/2008.

A primeira e mais adequada forma de reparação dos danos é a reposição natural do bem<sup>20</sup>. Ocorre reparação natural quando a coisa é reparada e devolvida ao dono, como se não tivesse sofrido nenhuma redução de seu valor ou utilidade<sup>21</sup>, ou seja, entrega-se a coisa ao dono como se nenhum dano a ela fora provocado. Se Caio destruiu a porta do carro de seu vizinho Tício ao provocar uma colisão em sua garagem, a reposição natural ocorrerá se os reparos tornarem possível a devolução do automóvel em igual estado que se encontrava antes da colisão.

Para o caso de reposição natural, é facultado ao credor, que a este seja dada a indenização em dinheiro, pois em muitas ocasiões o bem, por mais que reparado devidamente, jamais voltará ao seu estado anterior.

Embora a reposição natural seja a mais eficaz para a solução da questão, devemos observar que nem sempre será possível recorrer a ela. É certo que para tais situações restituir-se-á ao dono do objeto, não o seu bem consertado, mas sim será entregue à vítima um valor em dinheiro correspondente ao que valia a *res*. A esta modalidade se dá o nome de reparação pecuniária.

Merece ser salientado que o credor jamais poderá exigir a reposição da coisa velha por nova, salvo se o conserto não trazer às mãos do dono o objeto em seu estado anterior à deterioração. Ainda, seria insensato permitir que o devedor ficasse obrigado a reparar completamente o bem para devolvê-lo ao dono, se tal ação se tornar desproporcionalmente onerosa. Para estes casos a indenização pecuniária é a mais indicada.

As indenizações por danos morais diferem das sofridas por prejuízo material, pois no primeiro caso, jamais haverá a possibilidade de reposição natural. A compensação adquirida para atender à vítima visa o afastamento do mal-estar provocado a ela, e a este estado psicológico, por não ser palpável, não se compensa através de reposição natural.

### 2.3 Nexo causal

---

<sup>20</sup> “Restitutio in-Integrum”

<sup>21</sup> “Status Quo Ante”

Conforme já mencionado anteriormente, tratamos da existência da responsabilidade civil quando uma conduta humana voluntária possui um vínculo com um dano provocado a outrem. Essa ligação, ou seja, essa relação de causa e efeito entre a conduta e o dano é denominada de nexu causal.

Não se pode falar em obrigação de ressarcimento se não há nexu causal, justamente pelo fato de não haver conhecimento se determinada conduta gerou, de fato, o prejuízo experimentado pela vítima. Nesses termos vislumbramos a determinante importância deste instituto.

Algumas teorias foram criadas para a explicação do nexu de causalidade, quais sejam: a Teoria da Equivalência das Condições, a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata.

Merece ser observado que o objetivo do nosso trabalho não se baseia no estudo profundo do assunto que ora abordamos, fato este que nos autoriza a, além de apenas citar as teorias criadas para explicar o nexu causal, abordar de forma superficial a teoria dominante em nosso país na esfera civil.

Para que ilustremos esse labor com uma curiosa e marcante diferença entre os critérios utilizados entre nosso direito civil e penal, afirmamos que: enquanto o primeiro adotou a Teoria da Causalidade Adequada para a instrução do nexu causal, o segundo baseou-se na Teoria da Equivalência das Condições ou “*Conditio sine qua non*”.

No Brasil, a Teoria da Causalidade Adequada é a predominante em nosso direito civil, e somente a ela nos pronunciaremos. O artigo 403 do código civil nos orienta sobre a teoria a ser adotada, qual seja, a Teoria da Causalidade Adequada:

“Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

Para a teoria instrutora do direito civil brasileiro, em sede de responsabilidade civil, não podemos afirmar que toda a causa gera uma obrigação de reparar danos, mas tão somente a causa mais adequada à produção do resultado. O dispositivo legal, para chegar à causa adequada, utiliza os termos *direto e imediato*.

A dificuldade apresenta-se no momento no qual se deve determinar qual foi, dentre todas, a causa adequada à configuração do evento danoso, e essa definição é feita de acordo com um juízo de probabilidade. Assim sendo, no momento de identificarmos a causa adequada, devemos buscar o fato anterior ao resultado danoso, cuja importância deve ser tal, que além de ser necessária à configuração do dano, deve ser adequada à produção do mesmo. Com isso afirma-se que: “*Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.*”<sup>22</sup>

Conforme se expôs nas palavras do Ilustre Desembargador do Rio de Janeiro, vislumbramos ser importante a exposição da defesa da adoção desta teoria por parte de Aguiar Dias, que posiciona-se, neste sentido, com a mesma opinião do citado magistrado:

“Falamos em oportunidade melhor e mais eficiente de evitar o dano, ressalta o eminente autor, e não em causa. Consideramos em culpa quem teve não a last chance, mas a melhor oportunidade, e não a utilizou. Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque, se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção.”<sup>23</sup>

Para a hipótese de alguém pegar emprestada uma arma de fogo, e em seguida efetuar um disparo contra um quadro de considerável valor pecuniário, por ter depreciado o valor do bem, ou mesmo inutilizado o mesmo, nasce a obrigação de indenizar. Porém a causa adequada à reparação pecuniária não é a produção, venda, ou o porte da arma, por mais que este último seja ilegal, mas sim o disparo que provocou a depreciação do bem. Assim, responderá pelo resultado danoso somente o indivíduo que atirou contra o quadro, e não o que comprou a arma e a emprestou a *outrem*.

---

<sup>22</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

<sup>23</sup> DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

Para os casos de culpa concorrente, ou seja, quando mais de um agente concorre para a produção do resultado, merece salientar que cada um será responsabilizado na proporção de seu ato ilícito. Entretanto, mais adiante, no momento de expormos as excludentes de responsabilidade civil subjetiva, nos preocuparemos com o enfrentamento da culpa concorrente.

Relevante também é o levantamento do que chamamos de concausas.

Para melhor elucidação do significado do tema ora abordado, não encontramos nenhuma definição que superasse a de Sérgio Cavalieri Filho, qual seja:

“Concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal.

Em outras palavras, concausas são circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não tem a virtude de excluir o nexos causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si sós, produzir o dano.”<sup>24</sup>

Encerrada a exposição dos elementos da responsabilidade civil, partiremos, no próximo capítulo, para o estudo das excludentes de responsabilidade civil subjetiva, ou aquiliana.

---

<sup>24</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

### **3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA**

Havendo relação de causalidade entre o dano provocado pelo agente e o prejuízo experimentado pela vítima, nasce o dever de indenizar por parte do causador do ilícito civil.

Tal preceito é vislumbrado no artigo 186 do código civil brasileiro, quando da exposição dos atos ilícitos, *in verbis*:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ocorre que, alguns fatores podem atenuar, ou mesmo extinguir esse dever de ressarcir. Tal fato é possível, pois a relação de causalidade também é atenuada ou extinta. Esse efeito se dá em decorrência das excludentes da responsabilidade civil subjetiva.

Discorrendo sobre nosso estudo, exporemos a seguir os motivos ensejadores da cisão do liame de causalidade, quais sejam: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior, e ainda, o estado de necessidade e a legítima defesa.

