



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO
PARA OS *SHOPPING CENTERS*: UMA QUESTÃO POLÍTICA

Tatiana Tavares da Silva

Rio de Janeiro
2018

TATIANA TAVARES DA SILVA

TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO
PARA OS *SHOPPING CENTERS*: UMA QUESTÃO POLÍTICA

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

TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PARA OS *SHOPPING CENTERS*: UMA QUESTÃO POLÍTICA

Tatiana Tavares da Silva

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes e em Gestão Ambiental pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Resumo – As pessoas jurídicas de Direito Privado, especificamente os *Shopping Centers*, têm sido cada vez mais responsabilizadas por obrigações que são de cunho exclusivo do ente público, conforme prevê a nossa Carta Magna, especificamente em seu artigo 144. Trata-se de o dever de segurança pública, exercido pelas polícias civis, federais e militares, com atribuições preventiva e repressiva, que em razão da notória falência do ente Estatal, tem sido discricionariamente transferido ao particular. A transferência da competência do Estado ao particular vem se materializando através de decisões judiciais reiteradas, mas ainda não unânimes, e com viés evidentemente político, em intuito claro de dissimular o caos e desonerar os cofres públicos, transmitindo o ônus às pessoas jurídicas de direito privado.

Palavras-chave – Responsabilidade Civil. *Shopping Centers*. Excludentes de Responsabilidade. Fortuito Externo.

Sumário – Introdução. 1. Atividade-fim dos *Shopping Centers*. A responsabilidade pelo fato do serviço. A extensão da teoria do risco e as excludentes de responsabilidade. 2. A tese do fortuito externo como mitigação dos efeitos da condenação: previsibilidade da violência X inevitabilidade da culpa. 3. Estudo Jurisprudencial da Transferência da Responsabilização do Estado para a Iniciativa Privada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico pretende apresentar uma análise crítica sobre a teoria da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade.

O trabalho aborda especificamente a situação da segurança nos *Shopping Centers*, pessoas jurídicas de direito privado, que desenvolvem atividades de locação de espaços comerciais.

Nesse contexto, o primeiro capítulo aborda a atividade desenvolvida pelos *Shopping Centers*, ou seja, a sua atividade-fim, consubstanciada na locação dos espaços destinados à exploração comercial por seus locatários.

Serão expostas, ainda, questões sobre o risco da atividade desenvolvida pelo prestador do serviço e o liame causal dos fortuitos ocorridos nos espaços internos e externos dos *Shopping Centers*.

Nessa abordagem torna-se necessário trazer critérios lógicos que distingam o fortuito interno, que por ser inerente ao risco da atividade não afasta a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado; do fortuito externo, que em razão de ser exterior ao risco da atividade, afasta a responsabilização.

Ainda no desenvolvimento do primeiro capítulo, questiona-se a tendência atual da doutrina e da jurisprudência quanto a extensão do risco, tornando a atividade desenvolvida pelos *Shopping Centers* em uma atividade quase de risco integral, mesmo em casos que comportem as excludentes da responsabilidade civil.

Demonstra-se que com o aumento da violência urbana, os *Shopping Centers* investem fortemente em tecnologias para garantir a segurança dos seus frequentadores, tais como: em câmeras de circuito interno e externo, em vigilantes uniformizados em pontos estratégicos, em rotina de ronda no estacionamento, rádios transmissores para comunicação imediata entre vigilantes, vigilantes nas cabines de entrada e saída dos veículos, pois é previsível, com o aumento da violência, a tentativa de roubos ante grave ameaça, entretanto, inevitável, diante da resistência armada dos meliantes.

Ato contínuo, no segundo capítulo em uma sequência lógica, pretende-se demonstrar que a tendência atual dos Tribunais tem sido desarrazoada ao ampliar a teoria do risco do empreendimento ao ponto de submeter os *Shopping Centers* a uma responsabilização, que pode ser entendida, conforme dito, como integral, pela atividade desenvolvida.

Com isso demonstra-se a necessidade de uma análise crítica das decisões proferidas pelos julgadores e entendimento dos juristas sobre a questão do fortuito interno e externo, a fim de que seja levado em consideração a atividade desenvolvida pelos *Shopping Centers* e a questão da previsibilidade da violência, com a utilização de todo um aparato possível a fim de prevenir e controlar o risco, contudo a sua real condição de inevitabilidade, ante a violência crescente dos centros urbanos e os aparatos utilizados.

