



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O FORTUITO EXTERNO E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DOS *SHOPPING CENTERS*

Luís Marcelo Almeida Pais

Rio de Janeiro
2018

LUÍS MARCELO ALMEIDA PAIS

O FORTUITO EXTERNO E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DOS *SHOPPING CENTERS*

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:
Nelson C. Tavares Júnior
Lucas Tramontano

Rio de Janeiro
2018

O FORTUITO EXTERNO E SUA APLICABILIDADE NO ÂMBITO DOS *SHOPPING CENTERS*

Luís Marcelo Almeida Pais

Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogado. Pós-Graduado em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio.

Resumo – as relações jurídicas desenvolvidas nos *Shopping Centers* têm despertado enorme interesse quando diante de uma causa excludente de responsabilidade civil, em especial o fortuito externo. À medida em que se consolidou a chamada teoria do risco, com base na cláusula geral de responsabilidade civil do Código Civil e no próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a aplicação do fortuito externo tem sido relegada a situações pontuais. Este trabalho objetiva demonstrar distorção no trato da matéria, indicando posições doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis.

Palavras-chave – Responsabilidade civil. *Shopping Centers*. Fortuito externo.

Sumário – Introdução. 1. Os casos fortuitos ou de força maior: uma nova abordagem à luz da teoria do risco? 2. A responsabilidade civil do *Shopping Center* frente à segurança pública: há poder de polícia? 3. O prestador de serviços e o consumidor: duas faces da mesma moeda? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo científico visa à identificação de fortuito externo como causa excludente de responsabilidade civil no âmbito dos *Shopping Centers*. O exame do tema visa permitir a análise das várias teorias do risco, com o propósito de se defender a tese de sua incidência nas diversas situações cotidianas no âmbito dos *Shopping Centers*. A abordagem partirá de uma visão doutrinária, desaguando na definição de casos concretos perante o Poder Judiciário.

De fato, o desenvolvimento dos *Shopping Centers* tem atraído cada vez mais consumidores, não apenas pela diversidade de produtos e serviços, mas também pela qualidade de inúmeras ofertas, objeto de intenso e contínuo planejamento, cujo propósito é a fidelização dos consumidores às ofertas que são estrategicamente pensadas e disponibilizadas de acordo com as necessidades de seus frequentadores.

Na verdade, os frequentadores de *Shopping Centers* buscam conforto e segurança, na medida em que conseguem fazer compras e utilizar os mais variados serviços dentro de um mesmo espaço.

Nesse contexto, têm surgido, com certa frequência, diversos questionamentos a respeito da possibilidade de os *Shopping Centers* se eximirem de sua responsabilidade perante

os consumidores, na hipótese de ocorrer fato de terceiro ou mesmo fato exclusivo da vítima. A atual conjuntura tem levado a jurisprudência e a própria doutrina a divergirem no tratamento da matéria, dando clara sensação de insegurança jurídica.

Em que pese a relação jurídica ser de consumo, em muitos casos se mostra possível a incidência de fortuito externo, verdadeira causa excludente de responsabilidade civil, o que permite ao *Shopping Center*, na qualidade de prestador de serviço, isentar-se do dever de reparar os danos suportados pelo consumidor.

Diante de tal contexto, o primeiro capítulo relaciona os casos fortuitos ou de força maior à luz da teoria do risco, questionando se haveria uma nova abordagem para sua aplicação, na medida em que muitas decisões judiciais têm caminhado em sentidos opostos, o que tem proporcionado verdadeira insegurança jurídica.

O segundo capítulo enfrenta a responsabilidade civil do *Shopping Center* frente à segurança pública, na medida em que aborda a existência ou não de um poder de polícia, o que permitiria configurar hipótese de exclusão de responsabilidade.

Por sua vez, o terceiro capítulo problematiza a dualidade de posições jurídicas nas relações no âmbito dos *Shopping Centers*: o prestador de serviço e o consumidor.

A temática tratada neste artigo se apoiará em jurisprudência e doutrina, frente à configuração de situação apta a afastar o dever de reparar os danos aos seus frequentadores.

No tratamento dos assuntos constantes desta pesquisa, recorrer-se-á à bibliografia disponível para o tema, bem como às decisões dos Tribunais de Justiça e Superiores, e a *sites* especializados, de modo a discutir e fundamentar as bases do presente trabalho.

