

Indenização - Lesões físicas - Acidente no interior de estabelecimento de ensino - Dever de guarda e vigilância - Omissão - *Culpa in vigilando* - Entidade privada prestadora de serviço público - Danos morais - Reparação devida

EMENTA: Apelação cível. Indenização. Lesões físicas por acidente no interior de estabelecimento de ensino. Omissão no dever de guarda e vigilância. *Culpa in vigilando*. Entidade privada prestadora de serviço público. Danos morais. Reparação devida. Recurso provido.

- Tratando-se ato omissivo praticado por entidade privada, deve-se aplicar a mesma regra da responsabilidade subjetiva adotada no âmbito das entidades públicas e privadas prestadoras de serviços públicos, conforme vem entendendo a maioria doutrinária e jurisprudencial.

- A obrigação de indenizar surge de uma conduta capaz e suficiente de produzir o evento danoso.

- Incorre em culpa *in vigilando* a instituição de ensino que se omite no seu dever de ampla proteção do menor colocado sob sua responsabilidade e que vem a sofrer lesões físicas no interior de suas dependências por ausência de acompanhamento de um responsável.

- Nos termos do art. 333, II, do CPC, o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

- Aplicam-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aferição do *quantum* reparatório somado às condições pessoais da vítima e às próprias circunstâncias do dano gerado para se alcançar o desejado cunho compensatório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.673199-1/001 - Co-marca de Belo Horizonte - Apelante: S.L.F.M., representada por sua mãe S.L.F.M. - Apelado: C.F.C.M. - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de janeiro de 2009. - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCELO RODRIGUES - Conheço do recurso, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso interposto por S.L.F.M., representada por S.L.F.M., contra a sentença de f. 70/73, que julgou improcedente o pedido indenizatório formulado nos autos da ação de indenização por danos morais proposta em face de C.F.C.M. e, por via de consequência, condenou-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade restou suspensa em razão da gratuidade da justiça.

Alega a apelante, em síntese, que a sentença de primeira instância deve ser reformada, visto que restou claramente demonstrado que a lesão sofrida ocorreu no interior do estabelecimento de ensino, quando caiu em um tablado de ferro, localizado no banheiro, e, ao contrário do que entendeu o Julgador, pelas fotos acostadas aos autos, não é possível afirmar a inexistência de extremidade pontiaguda, e não foi sequer noticiada a inexistência de qualquer outro incidente no local a descaracterizar a periculosidade do objeto.

No mais, alega que o Juiz não observou a relação travada entre a aluna e a instituição de ensino, a qual tem ampla responsabilidade na prestação de serviços, inclusive pela integridade física de seus alunos durante a permanência nas dependências da escola; e, tendo a apelada se descuidado do seu dever de vigilância, bem como restando patente o nexos de causalidade, impõe-se sua obrigação de indenizar os danos suportados.

Nada obstante, a conclusão alcançada pelo Julgador monocrático, bem como a incansável defesa da apelada no sentido de que todos os fatos narrados na inicial são inverídicos, uma vez que não se comprovou

qualquer ação ou omissão de sua parte que pudesse implicar o dever de indenização, tenho que, pelas circunstâncias e peculiaridades que permeiam o presente caso, maior razão assiste à apelante. Faço neste momento a análise do caso.

Noticiam os autos que a apelante, no dia 29.03.2007, por volta das 16h15, se acidentou nas dependências da apelada, onde se encontrava em razão de suas aulas, conforme diariamente ocorria desde 1º de agosto de 2006, quando foi matriculada.

Vale dizer, conforme se observa dos fatos narrados nos autos e documentos juntados pelas partes, impõe-se reconhecer de maneira incontroversa (f. 20 e 23) que a apelante, ao solicitar para ir ao banheiro, não teve o devido acompanhamento de qualquer monitor responsável:

[...] já próximo do término das aulas, a autora pediu para ir ao banheiro, que fica próximo à sua sala de aula, dentro das mesmas instalações. Pegou o crachá e foi ao banheiro. Ao retornar, sua colega N. disse que a autora havia caído com o 'bumbum' no chão.

Uma criança de 4 (quatro) anos tem plenas condições de ir ao banheiro sozinha. Faz parte, inclusive, do seu desenvolvimento psicopedagógico.

