

**Indenização - Morte de crianças por afogamento
- Responsabilidade objetiva - Dano moral - Dano
material - Clube recreativo e pessoa responsável
pelas crianças - Nexo causal - Omissão ilícita -
Culpa concorrente - Dever de indenizar**

Ementa: Civil e processual civil. Morte de crianças por afogamento. Ação indenizatória. Responsabilidade objetiva. Danos morais e materiais.

- Presentes o nexos de causalidade e a omissão ilícita do Clube Recreativo e da litisconsorte, responsáveis pela vigilância, é de se reconhecer a obrigação de indenizar por danos morais e materiais e culpa concorrente.

- O dano moral não tem parâmetro para aquilatar-lo em seu *quantum debeat*, haja vista que, prescindindo do dolo e culpa do agente, compraz-se apenas com qualquer transtorno sentido pela pessoa lesada a ponto de levá-la ao menos a uma quebra de seu equilíbrio emocional momentâneo ou duradouro.

- A fixação dos danos morais deve obedecer a princípios rígidos, pois não há remuneração da dor.

- O dano material indenizável em dinheiro há de ter condição capaz de aquilatá-lo financeiramente e deve ser precedido de culpa ou dolo do agente. A fixação do dano material deve ter em conta o caráter econômico e considerar que a criança ainda não contribuía para o sustento do lar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.06.985472-7/003 (em conexão com 1.0024.06.985471-9/001) - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: 1ª) Claudilene Elizabete Vinagre, 2ª) Associação Recreativa Minas Gerais - Apelados: Claudilene Elizabete Vinagre, Associação Recreativa Minas Gerais, Estado de Minas Gerais - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, À PRIMEIRA APELAÇÃO E DAR PROVIMENTO PARCIAL À SEGUNDA, NOS TERMOS DO VOTO MÉDIO DO RELATOR.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2009. - Belizário de Lacerda - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de recursos de apelação contra a r. sentença, a qual rejeitou o litisconsórcio ativo do pai de uma das vítimas, rejeitou a denunciação da lide de Claudilene Elizabeth Vinagre e, no mérito, julgou procedente em parte o pedido e improcedente a denunciação da lide ao Estado de Minas Gerais.

A autora Maria Cristina de Souza em seu recurso sustenta a reforma da r. sentença para que a condenação recaia exclusivamente sobre a ré Associação Recreativa Minas Gerais e que seja majorado o valor das indenizações fixadas tanto por dano material quanto por dano moral.

Nas razões de apelação, Claudilene Elizabete Vinagre requer que seja excluída do polo passivo, pois não houve culpa concorrente dela, e a elevação do valor fixado para danos morais e quanto ao pensionamento a título de danos materiais.

A ré Associação Recreativa Minas Gerais em sua apelação sustenta preliminares de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa e ofensa ao devido processo legal, porque requereu a inclusão na lide como litisconsorte ativo do pai de uma das crianças falecidas e tal questão prejudicial deveria ter sido decidida antes da decisão de mérito, enquanto tal denunciação da lide já havia sido deferida pelo Juízo da 11ª Vara Cível enquan-

to o processo tramitou ali; nulidade da mesma sentença por decisão *infra petita*, porquanto não decidiu questão posta na defesa relativamente à falha do clube no dever de vigiar; pede ainda conhecimento e decisão do agravo retido de f. 322, que indeferiu a realização de prova técnica, isto é, pericial; no mérito, sustenta que não há prova do nexo causal ante a ausência de laudo de necropsia, os fatos se deram por culpa exclusiva da acompanhante das crianças, Claudilene Elizabete Vinagre e finalmente entende ser indevida a pensão por morte da criança à genitora, pois tinha ela apenas cinco anos de idade e não exercia qualquer atividade remunerada. Sustenta ainda que a correção monetária não deve ser aplicada desde o evento danoso até efetivo pagamento, pois que não havia ainda condenação anterior, logo a atualização monetária deve ser aplicada a partir da condenação, não houve fixação proporcional da sucumbência em face do reconhecimento de culpa concorrente e que houve ainda responsabilidade do Estado de Minas Gerais.

Foram apresentadas contrarrazões por ambas as partes.

Conheço dos recursos em ambos os processos.

Do agravo retido.

Foi indeferida pela MM. Juíza a realização de exame pericial de necropsia das vítimas requerido na audiência de instrução e julgamento.

O exame pericial deveria ter sido requerido na fase processual oportuna, antes da realização da referida audiência, e como foi requerido deixa evidência de seu caráter protelatório, mormente se for considerado que existe nos autos prova documental relativamente ao óbito e que a prova testemunhal pode suprir qualquer deficiência que seja arguida a este respeito.

Dessa forma nego provimento ao agravo retido.

Quanto às preliminares de nulidade da sentença, vê-se que não procedem, tanto porque todas as questões foram realmente examinadas, como porque as denúncias da lide também foram julgadas pela r. sentença e suficientemente fundamentadas.

O Estado de Minas Gerais não poderia mesmo ser chamado à lide, pois não teve nenhuma participação direta ou indireta quanto aos fatos articulados nos pedidos. Não se tratava de um passeio promovido pela escola pública, não se tratava de nenhum evento público e não houve participação do ente público em qualquer ato.

Rejeito as preliminares.

Quanto ao mérito a prova produzida e muito bem examinada pela r. sentença recorrida deixa muito claro que as duas crianças falecidas foram ao clube recreativo em companhia de Claudilene Elizabete Vinagre, e, enquanto esta permaneceu no vestiário para trocar de roupa, houve o infortúnio.