1. OS CASOS FORTUITOS OU DE FORÇA MAIOR: UMA NOVA ABORDAGEM À LUZ DA TEORIA DO RISCO?

Inicialmente, é preciso pontuar que as relações jurídicas geradas no âmbito dos *Shopping Centers* têm sido alvo de inúmeras demandas judiciais, cujo principal argumento se baseia em falha na prestação de um serviço, ora dando origem a danos materiais, ora produzindo danos morais.

Em regra, aquelas relações jurídicas se caracterizam como de consumo, pois há clara identificação dos personagens que nela figuram. De um lado, o consumidor, na qualidade de cliente dos serviços oferecidos; de outro lado, o próprio prestador desses serviços. Há, ainda, aqueles que, embora não sejam diretamente destinatários de um serviço, se transformam em

vítimas de um evento de consumo e, por isso, são denominados consumidores indiretos ou por equiparação.

A partir do momento que uma situação fática caracteriza um fato do serviço, também denominado acidente de consumo, há sinalização do dano e, em regra, do dever reparatório, vale dizer, a definição do responsável civil.

Na busca incessante pela proteção da parte mais fraca em uma relação de consumo, o direito do consumidor passou a ter assento constitucional, sendo, inclusive, garantia fundamental¹ e princípio da ordem econômica².

A regulamentação desse direito, como se sabe, veio com a edição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC)³, o qual veio a disciplinar uma principiologia-normativa dando ênfase à boa-fé objetiva, aos deveres anexos de informação e segurança etc., mas, principalmente, passou a adotar a vulnerabilidade como princípio absoluto em favor do próprio consumidor.

Destaque-se que o CDC, além de prever a responsabilidade objetiva, tem como escopo dar à vítima a oportunidade de ser indenizada ou compensada pelos danos suportados de forma integral.

Ao prever a responsabilidade objetiva como regra, o CDC pretendeu que o consumidor provasse unicamente o dano e nexo de causalidade. Uma corrente de opinião⁴ perfilha o entendimento de que a responsabilidade civil do fornecedor está baseada no risco do empreendimento, fazendo com que o consumidor tenha que demonstrar o nexo causal entre a atividade de consumo desempenhada pelo fornecedor e o dano sofrido.

Ocorre que nem sempre é possível responsabilizar o prestador de serviços, na medida em que diversas situações fogem completamente ao controle do fornecedor, justamente por não se incorporarem à atividade normalmente desenvolvida por ele.

Em tais hipóteses, mesmo existindo um dano, verifica-se o rompimento do nexo de causalidade, o que impede a materialização do dever de reparação para o fornecedor.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

³ BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 324.

Cria-se, portanto, obstáculo capaz de afastar qualquer obrigação de indenizar ou compensar a vítima pelos supostos prejuízos materiais e morais.

Trata-se das chamadas causas excludentes de responsabilidade civil, as quais permitem exonerar o prestador de serviços de qualquer dever indenizatório ou compensatório.

Dentre as situações que rompem o nexo causal, apresentam-se os casos fortuitos e de força maior.⁵

Pois bem. Conquanto inexista um consenso em relação ao que seria caso fortuito ou força maior, a doutrina⁶ atribui àquele imprevisibilidade e inevitabilidade, ao passo que nesta o evento, embora inevitável, seria previsível.

Note-se que para afastar o caso fortuito a previsibilidade tem que ser específica, posto relacionar-se a um determinado fato e ao momento em que este poderia ocorrer. Deve, ainda, ser levado em conta o que o agente sabe ou deveria saber nas condições em que se encontrava, a fim de se apurar se ele poderia ou não prever e evitar o evento danoso. Daí resultar que a imprevisibilidade caracteriza o fortuito, enquanto a irresistibilidade caracteriza a força maior.

É interessante notar que a incidência do caso fortuito atua em momento diverso da força maior. Com efeito, o caso fortuito acontece antes de o serviço ou produto ser colocado à disposição do consumidor; ainda que o defeito do produto ou serviço seja imprevisível, haverá responsabilidade do fornecedor, a qual só será afastada provando este que o defeito inexistia. Por outro lado, a força maior é fato absolutamente externo à atividade desenvolvida pelo fornecedor, verificando-se após o serviço ou produto ser lançado no mercado.

Na verdade, a distinção prática entre o que seria força maior e fortuito ganha força⁷, principalmente na jurisprudência⁸, pois tornou-se necessário reconhecer a existência de

⁵ Em razão do objetivo deste trabalho, somente serão abordadas as hipóteses de caso fortuito e de força maior.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 89.

