

Apelação Cível 0004107-66.2003.8.19.0038

Apte.: EMLURB – EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA

Apdo.: FABRICIO CARLOS DE SOUZA CALIXTO

Relator: Des. Fernando Foch

Processo originário: 0004107-66.2003.8.19.0038

(2003.038.004365-3)

Juízo de Direito da 3.^a Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2.028 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INOCORRÊNCIA. ROUBO PEPETRADO POR GARIS DE EMPRESA CONTRATADA POR PARAESTATAL CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE COLETA DE LIXO E LIMPEZA URBANA. RISCO DA ATIVIDADE. FORTUITO INTERNO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E EXTRA CONTRATUAL. JUROS DE MORA TERMO INICIAL. Ação proposta em face de empresa municipal de limpeza urbana em decorrência de assalto praticado por prepostos alegadamente da ré, a buscar a condenação de indenizar danos morais e materiais. Instrução que revela que os ladrões eram empregados e estavam a serviço de empresa contratada pela ré para realizar sua atividade-fim. Sentença de parcial procedência que fixou indenização por dano material em R\$ 250,00 e moral em R\$ 10.000,00 para o autor. Apelo da ré.

1. A legitimidade *ad causam*, como qualquer outra condição do direito de ação, é aferida *in abstracto*; se o autor afirma que os funcionários da ré, empresa que procede à limpeza urbana e coleta de lixo, no exercício do trabalho que lhes era cometido, o assaltaram, tal asserção indica a pertinência de demandante e demandada com a *res in iudicium deducta*.

2. Se o tempo restante para consumação da prescrição pela lei antiga é maior do que o prazo prescricional diminuído pela lei nova, prevalece o último, contudo, todavia, da data em que esta começou a produzir efeitos.

3. O serviço prestado a entidade da Administração Pública integra a atividade desta última, que tem o dever de indenizar os danos causados por aquela, independentemente de culpa (CRFB, art. 37, § 6.º).

4. Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios são contados a partir do fato danoso (Súmula 54, do STJ), sendo certo que a empresa que, por concessão do Poder Público, ou por contratação

com a concessionária, presta serviço público de coleta de lixo e de limpeza urbana não estabelece relações negociais com administrado.

5. Não demonstrado de forma objetiva a exasperação do quantum indenizatório, prestigia-se o valor arbitrado em primeiro grau de jurisdição.

6. Recurso ao qual se nega provimento, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC.

DECISÃO

Trata-se de ação cognitiva de rito comum ordinário proposta por FABRÍCIO CARLOS DE SOUZA CALIXTO em face de EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA – EMLURB, de Nova Iguaçu, a buscar a condenação de a ré indenizar danos materiais e morais.

O demandante alegou ter sido vítima de assalto praticado por dois homens vestidos com uniformes da demandada, durante atividade laborativa, ocasião em que foi subtraído um relógio e R\$ 50,00 em dinheiro, fato registrado em delegacia policial. Sustentou ainda a responsabilidade objetiva da empresa ré diante de atos praticados por seus prepostos (fls. 02/9).

A ré arguiu preliminarmente ilegitimidade passiva *ad causam*, haja vista que o ato foi praticado por empregados da empresa a quem terceiriza o serviço, SERVIFLU – LIMPEZAS URBANAS E INDUSTRIAIS, razão pela qual atribuiu a ela toda a responsabilidade, requerendo sua denunciação à lide. No mérito, sustentou que os danos não decorreram da execução do serviço inviabilizando a aplicação da responsabilidade civil por ato de preposto (fls. 40/2).

Já a denunciada arguiu ilegitimidade passiva, e, no mérito, falta de prova da autoria do ato delituoso e imputou culpa exclusiva a ré (fls. 87/101).

Dando pela parcial procedência do pedido, já que não acatou a indenização de 200 salários mínimos, a sentença condenou a ré ao pagamento de R\$ 250,00 a título de indenização do prejuízo material e R\$ 10.000,00 para reparação extrapatrimonial, com juros moratórios desde a data do fato. Ao mesmo tempo, julgou procedente o pedido deduzido pela denunciante para condenar a denunciada a ressarcir a ré do que esta pagar ao autor (fls. 150/8).

Apenas a ré denunciante apelou, a repetir o que já expendera, mas, também a afirmar que a pretensão punitiva do Estado em face dos meliantes prescrevera (fls. 162/70). Quer a reversão do julgado, mas alternativamente, a exclusão da condenação atinente ao dano moral ou a redução da verba indenizatória (fls. 162/70).

Em qualquer caso, pede que se declare a prescrição punitiva.

O apelado não apresentou contrarrazões (fl. 172-v.º). Não há nos autos notícia de apelo ou de contrarrazões de apelo da denunciada.