### **3.1 Fato ou Culpa Exclusiva da Vítima**

Para essa excludente, há duas possibilidades de se interferir no binômio causa e efeito. Primeiramente, pode a culpa da vítima se configurar de forma exclusiva, e neste caso o agente se torna, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “*mero instrumento do acidente*”.

Exemplo muito comum na doutrina pátria é o caso no qual o motorista atropela um pedestre. Porém este é atropelado ao tentar cometer suicídio, jogando seu próprio corpo de frente ao carro que vinha trafegando pela via. Não pode ser responsabilizado, o automobilista, pelo fato. Assim, não há que se falar em comportamento negligente, imprudente, ou mesmo doloso por parte daquele que estava na condução de um veículo automotor, em conformidade com todas as regras estabelecidas para o tráfego.

Em casos como este, em que a vítima é a única culpada pelo fato, não há possibilidade de se responsabilizar o ora réu da ação indenizatória pelo acontecido. A vítima rompeu com o nexos causal, isentando o agente de qualquer ressarcimento futuro.

Dando seguimento ao tópico, há necessidade de se relatar a hipótese denominada culpa concorrente, ou nas precisas palavras de Sérgio Cavalieri Filho: “A doutrina atual tem preferido falar, em lugar de concorrências de culpa, em “*concorrência de causas ou de responsabilidade*”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

Dizemos haver concorrência de responsabilidades quando juntamente à conduta ilegal do agente há o ato ilícito da vítima, ou seja, o evento danoso se estabelece pelos comportamentos culposos de ambos, e nessas hipóteses a indenização, pelos danos sofridos pela vítima, será repartida entre os agentes ativo e passivo na medida de suas responsabilidades. Desta forma, ao se estabelecer a proporção do ressarcimento em função da culpa de cada um, percebemos que o *quantum* devido poderá ser desigual. Nosso entendimento considera a melhor doutrina, justamente a que preleciona pela repartição proporcional da responsabilidade na medida da culpabilidade de cada um dos envolvidos. Nessa corrente, vislumbra-se Aguiar Dias<sup>26</sup>, Sérgio Cavalieri Filho<sup>27</sup>, Silvio Rodrigues<sup>28</sup>, dentre outros.

Merece ser observada a hipótese de não ser possível a visualização do percentual de culpa, e, em conseqüência, de indenização cabível às partes. Para tal, a melhor doutrina nos ensina que o *quantum* deverá ser de metade para cada uma destas.

Pode, ainda, a lei nos impor que somente a culpa exclusiva, e nunca a culpa concorrente, exclua a responsabilidade. É o caso da responsabilidade objetiva, cujo elemento essencial é a inexigibilidade de culpa por parte agente provocador do dano. É inevitável que façamos menção ao exemplo dado por Silvio Rodrigues<sup>29</sup>: em seus ensinamentos encontramos o artigo 17 do Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Tal dispositivo regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Às ferrovias é sempre imputada culpa para os casos de acidentes ocorridos nas linhas férreas. Ou seja, ocorrendo morte, ou mera lesão corporal aos consumidores dos serviços de transporte destas empresas, a culpa por parte dessas últimas é sempre presumida. A culpa exclusiva, nesses casos, é capaz de exonerar a responsabilidade das empresas que operam nas estradas de ferro.

Merece salientar que, havendo culpa concorrente entre a estrada de ferro e o viajante, aquela terá responsabilidade total sobre o dano provocado. Para que tal efeito ocorra, a lei deverá sempre se manifestar nesse sentido. E, ainda, para elucidar melhor a

---

<sup>26</sup> DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

<sup>27</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

<sup>28</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 20ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

<sup>29</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 20ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

questão, o mesmo decreto (art. 17, 2º) aceita o caso fortuito e a força maior como fatores a excluir a responsabilidade das linhas férreas.

### 3.2 Fato Exclusivo de Terceiro

O fato de terceiro, quando determinante ao dano experimentado por outrem, é fator que exclui a responsabilidade civil do aparente causador do prejuízo.

Nosso Código Civil vigente não se manifesta expressamente em relação à excludente em questão, e quando faz tal menção, o faz em seu artigo 930, quando reporta-se à ação regressiva a que tem direito o devedor em face do terceiro, real provocador do “acidente”.

Terceiro, por definição, é uma pessoa externa à relação do responsável pelo dano e o sofredor do prejuízo. Porém as ações desta pessoa, estranha a tal relação, são, muitas vezes, as ações direta e unicamente responsáveis pelo prejuízo experimentado pela vítima. O terceiro, ao agir, torna o autor mero instrumento do ilícito civil, e afasta, assim, o nexo de causalidade entre a conduta do autor e o dano da vítima.

Carlos Roberto Gonçalves nos ensina que, em sede de responsabilidade civil, *“predomina o princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano, ou seja, a culpa de terceiro não exonera o autor direto do dano do dever jurídico de indenizar”*<sup>30</sup>.

Nosso Código Civil vigente dispõe em seus artigos 929 e 930, que a pessoa lesada quando não é a responsável pelo evento, terá direito à indenização pelos prejuízos que sofreu, cobrando tais verbas do causador direto do dano. Este último, por sua vez, quando responsabilizado por dano cuja culpa foi de terceiro, contra ele terá direito à ação regressiva.

Infelizmente, como bem observa Silvio Venosa<sup>31</sup>, em muitas ocasiões o terceiro não é identificado, o que acarreta em prejuízo para o agente instrumento do dano, ou seja, o agressor direto.

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>31</sup> VENOSA, Silvio. **Direito Civil**. 7ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2007.

Na maioria das situações o fato de terceiro não isenta o agente de ressarcir o prejuízo à vítima. Tendo ele pago o que devia, lhe é de direito o regresso ante ao terceiro responsável real pelo dano.

Contudo em certas ocasiões o fato de terceiro isenta o causador do dano de reparações pecuniárias. Podemos afirmar que essas hipóteses somente são concretizadas se as características do fato de terceiro forem as mesmas do caso fortuito e da força maior, ou seja, se o acontecimento for imprevisível e inevitável. Se assim for, será rompido o nexo de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

Quanto à responsabilidade objetiva, merece salientar que, mesmo nela, o fato de terceiro, quando imprevisível e inevitável, isenta do dever de ressarcir aquele que é responsabilizado independentemente de ser ou não culpado. É o que vislumbramos no Código de Defesa do Consumidor, que em seus artigos 12, §3º, III, e 14, §3º, II isenta o fornecedor de responsabilidade. Da mesma forma essa excludente pode atingir o contrato de transporte. Quando uma pedra, arremessada por alguém contra um ônibus, atinge um passageiro, a responsabilidade é deste terceiro, e a cobrança por indenizações não cabe ao transportador.

### **3.3 Caso Fortuito e Força Maior**

Caso fortuito e força maior são consideradas as hipóteses que fogem à nossa previsibilidade, e em função disso possuem, além desta, a característica da inevitabilidade. Nosso código civil vigente (2002), assim como o anterior (1916), não diferem uma hipótese da outra, o legislador pátrio preferiu deixar tal encargo a critério de nossa doutrina. Vejamos o que preleciona o artigo 393 do atual código civil, *in verbis*:

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Como se pode vislumbrar, o referido diploma legal é expresso ao indicar como necessária à inevitabilidade, e a doutrina, com toda a precisão, expõe a imprevisibilidade. Os motivos existentes para que se agregue esta imprevisibilidade ao caso fortuito e à força maior será demonstrado por nós neste tópico do estudo.