⁷ Na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, restou aprovado o Enunciado nº 443, com o seguinte teor: “Arts. 393 e 927. O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes de responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo com a atividade desenvolvida”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁸ A título de exemplo: “Ementa: PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO, CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. NÃO OCORRÊNCIA. CULPA DA CONSTRUTORA. RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. RETENÇÃO DE VALORES. PREVISÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO INTEGRAL. SÚMULA 543 DO STJ. PRECEDENTES. 1. A falta de mão de obra qualificada não caracteriza caso fortuito ou força maior por se tratar de situação previsível no ramo da construção civil, inapta a justificar a extrapolação do prazo de tolerância de 180 dias estabelecido em contrato para a entrega do imóvel. Hipótese que configura tão somente fortuito interno, que não afasta a responsabilidade da construtora pela mora. Precedentes. 2. A rescisão do contrato por culpa exclusiva da construtora acarreta o retorno das partes ao estado anterior à contratação, impondo-se à construtora a devolução integral do valor pago pelo consumidor, sem qualquer retenção, em parcela única, conforme determina o enunciado da Súmula nº 543

fortuito interno e externo, na medida em que a responsabilidade objetiva derivada das relações de consumo, em especial a dos *Shopping Centers*, vem sendo fundamentada na teoria do risco.

Agostinho Alvim⁹ enxerga no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto a força maior seria um acontecimento externo. A seu juízo, a força maior equivaleria ao chamado fortuito externo, que, por não se ligar à pessoa ou empresa, implicaria na inexistência de um laço de conexidade; já o caso fortuito propriamente dito traduziria hipótese de existência de um nexo de causalidade.

Partindo-se de tal premissa, o fortuito interno é hipótese que não exonera o fornecedor de responsabilidade, já que vinculado à atividade de risco potencialmente causadora do dano. O mesmo não ocorre com o fortuito externo porque o fato não guarda qualquer identificação com a atividade desenvolvida pelo fornecedor.

Mas o que seria, então, atividade de risco, já que a sua ausência pode fazer incidir uma causa excludente de responsabilidade civil?

Diversas teorias propõem-se a explicar e classificar os tipos de risco, valendo destacar o risco da atividade ou risco proveito ou risco do empreendimento¹⁰, que difere do risco do desenvolvimento¹¹.

A elaboração da teoria do risco foi pensada de forma a justificar a aplicação da responsabilidade objetiva. Assim, alguém seria obrigado a reparar os danos independentemente de culpa, na hipótese de desenvolver atividade cuja natureza implique riscos.

O risco proveito¹² atribui àquele que desenvolve uma atividade com finalidade lucrativa a assunção de responsabilidade decorrente do exercício dessa mesma atividade. Assim, essa teoria partiria da premissa de que os prejuízos decorrentes do dever de indenizar seriam compensados com os lucros obtidos com a atividade comercial desenvolvida pelo fornecedor causador do dano. Para os adeptos dessa teoria, o fundamento legal seria o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, o qual enuncia um dever de ressarcir os danos

do STJ. 3. Recurso conhecido e desprovido”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação nº 0016952-60.2015.8.07.0001*. Relator: Desembargador Diaulas Costa Ribeiro. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425606702/2015011059351200169526020158070001>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 353-354.

¹⁰ Essas teorias serão tratadas neste artigo como sinônimas.

¹¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 565.

¹² MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31-32.

independentemente de culpa, impondo a “obrigação de reparar o ato lesivo quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor dos danos implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”¹³.

Por sua vez, o risco do desenvolvimento é aquele que não pode ser cientificamente conhecido no momento em que o produto ou serviço são lançados no mercado de consumo, vindo a ser descoberto após um lapso de tempo. Portanto, seu defeito era totalmente desconhecido e imprevisível à época em que foi ofertado ao público de consumo.

A doutrina especializada¹⁴ entende que o CDC não incluiu o risco do desenvolvimento dentre as causas exonerativas de responsabilidade. De forma que esses “riscos devem ser enquadrados como fortuito interno – risco integrante da atividade do fornecedor –”, pelo que há de responder pelos danos causados ao consumidor.

Para os consumeristas, as relações de consumo diariamente firmadas no âmbito dos *Shopping Centers* estariam pautadas nesse tipo de atividade, o que implicaria na sua responsabilização pelo simples fato de desenvolver atividade que visa lucro, devendo ser socializados os prejuízos suportados pelo consumidor que sofrer algum dano.

No entender deste pesquisador, não se pode ampliar o escopo da norma do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, a fim de alcançar toda e qualquer circunstância em que se visualize algum risco.

Ora, toda atividade negocial, por menor que seja, traz em si um risco, o que é inerente a qualquer situação cujo objeto é o lucro.