Não obstante a Constituição da República estabelecer que o dever de segurança pública é da competência exclusiva do Estado, observa-se que as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema remam em sentido contrário, evidenciando um viés político e abrandador da notória falência do Estado, em intuito de transferir o dever de segurança pública do Estado ao particular, imputando a este último não só a obrigação, mas também a sua responsabilização e todo o encargo probatório.

A tese é controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e apesar dos diversos entendimentos no sentido de se reconhecer a força maior, eles ainda não são uníssomos, merecendo uma abordagem de destaque ante a crescente violência *versus* a falência do Estado e a inoperância dos órgãos de segurança pública.

Para um completo entendimento do tema, no terceiro e último capítulo faz-se um estudo de algumas decisões judiciais, com o escopo de demonstrar que a tendência dos julgados não foi apenas protetiva em relação ao consumidor, mas também protetiva em relação ao Estado, quando o desonera do dever de segurança pública, transferindo tal mister ao particular, ante a sua total falência.

1. ATIVIDADE-FIM DOS *SHOPPING CENTERS*. A RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO. A EXTENSÃO DA TEORIA DO RISCO E AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Os *Shoppings Centers* possuem uma dinâmica bastante diferente do varejo de uma forma generalizada, em virtude de sua característica peculiar. São empreendimentos multifacetados, compostos do que há de mais moderno na atividade comercial de varejo, reunindo em um só ambiente atividades comerciais diversas, através da locação de seus espaços.

Não obstante, como dito no introito do presente trabalho, a atividade precípua desenvolvida por esse tipo de empreendimento é consubstanciada na locação dos espaços destinados à exploração comercial por seus locatários, através de um planejamento comercial minucioso e a disponibilização de ofertas diversificadas, amplas e atraentes, de modo equilibrado.

Assim, são inúmeras as características que atraem os clientes aos empreendimentos denominados *Shopping Centers*, citando algumas delas como a comodidade, exatamente pela reunião em um mesmo local de atividades comerciais diversas; o conforto, por dispor de acesso abrigado e climatizado para ingresso em cada loja, lanchonete, restaurante, cinemas teatro e diversos; e a segurança, consubstanciada em área adjacente para o estacionamento de veículos e o trânsito despreocupado dentro das galerias.

Os locatários desses espaços comerciais dentro dos *Shopping Centers* também visualizam todas essas características para estabelecer o seu comércio, principalmente no que

concerne ao atrativo para o público e a questão que envolve a própria segurança do seu negócio.

O ponto crucial do presente trabalho reside nessa segurança exigida dos *Shopping Centers*. A legislação consumerista¹ prevê como um dos direitos básicos do consumidor a segurança.

O artigo 14² da referida norma dispõe que o fornecedor de serviços responderá, independente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos provocados na prestação dos seus serviços. E o parágrafo primeiro³ deste mesmo artigo, conceitua que o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar.

Não obstante, essa exigência de segurança não pode e nem deve ser interpretada de forma absoluta, a ponto de ultrapassar as reais possibilidades da prestação do serviço e tornar-se uma obrigação impossível.

Assim, deve-se analisar o risco da atividade empreendida.

Segundo Elenilton Freitas⁴, “Conceitualmente podemos definir risco como a expectativa da probabilidade de insucesso em função de acontecimento incerto”.

Não se olvida que o risco é inerente à atividade prestada pelo *Shopping Center*. Entretanto, não se pode admitir como risco toda e qualquer situação.

Apesar de a responsabilidade objetiva ser rígida no que concerne a sua conceituação, elementos excepcionais ao risco devem ficar fora da esfera daquilo que foi assumido pelo prestador do serviço.

Nem tudo pode ser considerado risco em razão da atividade empreendida, sob pena de estarmos diante de uma responsabilização integral, inerente à apenas algumas atividades.

Necessária, desta forma, a realização de uma análise a fim de verificar se determinado risco é inerente àquela atividade, eis que determinadas ocorrências não podem ser interpretadas como intrínsecas ao risco da atividade empreendida.

¹BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 18 ago.2018.

² 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. Ibid.

³ Art. 14, §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: (...) II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam. Ibid.

⁴FREITAS, Elenilton. *Teoria do risco*. Disponível em: <https://eleniltonfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/250885109/teorias-do-risco>. Acesso em: 18 ago.2018.

A teoria do risco é prevista em nossa legislação, mas não somente, no artigo 37, § 6, da Constituição Federal de 1988⁵, no Código de Defesa do Consumidor⁶ e no artigo 927 do Código Civil⁷.