Mesmo não sendo idênticos, os institutos em estudo são equiparados pela lei civil. Merece então que façamos a distinção de ambos, apresentando também suas particularidades. Deve ser salientado que a diferenciação destes institutos já foi muito discutida, porém não se chegou ainda a um entendimento uniforme sobre o assunto. Podemos, contudo, ser incisivos quanto a um ponto pacífico na doutrina: tanto o caso fortuito quanto à força maior tratam de eventos que, por não serem possíveis de se prever e evitar, excluem a culpa do devedor, ou seja, acarretam uma cisão do nexos de causalidade entre a ação de provocar danos por parte do devedor, e o prejuízo experimentado pelo credor.

Por definição, força maior é o evento da natureza que pode até mesmo ser previsível, mas sempre será inevitável. Tempestades, furacões e terremotos podem ser identificados com alguma antecedência, porém seus efeitos jamais poderão ser sanados por nós.

O caso fortuito, por sua vez, é a ação que, por ser imprevisível, é inevitável. É uma ação com essas características, que acarreta a alguém arcar com prejuízos. Como exemplo temos um animal sem dono (*res nullius*), que ao atravessar uma estrada, na qual há sinalização sobre a possibilidade de haver animais na pista, faz com que um motorista ao tentar desviar do semovente, saia da estrada e provoque uma colisão, mesmo estando este dentro do limite de velocidade e bem atento às condições da viagem.

Com muito acerto e brilhantismo é a observação feita por Sérgio Cavalieri Filho acerca dos elementos indispensáveis para os dois institutos em exposição, assim como suas definições de imprevisibilidade e inevitabilidade, vejamos:

A imprevisibilidade, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto que a inevitabilidade é o da força maior. Entende-se por imprevisibilidade, conforme já assinalado por nós, a imprevisibilidade específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos etc. porque se assim não for tudo passará por previsível. A inevitabilidade, por sua vez, deve ser considerada dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se. Assim, por exemplo, tratando-se de roubos de cofres mantidos por um banco, é de presumir-se sejam tomadas especiais providências visando à segurança, pois a garanti-la se destinam seus serviços. O mesmo não se sucede se o assalto foi praticado em um simples estacionamento. É preciso, destarte, apreciar caso por caso as condições em que o evento ocorreu, verificando se nessas condições o fato era imprevisível ou inevitável em função do que seria razoável exigir-se.<sup>32</sup>.

Referindo-se às lições de Agostinho Alvim, Carlos Roberto Gonçalves aprofunda ainda mais a matéria, quando expõe que na atualidade possuímos, para o caso fortuito, a diferenciação deste em fortuito interno – estando este ligado às pessoas e coisas – e o fortuito externo – a força maior propriamente dita, ou no dizer dos ingleses, o “*Act of God*”. Alega que somente no fortuito externo – conseqüências das ações da natureza – a responsabilidade seria excluída, pois para este caso o liame de causalidade entre ação e dano estaria rompido.

Para exemplificar sua tese, este autor nos providencia exemplos de fácil assimilação. Para o fortuito externo – ligado à natureza – temos um raio que acerta um automóvel qualquer, e em função disto há a perda da direção por parte do condutor, e conseqüentemente um acidente com danos provocados a um terceiro. Se não há possibilidade de imputar culpa ao agente, não pode a lei responsabilizá-lo. Exemplificando o fortuito interno – causas ligadas à pessoas e coisas – o estourar dos pneus de um veículo automotor, ou de qualquer peça deste, não exclui a responsabilidade do agente, pois a manutenção da máquina deve sempre estar em dia, logo tal fato é previsível e evitável<sup>33</sup>.

Para as ocorrências de defeitos mecânicos aplica-se a teoria do exercício da atividade perigosa, ou seja, o fortuito não exclui a responsabilidade, uma vez que ao utilizar a máquina o agente assume o risco desta, pois ao desfrutar dos bônus, necessariamente deve

---

<sup>32</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

<sup>33</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

assumir os ônus. A responsabilidade *in casu* é objetiva, ou seja, não é necessária a culpa para se imputar a responsabilidade ao agente causador do dano.

### 3.4 Estado de necessidade

Define-se por estado de necessidade a situação de perigo atual, que faz com que alguém, que não gerou tal fato e muito menos poderia evitá-lo, sacrifique um bem próprio ou alheio em detrimento de outro bem. Merece salientar que neste conflito de interesses jurídicos, o bem salvo deve possuir valor jurídico maior ou igual ao sacrificado. Valores menores não autorizam a alegação de enquadramento no estado de necessidade.

Mister observar, que qualquer excesso empregado pelo agente, mesmo estando em estado de necessidade, fará com que este arque com as conseqüências do exagero.

A lei penal é muito feliz ao definir o instituto em análise, quando aduz:

“Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia por outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

Nosso diploma civil, em seu artigo 188, II, se refere ao estado de necessidade, vejamos, pois:

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

(...)

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do necessário para a remoção do perigo.

Ocorre que, mesmo o ato não sendo um ilícito civil, aquele que experimentou o dano, desde que não seja o causador da situação de estado de necessidade, tem o direito de ser ressarcido pelo agente que atuou em tal circunstância, por mais nobre que tenha sido seu ato. Esta obrigação imposta ao agente consta do artigo 929 da mesma lei, *in verbis*:

“Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados pelo perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”

Seguindo as determinações legais, verificamos a possibilidade do causador do dano ingressar em juízo, para mover ação regressiva contra aquele que realmente foi o causador do dano, ou seja, sendo um terceiro o verdadeiro agente do prejuízo, contra este será intentada a ação judicial acima citada. Sendo assim, vejamos a literalidade legal:

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.”

Entendemos ser correto o entendimento do legislador ao estabelecer que o lesado não arque com os prejuízos, pois este não atuou de forma alguma para que o evento se concretizasse. Se a lei estabelecesse que somente em face do verdadeiro causador do dano, ou seja, do terceiro, pudesse ser intentada a referida ação regressiva, teríamos uma imensa gama de prejudicados sem ressarcimento, uma vez que tal agente muitas vezes esconde-se, justamente para fugir de suas responsabilidades.

No que se refere ao estado de necessidade, ao compararmos o diploma civil de 1916, já revogado, com o atual, chegamos a conclusão de que a lei que hoje está em vigência é mais abrangente que a antiga. A tal conclusão se chega facilmente, pois não tínhamos a aplicação do estado de necessidade quando o dano era imposto à pessoa, mas somente às

coisas. Com a evolução dos estudos referentes à responsabilidade civil, entendeu o legislador pátrio que não poderíamos excluir tal situação de um justo ressarcimento.