Veja-se que a chamada cláusula geral de responsabilidade civil (art. 927, parágrafo único, citado) não pode ser interpretada, sequer aplicada, de modo abrangente, abarcando todas as situações da vida. De tal sorte que a aplicar-se essa exegese, estar-se-ia cogitando de uma responsabilidade integral não prevista expressamente em lei ou na CRFB.

No caso de responsabilidade civil no âmbito dos *Shopping Centers*, tem-se verificado um sem-número de casos levados ao Poder Judiciário nos quais a teoria do risco do empreendimento tem sido o fundamento para a condenação em danos materiais e morais nas demandas indenizatórias e compensatórias. A abordagem se mostra equivocada, pela simples razão de que nem tudo que tenha um risco pode dar azo à responsabilização do prestador de serviços, principalmente nos casos de fortuito externo, porque rompem o nexo de causalidade.

¹³ WOLKOFF, Alexandre Porto Marinho. *A teoria do risco e a responsabilidade objetiva do empreendedor*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae2e5cc8-fa16-4af2-a11fc79a97cc881-d>. Acesso em: 11 abr. 2018.

¹⁴ BENJAMIN apud CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 566.

A exata compreensão do que se deve entender por risco atividade faz ecoar uma proposta interpretativa mais consentânea com a norma legal e com o espírito sobre o qual o próprio CDC deve incidir.

Na esteira de tal raciocínio, adverte Giselda Hironaka¹⁵ que a periculosidade da atividade desenvolvida deve ser especial, indutiva de um risco especial.

Ao examinar a responsabilidade objetiva do empregador por acidente do trabalho, o Superior Tribunal de Justiça¹⁶ assentou que “o risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é o habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se que a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo”.

2. A RESPONSABILIDADE DO *SHOPPING CENTER* FRENTE À SEGURANÇA PÚBLICA: HÁ PODER DE POLÍCIA?

Indiscutivelmente, tem-se percebido um aumento considerável da violência¹⁷. O atual momento demonstra claramente que a sociedade clama por uma solução o mais rápido possível. Diante disso, muitos vêm buscando uma alternativa para a falta de segurança nas ruas, principalmente quando se trata de escolher um local para fazer compras ou mesmo se divertir. Nesse contexto, é inegável que os *Shoppings Centers* possuem um diferencial em relação às formas tradicionais de comércio, já que proporcionam conforto e lazer e, por que não, segurança.

Tomando-se tal cenário como perspectiva, há quem sustente ser implícita a promessa de segurança, e por agregar o negócio serviria de vantagem mercadológica, a influir diretamente na escolha do consumidor.¹⁸

Contudo, não se pode desprezar a ideia de que nem sempre se pode atribuir responsabilidade ao *Shopping Center* para toda e qualquer circunstância que ocorra dentro de

¹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 336.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.067.738*. Relator: Ministro Sidnei Benetti, Relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 abr. 2018.

¹⁷ Na Edição do dia 17/02/2018, foi publicada matéria no Portal G1. Nela consignou-se que “há pelos menos três décadas, a população do Rio de Janeiro convive com a violência, ouve promessas e espera por uma solução”, apontando, ainda, que “os índices de criminalidade diminuíram. Mas a partir de 2013 começou uma escalada da violência”. E lamentavelmente arremata: “O tráfico voltou. O dinheiro acabou. Trinta anos não foram suficientes para se encontrar soluções”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/02/violencia-assusta-e-preocupa-moradores-do-rio-ha-mais-de-30-anos.html>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

¹⁸ Nesse sentido, confira-se: BERGSTEIN, Laís. *Boletim Trimestral do Escritório Professor René Dotti*. A segurança dos consumidores em shopping centers e hipermercados. Ano 12, boletim n. 36, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://dotti.adv.br/seguranca-dos-consumidores-em-shopping-centers-e-hi-permercados/>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

suas dependências, notadamente no estacionamento e nas áreas de circulação de pessoas. É preciso, antes de tudo, admitir que existem situações absolutamente estranhas à expertise dos *Shopping Center*, sequer se podendo falar em assunção de risco por conta da atividade que desenvolve.

Veja-se que não são poucas as circunstâncias que fogem por completo ao controle do *Shopping Center*. É o caso, por exemplo, de tiroteio em uma sala de cinema instalada no interior daquele, onde fica clara a incidência de excludente de responsabilidade ante a existência de fato de terceiro¹⁹.

É interessante notar que ao menos argumento deveria ser levado em consideração: os *Shopping Centers* não têm poder de polícia, vale dizer, não lhes foi concedida a obrigação legal de assegurar a integridade física de seus consumidores, fazendo às vezes do Poder Público.

