

Apelação Cível n. 0000194-62.2011.8.24.0004, de Araranguá
Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto

RESPONSABILIDADE CIVIL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PENSÃO ALIMENTÍCIA. MORTE DA FILHA E IRMÃ DOS AUTORES POR AFOGAMENTO EM PRAIA NA REGIÃO DE ARARANGUÁ. DEMANDA AJUIZADA CONTRA O MUNICÍPIO E O ESTADO. FALHA NA VIGILÂNCIA DA MENOR DE IDADE POR SEUS RESPONSÁVEIS. DESAPARECIMENTO DA CRIANÇA CONSTATADO APÓS QUASE QUINZE MINUTOS. RESGATE COM VIDA E ENCAMINHAMENTO AO HOSPITAL. FALECIMENTO APÓS TRÊS DIAS DE INTERNAÇÃO. INCIDÊNCIA DA TEORIA SUBJETIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL, POR FORÇA DA OMISSÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA DO PODER PÚBLICO. INVIABILIDADE DE ONIPRESENÇA DO MUNICÍPIO E DO ESTADO. FALTA DE SALVA-VIDAS NO LOCAL QUE NÃO FOI A CAUSA DETERMINANTE PARA O AFOGAMENTO DA CRIANÇA. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

"Não se pode reclamar que o Estado seja onisciente, onipresente e onipotente. O pacto constituinte prometeu que o poder público endividaria esforços no sentido de manter a ordem pública. Não prometeu, no entanto, o Éden, espaço de perfeição e segurança absoluta. A existência do Estado não derroga, nem jamais derrogará, as vicissitudes humanas; suas mazelas e desajustes. Tampouco funcionada o Estado como uma ampla seguradora, a ressarcir os danos de qualquer ordem, por mais relevantes que sejam" (TJSC, Apelação Cível n. 2003.015229-6, de Criciúma, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 16-10-2003).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.

0000194-62.2011.8.24.0004, da comarca de Araranguá 2ª Vara Cível em que são Apelantes Z. S. M. e outros e Apelados M. de A. e outro.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, majorando-se os honorários advocatícios fixados em favor apenas do Procurador do Estado réu para R\$ 1.300,00, por força do § 11 do art. 85 do CPC/15. Custas de lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Oliveira Neto, Sérgio Roberto Baasch Luz e João Henrique Blasi.

Florianópolis, 20 de março de 2018.

Desembargador Francisco Oliveira Neto
RELATOR

RELATÓRIO

Z. S. M., por direito próprio e representando seus filhos menores de idade A. S. M. e A. S. M., ajuizaram "ação de indenização" contra o Município de Araranguá e o Estado de Santa Catarina, sustentando que são, respectivamente, mãe e irmãos de C. S. C., falecida no dia 3.1.08 no Hospital Regional de Araranguá. Aduziu que, no dia 1º.1.08, a criança C., na localidade de Ilhas, no Município réu, acompanhada de seus primos e tios, foi banhar-se, porém *"passados cerca de quinze minutos que estavam no local, um dos primos de C. deu por sua falta e chamou a atenção dos adultos, que passaram a procurar a menor. C. foi retirada da água por um banhista local, haja vista que não havia salva-vidas naquele dia, apesar do local apresentar guarita própria para tanto"* (fl. 3). Asseveraram que, minutos após a retirada da filha e irmã dos autores, a Polícia Militar chegou no local levou-a até uma balsa, onde aguardaram a ambulância que a levou ao Hospital Regional de Araranguá. Aduziram que a menina ficou internada na UTI por três dias, porém veio a óbito em razão das complicações decorrentes do afogamento.

Alegaram que o afogamento da filha e irmã foi causado pela inexistência de salva-vidas no local e da falta de primeiros socorros, que poderiam ter revertido o quadro ou feito com que C. chegasse ao hospital em melhor estado e com mais chances de vida, caracterizando-se, assim, a omissão dos réus. Explicaram que, por ser o primeiro dia do ano de 2008, o local estava bastante movimentado, e que no local há o encontro das águas do rio com o mar, sendo que os banhistas costumam frequentar a parte rasa das águas, que apresenta muita lama, o que torna o local perigoso, de modo que é absolutamente necessária a vistoria pelas autoridades, inclusive com a colocação de placas indicativas.

Dessa feita, requereram a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais e de pensão alimentícia equivalente a um salário-mínimo em favor da primeira autora até a data provável da expectativa de vida

da vítima, além das custas processuais e honorários advocatícios (fls. 2/12).

À fl. 39, foi deferido o benefício da justiça gratuita em favor dos autores.