Pensemos na seguinte situação: para desviar de uma criança que atravessa uma avenida de forma displicente, Caio faz uma curva acentuada com sua motocicleta, e ao ser projetado ao chão, acaba por atingir - com seu veículo - Tício, que encontrava-se na calçada, esperando por um ônibus. Não seria justo que este último arcasse com as despesas médicas, e pensando nisso os danos à pessoa foram, de forma acertada, inseridos no nosso atual Código Civil como danos passíveis de ressarcimento. Ora, na situação acima descrita, entendemos que não somente a vítima deverá ter as despesas restituídas, mas também Caio. Por ser responsável pela criança, seu pai agiu em culpa “*in vigilando*”, e desta forma fez com que não somente Tício obtivesse prejuízos, mas também Caio, pois este não somente terá que fazer a manutenção de sua motocicleta, mas também terá despesas médicas em função de sua queda. Assim, Tício tem direito de exigir ressarcimento de Caio, que por sua vez tem direito de além do ressarcimento de seus próprios prejuízos, promover ação regressiva em face do pai da criança, para ver que este restitua tudo aquilo que foi pago à vítima.

### 3.5 Legítima Defesa

Assim como o estado de necessidade, a legítima defesa exclui a possibilidade de se responsabilizar o agente causador direto do dano de indenizar a parte lesada. Porém esta forma de exclusão se dá por motivos diversos, embora parecidos.

Encontra-se em legítima defesa todo aquele que se depara com uma situação de agressão injusta, promovida contra si ou contra *outrem*, atual ou iminente, e a repele sem excessos.

Tal instituto é mencionado no diploma civil em artigo 188, I:

“Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I: os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

Como já exposto por nós, não será responsabilizado por danos ocasionalmente causados ao agressor, aquele que age em legítima defesa. Porém, o mesmo não ocorre quando, por erro, aquele que está enquadrado no instituto sob análise atinge um terceiro não envolvido na ação de injusta agressão. Não seria coerente que esta terceira pessoa arcasse com prejuízos decorrentes de tal fato. Logo, estará autorizado, este último, a promover ação de indenização em face de quem agiu em legítima defesa. Seguindo a mesma linha de bom senso, terá direito a ação regressiva o réu desta demanda judicial, sempre em face daquele que foi o verdadeiro causador do prejuízo, ou seja, o agressor de fato.

Merece salientar que há uma diferença significativa entre legítima defesa real e putativa em sede de responsabilidade civil. Enquanto no Direito Penal ambas as variações excluem a ilicitude por não haver dolo na conduta, tal não ocorre no Direito Civil, pois vislumbramos não ser excludente de responsabilidade a legítima defesa putativa. Deve ser mencionada a lição do professor Carlos Roberto Gonçalves, para que possamos explicar com exatidão a diferença ora invocada entre legítima defesa real e putativa:

A legítima defesa que, que exclui a responsabilidade civil do agente, é a real (a putativa, não) e desde que o lesado seja o próprio injusto agressor. Se terceiro é prejudicado, por erro de pontaria, subsiste a obrigação de indenizar (...)

Embora com denominação semelhante, a legítima defesa putativa nada tem em comum com a legítima defesa real, não podendo ser aceitas como situações idênticas. Na primeira, a conduta é lícita, visto que objetiva afastar uma agressão real contra a vítima ou um terceiro. Há efetiva reação do ofendido contra ato de um agressor. Diverso é o que ocorre na legítima defesa putativa, que se funda em um erro, não existindo agressão alguma, mas apenas equívoco do pseudo-agredido. Logo, sua conduta é ilícita, penalmente irrelevante, por estar ausente o dolo, mas ingressa na ampla órbita do ilícito civil, ensejando indenização.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

#### **4 ESTUDO DE CASOS: CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA**

Informamos que o presente capítulo direciona-se para a análise de jurisprudência da excludente de responsabilidade civil aquiliana denominada culpa exclusiva da vítima.

Orientamos nossa pesquisa à partir de decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, e ainda, nossa Corte máxima para assuntos infraconstitucionais de justiça comum, qual seja: o Superior Tribunal de Justiça.

Dentre os muitos acórdãos existentes, fixamos nossa atenção àqueles proferidos de 1º de janeiro de 2000 ao mês de maio do ano de 2008.

Para a elaboração da pesquisa utilizamos as palavras-chave “surfista ferroviário”, “surfista e trem”, “surfista e vagão” e “surfista ferroviário e indenização”. Com a utilização destas, obtivemos uma quantidade relevante de decisões, e desta extraímos as que

consideramos mais adequadas à análise que almejamos expor, justamente pelo fato de termos observado uma repetição de argumentos.

Merece ser destacado o motivo que nos levou a escolher o fato ou a culpa exclusiva da vítima como objeto de estudo. Primeiramente, vislumbramos um caso concreto bem específico, no qual a falta de bom senso acarreta uma imprudência sem medida, pois a vontade de exibição suplanta o valor da própria vida, ou seja, o surfista ferroviário abre mão da segurança durante a viagem, para executar uma brincadeira.

Nosso segundo motivo, e o mais relevante deles, se baseia no fato de que as próprias vítimas, quando conseguem sair vivas do acidente, por puro oportunismo, ingressam em juízo com a finalidade de discutir o mérito de uma possível indenização.

Por fim, aguçou nosso interesse o fato de, em certa época, serem muito comuns tais brincadeiras temerárias, e conseqüentemente, os lamentáveis episódios eram transmitidos para o Brasil inteiro pela imprensa.

#### **4.1 Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

O primeiro acórdão é correspondente a apelação cível de número 981058- 0/0 (processo de origem número 838/01) e versa sobre a queda de um surfista ferroviário do trem.<sup>35</sup>

Na vara de origem, comarca de Cubatão, o autor obteve parcial provimento em suas alegações. Nesta decisão ficou condenada a ré ao pagamento de danos materiais (correspondente aos gastos com medicamentos e aquisição de prótese, pensão mensal até que o autor completasse sessenta e cinco anos de idade e gratificação natalina), danos morais correspondentes a cem salários mínimos da época. Ainda, vislumbramos a adoção de entendimento diverso do nosso, pois o Juiz de Direito em questão separou o dano estético do dano moral, condenando a ré ao pagamento de mais cem salários mínimos da época pelos danos estéticos. Ainda foi condenada a empresa – constante no pólo passivo – ao ônus de sucumbência.

---

<sup>35</sup> Apelação Cível nº 981058-0/0. Desembargador Relator Romeu Ricupero. [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br). Acessado em 13/05/2008.

De imediato, observamos que o magistrado, por atribuir indenização diversa aos danos estético e moral, se baseia em corrente diversa da sustentada neste trabalho, qual seja, danos estéticos estão contidos nos danos morais – pelas razões expostas no Capítulo 2 deste labor.

Esta sentença, pelo fato de julgar devida parte da indenização pleiteada, não considerou a excludente de responsabilidade civil – culpa exclusiva da vítima – adequada ao caso. Sob a alegação de que havia falhas na sinalização e fiscalização por parte da empresa sentenciou – o referido juízo - ao ressarcimento do prejuízo.

Houve recurso de ambas as partes, remetendo a questão à segunda instância da justiça paulista. Vejamos a íntegra da ementa da solução do litígio:

“EMENTA: Responsabilidade Civil – Acidente Ferroviário – Queda de Trem – “Surfista Ferroviário” – Culpa exclusiva da vítima – Risco assumido inteiramente pelo “surfista ferroviário”, sendo inexigível e até mesmo impraticável nessa hipótese a fiscalização por parte da empresa – A pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o chamado “surf ferroviário”, assume as conseqüências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável – Sentença de procedência parcial reformada, julgando-se improcedente a ação – Manifesto interesse de agir do autor – Descabida denúncia da lide à Municipalidade de Cubatão – Agravo retido da ré não provido e apelação da ré provida, prejudicada a apelação do autor”.