Noutras palavras, trata-se de uma menor que à época contava com pouco mais de quatro anos de idade e que certamente demanda todo cuidado e acompanhamento de um responsável, o que definitivamente não houve no dia dos fatos.

E igualmente incontroverso restou o fato de que a menor caiu no banheiro, localizado no interior da instituição de ensino, cuja informação nem sequer veio da apelante, mas sim de uma "coleguinha" de nome N.

Ou seja, não se mostra admissível a alegação da apelada de que a professora teria examinado a menor posteriormente e "nada constatou", porquanto se evidenciou a realização de uma análise superficial na roupa da criança, presumindo-se que nada teria acontecido pelo fato de a apelante não ter chorado.

Ora, trata-se uma criança de tenra idade, não se podendo exigir qualquer tipo de comportamento padrão, que teria, por exemplo, um adulto diante de uma lesão sofrida, principalmente em área tão sensível do corpo, considerando-se ainda o fato de estar fora de casa e longe de sua família.

E, a partir disso, é que serão extraídos os fatos que vão implicar a responsabilização ou não da apelada pelo evento lesivo ao qual se sujeitou a apelante.

Ora, não há como afastar da espécie o Código de Defesa do Consumidor, porquanto a relação estabelecida entre as partes se amolda às hipóteses nele regulamentadas, e até se poderia falar em responsabilidade civil objetiva.

Vale dizer, a responsabilidade será evidenciada sempre que um ato comissivo ou omissivo for praticado

por quem tem uma obrigação e, em decorrência dela, viola o direito de outrem.

Assim, verifica-se a existência de diversas áreas de responsabilidade.

A responsabilidade civil decorre de prejuízos materiais ou morais causados a alguém e soluciona-se pela reparação do dano, usualmente mediante indenização pecuniária.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, esta se relaciona à necessidade de reparar o dano, comprovado apenas pelo nexo causal entre a ação ou omissão, referente a uma obrigação; e o dano produzido a alguém, excluindo-se, portanto, qualquer discussão relativa à culpa como requisito.

E isso é o que se infere do preceptivo disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, denotando a preocupação do legislador ordinário com a máxima amplitude de proteção ao consumidor, considerado hipossuficiente.

De fato, a responsabilidade objetiva, no âmbito das relações consumeristas, implica importante instrumento de defesa dos reconhecidamente mais vulneráveis, mas isso não significa que sua utilização deva ser indiscriminada, mormente a disponibilização de um outro instrumento igualmente relevante, o da inversão do ônus probatório (art. 6º, VII, da Lei nº 8.078, de 1990).

Ora, o próprio legislador possibilitou a flexibilização do rigor imposto pela responsabilidade civil objetiva para o caso de prática de atos omissivos, em que se mostra mais razoável ser aferida no campo da culpa.

Dadas essas considerações, tenho que o caso em tela vai implicar uma análise específica acerca da aplicação da responsabilização civil, haja vista referir-se a um ato omissivo, e não comissivo.

Dessarte, tenho que se deve aplicar o mesmo entendimento que vem sendo adotado pela esmagadora maioria doutrinária e jurisprudencial, no âmbito das entidades públicas, ou seja, responsabilidade subjetiva, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 672).

O supracitado autor é seguido de perto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho, defendendo seu entendimento através da distinção entre causa e condição e na preexistência de um dever legal de atuação que foi omitido pelo agente, à similitude da omissão qualificada ou imprópria do art. 13, § 2º, do Código Penal Brasileiro:

[...] há previsão de responsabilidade objetiva do Estado, mas, para que ocorra, cumpre que os danos ensejadores da

reparação hajam sido causados por agentes públicos. Se não foram eles os causadores, se incorreram em omissão e adveio dano para terceiros, a causa é outra; não decorre do comportamento dos agentes. Terá sido propiciada por eles. A omissão haverá condicionado sua ocorrência, mas não a causou. Onde não há cogitar, neste caso, responsabilidade objetiva [...]. A responsabilidade por omissão é responsabilidade por comportamento ilícito. E é responsabilidade subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou *faute de service* dos franceses, entre nós traduzida por 'falta do serviço' (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *Revista dos Tribunais*, v. 552, p. 13).

