



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000022123

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1060031-72.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e ASSCOMAT - ASSOCIACAO COMUNITARIA ATITUDE, são apelados WESLEY FERREIRA DOS SANTOS (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), ADENILSON SEVERINO DOS SANTOS (REPRESENTANDO MENOR(ES)) e LUCILENE FERREIRA SILVA (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) E BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 18 de janeiro de 2023.

DJALMA LOFRANO FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 23835

Apelação Cível nº 1060031-72.2021.8.26.0053

Comarca: São Paulo

Apelante(s): Município de São Paulo e outra

Apelado(a)(s): Wesley Ferreira dos Santos e outros

Juiz Sentenciante: Dr.(a) Josué Vilela Pimentel

RELATOR: DJALMA LOFRANO FILHO

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. ACIDENTE COM CRIANÇA EM CRECHE CONVENIADA COM O MUNICÍPIO. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Preliminares. Legitimidade ativa dos genitores do autor. Pedidos formulados em nome próprio e para direito próprio. Legitimidade passiva do Município. Convênio firmado com a creche que estabelece expressamente o dever do Município de supervisionar e fiscalizar as atividades da conveniada. Preliminar afastada. Mérito. Autor com pouco mais de um ano, que sofreu fratura no terço distal da perna direita, em decorrência de queda da própria altura. Responsabilidade estatal, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, em razão da omissão específica, pois o Município deve zelar pela integridade física dos alunos entregues à sua vigilância e guarda em estabelecimentos oficiais, tendo falhado nesta incumbência. Ademais, os prepostos da ré negligenciaram a ocorrência, pois não promoveram primeiros socorros e atendimento necessário, nem tampouco reportaram os fatos à gestão da creche no momento do ocorrido. Dano moral configurado. Indenização, contudo, arbitrada em valor elevado, consideradas as peculiaridades do caso concreto, sendo cabível a redução para R\$ 10.000,00. Consectários legais. – Aplicação da Taxa SELIC nos termos da EC nº 113/2021. Sentença parcialmente reformada. Recursos parcialmente providos.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação condenatória ajuizada por Wesley Ferreira dos Santos e outros em face do Município de São Paulo e da ASSCOMAT – Associação Comunitária Atitude e da Municipalidade de São Paulo. Na sentença de fls. 282/2898, foi



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

julgado procedente o pedido dos autores, para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a título de danos morais, com correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e juros de mora de 0,5% ao mês (ou 6% ao ano) a partir da presente data (momento em que o valor foi arbitrado, consoante a Súmula nº 362 do STJ). A parte vencida foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformado, o Município postulou a reforma da r. sentença, aos seguintes argumentos: a) preliminarmente, ilegitimidade ativa dos autores Lucilene Ferreira Silva e Adenilson Severino dos Santos; b) ilegitimidade passiva do Município de São Paulo, tendo em vista que a pessoa jurídica de direito privado assumiu obrigação de prestar os serviços especificados; c) no mérito, não houve omissão específica, mas, sim, genérica já que o dano adveio porque o autor tropeçou sozinho e caiu, sem que o Poder Público pudesse evitar a ocorrência; d) requer, ainda, a redução do *quantum* indenizatório; e) necessidade de observância da emenda constitucional nº 113/2021; f) pugnou pela reforma do julgado (fls. 286/292).

Por sua vez, a Asscomat- Associação Comunitária Atitude, também apelou, sustentando: a) ausência de omissão específica; b) o número de educadores estava de acordo com a Instrução Normativa nº 36, de 15/10/2020; c) inexistência do dever de indenizar; d) necessidade de adequação do *quantum* indenizatório; e) pugnou pela reforma da r. sentença (fls. 310/330).

Os recursos foram respondidos (fls. 340/344 e 345/354).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento do recurso (fls. 366/373).

É o relatório.

Os recursos comportam parcial acolhimento. Aliás, pelas imbricações de seus fundamentos e consequências, devem ser analisadas de forma conjunta.