Citado, o Município réu apresentou contestação (fls. 48/57), arguindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, sustentou que não há provas de que o afogamento da vítima se deu na localidade de Ilhas, e que, caso tenha ocorrido o episódio da forma como mencionada na inicial, houve *culpa in vigilando* dos pais ou responsáveis pela vítima, sendo que o descuido destes foi fator preponderante para o afogamento e depois óbito da criança. Aduziu que o local existente para banho na localidade de Ilhas não é administrado pelo Município, e que também sequer há prova de que, se houvesse salva-vidas no local, a morte da menor de idade teria sido evitada. Pleiteou a incidência da culpa exclusiva da vítima e responsáveis, ou ainda, da culpa concorrente.

O Estado de Santa Catarina igualmente contestou (fls. 59/81), arguindo, inicialmente, a sua ilegitimidade passiva. Quanto ao mérito, sustentou que a sua responsabilidade, neste caso, se assenta na teoria subjetiva, exigindo-se a comprovação da culpa na modalidade negligência, imprudência ou imperícia, o que não ocorreu. Aduziu que não restaram comprovados os requisitos para a caracterização da sua responsabilidade civil, e que não tem responsabilidade pela integridade física dos banhistas, de modo que a colocação de salva-vidas para prestar guarda na orla não enseja a conclusão de que traz para si a responsabilidade por eventuais afogamentos. Aventou a excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima e de seus responsáveis, e buscou, ao fim, a improcedência dos pedidos iniciais.

Houve réplica (fls. 88/90).

Conclusos os autos, o MM. Juiz de Direito julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, cuja exigibilidade restou

suspensa por serem beneficiários da justiça gratuita (fls. 92/93).

Irresignados, os autores interpuseram apelação (fls. 96/101).

Com as contrarrazões apenas do Município (fl. 106), os autos ascenderam a esta Corte.

Com vista, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Exmo. Procurador de Justiça Paulo Ricardo da Silva, manifestou-se pela nulidade do feito a partir da sentença, ante a ausência de manifestação do Ministério Público em primeiro (fls. 114/119).

A Terceira Câmara de Direito Público desta Corte, em sessão realizada no dia 5.5.15, decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso dos autores e anular a sentença desde o seu julgamento, determinando-se o retorno dos autos à origem com o fim de possibilitar a intervenção do Ministério Público (fls. 120/127).

Houve manifestação do Ministério Público às fls. 136/137.

Em seguida, os autos retornaram conclusos ao magistrado *a quo*, que proferiu nova sentença julgando improcedentes os pedidos iniciais, diante da inexistência de culpa dos réus, motivo pelo qual condenou os autores pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, cuja exigibilidade restou suspensa por ser beneficiário da justiça gratuita (fls. 138/140).

Os demandantes interpuseram apelação (fls. 142/147), ratificando os fatos e fundamentos de direito apresentados na petição inicial.

Com as contrarrazões apenas pelo Estado réu (fls. 152/161), os autos ascenderam novamente a este Tribunal.

Com vista, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Exmo. Procurador Basílio Elias de Caro, deixou de se manifestar sobre o mérito (fls. 167/168).

VOTO

1. O recurso, antecipe-se, deve ser desprovido.

2. A responsabilidade a que estão sujeitos os réus, em regra geral, é aquela prevista no art. 37, § 6º, da CF, ou seja, de caráter objetivo, *in verbis*:

"Art. 37. [...]

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Sobre o dispositivo em comento, pertinente é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

"O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 622).

No entanto, quando a ocorrência do dano se dá em decorrência de uma omissão do ente público, deve ser aplicada, em regra, a responsabilidade subjetiva.

Neste sentido é o entendimento deste Tribunal:

"Em relação aos atos omissivos, a responsabilidade é subjetiva; 'assim é porque, para se configurar a responsabilidade pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado. Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço' (Lúcia Valle Figueiredo; Celso Antônio Bandeira de Mello, Álvaro Lazari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro; RE n. 204.037, Min. Carlos Velloso; REsp n. 721.439, Min. Eliana Calmon)" (AC n. 2010.012371-8, rel. Des. Newton Trisotto, j. 11.3.11 – grifou-se).

Vale lembrar, todavia, que nem sempre será assim. No caso de a conduta do ente público ser omissiva, é preciso distinguir se a questão versa sobre omissão genérica ou específica. Tratando-se de conduta omissiva

genérica, "o Poder Público não pode ser responsabilizado com fundamento na teoria da responsabilidade objetiva, pois os danos decorrentes de sua inação refogem à égide do controle público. [...] De outro lado, havendo um omissão específica, o Estado deve responder objetivamente pelos danos dela advindos. Logo, se o prejuízo é consequência direta da inércia da Administração frente a um dever individualizado de agir e, por conseguinte, de impedir a consecução de um resultado a que, de forma concreta, deveria evitar, aplica-se a teoria objetiva, que prescinde da análise da culpa" (TJSC, AC n. 2009.046487-8, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 15.9.09).