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência:

Ação indenizatória. Dano moral. Redução do valor fixado. Incidência da Súmula 7/STJ na hipótese. Precedentes. Estabelecimento escolar. Aluno. Falecimento. Menor atingida por bala perdida. Responsabilidade subjetiva do Estado. Omissão. Dever de vigilância. Nexos causais presentes.

I - [...]

II - O nexo causal, *in casu*, se verifica porque o Município tem o dever de guarda e vigilância, sendo responsável pelo estabelecimento escolar, que, por sua vez, deve velar por seus alunos: '[...] o Poder Público, ao receber o menor estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física [...]' (RE nº 109.615-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 02.08.96).

III - Presentes os pressupostos da responsabilidade subjetiva do Estado. Precedente análogo: REsp nº 819789/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25.05.2006.

IV - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido (REsp nº 893441, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 08.03.2007).

Ora, se no âmbito do Estado, onde a aplicação da responsabilidade civil é infinitamente mais ampla a teor, inclusive, do próprio comando constitucional disposto no art. 37, § 6º, doutrina e jurisprudência majoritárias atenuam o rigor da objetividade, para considerar 'subjetiva' a responsabilidade quando praticado ato omissivo, com maior razão ainda deverá sê-lo no âmbito da iniciativa privada.

Penso que a solução estabelecida pelo legislador ordinário para a responsabilização daquele que pratica um ato e, conseqüentemente, causa um dano a terceiro não pode ser tratada de maneira indiscriminada e objetivamente em quaisquer circunstâncias, sob pena de não se estar prestando a efetiva jurisdição com a necessária observância da melhor justiça.

O comando constitucional extraído do art. 5º, incisos XXXV e LV, impondo-se a contextualização da matéria em cada caso concreto, dadas as suas particularidades, o que somente será possível se ela for situada num sistema, que, nas palavras de Francisco Amaral, significa 'um conjunto unitário e coerente de elementos harmonicamente conjugados, com relações de subordinação e coordenação entre si' (AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 39).

Cabe por oportuno citar o ilustre constitucionalista argentino Prof. Linares Quintana, quando discorre sobre a interpretação, a construção e a integração do direito constitucional, com base na opinião de Rafael Bielsa:

A Constituição tem um fim ou fins. A apreciação dos fins implica a opção por um método teleológico, e não positivo e lógico-formal, já que, quando o juiz julga, não se limita a um exercício de lógica formal [...]. O juiz examina o valor da norma ou do princípio constitucional. Esta apreciação intelectual, pela qual o administrador e o juiz decidem visando ao fim, consiste precisamente no emprego do método teleológico, cuja virtude é maior no direito público, segundo se viu no próprio ensaio de vários anos da Constituição alemã [...]. O juiz que julga, apoiado no método teleológico, [...] pode apreciar o elemento político, mas não no sentido com que o faria o legislador, mas com referência à Constituição ou norma fundamental. E somente assim pode livrar-se o juiz de invadir a órbita reservada ao legislador e ao mesmo tempo manter o princípio da separação dos Poderes (QUINTANA, Segundo Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. 1953, v. 2, p. 425-468).

Vale dizer, é óbvio que não se deva adotar um único método de interpretação, mas o conteúdo teleológico deverá estar sempre presente, como forma de alcançar a melhor justiça tuteladora dos direitos das partes litigantes, bem como a efetividade dos valores éticos constitucionalmente garantidos.

Assim, uma coisa é a conduta ativa e voluntária da parte que pratica determinado ato, ou seja, um agir para o evento danoso; e nessas circunstâncias tenho que andou bem o legislador em tratar a responsabilidade objetiva; porém, outra coisa é a conduta omissiva da parte, que não agiu para a ocorrência do evento que culminou com um dano.

Nesse caso específico, deve ser aferida a culpa da parte que não agiu e até que ponto deveria ter agido para evitar o dano produzido.

Vale dizer, no momento em que se disponibiliza um instrumento do porte da responsabilidade objetiva no âmbito dos atos omissivos, deflagra-se certa incoerência com o próprio significado de justiça, mormente autorizar o julgador a decidir uma lide sem qualquer preocupação em aferir a verdade ou as peculiaridades dos fatos permeadores do evento danoso que, embora não possa ser afastado pelas excludentes da responsabilidade, poderia ter uma explicação razoavelmente aceitável.