Preliminarmente, não há dúvidas acerca da legitimidade ativa de Lucilene Ferreira Silva e Adenilson Severino dos Santos, genitores de Wesley Ferreira Dos Santos, uma vez que pleiteiam os autores a reparação de danos morais por eles suportados. Em outras palavras, pleiteiam direito próprio, em nome próprio, sendo certo que o acolhimento, ou não, é matéria de mérito, o que não afasta a sua legitimidade.

De igual modo, não há falar que o Município de São Paulo é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação.

Entretanto, conforme documentos de fls. 75/81, a instituição na qual a autora estudava celebrou convênio com o Município de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Educação, o qual estabelece expressamente o dever do Município de São Paulo de supervisionar e fiscalizar as atividades da conveniada.

De acordo com a cláusula 4.1 do referido Contrato, compete ao Município, por meio da Diretoria Regional de Educação, dentre outros compromissos, o de supervisionar, técnica e administrativamente, os serviços conveniados, desde a sua implantação (fls. 76).

Portanto, não há que se falar em ilegitimidade passiva do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Município de São Paulo.

Ao mérito.

Cuida-se de ação condenatória ajuizada por Wesley Ferreira dos Santos e outros em face do Município de São Paulo e da ASSCOMAT – Associação Comunitária Atitude e da Municipalidade de São Paulo, objetivando o pagamento de indenização por danos morais.

O autor Wesley Ferreira dos Santos, com 1 ano e 10 meses, encontrava-se devidamente matriculada na ASSCOMAT – Associação Comunitária Atitude e da Municipalidade de São Paulo, escola conveniada com o Município de São Paulo, nos termos do Termo de Colaboração nº 1471/DRE FB/2017 – RPP, para auxílio na educação infantil.

Em 24/08/2021, o genitor de Wesley, o coautor Adensilon compareceu na sede da corrê ASSCOMAT, para buscar seu filho, quando, ao recebê-lo, observou que a criança estava chorando muito e que sentia dores para andar, razão pela qual indagou à diretora e à professora do menor sobre o que havia ocorrido.

Foi informado, naquela ocasião que Wesley teria tropeçado durante uma brincadeira com outras crianças. Diante do quadro que se apresentava, Adenilson levou o filho diretamente para o AMA Jd. Peri, onde a pediatra de plantão que o atendeu não constatou nenhuma fatura no raio-X e somente o medicou, porém, indicou que o responsável levasse o menor para um especialista, ortopedista.

Diante do fato que Wesley continua com muita dor e que não conseguia andar, novamente no dia 26/08/2021 o genitor do menor o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

levou no Pronto Socorro de Santana Lauro Ribas Braga, onde ele foi atendido por um ortopedista, que atestou uma fratura no terço distal da perna direita sem acometimento da articulação e sem desvio.

O autor Adenilson retornou à escola, ora ré, para questionar a diretora novamente sobre o que realmente havia ocorrido, sendo informado que iriam ser analisada as câmeras de monitoramento do local para verificar o que houve.

Pela filmagem apresentada (link, fls. 60) observa-se o momento exato em que o incapaz sofreu a queda dentro da sala de aula, tendo sido comprovada a fratura no terço distal da perna direita, conforme laudo de fls. 23.

Diante destes fatos, os autores, ajuizaram a presente ação objetivando o recebimento de R\$ 35.000,00 a título de indenização por dano moral.

Na sentença, foi julgado procedente do pedido da parte autora para condenar os corréus a pagar danos morais no importe de R\$ 35.000,00.

Daí a insurgência.

Sobre os requisitos para a configuração da responsabilidade civil, leciona Rui Stoco: *“Na etiologia da responsabilidade civil, estão presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta, um dano e o nexo de causalidade entre uma e outro”* (Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nos termos do artigo § 6º do artigo 37 da Constituição da República, 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.

No aludido dispositivo, a Constituição Federal consagrou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na modalidade do risco administrativo. Para que haja o dever de indenizar, mister que o dano causado guarde uma relação direta de causa e efeito com a situação de risco criada pela atividade estatal.

