

Indenização - Morte de recém-nascido em creche municipal - Poder Público - Responsabilidade subjetiva - Dano moral - Configuração - Pensão - Inadmissibilidade

Ementa: Civil. Indenização. Morte de bebê em creche municipal. Omissão do Poder Público. Responsabilidade subjetiva. Dano moral configurado. Dano material (pensionamento). Inadmissibilidade. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

- Inexiste cerceamento de defesa nos casos em que a solução da demanda prescinde de produção de perícia, por constarem dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do Julgador.

- Em se tratando de ato omissivo atribuído à Administração Pública, a verificação da responsabilidade civil, nesse caso, é subjetiva.

- Comprovado nos autos que os prepostos do Município faltaram com o dever objetivo de cuidado no sentido de evitar que um recém-nascido, logo após a amamentação, viesse a falecer devido ao fato de ter engasgado com o próprio alimento (mingau) que lhe foi ministrado, impõe-se ao Poder Público o dever de indenizar os pais do infante pelos danos morais sofridos.

- A morte de filho menor que não contribui para o sustento da família não dá ensejo à indenização por dano material, visto consistir em mera expectativa de direito.

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0439.06.057459-7/002 - Comarca de Muriaé - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Muriaé - Apelante: Município de Muriaé - Apelados: Natanael Rodrigues de Magalhães e outro - Relator: DES. EDILSON FERNANDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª 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, à unanimidade de votos, EM REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICANDO O RECURSO VOLUNTÁRIO DO MUNICÍPIO; NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO.

Belo Horizonte, 11 de março de 2008. - *Edilson Fernandes* - Relator

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário interposto contra a r. sen-

tença de f. 343/362, proferida nos autos da ação de indenização movida por Natanael Rodrigues de Magalhães e outro em face do Município de Muriaé, que julgou procedente o pedido inicial para condenar o réu a pagar aos autores, a título de dano moral, a quantia de R\$ 100.000,00, corrigida monetariamente da data da sentença até o seu efetivo pagamento e acrescida de juros moratório, a partir do evento danoso; danos materiais equivalentes a uma pensão mensal no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo, tendo como termo inicial a data em que o menor completaria 14 anos até os 25 anos de idade, quando possivelmente constituiria família, reduzindo sua colaboração no lar, minorando, a partir de então, para 1/3 do salário mínimo até o limite etário de 65 anos de idade, ou até a morte dos beneficiários; condenou o réu, ainda, no pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência arbitrados em 20% sobre o valor total de condenação.

Em suas razões, requer o apelante o conhecimento do agravo retido, interposto contra a decisão que indeferiu a produção de perícia médica. Afirma que, a despeito do lamentável falecimento do filho dos apelados, não pode ser atribuída culpa aos servidores da creche, que agiram de forma adequada e recomendada para casos semelhantes, inexistindo falha no serviço prestado. Alega que, no caso de omissão da Administração, a responsabilidade deve ser aferida de forma subjetiva, mediante a análise do elemento culpa. Aduz que a hipótese é típica de caso fortuito, situação que rompe onexo causal; Argúi que, se o menor não trabalhava, seus pais não fazem jus ao pensionamento. Na eventualidade, pugna pela redução do valor do dano moral (f. 380/398).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do reexame necessário e dos recursos voluntários (agravo retido e apelação).

Versam os autos sobre o ajuizamento de uma ação ordinária em que os autores postulam o recebimento de indenização por danos morais e materiais diante da responsabilidade civil do Município de Muriaé, em razão do falecimento do filho deles, ocorrido em creche pública.

Do agravo retido, não há falar em cerceamento ao direito de defesa do agravante, visto ficar constatado que, no presente caso, o devido processo legal foi integralmente observado, possibilitando às partes a ampla defesa e o contraditório.

O nosso ordenamento jurídico prestigia o princípio do contraditório, onde é conferido à parte o direito de se contrapor aos argumentos expendidos pela parte contrária, podendo, para tanto, imbuir-se de todos os meios de prova admitidos em direito.

Contudo, não constato nos autos a hipótese de se reconhecer eventual cerceamento ao direito de defesa, uma vez que, sendo o Magistrado o destinatário da prova, a ele incumbe verificar quais meios probatórios serão suficientes para a solução da lide, cabendo, a seu exclusivo critério, determinar a produção das provas que

entenda necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC 130).

A propósito, o MM. Juiz da causa deixou consignado no despacho saneador a desnecessidade de produção de prova pericial "uma vez existente nos autos laudo pericial realizado pelo Instituto Médico Legal definindo a causa da morte da vítima como sendo asfixia por bronco aspiração (...) restringindo-se a questão controvertida à indagação da relação de causalidade entre a morte do menor e a alegada omissão dos prepostos do Município" (f. 255).