A testemunha Edivânia de Souza relata em seu depoimento (f. 328) que estava na piscina e percebeu

que as duas crianças estavam no fundo da mesma e que conseguiu retirá-las ainda com sinais de vida e pediu socorro.

Relata que naquele momento não havia salva-vidas e que os funcionários do clube estavam próximos à piscina.

Desses fatos assim resumidos conclui-se que, primeiro, a mãe Claudilene agiu com extrema imprudência ao deixar sozinhas duas crianças de cinco anos de idade, sem qualquer outra companhia e sem sequer verificar se havia ou não algum vigilante do clube para recomendar-lhe a atenção devida às crianças, enquanto se dirigia ao vestiário. Além disso, demorou muito nesse vestiário, pois houve tempo suficiente para as crianças se afogarem e serem socorridas por uma terceira pessoa.

A prova também revela que o denominado salva-vidas do clube estava em horário de almoço e só apareceu no local quando a testemunha Edivânia pediu socorro já com as crianças em estado avançado de afogamento.

Revela ainda a prova que funcionários do clube estavam próximo ao local e não fiscalizaram a entrada das vítimas sozinhas dentro da piscina.

A omissão foi tanta que os corpos foram encontrados próximo a um tobogã, não se sabendo se elas chegaram a usar esse brinquedo perigoso.

Não se pode negar diante da prova gritante existente nos autos e detalhadamente examinada pela douda Sentenciante que houve culpa concorrente tanto da Associação Recreativa quanto de Claudilene Elizabete Vinagre.

A prova também deixa evidente em complemento ao atestado de óbito que as crianças vieram a perder a vida em consequência do afogamento, pois não houve nenhuma outra causa incidente e danosa para causar-lhes esse infortúnio.

A fixação do dano moral está correta.

Não há critério de valor para fixação do dano moral, pois a dor não tem preço, e o juiz, ao fixar um valor para o dano moral, deve pesar a circunstância dos fatos e não deve exceder-se na fixação desse valor, porque não se trata de uma remuneração.

Entendo que foi criteriosa a fixação.

Quanto à fixação da pensão por danos materiais, também agiu a douda Julgadora com equilíbrio, visto que o dano material de fato deve ser comprovado documentalmente, e não o foi. O que se fixou foi uma pensão por morte dos filhos menores e que ainda não contribuíam com nenhuma quantia para o sustento do lar; em tais casos, a idade não será fixada em 65 anos, porque não se trata de idade provável das vítimas, mas do tempo de contribuição, e o valor deve ser mesmo do salário-mínimo.

Com referência à correção monetária, deve ela incidir a partir da condenação, e não da data do evento danoso, pois ela representa uma atualização de valores

líquidos, e não há liquidez na data do evento danoso, e só a partir da sentença é que se tem um valor certo para ser atualizado.

Quanto à sucumbência, a r. sentença fixou os honorários em 10% para a ré exatamente porque houve sucumbência também da denunciada Claudilene; todavia deve esta responder por 20% das custas processuais.

Em tais termos, nego provimento ao agravo retido, rejeito as preliminares, dou parcial provimento ao recurso da ré tão somente para declarar que a incidência da correção monetária deve ser a partir da condenação e a litisconsorte Claudilene Elizabete Vinagre responderá também por 20% das custas processuais, nego provimento aos recursos das autoras.

DES.^a HELOÍSA COMBAT - Trata-se de ações de indenização ajuizadas por Claudilene Elizabete Vinagre e Maria Cristina de Souza contra Associação Recreativa de Minas Gerais, que, por sua vez, denunciou a lide ao Estado de Minas Gerais.

Pretendem as autoras receber indenização por danos materiais e morais sofridos em decorrência do falecimento de seus filhos menores André Kelvin da Silva e Yasmin Lauane de Souza, decorrente de afogamento nas dependências do Clube Minas Gerais, pertencente à requerida.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar a ré a pagar indenização por danos morais, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a Claudilene e de R\$ 22.500 (vinte e dois mil e quinhentos reais) a Maria Cristina de Souza, e mais uma pensão, a título de danos materiais, no valor de 1/3 do salário-mínimo à primeira autora e 2/3 do salário-mínimo à segunda autora, pela morte de seus filhos, até a data em que eles completariam 25 anos (f. 422/437). Manifestou-se pela improcedência da denunciação da lide ao Estado de Minas Gerais, entendendo não ter se configurado a hipótese do inciso III do art. 70 do CPC.

A r. sentença baseou a condenação no reconhecimento de culpa da Associação, considerando que ela concorreu para o evento danoso ao não disponibilizar “salva-vidas” suficientes nas dependências do clube, sendo que o único funcionário que exercia a mencionada função estava almoçando no momento do acidente.

O Juiz monocrático ponderou, ainda, que houve culpa concorrente da mãe de uma das crianças, que era a responsável pela vigilância dos menores, deixando-os desacompanhados enquanto ia ao vestiário, o que contribuiu significativamente para a ocorrência do evento danoso. Nesse sentido, ao arbitrar a indenização em prol de Claudilene Elizabete Vinagre, considerou a concorrência de culpas e, na fixação da indenização de Maria Cristina de Souza, reconheceu a existência de fato de terceiro.

As autoras apelaram pugnando pela majoração dos danos morais e materiais e pela inexistência de culpa concorrente.