Não se está aqui a defender que o *Shopping Center* não deva responder quando há prova do fato do serviço a ele imputável. Isso não. Mas não se pode atribuir uma responsabilidade integral sob o argumento de risco do empreendimento ou da atividade.

Em verdade, se o prestador ou fornecedor do serviço não deu causa, tampouco contribuiu direta ou indiretamente para evento que substancialmente se caracterize como fato do serviço, não haveria que se falar em sua responsabilização.

Por outro lado, cabe assinalar que a vigilância do *Shopping Center* é desarmada e visa, apenas, colaborar com os clientes e tentar, dentro de suas possibilidades, inibir ações mais triviais.

Não é demais lembrar que, embora a teoria do risco do empreendimento dispense a prova da culpa, permite-se ao fornecedor de serviços exonerar-se do dever de indenizar nos casos de exclusão do nexo causal. Essa situação já foi enfrentada pelo Poder Judiciário Fluminense²⁰, a qual assinalou que:

A responsabilidade objetiva, portanto, não significa que o fornecedor de serviços deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo consumidor, uma vez que, se inexistir relação de causa e efeito entre a prestação do serviço e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco do empreendimento e, por via de consequência, o fornecedor de serviço não poderá ser responsabilizado.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.321.739/SP*, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0005627-41.2009.8.19.0203*. Juíza Simone Cavalieri Frota. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

Observa-se, assim, que “o fato de as pessoas se sentirem seguras dentro de *Shopping Centers* e procurarem esta espécie de estabelecimento para realizarem suas compras não os torna responsáveis por impedir a prática de crimes ocorridos no seu interior”²¹.

É preciso pontuar uma realidade: os *Shopping Centers* não são prestadores de serviço de segurança; portanto, não há que se falar em relação de consumo de segurança.

Há que se ponderar, a bem da verdade, a circunstância de que nem todo fato ou vício do serviço pode ser atribuído como de responsabilidade do *Shopping Center*, principalmente quando decorre de situação inteiramente imprevisível e inevitável. Mesmo que o fato ou vício do serviço ocorra no interior do estabelecimento, se não guardar relação com a atividade do fornecedor, não pode ser incluído nos riscos do negócio, por ser fato estranho ao serviço por ele prestado.

Deve-se refletir que se a prestação do serviço não é a causa do evento, mas apenas sua ocasião, não há mesmo como responsabilizar o *Shopping Center* quando se está diante de um fato de terceiro. Do contrário, estar-se-ia adotando por via transversa a teoria do risco integral, a qual não foi acolhida pelo Código do Consumidor.

Diante de tal perspectiva, indaga-se: será que o *Shopping Center* recebeu do Ente Estatal alguma espécie de *poder de polícia*? Teria aquele se transformado em fornecedor de produtos e serviços de segurança e, por isso, tornou-se segurador universais de todos os infortúnios sociais?

Na opinião deste pesquisador, a resposta negativa se impõe, na medida em que cabe apenas e tão somente ao Poder Público a responsabilidade de zelar pela segurança da sociedade. O *Shopping Center* não tem o dever de oferecer segurança armada, o que, aliás, colocaria em risco a própria vida dos seus clientes. O dever de segurança pública é do Estado e não de condomínios ou empresas privadas que disponibilizam serviços e áreas de lazer a seus clientes.

A questão da segurança a cargo do Estado já foi retrata em diversas decisões judiciais, valendo a pena destacar a ementa abaixo porque diz respeito especificamente ao tema ora ventilado neste capítulo. Confira-se:

ESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. AÇÃO PRESENCIADA POR SEGURANÇAS DO SUPERMERCADO. ROUBO DE VEÍCULO E PERTENCES DO CONSUMIDOR. CASO FORTUITO EXTERNO. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. A presença da vigilância no estabelecimento, a meu ver, tem natureza preventiva e não repressiva, haja vista que o que deve ser preservado é a saúde e vida do cliente,

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Recurso Inominado nº 2009.700.050945-0*. Relator: Juiz Tiago Holanda Mascarenhas. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

como bem maior, e não os bens materiais. O fato foi executado por terceiros, como sendo aqueles que não pertencem à relação obrigacional havido entre o autor e o réu. O evento como descrito, constitui-se como caso fortuito na modalidade do caso fortuito externo, ou o acontecimento que não se relaciona com as atividades próprias do estabelecimento, especialmente de estacionamento. Não poder-se-ia exigir da vigilância do estabelecimento no local do evento uma atitude de defesa do patrimônio do autor sob pena de gerar uma reação mais violenta ainda, como antes se afirmou, aumentando os riscos para a vítima. A ação repressiva é dever do Estado como detentor do dever de segurança dos indivíduos, pelo exercício do Poder de Polícia, e não do particular, pondo em risco sua própria.²²