Merece salientar que o Ministério Público apresentou parecer favorável ao recurso da ré, ou seja, entendeu o “custus legis” pelo descabimento de indenizações.

No corpo do acórdão encontramos referência ao Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, quando cita a responsabilidade objetiva por parte da empresa ferroviária. Porém, com muito acerto – julgamos – o Desembargador Relator Romeu Ricupero expõe, que tal modalidade de responsabilidade civil é aplicada à relação existente entre consumidores de serviços de transporte ferroviário e a empresa prestadora de serviços de transporte em linhas férreas.

Portando, qualquer alegação de responsabilidade sem observância de culpa por parte da então ré não prospera. Da mesma forma, não pode ser invocada a inversão do ônus da prova – fundamentando-se no Código de Defesa do Consumidor – pois provado está que o menino acidentado não possuía nenhuma relação de consumo com a empresa ré.

A questão suscitada é puramente de responsabilidade subjetiva.

À época da inicial, alega o autor não ser capaz de identificar o perigo na própria brincadeira, posto que possui apenas 12 (doze) anos de idade. Tal fato é contestado com brilhantismo pelo próprio Ministério Público, em cujas alegações, disserta sobre a “culpa in vigilando” dos pais, que ao invés de instruir e educar a criança, a deixavam soltas à própria sorte no momento no qual brincavam nas linhas férreas.

Fato que torna convincente a presença da culpa exclusiva da vítima no corrente caso, é o aconselhamento que obteve a criança – dado por um fiscal da empresa - sobre os riscos de se expor, ao realizar tais brincadeiras, à uma área perigosa. Disso podemos concluir que não era a primeira vez que o menino brincava no local.

Ainda, resta provado nos autos que a brincadeira se baseava em subir na parte traseira do trem, enquanto ele estava em movimento, para, em seguida, praticar o chamado “surf ferroviário”.

Como pode uma pessoa jurídica exercer reprimenda a tantas crianças e adultos que praticam tais atos, uma vez que a extensão das estradas de ferro em concessão se estendem por quilômetros? Exigir esta prática é inaceitável. Difere disto o caso no qual transeuntes atravessam as linhas férreas, em locais de movimento sem a presença de passarelas, fiscalização, e sinalização das vias e do próprio trem (sinal luminoso e sonoro).

Ao analisar os fatos expostos nos autos do processo em questão, a sentença sofreu reforma. O acórdão julgou totalmente improcedente a ação, em atenção à apelação da ré, vislumbrando a evidente culpa exclusiva da vítima, no caso um menor de 12 (doze) anos de idade, que se acidentou ao brincar de surfista ferroviário com a composição em movimento.

Em breve síntese, a culpa exclusiva da vítima rompe o liame de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo experimentado pela vítima, pois foi a própria vítima que causou o dano por ela percebido, e desta forma não poderia ser responsabilizado o suposto agente por fato que não cometeu, visto que a responsabilidade subjetiva somente existe mediante culpa ou dolo.

No corrente caso, o menor impúbere, mesmo tendo conhecimento de que poderia sofrer danos permanentes, ou até morrer, não relutou em praticar a brincadeira perigosa, e, diga-se de passagem, assumiu os riscos de sofrer danos em várias oportunidades, posto que a mesma brincadeira foi feita, ali no mesmo lugar, inúmeras vezes.

Assim, pelo que pudemos observar, concordamos integralmente com as exposições do Ministério Público de São Paulo, que se pronunciou pela improcedência total do pedido autoral, e com integralidade as razões da 36ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando determinou a reforma da sentença, que julgou procedente em parte a demanda, para totalmente improcedente, por força da ocorrência da excludente de responsabilidade civil escolhida para nossa pesquisa, qual seja, a culpa exclusiva da vítima.

O segundo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – comarca da capital - consta registrado naquele órgão sob o número 7.122.581-3. Este julgamento colegiado apreciou um caso que, embora parecido, possui desembaraço jurídico completamente diferente.

A vítima, acessando a justiça gratuita, obteve julgamento totalmente negativo em primeira instância, pois sua ação foi julgada improcedente em sua totalidade. A decisão monocrática considerou culpa exclusiva da vítima o acidente, pois esta não produziu a prova de que acidentou-se em função de superlotação da composição onde viajava, além desta se locomover com as portas abertas.

No momento da instrução da petição inicial faltou ao autor a apresentação do laudo do acidente. Tal fato, por conseguinte, acarretou alegação de cerceamento de defesa no recurso de apelação.

Sendo assim, a demanda chegou à segunda instância do tribunal paulista. Eis a exposição, na íntegra, da ementa da decisão colegiada:

“Responsabilidade civil – Acidente ferroviário – Lesão parcialmente incapacitante – Dedos da mão esquerda mutilados – Trem que trafegava lotado e com as portas abertas – Matéria incontroversa – Alegação, pela apelada, que a vítima praticava o “surf ferroviário” a ensejar a sua culpa exclusiva pelo evento ocorrido – inexistência de prova à comprovação do quanto alegado, bem como que tenha o apelante concorrido para o acidente – Afronta ao disposto no artigo 333, II, do CPC – Responsabilidade civil exclusiva do apelado.

Dano material – Pensão devida correspondente a 2/3 do salário mínimo até a data em que o apelante completar 65 anos – Desnecessidade de formação de capital para a garantia da renda, em face da situação jurídico-econômica da empresa ferroviária – Inclusão em sua folha de pagamento.

Dano Moral cumulado com Dano Estético – Abalo configurado, posto que incontroverso – Fixação em 50 salários mínimos à época da liquidação.

Verba honorária – Apelada que saiu vencedora no tema principal – Fixação em 10% sobre o montante das prestações vencidas e uma anuidade das vincendas – Ação parcialmente procedente – Apelação provida parcialmente.”<sup>36</sup>

Ao ser apreciado o recurso cabível, constatado foi que havia fatos incontroversos, fatos estes essenciais à configuração de ato ilícito civil: que o recorrente era, sem sombra de dúvidas, passageiro do trem; que este trafegava superlotado e com as portas abertas; e ainda, que houve o acidente não fatal nas dependências de responsabilidade da empresa, que goza da qualidade de concessionária de serviço público de transporte ferroviário.

Quanto ao cerceamento de defesa, tal argumento não prosperou, pois – sustentando-se em decisão do Supremo Tribunal Federal – de fato o ônus da apresentação de determinados documentos incumbia à autora, e não exclusivamente a ré, como queria a parte integrante do pólo ativo.

A empresa litigante, ora apelada, sustenta a tese de que o apelante estava viajando no trem na condição de surfista ferroviário, e conseqüentemente a isso requer o não

---

<sup>36</sup> Apelação Cível nº 7.122.581-3. Desembargador Relator Wellinãton Maia da Rocha. [www.tj.sp.org.br](http://www.tj.sp.org.br). Acessado em 15/05/2008.

provimento total da ação, pois não havia culpa da pessoa jurídica ré, culpa esta sendo exclusiva da vítima.