A Associação Recreativa Minas Gerais também recorreu da r. sentença. Alegou, preliminarmente, nulidade da sentença por ofensa ao devido processo legal e decisão *infra petita*; solicitou ainda que seja examinado e provido o agravo retido interposto contra a decisão proferida em audiência de instrução e julgamento que indeferiu a produção de exame de corpo e delito - laudo de necropsia das vítimas. No mérito, afirma que não existe certeza nos autos quanto à causa da morte das crianças, uma vez que não foi realizada prova técnica nesse sentido; requer seja reconhecida a culpa exclusiva da guardiã dos menores - Sr.^o Claudilene Elizabete Vinagre; pugna pela exclusão da indenização por danos materiais, tendo em vista que as crianças tinham 6 e 5 anos de idade e não exerciam qualquer atividade laborativa; requer que o termo inicial da correção monetária incida da prolação da sentença e seja reconhecida a sucumbência recíproca.

Passo ao exame das preliminares.

I - Cerceamento de defesa.

Alega a requerida que houve cerceamento de defesa em virtude do indeferimento da denunciação da lide à Sr.^o Claudilene Elizabete Vinagre, bem como com relação à não inclusão dos pais das crianças no polo ativo da ação.

Creio que não assiste razão à recorrente.

Como deixou registrado o Julgador primevo, descabido o pedido de denunciação da lide à Sra. Claudilene, uma vez que "inexiste obrigação decorrente de lei ou de contrato para que a responsável pelo menor seja compelida, via de regresso, a ressarcir a Associação Recreativa no caso de eventual procedência da lide principal".

Para que se configure hipótese de denunciação da lide, necessário que o terceiro (denunciado) mantenha um vínculo direto com a parte denunciante, para vir a responder pela garantia do negócio jurídico em caso de procedência do pedido principal. Tal requisito não foi preenchido nestes autos, uma vez que não há qualquer relação direta entre a responsável pelos menores e a Associação Recreativa.

Não há que se falar sequer em direito de regresso da requerida contra a Sr.^o Claudilene, uma vez que a r. sentença arbitrou a condenação da ora apelante levando em consideração a existência de culpa concorrente. Vale dizer que a existência de corresponsáveis pelo evento danoso não implica denunciação da lide entre eles, uma vez que cada um responderá, de forma autônoma, pela sua parcela de culpa no incidente.

Para melhor esclarecimento, cito a lição de Humberto Teodoro Jr. em seu *Curso de direito processual civil*, 44. ed., v. I, p. 142: "Não se pode, enfim, utilizar a

denunciação da lide com o propósito de excluir a responsabilidade do réu para atribuí-la ao terceiro denunciado, por incurrer direito regressivo a atuar na espécie".

Quanto ao pedido de inclusão dos pais das crianças no polo ativo, também entendo como incabível.

A hipótese de litisconsórcio necessário ativo é questionável, sendo que muitos autores consideram impossível que se condicione o direito de acesso ao Judiciário de uma pessoa à vontade de outrem. Da mesma forma, seria impossível obrigar alguém a litigar contra sua vontade.

Deixadas as polêmicas que cercam a matéria, creio que a hipótese tradicionalmente denominada de litisconsórcio necessário ativo, prevista no art. 10 do CPC, deve ser interpretada restritivamente.

A exigência de consentimento dos cônjuges para o ajuizamento de ações restringe-se àquelas que versem sobre direitos reais imobiliários, devendo ser respeitada a literalidade do art. 10 do CPC. Por evidente, não se trata da hipótese dos autos, já que não há patrimônio do casal envolvido na lide.

Com tais considerações, rejeito a preliminar.

II - Sentença *infra petita*.

Alega a ré que a r. sentença não levou em consideração as provas testemunhais que dizem respeito aos recursos existentes no clube em prol da segurança de seus frequentadores, bem como a ausência de laudo de necropsia atestando a causa mortis dos menores.

Primeiramente, registro que o julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos levantados pela defesa, bastando que apresente uma conclusão coerente e fundamentada, o que foi feito nos presentes autos.

O fato de primordial interesse para o deslinde do caso foi examinado pelo Magistrado primevo, qual seja a falha nos recursos de segurança e a culpa, ou não, da Associação Recreativa, não havendo que se falar em nulidade da r. sentença.

Já a questão do laudo de necropsia será examinada no agravo retido.

Assim, também afasto a preliminar.

III - Agravo retido: produção de prova pericial médica.

Durante a audiência de instrução e julgamento, a Associação requereu que se oficiasse ao IML para que este remetesse ao Juízo eventual auto de necropsia realizada nas vítimas.

O pedido foi indeferido pelo MM. Juiz a quo, que entendeu pela ausência de imprescindibilidade do documento para a instrução do feito, haja vista a existência de certidão de óbito com todos os detalhamentos quanto à causa mortis, hora e local de falecimento da vítima.

Data venia, não vislumbro razões para modificar a r. decisão agravada, uma vez que é facultado ao juiz, nos termos do art. 130 do CPC, determinar as provas necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências que considerar inúteis ou meramente protelatórias.

Em que pese a produção de provas constituir direito subjetivo da parte, a sua produção deverá ficar a critério da prudente discricção do magistrado que preside o feito, que decidirá, com base em fundamentado juízo de valor, acerca de sua utilidade e necessidade.

Cabe ao juiz o importante papel de dirigir o processo. A esse respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nos comentários ao art. 340, nota 4, lecionam:

Prática de atos processuais. É ao juiz que compete a direção do processo (CPC 125) e o dever de determinar a realização de atos que possam dar seqüência regular ao processo, proporcionando à parte o direito de fazer as provas que entende necessárias à demonstração de seu direito, determinando de ofício aquelas que reputa necessárias à formação de seu convencimento e indeferindo as que reputar inúteis ou meramente protelatórias (CPC 130). A parte se submete ao poder diretor do magistrado, nos limites da lei (CF 5º, II, CPC 363).