Ademais, tem-se que são apenas três as excludentes da responsabilidade objetiva: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Buscar a solução de um problema, amparado exclusivamente num comando legal ou constitucional, isolado de todo o sistema que o envolve, parece-me, sobretudo, uma opção simplista em detrimento da verdade; portanto, em se tratando de atos omissivos, não se pode admitir o mesmo tratamento deferido aos atos comissivos, conforme já foi reconhecido no âmbito do

direito público, devendo-se superar e evitar antinomias no tratamento da matéria, a fim de que sejam atingidas as metas características do Estado Democrático de Direito e realizada a pacificação social.

Nesse sentido, aferindo-se o mérito, ao contrário do que entendeu o Juiz primevo, existem fatos e elementos que, ao serem confrontados com a tese de defesa, impõem reconhecer que, em verdade, a apelada se desincumbiu de seu ônus de demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da apelante.

Os documentos acostados às f. 52/57 pela própria apelada de fato evidenciam a existência de um “tablado de ferro” embaixo do lavabo para dar acesso aos menores que se utilizam do banheiro, o que enseja reconhecer que a lesão física sofrida pela apelante de fato teve nele sua origem.

Ora, ainda que o referido tablado tenha sido confeccionado com várias barras roliças, não apresentando, em princípio, qualquer parte pontiaguda, mostra-se visível a existência de quinas na moldura que contornam as mencionadas barras.

Logo, confrontando o fato incontroverso da queda no banheiro com a lesão na região da vagina da apelante (f. 14), imperioso reconhecer que houve um contato corporal com algum objeto existente no local da queda, levando-se à única conclusão possível de que tal objeto seria o aludido “tablado de ferro”.

Ademais, pelo exame de corpo de delito efetuado na apelante e acostado à f. 14, extrai-se de maneira inequívoca que houve uma “pequena escoriação linear na região da fúrcula vaginal de aproximadamente meio centímetro.

Ou seja, não se pode presumir que a lesão teria ocorrido por meio de um objeto pontiagudo, como entendeu o Julgador monocrático, mas, ao contrário, tudo indica que houve um choque numa “quina”, abrindo-se um corte linear.

Considerando a incontroversa existência da queda da menor no banheiro, bem como o fato de encontrar-se sem o auxílio de um adulto sequer naquele momento, não há como afastar o nexo de causalidade entre a lesão sofrida e evento no interior da apelante.

Portanto, ao contrário do que entendeu o Julgador monocrático, ainda que nunca tenha ocorrido um incidente dessa natureza nas dependências da apelada, tal fato não é capaz de afastar a periculosidade do objeto instalado no banheiro.

Lado outro, mesmo que a genitora da apelante tenha tido prévio conhecimento das suas instalações ao efetuar a matrícula de sua filha, tal fato não tem o condão de afastar a responsabilidade da apelada pelo cuidado e vigilância dos menores deixados sob sua guarda.

Ainda que se pudesse falar na bipolarização do ônus probatório ante a especificidade do caso apresentado, competia à apelada demonstrar inequivocamente que não agiu de maneira negligente ou imprudente.

Todos os fatos apontam para a ocorrência de um acidente no interior da apelada, por razões únicas e exclusivas de sua falta no dever de vigilância com os internos.

As peculiaridades apresentadas são suficientes para ensejar a responsabilização da apelada, a qual, repita-se, assume irrefutavelmente uma obrigação de guarda e vigilância com seus internos, subsumindo-se o seu comportamento ao disposto nos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Ou seja, a apelada incorreu em culpa *in vigilando*, quando se omitiu no seu dever de ampla proteção da menor, verificando-se, ainda, que, mesmo fazendo parte de sua linha psicopedagógica dar maior flexibilidade e autonomia de movimentação às crianças no interior de suas dependências, é óbvio que todos os seus passos devem ser constantemente monitorados.

Assim, tenho que as alegações formuladas pela apelada não são capazes de alcançá-la para retirar o nexos de causalidade entre o seu comportamento omissivo e o dano causado, ou mesmo a sua culpa, porquanto inexistem nos autos quaisquer demonstrações em sentido contrário.

Ora, a matéria que se evidencia no caso em tela se enquadra naquelas cuja exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com o preenchimento dos requisitos exigidos pelos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002.