A doutrina especializada²³ não se distancia da jurisprudência, advertindo que os empreendedores de *Shopping Center* devem tomar medidas compatíveis com aquilo que é esperado pelos consumidores. No entanto, aquele não está obrigado a oferecer um nível absoluto de segurança aos seus frequentadores, mas apenas aquilo que atenda à expectativa do público consumidor, compatível com a periculosidade inerente ao serviço prestado.

Tal situação já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴, tendo sido acolhida a tese segundo a qual os *Shopping Centers* não podem ser responsabilizados quando ocorrerem situações provocadas por terceiro de má-fé dentro de seus estabelecimentos, principalmente por não possuírem poder de polícia.

Forçoso concluir, portanto, que não há como atribuir aos *Shopping Centers* qualquer poder de polícia, já que este compete ao Estado, o que deve levar à exoneração de responsabilidade quando o evento restar caracterizado como fato exclusivo de terceiro ou fortuito externo, não podendo ser imputado como risco da atividade, sob pena de configurar verdadeiramente hipótese de risco integral, situação não contemplada pelo CDC²⁵ ou mesmo pelo Código Civil²⁶.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0020979-70.2003.8.19.0002*. Apelação Cível nº 18.372/2007. Revisor e designado para o acórdão Desembargador Lindolpho Morais Marinho. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²³ BASILIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 205.

²⁴ Confira-se, a propósito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 633.656/RS*. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgamento: 08/11/2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²⁵ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

3. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E O CONSUMO: COMO HARMONIZAR CONFLITOS DIANTE DO FORTUITO EXTERNO?

Em muitas oportunidades, tem-se indagado até que ponto a divergência na solução de casos concretos traz consequências negativas para o consumidor. O debate tem suscitado uma enorme insegurança jurídica, na medida em que as decisões judiciais ora caminham a favor do consumidor, ora a favor dos prestadores de serviços, e, para fins deste trabalho, dos *Shopping Centers*.

De modo geral, quando se está diante de um fato do serviço²⁷, o Poder Judiciário tem afirmado que os *Shopping Centers* devem responder por conta do risco do empreendimento que desenvolvem, não havendo como mitigar essa responsabilidade, porquanto inserida dentro dos riscos de tal atividade. Infelizmente, essa situação vem servindo de fundamento para condenações que nem sempre deveriam ocorrer, haja vista a presença de uma causa excludente.

Com efeito, há situações que não guardam qualquer conexão com a prestação do serviço, ainda que previsíveis, não se inserindo, portanto, nos riscos da atividade desenvolvida pelo prestador.

A doutrina²⁸ tem ponderado, inclusive, a utilização da cláusula geral de responsabilidade civil²⁹ como fundamento para aplicação da teoria do risco da atividade, visto que, a rigor, toda atividade importaria em maior ou menor risco, mas nem por isso seria possível admitir-se tal argumento como suficiente para configuração da responsabilidade objetiva, como é o caso das relações jurídicas normalmente ocorrentes no âmbito dos *Shopping Centers*.

Na verdade, muitas situações claramente revelam hipótese de fortuito externo – como se viu nos capítulos anteriores, que, por ser causa exonerativa da responsabilidade civil, mostra-se verdadeiro obstáculo à configuração do dever de reparação. O fundamento repousa no fato de que a existência de um evento absolutamente estranho à atividade desenvolvida pelo prestador não pode se ligar ao serviço que presta, justamente porque não faz parte – nem direta nem indiretamente, da atividade que presta. Consignou-se, ainda, que o fortuito externo, além de ser estranho ao negócio desenvolvido pelo prestador, também é considerado fato

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 25.

²⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110-111.

²⁹ BRASIL, op. cit., nota 26.

imprevisível e inevitável, e, portanto, exclui a obrigação de reparar o dano porventura causado ao consumidor.

De que forma, então, seria possível harmonizar os conflitos entre *Shopping Center* e Consumidor quando se está diante de um fortuito externo? Estariam eles verdadeiramente em lados opostos ou poderiam ser considerados duas faces da mesma moeda?

À primeira vista, poder-se-ia pensar que Consumidor e *Shopping Center* jamais estariam do mesmo lado, na medida em que um deseja obter lucro com o serviço oferecido e o outro quer utilizar esse serviço. O conflito seria iminente quando houvesse um fato do serviço, já que não raras vezes o consumidor atribui imediata responsabilidade ao prestador, alegando, por exemplo, falha nos deveres de segurança e cuidado.