De fato, a não-produção de prova técnica (perícia) só resulta em cerceamento de defesa quando se mostrar apta a alterar a convicção do Julgador, causando prejuízo ao direito de defesa da parte, o que não é o caso dos autos. Nego provimento ao agravo retido.

Da análise dos elementos de prova constantes dos autos restou incontroverso o fato de que os apelados eram pessoas carentes e, por isso, deixavam o filho recém-nascido (aproximadamente quatro meses de idade) aos cuidados de uma creche administrada pela municipalidade, e que no dia 11 de março de 2006 veio a falecer devido a "asfixia por broncoaspiração", conforme laudo de necropsia, relatado por dois médicos legistas (f. 28/29).

Segundo se sabe, o apelante - na qualidade de ente público - sujeita-se à norma prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que trata da responsabilidade objetiva, hipótese em que a vítima não tem o ônus de provar a culpa ou dolo do causador do dano.

Todavia, no especial caso em exame, não se pode falar na aplicação da teoria do risco administrativo, uma vez que, no eventual dano causado por ato omissivo do ente estatal, a responsabilidade é subjetiva.

Nessa hipótese, há necessidade de comprovação de omissão culposa - imprudência, imperícia ou negligência - da Administração Pública, para que fique configurada a obrigatoriedade da indenização estatal.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello disserta que:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. (...) Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo), Culpa e dolo são justamente as

modalidades de responsabilidade subjetiva (*Curso de direito administrativo*, 15. ed., Malheiros Editores, p. 871/872).

Para obter êxito na tutela jurisdicional reclamada é necessário que os apelados tenham demonstrado: a) o dano, b) a culpa do apelante, e c) o nexo de causalidade entre a falta do seu serviço e o evento danoso, pressupostos da responsabilidade subjetiva.

A solução do litígio consiste em saber se o falecimento do filho dos apelados deveu-se a falha na prestação de serviço de creche, cuja instituição é mantida pelo Poder Público local.

A servidora responsável pela criança no berçário relatou que:

... por volta das 09:00 horas deu uma mamadeira à criança contendo no seu interior mingau o qual era feito de leite e maisena. Sendo que após uma hora percebeu que a criança estava passando mal, tentou prestar alguns socorros, sendo que a criança não reagiu (f. 35).

A médica que atendeu o infante, ao prestar depoimento no inquérito policial nº 389/06, afirmou que:

... no decorrer das manobras de ressuscitação constatou que a criança chegou a projetar pelo tubo e pelas narinas uma secreção de cor esbranquiçada contendo material viscoso, semelhante a leite e maisena; (...) que o tubo utilizado para 'entubação endotraqueal' é introduzido pela boca, vindo atingir a área pulmonar acima mencionada, certamente a criança broncoaspirou a mamadeira que havia se alimentado anteriormente (f. 158).

De acordo com a prova testemunhal produzida, aliada aos demais elementos probatórios constantes dos autos, observo que a culpa pelo infortúnio aqui discutido converge no sentido de que os prepostos do apelante agiram com negligência, não tomando as devidas cautelas para evitar que um recém-nascido, logo após a amamentação, viesse a falecer devido ao fato de ter engasgado com o próprio alimento (mingau) que lhe foi ministrado.

Com efeito, não é dado negligenciar-se no atendimento de qualquer criança que se encontra com apenas quatro meses de idade, que, por óbvio, necessita de cautela sabidamente intensificada e de atenção especial.

Consoante o disposto no art. 30, V, da Constituição Federal, compete ao poder público municipal a prestação de serviços públicos de interesse local, devendo zelar pela segurança dos usuários, assim como o dever de assegurar à criança com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, CF), com a devida vênia, situação não observada na espécie.

○ falecimento do filho dos apelados decorreu da lamentável falta do dever de cuidado de berçário

municipal ("CEMEI" - São João Batista), restando presente o dano, a conduta culposa e o nexo de causalidade, pressupostos indispensáveis para a ocorrência da responsabilidade civil do apelante, situação que ampara a tutela jurisdicional reclamada na peça vestibular.

Forçoso concluir que, ficando demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do poder público e o evento danoso, impõe-se reconhecer a responsabilidade civil do recorrente.

Na fixação do montante indenizatório, há de se considerar a dupla finalidade da reparação, qual seja a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico e de propiciar à vítima uma satisfação, sem que isso represente um enriquecimento sem causa, conforme concluiu esta egrégia Câmara, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 1.0000.00.250433-0/001, da minha relatoria:

Indenização por danos morais. Fixação. Critério. - Para fixação dos danos morais deve-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo e pedagógico da reparação, além de se propiciar a vítima uma satisfação (j. em 05.05.2004 - da minha relatoria).

Como se vê, no arbitramento do dano moral deve-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreram os fatos, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento da vítima, enfim, aspectos dotados de ampla subjetividade, o que torna a tarefa bastante difícil e delicada.