Assim, não padece de qualquer ilegalidade a r. decisão recorrida, que está de acordo com a jurisprudência do colendo STJ, a saber:

Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas (RSTJ 157/163, STJ-RF 367/221, STJ-RP 115/275, STJ-Bol. AASP 2.938/3.314).

[...] o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para produção de provas, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide (AgRg no Ag 693982/SC. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Jorge Scartezzini. DJ de 20.11.06).

Ademais, como bem salientou o douto Magistrado *a quo*, as demais provas produzidas nos autos são suficientes para a comprovação da causa da morte das vítimas, notadamente os boletins de ocorrência (f. 21/24) e certidões de óbito (f. 18 e 19), em que constam:

- André Kelvin da Silva, óbito consequente de afogamento e falência múltipla dos órgãos, um dia após o dia do acidente (30.10.2005).

- Yasmin Lauane de Souza, óbito consequente de asfixia por afogamento, no mesmo dia do acidente (29.10.2005).

Além disso, todas as testemunhas foram unânimes ao reconhecer que as crianças se afogaram nas dependências do clube, saindo desacordadas do local, cianóticas, direto a caminho do hospital, onde vieram a falecer.

Portanto, sopesando as demais provas produzidas nos autos, desnecessária a produção de laudo de necropsia, sendo a certidão de óbito e os demais documentos suficientes para comprovar a causa da morte dos menores.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo retido.

IV - Denúnciação da lide ao Estado de Minas Gerais.

A via da denúnciação da lide não é adequada para a pretensão da requerida, que é a responsabilização exclusiva do Estado de Minas Gerais.

Conforme explicado pelo Magistrado *a quo*, inadmissível a denúnciação da lide ao Estado de Minas Gerais pelo simples fato de a responsável pelos menores ter adentrado as dependências do clube em função da confraternização da Escola Estadual Pedro Alcântara Nogueira.

Como já foi explicitado na preliminar de cerceamento de defesa:

Para que se configure hipótese de denúnciação à lide necessário que o terceiro (denunciado) mantenha um vínculo direto com a parte denunciante, para vir a responder pela garantia do negócio jurídico em caso de procedência do pedido principal.

Inexiste vínculo contratual ou decorrente de lei entre a requerida e o Estado de Minas Gerais, portanto, ausente qualquer direito de regresso da ré apelante contra o ente público.

Não configurada qualquer das hipóteses do art. 70 do CPC, deve ser mantida a r. sentença nesse ponto.

V - Mérito.

Analisarei de forma concomitante as três apelações.

De início, cumpre ressaltar que dúvidas não há acerca do dano causado, bem como quanto ao nexo de causalidade entre o falecimento dos filhos das autoras e o afogamento ocorrido dentro das dependências do Clube Minas Gerais.

Não obstante as alegações da requerida de que não há certeza quanto à causa da morte dos menores, a questão encontra-se claramente comprovada pela análise dos boletins de ocorrências, laudos médicos e testemunhas, conforme foi explanado no exame do agravo retido.

Todas as testemunhas foram unânimes em reconhecer que as duas crianças foram encontradas submersas, em estado de afogamento, na piscina do Clube Minas Gerais no dia 29.10.2009, durante a realização de uma confraternização dos professores da Escola Estadual Pedro Alcântara Nogueira (f. 324/338).

Os boletins de ocorrência (f. 21/24) confirmam os depoimentos, informando que, após as tentativas de reanimação das crianças, elas foram encaminhadas diretamente ao Hospital de Pronto-Socorro de Venda Nova, onde vieram a falecer.

As certidões de óbito deixaram expressas como causa das mortes o afogamento (f. 18/19).

Robustamente comprovados o dano e o nexa causal, resta analisar a existência de culpa de cada uma das partes.

Após exame de todo o processado, cheguei à conclusão de que, como salientado pelo Julgador primevo, o triste acidente resultou da concorrência de culpa concorrente do clube e da guardiã dos menores - Sr.ª Claudilene Elizabete Vinagre.

Pelos depoimentos das testemunhas, entre elas do próprio “salva-vidas” (f. 330/331), constata-se que, no momento do incidente, o funcionário estava em horário de almoço e não havia outros “salva-vidas” presentes no local.

Percebe-se, ainda, que nenhum dos demais funcionários do clube percebeu que as crianças se haviam afogado nem mesmo foram diligentes proibindo que elas entrassem na piscina de adultos.

Verifica-se que os menores foram encontrados por outra frequentadora do clube e também professora da Escola Estadual Pedro Alcântara Nogueira, que foi a responsável pela retirada dos dois da piscina e pelo início das tentativas de reanimação.

Pouco após, chegaram o “salva-vidas” e a enfermeira do clube, que deu continuidade aos trabalhos de reanimação.

Ainda que o clube possua infraestrutura mínima de primeiros socorros, foi negligente em não disponibilizar número suficiente de “salva-vidas”, de modo que, durante todo o período de funcionamento, houvesse ao menos um funcionário nessa qualidade para evitar eventuais afogamentos.

Frise-se que, independentemente de a Associação ter cedido gratuitamente o uso de suas dependências, os funcionários da Escola Estadual Pedro Alcântara Nogueira e seus familiares foram recebidos no Clube Minas Gerais na qualidade de convidados ou visitantes, estando o estabelecimento funcionando normalmente no dia do acidente. Logo, não houve comodato do imóvel em que funciona o clube, mas prestação de um serviço de forma gratuita para a escola estadual, já que os demais associados também poderiam frequentar normalmente o local, de forma que a ausência de “salva-vidas” durante o tempo integral de funcionamento poderia ter resultado no afogamento de um dos associados.