Há, ainda, a responsabilidade subjetiva, representada pela teoria da culpa administrativa, decorrente da omissão do Estado, hipótese em que pode haver a inversão do ônus da prova. Neste caso, à vítima basta a demonstração de que o dano decorreu da falha na prestação do serviço estatal, ao passo que compete à Administração Pública comprovar a ausência de *faute du service*.

Em casos como o presente, nossos Tribunais têm admitido a responsabilidade objetiva do Estado, em decorrência da sua omissão em cumprir o dever específico de proteção, garantia e zelo com o menor entregue à sua guarda, dever específico e irrefutável.

Aliás, não basta, para que se configure a responsabilidade civil do ente público, a pura e simples inobservância do dever de vigilância da integridade física da criança, sendo necessário também que o Poder Público tenha a efetiva possibilidade de agir nesse sentido.

Logo, ainda que analisássemos a responsabilidade sob a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ótica subjetiva, há provas de que de que o dano experimentado pela vítima decorreu da falha na prestação do serviço, que pode assumir a modalidade de inexistência ou deficiência.

No caso em exame, todos estes requisitos estão presentes, sendo evidente o nexo de causalidade entre a omissão dos prepostos da escola, diante da falha na obrigação de vigilância sobre o aluno sob sua guarda, e os danos sofridos pela menor.

Houve deficiência do serviço e negligência do estabelecimento de ensino.

Foi juntada mídia com o vídeo de monitoramento do estabelecimento escolar, contendo a dinâmica dos fatos.

O autor caiu de sua própria altura, mas houve negligência em seu socorro.

Embora a queda possa ter aparentado simples nos primeiros instantes, a condição imediatamente posterior apresentada pelo garoto passou a ser preocupante e exigia maior atenção, em especial pela tenra idade e a impossibilidade de se expressar adequadamente.

Não se ignora a ocorrência de lesões sofridas por crianças durante a prática de atividades escolares, as quais, dependendo da natureza, dispensam encaminhamento hospitalar. Entretanto, a hipótese em análise não se enquadrava em fato corriqueiro.

Ademais, os prepostos da ré negligenciaram a ocorrência, pois não promoveram primeiros socorros e atendimento



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

necessário, nem tampouco reportaram os fatos à gestão da creche no momento do ocorrido.

Como bem observado pelo Ministério Público em sua manifestação:

Além disso, após o acidente, o autor incapaz sequer conseguiu permanecer de pé e, conforme o depoimento das professoras Cristiane e Claudenira, as prepostas acharam que o incapaz chorava porque queria ir embora. Tal afirmação por parte das prepostas apenas corrobora a violação ao dever de guarda e vigilância que possuem os requeridos.

Some-se, ainda, que conforme o depoimento prestado pelas testemunhas (Cristiane e Claudenira), nenhuma delas estava presente no momento em que a Sra. Raquel F. de Souza Lima (diretora da unidade educacional) supostamente se prontificou a acompanhar o genitor e o incapaz ao hospital, momento em que o coautor Adenilson recusou a ajuda.

Dessa forma, das provas colacionadas aos autos é possível concluir que as professoras não agiram diligentemente para com o incapaz, sequer notaram que este havia se lesionado, e que não houve a devida assistência para com o autor incapaz e nem para com seu genitor. (textual, fls. 80)

Vê-se pelos relatos e documentos juntados, que o autor Wesley após a queda reclamava e chorava.

Não bastasse, a própria administração pública aplicou penalidades administrativas às docentes, em razão de ter se verificado negligência ante ao fato ocorrido, *verbis*:

Que no dia 30/08/2021, a diretora registrou conversa realizada com o genitor sobre a ocorrido, em livro próprio da Unidade Educacional (DOC SEI 053931556), e aplicou penalidade administrativa às docentes, com suspensão à Profa. Christiane Pereira da Costa Silva (DOC SEI 053931591) e advertência à Profa. Claudenira Soares Pereira (DOC SEI 053931602), por entender que negligenciaram a ocorrência, não tendo promovido os primeiros socorros, atendimento necessário e reportado os fatos à gestão no momento do ocorrido (textual, fls. 65, g.n.)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tem-se, portanto, prestação de serviço público deficiente, funcionando mal, de maneira que os atos praticados pelas servidoras daquela escola municipal de educação infantil foram negligentes.