Os danos morais, na definição do ilustre civilista Carlos Alberto Bittar, caracterizam-se por:

[...] lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade. Em razão de investidas injustas de outrem. São aquelas que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. Revista do Advogado/AASP. n.º 44, p. 24, 1994).

E foi exatamente esse bem jurídico imaterial, como um complexo estruturado nos sentimentos, na dignidade e na honradez, que veio a ser injustamente violado pela apelada.

No mais, quando se fala em direitos da personalidade, desnecessárias se mostram maiores demonstrações da repercussão do gravame sofrido, contentando-se com o próprio ato em si.

Caracterizado, pois, está o legítimo interesse da apelante, observando-se que o Código Civil de 2002, ao tratar dos atos ilícitos como geradores de obrigações, no art. 186, fixou a obrigação de reparar o dano por aquele que, em razão de ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, viola direito, ou causa prejuízo a outrem.

Vale dizer, o dano moral caracteriza-se por uma lesão à dignidade da pessoa humana, ou seja, um dano extrapatrimonial que atinge os direitos da personalidade, violando os substratos principiológicos da liberdade, integridade psicofísica, igualdade e solidariedade.

Dessa forma, o dano moral enseja uma reparação com natureza eminentemente compensatória, amenizando dos efeitos sofridos pela lesão causada.

Extraíndo-se a ideia de culpabilidade como atributiva do aumento do *quantum* reparatório, o que levaria a um inexorável paradoxo em relação aos próprios fundamentos da atual responsabilidade civil, que convergem integralmente a sua lógica à vítima, ao credor da dívida, à satisfação do dano injusto, e baseando-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, certamente se alcançará a adequação desejada no arbitramento.

Conforme leciona a eminente Doutora Maria Celina Bodin de Moraes:

Se se admite, todavia, que a plena satisfação da vítima somente ocorrerá com a punição do ofensor, perde-se novamente o foco da responsabilidade (como reparação), e se volta à seara da retribuição - no caso, da retribuição do mal com o mal, a retaliação, incivilidade que nos orgulhamos de ter superado (*Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55).

Assim, para a aferição do valor a ser arbitrado, deve-se utilizar dos mesmos critérios adotados para se aferir a indenização patrimonial, considerando-se as condições únicas e exclusivas da vítima e as elementares bases principiológicas.

Ora, pelo princípio da razoabilidade, deve-se observar a mister congruência lógica entre a situação posta e os atos praticados pela ofensora, tendo em vista os fins reparatórios a que se destina; pelo princípio da proporcionalidade, deve-se ponderar uma adequada condenação, a necessidade da medida e a proporcionalidade propriamente dita.

E, considerando todas essas peculiaridades, tenho por bem fixar o valor da reparação, a título de danos morais, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o qual se enquadra nos exatos parâmetros impeditivos de caracterizar o enriquecimento ilícito da parte favorecida, preservando a adequação que o caso concreto exige, estando, pois, arbitrado integralmente, subsumido nos *standards* da aceitabilidade.

Diante do exposto, com base no art. 93, IX, da Constituição da República e no art. 131 do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, reformando a r. sentença de primeira instância para condenar a apelada ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, corrigidos monetariamente a partir da publicação do acórdão e acrescidos de juros legais de 1% ao mês desde o evento danoso; e, por via de consequência, condeno a apelada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que ora fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

Custas recursais, pela apelada.

DES. DUARTE DE PAULA - Apesar de menor e com 4 anos de idade, a autora foi lesada em parte íntima

(vagina) e, mesmo que não possua pleno desenvolvimento psíquico, teve sua integridade lesada, sofrendo as consequências e exames de corpo delito e da própria repercussão que o acidente trouxe para seu social, principalmente na escola, fatos que haverão de marcar a sua história de vida, mesmo no futuro.

Trata-se, no caso, de responsabilidade objetiva, e não há provas nos autos que isentem ou excluam a responsabilidade do educandário que negligenciou na guarda e custódia da infante lesada.

Com esses adminículos, estou a acompanhar o Relator.

DES.ª SELMA MARQUES - Estou acompanhando Vossas Excelências.

DES. DUARTE DE PAULA - Acrescente-se, nas disposições finais do voto do Relator Des. Marcelo Rodrigues, a sugestão da Des.ª Selma, para que seja o valor custodiado em conta judicial, autorizada a movimentação mediante prévia autorização judicial ou com a maioria.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

...