Assim, não há que se falar que os visitantes estavam “por sua conta e risco”, pois gozavam de um serviço que deveria incluir todas as medidas necessárias para que os usuários pudessem usufruir do clube com segurança.

Resta patente, a meu ver, a negligência da associação ré.

Lado outro, deve ser ponderada a existência de culpa concorrente, o que também restou evidenciado nos autos.

A responsável pelos menores (e genitora de um deles), conforme se extrai de seu próprio depoimento (f. 324/325), deixou as duas crianças sozinhas enquanto ia ao vestiário com a outra filha.

A Sr.ª Claudilene agiu com imprudência ao deixar duas crianças de 5 (cinco) anos, que estavam sob sua responsabilidade, sozinhas na beirada da piscina. Como a responsável pelos menores, ela tinha o dever de supervisioná-los, evitando que se colocassem em situação de perigo.

Portanto, configurou-se culpa concorrente, pois tanto a negligência da associação quanto da supervisora dos menores contribuiu de forma significativa para o evento danoso.

Comprovada a culpa, ainda que concorrente, da Associação Recreativa Minas Gerais, o nexa causal entre a conduta negligente e o acidente, bem como o dano sofrido pelas autoras (falecimento de seus filhos), surge o dever de indenizar.

A presença do dano moral é inegável e não precisa ser demonstrada concretamente, nesse caso, pois a dor e o intenso sofrimento dos pais pela morte de um filho de cinco anos, ainda mais de maneira trágica, é imensurável, mesmo porque foge à ordem natural dos acontecimentos.

Porém, ainda que a dor e o sofrimento sejam enormes, a fixação de indenização por danos morais deve ser feita com cautela e razoabilidade, buscando arbitrar quantia que, sem o perigo de propiciar o enriquecimento ilícito do ofendido, sirva para amenizar e compensar o dano sofrido. É dizer, a indenização deve, ao mesmo tempo, compensar o sofrimento do lesado e servir de punição ao ofensor, não podendo configurar fonte de enriquecimento ou apresentar-se inexpressiva, sendo esses os principais objetivos da verba, conforme preceituado pela doutrina e jurisprudência.

Significa dizer, portanto, que se deve considerar a dupla finalidade do instituto, ensejando, por um lado, a punição do ofensor, como forma de coibir a sua reincidência na prática ilícita e, por outro, a compensação da vítima pela dor e sofrimentos experimentados.

Dessa orientação não diverge a jurisprudência, conforme se infere no seguinte precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (STJ, 4º T., REsp, Rel. Sálvio de Figueiredo, j. em 19.05.1998, RSTJ 112/216).

A fim de proporcionar sejam alcançados esses objetivos, não podem ser olvidadas as circunstâncias do

caso concreto, que servem de base para se estabelecer uma verba razoável, arbitrada com moderação, sendo de se ponderar, nesse sentido, a condição social e econômica dos envolvidos, a gravidade da lesão, a intensidade do sofrimento e o grau de culpa do agente.

Levando-se em consideração a culpa concorrente da responsável pelos menores e o fato de que os funcionários do clube, ainda que tardiamente, ajudaram na tentativa de reanimação das crianças, entendendo que os valores fixados pelo Julgador primevo foram razoáveis.

Registro que a diferença entre as indenizações das autoras se deu em virtude de a primeira ter sido responsável pelo evento danoso, já que a filha da segunda autora estava sob a responsabilidade da Sr.^a Claudilene.

Não obstante os altos patamares de algumas indenizações por danos morais, conforme jurisprudência colacionada pelas autoras, deve-se atentar às peculiaridades do caso concreto. A requerida é pessoa jurídica sem fins lucrativos, não tem histórico de acidentes em seu estabelecimento, além de já ter providenciado a contratação de outros dois salva-vidas para evitar novos infortúnios (testemunha f. 330), o que enseja abrandamento da sanção que lhe é imposta.

Pelo exposto, mantenho a indenização fixada pela r. sentença a título de danos morais.

Entretanto, creio que assiste parcial razão à associação apelante no tocante à condenação na verba indenizatória por danos materiais, relativa às duas vítimas menores de idade, que contavam com pouco mais de 5 anos de idade à época do evento danoso.

Não olvido a divergência jurisprudencial acerca do tema, porém tenho o entendimento de que, ausente a comprovação de dependência econômica ou ao menos de que os falecidos auferiam algum tipo de renda, incabível a indenização por danos materiais.

Apesar do entendimento externado na Súmula 491 do STF, não vejo razão plausível para o estabelecimento de danos materiais em prol de filhos menores, que não exercem qualquer atividade laborativa, por incompatibilidade lógica com o próprio objetivo da indenização por danos materiais.

A respeito, leciona Carlos Roberto Gonçalves em *Responsabilidade civil*:

Dano material é o que repercute no patrimônio do lesado. Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Avalia-se o dano material tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. O ressarcimento do dano material objetiva a recomposição do patrimônio do lesado. Se possível retornando ao *statu quo ante*, isto é, devolvendo a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito.

Quando há morte de um filho menor, não produtivo, por maior que seja o sofrimento e a dor da respectiva família, não se verifica efetivamente a ocorrência de

nenhum dano material, já que não há qualquer perda de ordem patrimonial advinda do falecimento da criança.

A reparação por dano material pressupõe um dano efetivo, mensurável objetivamente, e, sem a prova desse tipo de dano, não tenho como correto presumir que ele existiria, porque se estaria julgando sobre hipóteses, não sobre fatos, não sendo admissível sequer supor que as vítimas, quando completassem 14 anos de idade, estariam contribuindo materialmente para com os pais.