Relatei, decido.

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

A preliminar de mérito, que não se refere a vício de nulidade processual nem da sentença, dizendo respeito a carência do direito de ação, já foi afastada na irrecorrida decisão de fl. 68/8v.º.

Entretanto, como das condições do direito de ação o órgão jurisdicional pode conhecer a qualquer tempo, examina-se-a mais uma vez e de novo para concluir que a arguição é impróspera.

A apelante afirma que os ladrões que roubaram o apelado não eram seus empregados, mas de uma sociedade empresária através da qual terceiriza serviços de limpeza urbana; daí conclui não ter legitimidade passiva *ad causam*. Tal alegação não é defesa técnica, mas de mérito.

O Código de Processo Civil reflete adoção da chamada teoria da asserção. As condições do direito de ação são examinadas *in status assertionis*, partindo-se da premissa de que tudo o que o autor afirma é verdadeiro. Verifica-se a legitimidade das partes a partir da assertiva, da asserção, do asserto que, como premissa, é lançado pelo autor.

Se ele diz que foi roubado por garis da ré, se afirma que esta exerce atividades de coleta de lixo, e se, em consequência, busca em face dela o ressarcimento dos danos sofridos, sendo a pretensão resistida o direito subjetivo do qual é titular, o qual é oponível *erga omnes*, vale dizer, o direito de não ser roubado, é evidente a relação de pertinência dele, autor, e dela, ré, com a *causa pretendi* ou, como se prefira, com a *res in iudicium deducta* – ser roubado por funcionários da demandada e ter direito de ser indenizado; esta, em síntese, é a causa de pedir.

Diz-se simples relação de pertinência porque se está analisando a espécie apenas em tese, apenas em abstrato. Se por algum motivo a ré não tem o dever de indenizar – por exemplo, admita-se por hipótese, se não tem esse dever porque os delinquentes eram funcionários de empresa que lhe presta serviços, – isso já é matéria de mérito. É outra história.

Repita-se: “deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes todas as condições da ação” (in LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, trad. Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, 2 ed., v.1, p. 154).

Na clara e didática lição do prof. Alexandre Câmara, “o que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito” (in *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, 8 ed., v. I, p.127).

Assim também o magistério do prof. Luiz Fux, para quem

Importa, à luz das condições da ação, conforme a narrativa traçada, que a parte seja v.g., *legitimada* para a causa. Exemplificando: se A afirma-se locatário e imputa ao locador a recusa em receber o aluguel, pela simples *narratio* da sua petição, verifica-se a sua legitimidade, porquanto o inquilino é parte legítima para propor ação de consignação de aluguéis em face do senhorio. Entretanto, a apuração vertical sobre se houve ou não a recusa efetiva capaz de

fazer-se acolher o pedido de depósito judicial é indagação que se situa no âmbito do mérito, do acolhimento.

Por essa razão, afirma-se que as *condições da ação* consistentes na *legitimidade das partes*, no *interesse de agir* e na *possibilidade jurídica do pedido* serão analisadas *in abstracto (vera sint exposta)*. Assim, a pergunta que se põe ao magistrado é a seguinte: considerando verdadeiro o afirmado na inicial, o processo esta sendo travado entre as pessoas certas? Há necessidade de intervenção judicial? O *pedido* encontra previsão no ordenamento ou não o contraria? Essas respostas indicam se o autor preenche as *condições da ação*, independentemente de se saber se tem fundamentado ou não a pretensão deduzida em juízo.

Em verdade, "ter direito é condição de procedência" e não é isso o que se deve averiguar sob o ângulo formal das *condições da ação*; por isso, *o direito de agir equivale ao direito de pedir e não a um direito à realização da pretensão deduzida*. Trata-se de um *direito instrumental ao meio e não ao fim*, que é a justiça. (FUX, Luis, Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro; Forense, 2001, p. 137. Grifos do autor.)

A apelante alude a prescrição da pretensão punitiva, que é, como sabido, instituto de Direito Penal. É assim evidente referir-se ao crime praticado pelos delinquentes que, para roubar, se aproveitaram do fato de trabalharem para empresa de coleta de lixo.

Pois bem. Declarar em ação cível prescrição da pretensão punitiva de acusados de prática de crime é algo destituído de qualquer apoio jurídico, mesmo que os meliantes fossem parte do feito.

De todo modo, para que não pare dúvidas, aborda-se aqui a prescrição da pretensão do demandante.

A lesão sofrida pelo autor ocorreu em 21.3.98, quando vigia o Código Civil de 1916, o qual, por falta de subsunção da espécie no art. 178, fazia com que o prazo prescricional fosse de 20 anos, *ex vi* do art. 177.