Não se pode aceitar a ideia de que o *Shopping Center* é um grande vilão porque almeja lucro, o qual utiliza a publicidade que veicula com a clara ideia de induzir ao consumo desenfreado. Nesse sentido, merece reflexão a afirmação de que “a comunicação corporativa se apropria de tudo que pode, sem restrições. O lucro resultante da troca é mais relevante que a ética dos negócios”³⁰. Essa perspectiva, quase que nihilista e, sob certo ponto de vista, extremamente radical, vê no consumo um mal que assola toda a sociedade, porque a pessoa humana do consumidor seria apenas a força motriz que impulsionaria a economia. Também não corresponde à verdade o fato de que toda publicidade direcionando o consumidor aos *Shopping Centers* seria prática abusiva, visando enganar o consumidor com o objetivo de atrair cada vez sua presença naquele centro de compras e serviços.

Tal abordagem, mais do que trazer em si a problemática do consumo exagerado, mostra uma posição que não percebe a importância do empresário e do consumidor, visando a formação de uma cadeia de relações jurídicas contínuas e duradouras, não apenas com a finalidade de satisfazer o desejo de lucro de um e o de comprar ou usar o serviço de outro.

Mais do que isso: é preciso pensar também que a relação jurídica a ser estabelecida entre *Shopping Center* e Consumidor deve estar em conformidade com a boa-fé objetiva, dela derivando os deveres anexos de segurança e cuidado.

Dentro desse cenário, pode-se lançar mão de bases sólidas para que a relação empresário/consumidor se encontre num caminho que cumpra o fim social da empresa. E essa relação deve ser desenvolvida com a busca por um efetivo equilíbrio entre lados opostos, o que já ocorre com o CDC.

³⁰ SILVA, Marcelo. *A comunicação corporativa na sociedade de consumidores: do discurso da felicidade ao mundo da decepção*. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/estudosdecomunicacao/article/view-File/22546/21630>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

Por alguma razão inexplicável, esta regra basilar não vem sendo claramente utilizada para situações onde ocorre o fortuito externo. É justamente aqui que o Poder Judiciário deixa a desejar, ao menos em inúmeras decisões, por que não vê – ou não quer ver –, situação perante a qual não é possível a materialização do dever de indenizar ou compensar os danos do consumidor. O papel do julgador é dar tratamento justo e condizente à questão posta em debate, no que deverão ser aplicados princípios e normas legais que regem a relação de consumo. Porém, nem sempre isso será suficiente para afirmar a responsabilidade do prestador de serviços, porque incidente uma causa excludente.

Em que pese haver tratamento desigual para situações iguais, vale dizer, nem sempre as decisões judiciais dão a mesma solução para casos idênticos, e isso leva à insegurança jurídica tanto dos consumidores quanto dos *Shopping Centers*.

Seja como for, cabe refletir que algumas decisões são tomadas sem observância da técnica, seja por que querem apressar a tutela jurisdicional, no afã de baixar estatísticas negativas, seja por que a solução dos casos acaba por atropelar conceitos e alargar considerações jurídicas nem sempre adequadas ao deslinde do impasse³¹.

Parece claro, portanto, que embora Consumidor e *Shopping Center* estejam em lados opostos diante de uma relação jurídica de consumo, são eles, em verdade, faces da mesma moeda, vale dizer, reclamam a incidência da boa-fé e seus deveres anexos.

Nesse diapasão, considera-se indispensável a harmonização dos conflitos verificados nas relações entre *Shopping Center* e Consumidor, principalmente quando se está diante de fortuito externo. E aqui o Poder Judiciário tem um papel extremamente relevante, porque a ele foi direcionado dar solução às controvérsias que lhes são endereçadas.

Assinale-se, ademais, não ser possível aplicar a teoria do risco da atividade indiscriminadamente, a fim de imputar uma responsabilidade ao prestador de serviço ignorando ou fingindo que não existem situações que fogem por completo ao controle deste último, sequer se inserindo no desenvolvimento de sua atividade ou em desdobramento desta. Nesse caso, o fortuito externo, como causa excludente de responsabilidade civil, deve ser declarado pelo julgador, sob pena de inviabilizar qualquer defesa e ferir de morte o devido processo legal.