Inexistente o dano, não pode ser arbitrada indenização, visto que ausente um dos pressupostos necessários para que se configure o dever de indenizar.

Por outro enfoque, não se pode olvidar que essa forma de pagamento, durante anos e anos, onera sobremaneira o devedor, que deve arcar com as consequências da sua culpa sim, mas sem perder de vista os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tendo em vista a exclusão da condenação por danos materiais, deve ser reconhecida a sucumbência recíproca, além de fixado como termo inicial para a correção monetária a data do arbitramento dos danos morais, nos termos da Súmula 362 do STJ, qual seja a data da publicação da sentença recorrida.

Posto isso, rejeito as preliminares, nego provimento aos recursos das autoras e dou parcial provimento ao recurso da requerida, para excluir a indenização por dano material, reconhecer a sucumbência recíproca e determinar a incidência de correção monetária da data da publicação da r. sentença (Súmula 362-STJ).

Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com honorários do respectivo patrono.

As custas processuais serão rateadas.

Observe-se quanto às autoras a suspensão da exigibilidade dos ônus processuais nos termos da Lei 1.060/50.

DES. WANDER MAROTTA - No mérito, verifica-se que Yasmin Lauane de Souza, nascida em 05.01.2000 (f. 17), filha de Maria Cristina de Souza; e André Kelvin da Silva, filho de Claudilene Elizabete Vinagre, faleceram em 29.10.2005, “[...] em consequência de asfixia por afogamento” (f. 19). A tragédia ocorreu quando os menores visitavam o Clube Minas Gerais com a E.E. Pedro Alcântara Nogueira.

A responsabilidade da associação recreativa e do Estado é clara e concorrente no caso dos autos.

As crianças estavam em evento organizado pela escola estadual e foram deixadas sozinhas na piscina pela professora - e mãe de uma delas - Claudilene (f. 307). Contudo, a prova testemunhal foi uníssona em afirmar que, quando ocorreu o afogamento, o único salva-vidas do clube não estava na piscina.

É evidente, dessa forma, a responsabilidade e culpa da Associação Recreativa Minas Gerais pelo aci-

dente, estando demonstrada, no caso, a sua negligência. Como bem observou a ilustre Juíza,

[...] os funcionários da Escola Estadual, ao serem convidados para um evento de confraternização num clube recreativo, estão contratando tacitamente os serviços daquele local relativamente à segurança, à vigilância da estrutura que disponibiliza (f. 325/326).

Como já afirmado, a prova demonstra que o único salva-vidas do clube estava almoçando no momento do acidente, sem qualquer prova de que houvesse outra pessoa no local para vigiar os associados e convidados que estavam na piscina. Evidente, portanto, a negligência da associação e sua responsabilidade pela tragédia. A criança foi, inclusive, encontrada por uma terceira pessoa, depois de algum tempo, sendo evidente a negligência dos funcionários do clube e da escola.

Na lição de José de Aguiar Dias:

A culpa é (nada mais que) falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude (*Da responsabilidade civil*, 3. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1954, p. 138).

Sendo o entendimento deste Tribunal no sentido de que:

Indenização por danos materiais e morais. Afogamento de menor em clube recreativo. Negligência verificada. Ausência de estrutura adequada e segura da piscina. Falta de avisos e informações acerca da mudança de profundidade das piscinas. Inexistência de equipe ou serviço de salva-vidas. Deveres de cuidado, proteção e segurança que foram descumpridos pelo clube-réu. Mantida a obrigação de indenizar. Pensionamento mensal devido em face da baixa renda da família da vítima. Correção monetária que deve incidir a partir da fixação do valor do dano moral. Réu que fora reputado litigante de má-fé. Parcial provimento. - Analisada a questão prejudicial na apelação conexa (impugnação à justiça gratuita), conheço do recurso, pois reconhecido o direito do apelante aos benefícios da justiça gratuita. Restou, eficientemente, provada no feito a culpa do clube apelante pelo afogamento do filho dos autores apelados, tendo sido o clube omissivo, negligente, não possuindo piscinas seguras ou adequadas e, tampouco, serviço de segurança com salva-vidas, não tendo sequer prestado socorro à vítima. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0153.05.040908-2/001, em conexão com 1.0153.06.053526-4/001 - Comarca de Cataguases - Relatora: Des.ª Hilda Teixeira da Costa - 14ª Câmara Cível - j. em 30 de outubro de 2008).

Indenização. Afogamento na piscina do clube. Omissão no dever de cuidado e segurança. Ato lesivo e nexa causal demonstrados. Dano moral. - O ordenamento jurídico pátrio protege o direito à vida, à honra e à integridade física de cada cidadão, cabendo indenização por danos morais quando ocorrer a sua injusta violação. A falta de diligência na observância da norma de conduta, consubstanciada na

falta de dever de cuidado e segurança, caracteriza a culpa necessária para a procedência da ação de indenização por danos morais (TJMG, Proc. nº 1.0145.05.273483-0/001, Rel. Des. Pedro Bernardes, 8.12.07).

Ação de indenização. Afogamento em piscina. Morte do menor. Culpa comprovada. Dever de indenizar. Concorrência de culpa entre o clube e a pessoa que estava responsável pela criança. *Quantum* indenizatório. - Devidamente comprovados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, devem os autores ser indenizados pelos danos morais. Os réus se omitiram quanto aos seus deveres de vigilância em relação às suas respectivas responsabilidades, tendo o clube agido com culpa ao não manter um salva-vidas responsável em suas piscinas, e o responsável pelo menor ao não zelar pela guarda da criança, a qual se obrigou. - Para o arbitramento do *quantum* indenizatório, deve-se levar em consideração a condição pessoal do ofendido e do ofensor, bem como as circunstâncias do caso (TJMG, Apelação Cível nº 1.0472.03.000123-5/001, Comarca de Paraguaçu - Relator: Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, j. em 19 de novembro de 2008).