Esse lapso temporal viria a ser reduzido pelo Código Civil de 2002, que no art. 206, § 3.º, V, dispôs ser de três anos a prescrição da pretensão à reparação civil. O art. 2.028 prevê que "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

Quando a ação foi proposta, em 07.3.03 (fl. 2/2 v.º), não havia transcorrido mais da metade do prazo vintenário. Tinham-se passado 4 anos, 11 meses e 10 dias, mais, portanto, do que o triênio do art. 206, 3.º, V. Pela lei antiga, faltavam ainda 15 anos, 1 mês e 5 dias para se operar a prescrição.

Pois bem. Preleciona Clóvis Beviláquia:

Em relação às prescrições iniciadas antes de entrar em vigor o Código Civil, observem-se as regras seguintes:

1.^a Se a lei nova estabelece *prazo mais longo*, do que a antiga, prevalece o prazo mais longo, contado do momento em que a prescrição começou a correr.

2.^a Se o prazo da lei nova é *mais curto*, cumpre distinguir: a) Se o tempo, que falta para consumir-se a prescrição, é menor do que o prazo estabelecido pela lei nova, a prescrição se consuma de acordo com o prazo da lei anterior; b) Se o tempo, que falta para se consumir a prescrição pela lei anterior, *excede ao fixado pela lei nova*, prevalece o desta última, *contado do dia em que ela entrou em vigor*. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956, v. I, 11 ed., p. 369. Atualização de Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Grifos do autor.)

Assim, considerando que entre a data da entrada em vigor do novo Código Civil (11.1.03) e a propositura da ação (07.3.03), tem-se de concluir não se ter implementado o prazo prescricional, cujo termo incidiria em 11.1.06.

Nesta seara, tendo em conta a existência do dano, do fato danoso e do nexos de causalidade entre a conduta dos meliantes e o resultado danoso atingindo a esfera extrapatrimonial, os danos morais suportados devem ser compensados.

A hipótese trata de responsabilidade objetiva da ré concessionária de serviço público (serviço de limpeza urbana e coleta de lixo), prevista no art. 37, § 6.º da Constituição Federal, a dispor que "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 responsável nos casos de dolo ou culpa".

O constituinte, como visto, adotou a teoria do risco administrativo, a qual reconhece responsabilidade e dever de indenizar não raro decorrentes de uma atividade lícita e absolutamente regular da Administração. Daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que despreza qualquer consideração a respeito de eventual culpa do agente causador do dano.

Tal responsabilidade, só pode ser afastada se for rompido o nexos de causalidade, através da comprovação de uma de suas excludentes, sendo tal prova ônus do prestador do serviço, o que não ocorreu no caso em comento.

Dizer que o dano foi causado por fato de terceiro porque os ladrões eram empregados de uma empresa que prestava serviços à ré em sua atividade-fim, é desconhecer que essa prestação é inerente ao múnus que a demandada exerce. O que ocorreu, ou seja, o desvio de conduta de empregados da sociedade empresária terceirizada é fortuito interno da atividade do ente paraestatal, cuja responsabilidade é, portanto, indiscutível.

A questão que resta, portanto, é verificar a razoabilidade da verba indenizatória arbitrada. Como é sabido de todos, a reparação do prejuízo extrapatrimonial deve atender a circunstâncias por demais conhecidas — a intensidade do dano, o tempo de sua duração, a conduta do causador e as condições pessoais das partes. Além, é claro, de suas funções compensatórias (sem se tornar fonte de enriquecimento) e inibitórias (sem se transformar em exasperação).

Ressalte-se que o *quantum* indenizatório R\$ 10.000,00 está em consonância com o entendimento deste tribunal. Além disso, não demonstrou objetivamente a recorrente que o valor arbitrado representa desmedido enriquecimento da vítima, nem que a quantia é de magnitude tal que pode dificultar o giro da ofensora. Em tais circunstâncias, é de se prestigiar a verba arbitrada em primeiro grau de jurisdição. Não é demais lembrar o Enunciado 116 (Aviso TJ 100/11):

A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação.

Não há falar em reformar o julgado no que tange à incidência dos juros moratórios. O termo inicial dos juros de mora é a data do evento danoso, conforme entendimento dominante neste e no Superior Tribunal de Justiça, cuja Súmula 54 sintetiza:

Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade contratual.

E assim é porque nenhuma relação contratual mantém o administrado com empresa que, por concessão do Poder Público ou por contratação com a concessionária, presta serviço público de coleta de lixo e limpeza urbana.

Exsurge a manifesta improcedência do recurso, razão pela qual nego seguimento, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2011

Des. Fernando Foch
Relator