Na espécie, levando-se em consideração a falta do serviço por parte do recorrente; a circunstância de ser agente público, mas sem se esquecer da notória crise financeira que atinge o setor público e que culmina na prejudicialidade de serviços públicos essenciais a toda coletividade, como educação, saúde e outros; as condições particulares das vítimas; e ainda, com vista a evitar o ensejo de enriquecimento ilícito da parte, é de se constatar que o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), fixado pelo douto Magistrado a título de indenização por dano moral, encontra-se elevado, revelando-se suficiente e adequada a quantia certa e atualizada de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor, perfazendo o total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a serem corrigidos pelos índices divulgados pela douta Corregedoria-Geral de Justiça, devendo incidir apenas a partir da decisão definitiva do *quantum* devido.

A esse respeito, a jurisprudência dominante do colendo STJ firmou o entendimento de que:

Nos casos de danos morais, o termo *a quo* para a incidência da correção monetária é a data em que foi arbitrado o valor definitivo da indenização, ou seja, *in casu*, a partir da decisão proferida pelo Tribunal de origem (REsp. 773075/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 27.09.2005).

Para que a reparação do dano seja completa, a indenização deve ser acrescida de juros que, no caso de responsabilidade extracontratual, devem incidir a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ).

No que diz respeito ao dano material, não há como reconhecer aos recorridos reparação por danos materiais em forma de pensionamento, quando inexistente nos autos prova de contribuição, por parte do menor, para o sustento da família.

Com efeito, o dano a ser indenizado não pode corresponder à mera expectativa da concretização de uma realidade que, não obstante provável, não era certa.

Da mesma forma que se pode concluir que o de *cujus*, após o infortúnio ou quando atingisse a fase adulta, entraria no mercado de trabalho e, ainda assim, por liberalidade, quisesse contribuir para a manutenção da família, não se pode negar a possibilidade de hipótese contrária em que o menor, nas mesmas condições, deixasse de exercer atividade laborativa, inviabilizando a contribuição para o sustento de seus genitores.

O fato comprovado nos autos é que o menor L.R.M.S., então com apenas 04 quatro meses de idade à época do acidente, não contribuía, por óbvio, para o sustento de sua família.

Diante da ausência de uma situação jurídica da qual tirava proveito a família, ou na falta de certeza incondicionada de ocorrência futura, conforme acima ressaltado, não se pode afirmar a existência do dano material.

A propósito, no julgamento da Apelação Cível nº 2.0000.00.378774-4/000 (j. em 05.02.2003), cuja situação fática se assemelha ao presente caso, tive a oportunidade de asseverar que a indenização por morte de menor que ainda não ingressou no mercado de trabalho, constitui uma obra de "futurologia jurídica", enquanto que a indenização por danos morais encontra expressa previsão no atual ordenamento jurídico, podendo ser fixada com base em dados concretos extraídos do conjunto probatório analisado.

A jurisprudência tem sabido ministrar em cada caso a solução adequada, merecendo destaque trecho do erudito voto proferido pelo eminente Ministro Athos Carneiro, no julgamento do REsp 28.861-0/PR, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Realmente ocorria, como o disse, se não estou equivocado, Mário Moacir Porto, em. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça da Paraíba e advogado no Rio Grande do Norte atualmente, obra de 'futurologia jurídica'. Era previsto, em antecipação do futuro, que aquele menor, às vezes de tenra idade, iria contribuir para a manutenção da família... Agora, parece-me mister distinguir as duas situações: a primeira, a da morte do menor de tenra idade ou que ainda não trabalha, quando entendo cabível apenas a indenização por danos morais; e a segunda - à qual aludem alguns acórdãos a que fez referência o em. Ministro Relator - é a situação da indenização por morte de menores que já trabalhavam e efetivamente ajudavam os pais. Neste caso, não

se estará fazendo obra de 'futuologia jurídica', mas, sim encarando danos concretos e realmente ocorrentes [...] (RT 698/240).

Forçoso concluir que, em se tratando de menor de idade que ainda não exercia atividade remunerada, revela-se mais razoável a orientação que não acolhe pensionamento aos pais a título de dano material.

Em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença, para decotar da condenação o valor correspondente ao dano material (pensão), e fixar a indenização por danos morais em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor, atualizada monetariamente pelos índices fornecidos pela doutra CGJ/MG a partir do presente julgamento, prejudicado o recurso voluntário.

Diante da sucumbência recíproca, fixo os honorários advocatícios de sucumbência no importe de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), já considerando o disposto nos arts. 20, § 4º, 21, *caput*, do CPC e Súmula 306/STJ. Isento de custas na forma da Lei Estadual nº 14.939/03.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MAURÍCIO BARROS e ANTÔNIO SÉRVULO.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO DO MUNICÍPIO; NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO.

...