Apelação. Indenização. Afogamento. Dependência de clube. Dano material e moral. Requisitos. Prova. Valor indenizatório. Redução. - Omitindo-se o clube acerca da sua obrigação de prestar segurança aos seus sócios e convidados, deve ser responsabilizado pelo falecimento de um jovem, vítima de afogamento dentro de suas dependências. O clube recreativo que mantém pessoal em número insuficiente para monitoramento, vigilância e segurança de seus frequentadores - ex. salva-vidas em suas piscinas, responde pelo pagamento da indenização devida em decorrência de falecimento por afogamento ocorrido em suas dependências. O dano moral se traduz em um abalo íntimo que, no caso, se refere ao devastador sentimento que atinge todos quantos perdem um ente querido (especialmente um filho em tenra idade). É questão que dispensa dilação probatória e se aúfere pelo simples conhecimento da condição da raça humana (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.03.037888-9/001 - Relator: Des. Nilo Lacerda, 12ª Câmara Cível, data do julgamento: 2.9.2006).

Ação de indenização. Danos materiais e morais. Clube recreativo. Morte de filho menor por afogamento em piscina. Culpa concorrente das partes. 1. Havendo ambas as partes se omitido quanto aos seus deveres de vigilância em relação às suas respectivas responsabilidades, concorrerem para o resultado do evento danoso. 2. Agiu com culpa tanto o recorrido, ao não manter um salva-vidas responsável em suas piscinas, quanto os recorrentes, ao não zelarem pela guarda do filho menor, devendo ambos ser responsabilizados pelo acidente que vitimou a criança. 3. Tendo havido culpa concorrente das partes, há que se partilhar, pela metade, os valores destinados à reparação do dano, tanto material quanto moral. 4. Na esteira do entendimento consolidado do STJ, impõe-se ao recorrido o pagamento da pensão vitalícia aos recorrentes no valor de 2/3 de meio salário mínimo, dos 16 aos 25 anos, reduzindo para 1/3 de meio salário mínimo dos 25 aos 65 anos. 5. Tendo sido os danos morais fixados em valor irrisório, tendo em vista a natureza do dano causado, impõe-se a sua majoração, atendendo ao requerido pelos recorrentes, valor este que será partilhado à metade em razão da culpa recíproca das partes (TJMG, Apelação Cível nº 1.0363.02.008261-8/001, Relator: Des. Wagner Wilson, data do julgamento: 5.10.2006).

Anoto, ainda, que foi levada em consideração a culpa concorrente da autora Claudilene Elizabete Vinagre, que deixou as crianças sozinhas, culpa que não desconstitui a responsabilidade do clube pela ausência de segurança oferecida aos visitantes. É patente a conduta ilícita praticada pelo clube, bem como o nexo causal caracterizado em virtude da sua conduta negligente em não manter vigilância no local do acidente, uma vez que o afogamento ocorreu durante o horário de funcionamento, devendo assim arcar com os prejuízos sofridos pelos autores.

Também é claro o dano moral no caso da morte da filha de cada uma das autoras.

Em relação ao valor da indenização devida a título de danos morais e fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para Claudilene - considerada aí sua culpa concorrente - e em R\$ 30.000,00 para Maria Cristina, não merece reforma a sentença. Na lição de Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, p. 78/79):

A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e, nos casos de dano moral não contemplado legalmente, a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1.553, *RTJ* 69/276, 67/277). Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o quanto da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.

Em outros termos, na fixação da indenização por danos morais, deve-se levar em consideração a gravidade da falta, a personalidade da vítima, sua situação familiar e social e as condições do autor do ilícito.

Na jurisprudência desta Corte:

Indenização acidentária ao filho menor. Dano moral pelo falecimento da vítima: Indenização à viúva, filho e pais. Critérios para a fixação. Aplicação analógica dos arts. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações e 52 da Lei de Imprensa. - Considerando-se as dificuldades da positividade, traços e contornos do 'dano moral', deve-se levar em conta para a sua fixação a regra do art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), que prevê a reparação do dano moral de 5 a 100 salários mínimos; considerando-se, ainda, o art. 52 da Lei de Imprensa (nº 5.250/67), que permite o arbitramento do dano moral em até 200 salários

mínimos, sendo também matéria de ponderação os dispositivos dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (nº do processo: 238023-6/00, Relator Des. Orlando Carvalho, data da publicação: 12.03.2002).

A meu ver, o valor fixado atende a todos os requisitos em exame.

Já no tocante aos danos materiais entendo ser também devida, por eles, a respectiva indenização.

A doutra Juíza condenou a associação requerida a pagar a Claudilene Elizabete Vinagre danos materiais fixados em 1/3 do salário-mínimo desde o evento danoso até a data em que seu filho completaria 25 anos. E a pagar a Maria Cristina de Souza danos materiais fixados em 2/3 do salário-mínimo desde a tragédia até a data em que seu filho completaria 25 anos.

Merece pequena reforma a sentença no tocante ao termo a quo da indenização.

Isso porque, de fato, com cinco anos de idade, os menores não exerciam atividade remunerada. Mas esse fato não impede o pagamento da pensão, sendo a jurisprudência do STJ no sentido de que essa indenização é devida na ordem de 2/3 de salário-mínimo no período entre 14 e 25 anos do falecido, e, após esse período, o *quantum* é reduzido para 1/3 de salário-mínimo, sendo tal pensão limitada ao momento em que a vítima faria 65 anos de idade.