³¹ TORRES, Antônio Carlos Esteves. *Direito do Consumidor - Visão Empresarial*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=4065f268-957a-435f-9ed1-072224a1c6d5&groupId=10136>. Acesso em: 23 mai. 2018.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou demonstrar que muitas situações fogem completamente ao controle do *Shopping Center*, justamente por não se incorporarem à atividade que desenvolve. Ao analisar tais hipóteses, verificou-se que, mesmo diante de um dano, o nexo de causalidade era rompido, o que afastava qualquer obrigação de indenizar ou compensar a vítima pelos prejuízos materiais e morais suportados. Tratava-se das chamadas causas excludentes de responsabilidade civil, em especial os casos fortuitos e os de força maior.

Após definir uns e outros, o trabalho passou a tratar especificamente do fortuito externo, na medida em que a jurisprudência passou a distingui-lo do fortuito interno, assinalando que este estaria incorporado à atividade desenvolvida pelo *Shopping Center*, o que faria emergir a sua responsabilidade civil quando houvesse fato do serviço, ao passo que o fortuito externo não guardaria qualquer identificação com a atividade desenvolvida pelo fornecedor.

Essas distinções se mostraram importantes, pois a responsabilidade objetiva derivada das relações de consumo tem sido fundamentada na teoria do risco. Nessa perspectiva, portanto, deu-se ênfase ao fortuito externo, a fim de delinear seus contornos quando se está diante de relações jurídicas de consumo no âmbito dos *Shopping Centers*.

Restou assinalado que, mesmo diante da responsabilidade objetiva fundamentada na teoria do risco da atividade ou do empreendimento, não se poderia ampliar o seu campo de incidência para abarcar toda e qualquer situação que contenha algum risco, sob pena de criar uma hipótese de responsabilidade integral, situação não prevista em lei ou na CRFB.

Ao desenvolver o tema, procurou-se, ainda, assinalar que os *Shopping Centers* não são prestadores de serviço de segurança, justamente por não lhe ter sido conferido qualquer poder de polícia. Pontuou-se, de forma enfática, que nem todo fato ou vício do serviço pode ser atribuído como sendo de sua responsabilidade, principalmente se decorre de situação que não guarda relação com a atividade que desenvolve.

Buscou-se, ademais, trazer à tona a problemática da insegurança jurídica em relação a um sem-número de decisões judiciais que não enxergam a configuração de fortuito externo em situações facilmente identificáveis, e que, por isso, sequer existiria o dever reparatório.

Concluiu-se que o Poder Judiciário poderia harmonizar os conflitos entre consumidores e prestadores, deixando claro que, mesmo diante da responsabilidade objetiva e da teoria do risco, o *Shopping Center* não pode responder por fato absolutamente estranho à atividade que desenvolve, já que isso evidencia hipótese de fortuito externo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

BASILIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERGSTEIN, Laís. *Boletim Trimestral do Escritório Professor René Dotti*. A segurança dos consumidores em shopping centers e hipermercados. Ano 12, boletim n. 36, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://dotti.adv.br/seguranca-dos-consumidores-em-shopping-centers-e-hipermercados/>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.067.738*. Relator: Ministro Sidnei Benetti, Relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrigli. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.321.739/SP*, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 633.656/RS*. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgamento: 08/11/2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação nº 0016952-60.2015.8.07.0001*. Relator: Desembargador Diaulas Costa Ribeiro. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425606702/20150110593512001695260201580-70001>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0005627-41.2009.8.19.0203*. Juíza Simone Cavalieri Frota. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0020979-70.2003.8.19.0002*. Apelação Cível nº 18.372/2007. Revisor e designado para o acórdão Desembargador Lindolpho Moraes Marinho. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Recurso Inominado nº 2009.700.050945-0*. Relator: Juiz Tiago Holanda Mascarenhas. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 mai. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2012.

PORTAL G1. *Violência assusta e preocupa moradores do Rio há mais de 30 anos*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/02/violencia-assusta-e-preocupa-moradores-do-rio-ha-mais-de-30-anos.html>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

SILVA, Marcelo. *A comunicação corporativa na sociedade de consumidores: do discurso da felicidade ao mundo da decepção*. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/estudosdecomunicacao/article/view-File/22546/21630>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

TORRES, Antônio Carlos Esteves. *Direito do Consumidor - Visão Empresarial*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=4065f268-957a-435f9ed10722-24a1c6d5&groupId=10136>. Acesso em: 23 mai. 2018.

WOLKOFF, Alexandre Porto Marinho. *A teoria do risco e a responsabilidade objetiva do empreendedor*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae-2e5cc8-fa16-4af2-a11fc790a97cc881-d>. Acesso em: 11 abr. 2018.