Na espécie, verifica-se que a conduta omissiva dos réus não constituiu, diretamente, o fato gerador da responsabilidade civil do ente público. Logo, tem-se que a suposta conduta dos entes públicos deve ser analisada como sendo uma omissão genérica, devendo, portanto, ser aplicada, por consequência, a **responsabilidade civil subjetiva**.

A propósito, veja-se o seguinte julgado desta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - VEREDICTO BALIZADO EM PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - EXIGÊNCIAS DOS ARTS. 93, IX, DA CF E 458, II, DO CPC ATENDIDAS - PRELIMINAR AFASTADA.

[...]

ADMINISTRATIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL - NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA, DEMOLITÓRIA E PERDAS E DANOS - IMPLANTAÇÃO DE REDE PLUVIAL - FINALIZAÇÃO NO CURSO DA DEMANDA - PEDIDO DE EMBARGO INÓCUO - PERDÁ DO OBJETO - PLEITO DEMOLITÓRIO DE BEM COMUM DO POVO - INVIABILIDADE - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO - PRETENSÃO INDENIZATÓRIA - PERÍCIA JUDICIAL ESCLARECEDORA QUANTO AO NEXO EXISTENTE ENTRE O DESPEJO DE DEJETOS NO TERRENO DOS AUTORES E A REALIZAÇÃO DA CANALIZAÇÃO E POSTERIOR PERMISSIVIDADE QUANTO A LIGAÇÕES CLANDESTINAS DE ESGOTO - DEVER DE REPARAR A DEPRECIACÃO HAVIDA NO BEM - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MODIFICADA EM PARTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

[...]

3. 'A obrigação de indenizar, por força da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo, resulta da simples prova do dano e do

nexo causal entre ele e a falta do serviço' (AC n. 2000.000032-9, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 30.11.2000).

4. Nem 'toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever de agir' (Guilherme Couto de Castro), ao passo que 'haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo' (Sérgio Cavalieri Filho).

5. Cabe ao município indenizar a depreciação de terreno particular provocada diretamente pela construção de rede pluvial em áreas de cotas superiores, ensejando o despejo de dejetos no imóvel ante a omissão estatal na fiscalização e no impedimento de posteriores ligações clandestinas de esgoto em seu sistema". (AC n. 2007.032858-3, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 14.7.11 – grifou-se).

Nessa direção, a responsabilidade civil dos réus, *in casu*, por ser subjetiva, está condicionada à prova da relação de causalidade entre o dano e a sua omissão, além da culpa do ente público, sendo que este só poderá se desonerar da responsabilidade quando produzir prova nos autos acerca da ocorrência de culpa exclusiva da vítima ou de fato de terceiro ou, ainda, de caso fortuito ou de força maior, ônus do qual não se incumbiu, conforme o art. 333, II, do CPC/73 (aplicável ao caso por força da regra de direito intertemporal), conforme se verá.

No caso em análise, os apelantes buscam a compensação pelos danos decorrentes da morte da filha e irmã, que se afogou em uma localidade conhecida por Ilhas, no Município de Araranguá, em virtude da "*inexistência, no local, naquele específico dia, de salva-vidas e, pelo mesmo motivo, decorreu a falta de primeiros socorros indicados para o caso, que poderiam ter revertido o quadro ou ao menos feito com que a menor chegasse ao hospital em melhor estado e com mais chances de sobrevivência*" (fls. 3/4).

A respeito da segurança pública, a Constituição Federal enuncia:

"Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
[...]"

V - polícias militares e **corpos de bombeiros militares**.

[...]

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; **aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil [...]**" (grifou-se).

É consabido, no entanto, que a Constituição Federal não exige do Estado zelar pela proteção individual de cada cidadão, isto é, os agentes acima mencionados não podem (e nem devem) servir como garantidores integrais da segurança pública, até porque não se pode exigir que o Estado seja onipresente. Caso contrário, o ente público teria que ser responsabilizado civilmente por todo e qualquer evento que causasse prejuízo aos seus tutelados, o que é totalmente inviável e inaceitável.

Como bem já ressaltou o Eminentíssimo Desembargador Vanderlei Romer, "*o pacto constituinte prometeu que o poder público endividaria esforços no sentido de manter a ordem pública. Não prometeu, no entanto, o Éden, espaço de perfeição e segurança absoluta. A existência do Estado não derroga, nem jamais derrogará, as vicissitudes humanas; suas mazelas e desajustes. Tampouco funcionada o Estado como uma ampla seguradora, a ressarcir os danos de qualquer ordem, por mais relevantes que sejam*" (AC n. 2003.015229-6, j. 16.10.03).