Considerada a culpa concorrente de Claudilene, entendo que a indenização por danos materiais, no caso dela, deve ser fixada em 1/3 do salário-mínimo desde a data em que seu filho completaria 14 anos até a data em que ele faria 25 anos; a partir daí, deve ser o valor reduzido para 1/6 do salário-mínimo até a data em que completaria 65 anos.

No caso de Maria Cristina deve ser a pensão por danos materiais fixada em 1/3 de salário-mínimo no período entre 14 e 25 anos do falecido, e, após esse período, em 1/3 de salário-mínimo, sendo tal pensão limitada até o momento em que a vítima faria 65 anos de idade.

Nesse sentido:

Indenização. Danos morais e materiais. Morte de menor dentro da delegacia. Responsabilidade civil do Estado. Nexo causal. Inexistência. I - Trata-se de ação de indenização movida contra o Estado do Amazonas em decorrência de falecimento de menor dentro de delegacia de polícia, com a condenação do réu ao pagamento de pensão estipulada em salário mínimo a título de danos materiais, e em 500 salários mínimos, por danos morais. II - Deve ser deferida a redução do valor indenizatório conforme pleiteado pelo Estado recorrente para o patamar de 100 (cem) salários mínimos, configurando-se exorbitante o valor deferido pelo Tribunal a quo. III - Esta eg. Corte de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que a pensão deve ser paga no montante de 2/3 do salário mínimo até os 25 anos da vítima e, após, até a provável idade de 65 anos, reduzida para 1/3 do salário mínimo. Precedentes: REsp nº 674.586/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02.05.06, REsp nº 727.439/BA, Rel. Min.ª Eliana

Calmon, DJ de 14.11.2005, REsp nº 603.984/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16.11.2004. IV - É entendimento assente neste Tribunal que a fixação do *quantum* indenizatório em valor inferior ao pleiteado pelo autor não enseja a aplicação do artigo 21, do CPC, para fins de fixação de honorários advocatícios no que diz respeito à sucumbência. Precedentes: REsp nº 785.835/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02.04.2007, AgRg no Ag nº 621.138/CE, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 10.10.2005. V - A revisão dos honorários advocatícios, na hipótese dos autos, atrai o óbice contido na súmula 7/STJ. VI - Recurso especial parcialmente provido para reduzir o valor indenizatório e a pensão fixada pelo Tribunal a quo (REsp 994.308/AM, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe de 28.5.2008).

Agravo regimental. Direito civil. Morte de filho menor. Choque elétrico. Ação de indenização por danos materiais e morais. Pensionamento. Redução do *quantum*. Descabimento. [...]. Danos materiais devidos, na esteira de precedentes jurisprudenciais, em 2/3 do salário mínimo a partir da data em que o menor teria idade para o trabalho (14 anos) até a data em que ele completaria 25 anos, reduzida para 1/3 a partir de então, até os 65 anos [...] (AgRg no REsp 734987/CE - Relator Ministro Sidnei Beneti - Terceira Turma - j. em 27.10.2009 - data da publicação/Fonte: DJe de 29.10.2009).

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morte de menor. Pensão devida a partir da data em que a vítima completaria 14 anos. Honorários advocatícios. Ônus da sucumbência. Matéria de prova. Incidência da Súmula 7 do STJ. 1. É pacífico o entendimento de que é devida a indenização por danos materiais em forma de pensão aos pais de menor que vem a falecer, a partir dos 14 anos de idade, momento em que a legislação permite o contrato de trabalho. 2. A apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencedores ou vencidos na demanda, bem como de existência de sucumbência mínima ou recíproca, demandaria o revolvimento de matéria fática, vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 763794/RJ - Relator Ministro Herman Benjamin T2 - Segunda Turma, j. em 11.11.2008, data da publicação/Fonte: DJe de 19.12.2008).

Civil. Responsabilidade civil. Morte de menor. Pensão. A jurisprudência prevalente no Superior Tribunal de Justiça, que remonta a precedentes do Supremo Tribunal Federal, fixa em quatorze anos o termo a partir do qual as famílias pobres são indenizadas, em razão de dano material, pela morte de filho menor de idade. Embargos de divergência conhecidos e providos (EREsp 107617/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 04.05.2005, DJ de 1º.08.2005, p. 297).

Assim, nos termos do voto acima proferido, nego provimento ao recurso das autoras e dou parcial provimento ao recurso da ré para determinar que a indenização por danos morais seja paga da seguinte forma:

- Para Maria Cristina de Souza são devidos danos materiais na ordem de 2/3 de salário-mínimo, no período entre 14 e 25 anos do falecido; após esse período deve ser o valor reduzido para 1/3 de salário-mínimo, sendo tal pensão limitada até o momento em que a víti-

ma faria 65 anos de idade. São devidos, ainda, danos morais da ordem de R\$30.000,00, corrigidos monetariamente a partir da condenação.

- Para Claudilene Elizabete Vinagre, considerada a parcela de sua responsabilidade, são devidos danos materiais na ordem de 1/3 de salário-mínimo, no período entre 14 e 25 anos do falecido; após esse período deve ser o valor reduzido para 1/6 de salário-mínimo, sendo tal pensão limitada até o momento em que a vítima faria 65 anos de idade. São devidos, ainda, danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente a partir da condenação. Deverá esta autora arcar com 20% das custas, inclusive recursais, como constou do voto do Relator.

É como voto.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, À PRIMEIRA APELAÇÃO E DERAM PROVIMENTO PARCIAL À SEGUNDA, NOS TERMOS DO VOTO MÉDIO DO RELATOR.