A hipótese de ser o apelante, no momento, um surfista ferroviário não prosperou, uma vez que a apelada inerte permaneceu, quando deveria ter se manifestado sobre o quesito, referente a esta prova, do laudo pericial.

Por não tecer suas alegações a respeito do estudo do perito, demonstrando que havia a condição de surfista ferroviário – com conseqüente culpa exclusiva da vítima, restou violado o artigo 333, II, do CPC, *in verbis*:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Assim, por não ter cumprido com a atribuição de comprovar a condição irresponsável que alegava possuir a vítima, o argumento base da defesa da apelada se tornou ineficiente.

A conseqüência da inércia da empresa tornou a culpa da mesma presumida, posto que era incontroverso o fato da vítima estabelecer com o agente uma relação de passageiro e prestador de serviços de transporte, respectivamente. Logo, não havendo caracterização da culpa exclusiva da vítima, do caso fortuito ou da força maior (“*Act of God*”), ou ainda fato exclusivo de terceiro, presume-se a culpa da empresa ferroviária transportadora, por força do já mencionado, neste trabalho, Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Nosso entendimento, pois, encontra-se de acordo com os ensinamentos do Mestre Carlos Roberto Gonçalves:

“Pode-se considerar, pois, que o transportador assume uma obrigação de resultado: transportar o passageiro são e salvo, e a mercadoria sem avarias, ao seu destino. A não obtenção desse resultado importa o

inadimplemento das obrigações assumidas e a responsabilidade pelo dano ocasionado. Não se eximirá da responsabilidade provando apenas a ausência de culpa. Incumbe-lhe o ônus de demonstrar que o evento danoso se verificou por força maior, culpa exclusiva da vítima ou ainda por fato exclusivo de terceiro.”<sup>37</sup>

Por conseguinte, não havendo provas da excludente de responsabilidade civil, o órgão colegiado entendeu que o apelante viajava no interior de um trem superlotado, que se movimentava com as portas abertas, quando então sofreu a queda, causa esta que acarretou os danos sofridos pela vítima.

Outra questão foi levada em consideração antes do momento de ser proferida a decisão terminativa de mérito, qual seja, estar – ou não – a parte do pólo ativo na condição de “pingente”.

Merece ser exposto o que configura, de fato, a condição de qualquer pessoa como pingente ao viajar de trem. Atribui-se esta condição ao passageiro que trafega na composição ferroviária, com partes do corpo para fora das portas e janelas, ou ainda, quando o passageiro encontra-se pendurado, durante a viagem, nos mesmos objetos do transporte.

Inicialmente pode parecer estéril a discussão, mas ao contrário das aparências, a questão é muito fértil, e gera a seguinte pergunta: diferentemente da condição de único culpado do surfista ferroviário, há culpa concorrente quando a vítima se enquadra na condição de pingente?

Pela análise do acórdão da justiça paulista, observamos que a condição de pingente, para os desembargadores responsáveis pelo julgamento do caso em questão, não romperia o liame de causalidade, em função da culpa exclusiva da vítima, mas sim poderia, no máximo, atenuar a responsabilidade da empresa de trens, se configurada e provada, nos autos do processo, a culpa concorrente entre vítima e agente.

Observamos que para o caso de concorrência de culpabilidades, cada parte será responsável por arcar com os prejuízos proporcionalmente compatíveis à culpa de cada um,

---

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

não sendo regra a atribuição de 50% do valor da indenização para cada litigante. Para maiores elucidações nos remetemos ao Capítulo 3 deste trabalho.

Porém, o mérito de ser ou não “pingente” não contribuiu à defesa da empresa, pois houve reforma da sentença, cujo julgamento era totalmente favorável à ora ré. Baseou-se o juízo na presunção de culpa da pessoa jurídica apelada.

Superada a questão tocante ao mérito, pois decidiu-se pelo provimento parcial da apelação, restava ao tribunal atribuir as devidas indenizações por danos material e moral.

Assim diferentemente do primeiro acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, esta segunda decisão condenou o apelado ao pagamento de indenização, verba esta calcada em pensão de 2/3 do salário mínimo da época (até os 65 anos de idade da vítima), verba honorária de 10% sobre o montante das prestações vencidas e uma anuidade das vincendas, e cumulação de danos morais e estéticos no valor de cinquenta salários mínimos da época da liquidação.

Novamente, o fato de terem sido separados conceitualmente o dano moral do dano estético, nos faz perceber que nossa opinião é divergente do entendimento desta Câmara Cível, posto que consideramos que o dano moral engloba o conceito de dano estético.

Entendemos, ainda, ser muito mais complexa a demanda que terminamos de analisar, que a primeira ação. Afirmamos com convicção nossa exposição, pois nesta segunda análise jurisprudencial nos deparamos com questões jurídicas que foram muito mais numerosas e complexas que as encontradas no primeiro caso estudado.

Nosso terceiro, e último, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi escolhido não pelo fato de tratar-se de causa atrelada aos surfistas ferroviários, mas sim a demanda na qual há maiores elucidações sobre a condição de pingente, visto que é um conceito semelhante ao escolhido para o labor.

Com isso, acreditamos que a importância dessa decisão para o presente trabalho é justamente a comparação que se faz entre as conseqüências de danos oriundos de acidentes

envolvendo pessoas que viajam em trens, quando estas deixam de ser passageiros comuns, e adotam posturas chamadas de “pingente” e “surfista ferroviário”.

Feito este breve preâmbulo, passemos às considerações entendidas como necessárias.

Registrado no órgão do Poder Judiciário paulista sob o número 7.137.604-4 (Apelação Cível)<sup>38</sup>, este *decisum* adota exatamente a postura que entendemos como adequada ao se tratar de passageiros pingentes.

Causa indignação a tese usada pela defesa da empresa de trens. Em suas argumentações alega que os acidentes em suas dependências somente ocorrer quando há imprudência ou negligência por parte da vítima. Ou seja, chegamos à conclusão, que seguir esse posicionamento é aceitar que as composições sempre estão com a manutenção em dia, que as portas dos trens urbanos nunca ficam abertas durante as viagens, e ainda, que os vagões nunca se encontram superlotados.

Não comprovada a condição de pingente por parte do *de cuius*, passamos a ter as argüições mais relevantes para este trabalho. Acordam os desembargadores que enquanto os surfistas ferroviários envolvidos em acidentes possuem culpa exclusiva, os passageiros pingentes não geram tal resultado. A tal conclusão se chega, pois as pessoas somente viajam assim, uma vez que as composições ferroviárias encontram-se sempre superlotadas, caracterizando uma péssima prestação de serviços por parte das empresas responsáveis pelos mesmos.

Afirmam os magistrados que, uma vez sendo adequada a prestação de serviço em nossas linhas férreas, certamente esses acidentes não mais serão constatados, posto que todos estarão acomodados dentro de vagões mais confortáveis, que trafegam com as portas fechadas, e que possuem assentos numerosos, e espaço para que muitos passageiros se acomodem em pé.