Nesse contexto, para que os recorrentes lograssem êxito nos pedidos formulados na inicial, deveriam ter demonstrado a falha do Estado na segurança pública com culpa ou dolo (negligência, imprudência ou imperícia), bem como que tal falha tenha sido determinante para causar a morte da filha e irmã dos autores, o que não ocorreu na hipótese.

Em verdade, o que se denota é que houve negligência por parte dos maiores de idade que estavam como responsáveis da falecida no dia dos fatos, já que, à época, ela era menor de idade e estava desacompanhada dos seus genitores.

Essa situação, aliás, está demonstrada inclusive pela própria

narrativa da petição inicial, quando mencionado que "*passados cerca de quinze minutos que estava no local, um dos primos de C. deu por sua falta e chamou a atenção dos adultos, que passaram a procurar menor*" (fl. 3).

Ora, não é aceitável que uma criança de apenas 9 anos de idade vá até um local em que havia risco de afogamento, não é vigiada pelos adultos que a acompanhavam – que somente perceberam sua falta após alertados por um primo –, é vítima de um afogamento e a culpa por esse evento seja atribuída aos entes públicos sob a justificativa de que não teriam disponibilizado salva-vidas no local.

Independentemente de haver salva-vidas em um lugar frequentado por banhistas, é dever dos pais e/ou responsáveis vigiar os menores de idade, exatamente para o fim de evitar o que aconteceu com a vítima. E ainda assim, não parece razoável atribuir aos entes públicos a responsabilidade por toda e qualquer morte por afogamento na região litorânea, ou em rios, lagos e represas.

No mais, saliente-se que os apelantes não comprovaram que houve omissão no atendimento prestado à vítima, tampouco que, se houvesse salva-vidas no local, a vida da menina teria sido preservada. Ao contrário, nota-se que tão logo acionada – conforme exposto na petição inicial – a Polícia Militar chegou ao local e deu a primeira assistência à vítima, inclusive levando-a até a ambulância, que a transportou ao Hospital onde permaneceu por 3 dias até o falecimento.

Dessa forma, não se vislumbra o nexo de causalidade entre o dano (morte da vítima) e a omissão do ente público (apontada como falha na segurança dos banhistas).

Nesse sentido, a considerar que os apelantes não demonstraram os requisitos para a caracterização da responsabilidade civil dos demandados, não há que se falar em indenização por danos morais, tampouco em pensão alimentícia.

Em casos semelhantes, decidiu esta Corte de Justiça:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO EM CHAFARIZ. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O DANO E A ATIVIDADE ESTATAL.

Sem evidência ou comprovação da relação causal entre a conduta do Ente Público e o dano experimentado pela vítima, decorrente da morte de sua filha menor de idade por afogamento em chafariz, inexistem os pressupostos que ensejam a responsabilidade civil (ação ou omissão, dano e nexo de causalidade)". (TJSC, Apelação Cível n. 2009.048625-2, de Canoinhas, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, Terceira Câmara de Direito Público, j. 27-07-2010).

Logo, ausentes os pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, a sentença de improcedência deve ser mantida incólume.

3. Diante da manutenção da sentença proferida na vigência do CPC/15, há de se considerar o "*trabalho adicional realizado em grau recursal*", a teor do § 11 do art. 85 do CPC/15:

"§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento."

Há que se ressaltar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal entendeu que não há que se considerar trabalho adicional quando a parte recorrida não apresentou contrarrazões ao recurso. Confira-se:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO – CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 279/STF – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE “TRABALHO ADICIONAL” POR PARTE DO VENCEDOR DA DEMANDA (NÃO APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES RECURSAIS) – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO”. (ARE n. 983.915 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 2.5.17).

Por tais razões, por força do § 11 do art. 85 do CPC/15, os honorários advocatícios fixados anteriormente em R\$ 1.000,00 em favor **apenas**

do Procurador do Estado - porque o Município réu não apresentou contrarrazões - devem ser majorados para R\$ 1.300,00.

A cobrança dos honorários, no entanto, encontra-se suspensa em razão da concessão do benefício da justiça gratuita concedido aos autores.

4. Ante o exposto, o voto é pelo conhecimento e desprovimento do apelo, majorando-se os honorários advocatícios fixados em favor apenas do Procurador do Estado réu para R\$ 1.300,00, por força do § 11 do art. 85 do CPC/15.