A omissão específica pode ser qualificada justamente pela atuação despreparada e negligente em acompanhar cada um dos alunos de acordo com as necessidades e dependência para realização das atividades desenvolvidas. As escolas, sejam públicas ou privadas, devem primar pelo aperfeiçoamento intelectual, cultural e moral, sem desvencilhar-se da preservação primária da integridade física e psíquica de cada sujeito entregue à sua guarda e vigilância.

Assim, ainda que pudéssemos entender a queda da criança como normal à vida cotidiana, o fato é que não houve socorro devido e efetivo, de modo a minorar as consequências do acidente.

Consideram-se, portanto, comprovados o dano, o nexo de causalidade e a conduta culposa dos prepostos das requeridas.

Em face de todas essas circunstâncias, conclui-se que o acidente decorreu de omissão específica do Município em fornecer ambiente seguro para os alunos sob sua vigilância, configurando-se a responsabilidade estatal.

Os danos morais ficaram devidamente comprovados, comportando reparação para atenuação do intenso sofrimento do autor e de seus genitores.

Como não se desconhece, os danos morais têm caráter compensatório para a vítima, enquanto possuem cunho inibitório, que se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concretiza por meio da imposição de uma punição ao seu causador.

Busca-se, pois, assentar que a conduta é reprovável, impondo-se, por isso, a compensação do injusto suportado pela vítima. Esse é o caso dos autos, pois os autores não sofreram mero aborrecimento, mas angústia, sofrimento e profundo abalo psicológico.

No que se refere ao arbitramento do dano, ensina Sérgio Cavalieri Filho que: *Na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano*" (Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2003, 5ª ed., pág. 108).

A indenização deve ser fixada de maneira equitativa e moderada, observando-se as peculiaridades de cada caso, para que não se tenha a dor como instrumento de captação de vantagem.

Assim, o montante indenizatório não pode ser irrisório, sob pena de não servir ao cumprimento de seu objetivo específico, nem pode ser excessivamente elevado, de modo a propiciar enriquecimento sem causa, mas deve ser equilibrado para bem atender sua finalidade compensatória.

No caso em comento, respeitada a orientação adotada pelo d. Magistrado, em virtude das circunstâncias que envolveram os fatos, tem-se que a indenização foi fixada em valor elevado, comportando redução.

O valor de R\$ 35.000,00 fixado não se coaduna com o dissabor experimentado, tendo em vista que o autor sofreu fratura no terço distal da perna direita sem acometimento de articulação e desvio e com evolução satisfatória, ausentes consequências mais graves.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Considerando-se, portanto, as consequências do acidente e as demais circunstâncias fáticas, acolhe-se o pedido alternativo formulado pelos requeridos a fim de reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 10.000,00 (quinze mil reais), suficiente para a devida reparação.

No mais, aplica-se a Emenda Constitucional nº 113/2021 (09/12/2021), ou seja, aplica-se exclusivamente a Selic para atualização monetária e compensação da mora.

Com estes fundamentos, reforma-se em parte a sentença, para reduzir o valor da indenização para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), adequando, ainda, os consectários legais, a fim de que seja aplicada a EC nº 113/2021.

Mantém-se a condenação dos réus no pagamento das verbas de sucumbência. Nos termos do enunciado da Súmula nº 326 do STJ, na ação de indenização por dano moral a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Provido em parte o apelo dos réus, com redução do montante da indenização, deixo de majorar a verba honorária, porque esta hipótese afasta a aplicação da regra do art. 85, § 11, do CPC, anotando-se que o STJ vem adotando a orientação no sentido de que só o desprovimento total ou não conhecimento do recurso configura sucumbência recursal para o fim de majoração dos honorários advocatícios.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao apelo dos corréus, para diminuir o valor da condenação e adequar os consectários legais.

DJALMA LOFRANO FILHO
Relator