---

<sup>38</sup> Apelação Cível nº 7.137.604-4. Desembargador Relator Ary Casagrande Filho. [www.tj.sp.org.br](http://www.tj.sp.org.br). Acessado em 13/05/2008.

Mister se torna a observação do Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Embasado no seu artigo 17, o juízo colegiado proferiu decisão no sentido de ser presumida a culpa da empresa concessionária do serviço de transporte em estradas de ferro, pois tal culpa somente não é fática quando configurada a culpa exclusiva da vítima, a força maior ou caso fortuito, ou mesmo o fato de terceiro.

Por força do disposto legal supracitado, a companhia tem o dever contratual de evitar que seus consumidores viagem em condições tais quais as apresentadas pelos passageiros “pingentes”.

Pelo fato de não ter sido comprovada qualquer condição que concorra em culpa, por parte da vítima, o órgão colegiado afastou a culpa concorrente, e majorou toas as indenizações sentenciadas pelo juízo de primeiro grau em valor duplicado, visto que naquela instância foi considerada a culpa concorrente.

Assim, por todo o exposto, entendemos ser brilhante a decisão por tudo aquilo defendido em seus argumentos para o caso em tela.

Terminadas as análises referentes às três decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, passemos agora a estudar os acórdãos da justiça da Unidade Federativa vizinha, o Rio de Janeiro.

#### **4.2 Acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

O primeiro acórdão carioca se baseou inteiramente na decisão de primeiro grau, posto que considerou as alegações do apelante quedadas ao fracasso, uma vez que de acordo com as provas produzidas, tornou-se inteiramente concreto, que a pretensão de se condenar a apelada ao pagamento de indenizações não merecia prosperar.

Esta apelação cível (de número 16017/07)<sup>39</sup>, mesmo tendo levantado a questão de ser a responsabilidade civil ora suscitada de natureza objetiva, a afasta, pois aponta a ocorrência da culpa exclusiva da vítima.

<sup>39</sup> Apelação Cível nº 16017/07. Desembargador Relator Binato de Castro. [www.tj.rj.org.br](http://www.tj.rj.org.br). Acessado em 06/05/2008.

Assim como no tribunal paulista, vislumbramos um entendimento não similar, mas sim igual ao nosso por parte da décima segunda Câmara Cível do órgão judiciário do Rio de Janeiro.

O órgão colegiado tanto considerou perfeita a sentença atacada, que transcreveu parte de seu conteúdo, para instruir a nova decisão, e esta transcrição também faremos, por igualmente considerarmos fantástico o *decisum*:

“Ocorre que a prova em cotejo com o laudo pericial pode se concluir que, efetivamente, o autor estava irregularmente na condição de passageiro da composição ferroviária, na qualidade do que se denomina “surfista de trem”.

Ora, por um silogismo inafastável, se verifica a condição de surfista ferroviário. A rede eletrificada de propulsão do trem era situada na parte superior da locomotiva. Único lugar que o autor poderia se encontrar para sofrer as lesões descritas no laudo pericial.”

Analisando este trecho da decisão, observamos que as provas produzidas não deixaram dúvidas quanto a condição de surfista ferroviário do indivíduo, sendo por isso entendido que, este sabendo dos perigos que correria ao se arriscar viajando no teto da composição ferroviária, mesmo assim não voltou atrás de sua decisão, incorreu somente ele em culpa, ou seja, afastou esta do apelado, e arcando com todo o ônus da conduta, rompeu o liame de causalidade, afastando qualquer possibilidade de receber verbas indenizatórias pagas pela parte presente no pólo passivo da presente demanda.

Assim, encerrado o julgamento, foi negado provimento ao recurso do apelante nos próprios termos da decisão atacada.

Em toda a pesquisa jurisprudencial feita para este trabalho, nenhuma das decisões consideradas nessas páginas foi tão didática quanto o próximo acórdão analisado. A Apelação Cível de número 69421/2006<sup>40</sup> da oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é simplesmente brilhante no que tange à excludente de responsabilidade civil levada à tona. Vejamos a íntegra da ementa:

---

<sup>40</sup> Apelação Cível nº69421/2006. Desembargador Relator Mario Assis Gonçalves. [www.tj.rj.org.br](http://www.tj.rj.org.br). Acessado em 06/05/2008.

“Responsabilidade Civil. Acidente de trem. Autor que viajava na condição de “surfista ferroviário”. Fato exclusivo da vítima. Rompimento donexo causal. Inexistência de responsabilidade. Não obstante a responsabilidade civil objetiva da apelada, tal responsabilidade pode ser afastada na ocorrência de rompimento de nexode causalidade, configurado no fato exclusivo da vítima, caso fortuito e força maior ou fato de terceiro. O Registro de Ocorrência, único documento juntado aos autos para comprovação do evento danoso, qualifica o apelante como “surfista ferroviário”. Tal registro é documento público que goza de presunção relativa de veracidade, sendo passível, portanto, de prova em contrário. Caberia à apelada provar a inexistência do acidente ou ao apelante a não veracidade da informação referente à sua condição de “surfista ferroviário”. Não tendo o apelante logrado comprovar fatos que ilidam a presunção de veracidade do Registro de Ocorrência, deve-se presumir verdadeiras todas as informações nele contidas, tanto em relação à existência do acidente quanto às circunstâncias relativas a sua ocorrência. Entendimento firmado pela jurisprudência pátria no sentido de inexistir responsabilidade civil da empresa transportadora quando o acidente ocorre em virtude da vítima viajar como “surfista ferroviário”, assumindo esta inteiramente o risco de sua atividade. Desprovido o recurso.”

Primeiramente faremos comentários referentes ao posicionamento do órgão colegiado à não ocorrência do dever de indenizar.

Afirma, no acórdão, o fato da responsabilidade civil suscitada ser objetiva. Entretanto, faz-se mister observar que algumas hipóteses impedem a configuração do dever de indenizar, é o caso das excludentes de responsabilidade civil, quais sejam: a força maior e o caso fortuito, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima. Acusa o rompimento do nexode causalidade entre a conduta e o dano, quando há a ocorrência de uma dessas hipóteses levantadas.

Reporta-se ao Código de Defesa do Consumidor, o juízo colegiado, para argüir que mesmo tal diploma impondo a inversão do “*onus probandi*”, deve haver por parte daquele que alega ter direitos, a prova mínima de que a obrigação existe. Com relação esta questão, reporta-se ao Código de Processo Civil, expondo o conteúdo do artigo 333, I:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.”

Os autos do processo analisados estavam instruídos com um único documento que comprovava a existência do acidente em função da qualidade de surfista ferroviário da vítima, fato este que comprova a ocorrência de sua culpa exclusiva. Entendimento este unânime na jurisprudência pátria. Sendo assim, restando não atacada a verossimilhança do Registro de Ocorrência, reputou-se este verdadeiro, calcado no fato de gozar tal documento de fé pública. Por conseguinte, todo o conteúdo do documento é dado como verdadeiro.

Por toda a análise doutrinária e jurisprudencial feita pelo órgão colegiado, foi negado provimento ao recurso de apelação, posto que configurada estava a condição de surfista ferroviário da vítima, fato este que atribui à mesma culpa exclusiva, fulminando a responsabilidade objetiva da empresa concessionária de serviços públicos de transporte ferroviário, ora apelada. Inexistindo responsabilidade civil por parte desta última, não há que se falar em obrigação de indenizar, tendo a vítima – ora apelante - que arcar com todo o prejuízo que obteve com o evento danoso.

Exposto o brilhantismo da Apelação Cível supracitada, encerramos as considerações referentes às decisões terminativas de mérito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Passemos agora a analisar um acórdão da nossa Corte máxima de Justiça Comum, O Superior Tribunal de Justiça, que, pela pesquisa realizada por nós, figura como referência para decisões envolvendo surfistas ferroviários para os demais órgãos judiciários pesquisados.

#### **4.3 Superior Tribunal de Justiça**

Inicialmente devemos observar que a questão de mérito envolvendo a obrigação de indenizar, gerada por acidente nas dependências de empresa prestadora de serviços de transporte ferroviário, não deve ser analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, posto que esta Corte não se presta ao exame de matéria fático-probatória em função da edição da súmula número 7 do mesmo Tribunal. Neste contexto, diz a Súmula número 7 do STJ:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.”

Assim, o Recurso Especial número 160.051-RJ<sup>41</sup> não foi conhecido. Eis a íntegra da ementa:

“Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Queda de trem. “Surfista ferroviário”. Culpa exclusiva da vítima.

I – A pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado “surf ferroviário”, assume as conseqüências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável.

II – Concluindo o acórdão tratar o caso de “surfista ferroviário”, não há como rever a situação na via especial, pois demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, vedado na instância superior (Súmula 7/STJ).

III – Recurso Especial não conhecido.”

Considera a presente decisão que a condição irregular de passageiro na qualidade de surfista ferroviário, faz com que o indivíduo suporte as próprias conseqüências de seu ato imprudente.

Entende, ainda, que pelo fato de viajarem clandestinamente, é inviável exigir que a empresa consiga fiscalizar toda a ação de pessoas que insistem em enganar os fiscais.

Interessante mencionar a questão da diferença apontada pelo acórdão em exame entre o passageiro pingente, e o surfista ferroviário. Tal diferença é levantada, pois há alegação de divergência jurisprudencial entre casos que julgam essas duas situações.

Defendemos que as decisões envolvendo essas duas hipóteses envolvem diferenças marcantes entre as lides, muito embora o resultado semelhante seja proveniente de um acidente de mesmas características, entretanto as causas que ensejaram tal sinistro são sempre muito diferentes, e as questões de direito são igualmente diferentes. Ao analisar as decisões colegiadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fizemos questão de estudar casos envolvendo passageiros pingente e surfistas ferroviários, justamente para elucidar quaisquer dúvidas que tais condições poderiam acarretar.

---

<sup>41</sup> Recurso Especial nº 160.051-RJ. Ministro Relator Antônio de Pádua Ribeiro. [www.stj.org.br](http://www.stj.org.br). Acessado em 17/05/2008.

Assim, aduz o presente acórdão que o surfista ferroviário viaja clandestinamente, driblando a fiscalização, sabendo do perigo que é viajar em cima de uma composição de trens. Tal fato enseja culpa exclusiva da vítima, não restando dúvidas quanto à inexistência de obrigação de indenizar, por parte da empresa concessionária de serviços públicos de transporte ferroviário.

Por outro lado, defende o mesmo que o passageiro pingente, diferentemente do surfista ferroviário, é passageiro regular (fato que por si só gera responsabilidade objetiva da empresa de transporte pelos danos provocados a ele durante a viagem), que por falta de opção viaja em trens que trafega com as portas abertas e superlotados.

## **5 CONCLUSÃO**

No decorrer do trabalho resolvemos tratar da Responsabilidade Civil Subjetiva ou aquiliana, mais especificamente das excludentes a esse dever de indenizar.

Optamos por desenvolver este labor da seguinte forma: um breve histórico da matéria, os elementos da mesma, fizemos um estudo de todas as excludentes de responsabilidade civil subjetiva, e ainda um estudo de caso – escolhemos tratar do fato ou culpa exclusiva da vítima, argüindo sobre acidentes provocados pela imprudência dos chamados surfistas ferroviários.

Defendemos, na monografia, alguns posicionamentos: como sendo elementos da responsabilidade civil aquiliana, somente, a conduta (que englobaria a culpa), o dano e o nexo causal; levantamos a discussão sobre o dano estético, sendo incisivos com relação aos mesmos estarem contidos nos danos morais; estabelecemos um paralelo entre o passageiro pingente e os passageiros que praticam o surf ferroviário; e a culpa exclusiva da vítima por parte destes últimos, que ao sofrerem danos morais e materiais ingressam em juízo para serem indenizados pelos mesmos.

No entanto, o nosso objetivo principal era o estudo da excludente de ilicitude – fato ou culpa exclusiva da vítima – presente nos litígios envolvendo os chamados surfistas ferroviários.

Da análise dos acórdãos dos três Tribunais expostos neste trabalho, quais sejam, os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, e o Superior Tribunal de Justiça, podemos concluir que todos possuem a mesma opinião sobre o assunto em pauta, e este posicionamento é idêntico ao defendido neste trabalho, que é justamente a vítima de acidentes ferroviários, quando na qualidade de surfista ferroviário, ser única culpada pelo evento danoso, pulverizando qualquer possibilidade de haver obrigação de indenizar por parte das empresas prestadoras de serviços de transporte ferroviário. Observamos também, que há evidente divergência entre nossa opinião e o entendimento das decisões aqui analisadas no que envolve o dano estético, pois, ao contrário dos magistrados, argumentamos a favor da tese que insere o dano estético no dano moral.

Concluimos também que as decisões colegiadas foram sábias ao diferenciar o passageiro pingente do surfista ferroviário, assim como também diferenciaram os direitos envolvendo cada um. Enquanto ao primeiro cabia indenização, ao último nada era devido.

Assim, concluindo esse trabalho, reafirmamos nosso posicionamento no que tange à não reparação de nenhum dano sofrido pelo surfista ferroviário, posto que a sua imprudência foi, por si só, responsável pelo acontecimento danoso. Embora seja triste ver seres humanos mortos ou mutilados em função de acidentes completamente evitáveis, revoltante também seria se outros, por mais que envolvidos no infortúnio, respondessem pelo acontecimento sem ter culpa de nada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Péricles Ferreira. **Excludentes do nexó de causalidade na responsabilidade civil extracontratual.**

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4930>.

DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** 11ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 5ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil.** 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 4ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2004.

LIMA, Arnaldo Esteves Lima. **Aspectos da Responsabilidade Objetiva.**  
<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/117>.

MIGUEL, Frederico de Ávila. **Responsabilidade civil: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa como pressuposto.**  
[www.advogado.adv.br/artigos/2006/fredericodeavilamiguel/responsabilidade.htm](http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/fredericodeavilamiguel/responsabilidade.htm).

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 3a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 20ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

SIDOU, Othon (org). **Dicionário jurídico**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1990.

Superior Tribunal de Justiça. [www.stj.org.br](http://www.stj.org.br).

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. [www.tj.rj.org.br](http://www.tj.rj.org.br).

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br).

VENOSA, Silvio. **Direito Civil**. 7ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2007.