O risco se divide em algumas modalidades, não obstante citaremos apenas as que ao assunto tratado e as atividades empreendidas pelo *Shopping Center*, concernentes as relações de consumo. Assim, conforme ensina a doutrina temos a teoria do risco proveito e a teoria do risco criado.

Ambas amplamente aplicadas às relações de consumo. Doutrinariamente entende-se, inclusive, que a teoria do risco criado é uma ampliação da teoria do risco proveito.

As duas teorias não realçam a responsabilidade objetiva como ato ou omissão do fornecedor, mas o risco criado pela atividade.

Assim, basta prestar a atividade, seja ela econômica ou não, para estar criado o risco e, portanto, o dever de indenizar, salvo nas hipóteses em que reste configurada alguma das excludentes da responsabilidade civil objetiva.

Com a exposição feita sobre a teoria do risco, não pretendeu se exonerar da responsabilidade de danos provenientes de qualquer atividade desenvolvida, mas de se ponderar sobre o que pode ser um risco voluntariamente assumido pelo prestador do serviço e um risco que exclui a sua responsabilização.

Nesse sentido, Claudia Lima Marques em seu Código Comentado⁸, exemplifica atividades potencialmente causadoras de acidente de consumo pelo fato do serviço, onde se destaca a responsabilidade do empreendedor na ocorrência de furto de veículos em *Shopping Centers*, que tenham estacionamento próprio, sendo a jurisprudência pacífica no sentido da existência do dever de cuidado, de segurança e de vigilância.

A súmula 130⁹ do STJ orienta: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 18.ago.2018.

⁶BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 18 ago.2018.

⁷ Idem. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm . Acesso em: 18 ago.2018.

⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais, p. 423.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_9_capSumula130.pdf>. Acesso em: 18 ago.2018.

Não se discute o entendimento sumular firmado, mas a coação irresistível, através de roubo com utilização de arma. Nesse sentido sim, não é compreensível a imputação de responsabilidade ao prestador diante de coação irresistível, pois no caso o *Shopping Center* é tão vítima dos meliantes quanto o consumidor.

No caso citado, a culpa exclusiva de terceiro exclui o liame causal, configurando-se o roubo com emprego de arma de fogo situação que rompe o nexo de causalidade. Isso porque a obrigatoriedade de evitar um sinistro desse porte está além da linha de possibilidades dos serviços prestados pelos *Shopping Centers*.

O Código de Defesa e de Proteção do Consumidor prevê no §3º de seu artigo 14¹⁰, excludentes da responsabilidade civil objetiva do fornecedor de serviços, por reparação de danos causados aos consumidores, em razão de eventuais defeitos nos serviços prestados.

Com base na norma supracitada, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro exclui o liame causal e, portanto, a sua responsabilização.

Não obstante, as excludentes de responsabilidade civil pela ocorrência de caso fortuito ou força maior também devem ser aplicadas às relações de consumo, posto o rol do artigo consumerista não ser um rol taxativo.

Além da norma consumerista supracitada, há também previsão no Código Civil brasileiro a exclusão do nexo de causalidade. Assim prevê o artigo 393¹¹ do Código Civil que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Ainda, o parágrafo único do mesmo artigo expressa que no caso fortuito ou de força maior “verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Desta forma, para se distinguir o fortuito externo do fortuito interno, devem ser analisados critérios além de apenas o nexo de causalidade. Conforme ensina Ana Frazão¹² “há de se ampliar a reflexão para entender adequadamente o que é risco, qual é sua importância no cenário econômico e social e quais os fundamentos e propósitos da responsabilidade objetiva em razão dele [...]”.

¹⁰ Idem, op. cit., nota 6.

¹¹ Idem, op. cit., nota 7.

¹² FRAZÃO, Ana. *Risco da empresa e caso fortuito externo*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/risco-da-empresa-e-caso-fortuito-externo/>>. Acesso em: 18 ago.2018.

Nesse sentido já se posicionou o Ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes Direito, proferido no julgamento Recurso Especial nº 431.091/SP¹³, publicado no DJ em 25/08/2003:

Responsabilidade civil. Assalto com arma de fogo no interior da plataforma de embarque da estação ferroviária. Excludente de responsabilidade. Decreto nº 2.681/12.

1. Por mais segurança que tenha, a empresa de transporte ferroviário não tem condições de evitar assalto com arma de fogo, na plataforma de embarque, quando os bandidos estão enfrentando até mesmo as próprias forças de segurança do Estado. Trata-se, sem dúvida, de assalto praticado com violência, cenário capaz de ilidir a presunção de culpa da transportadora. 2. Recurso especial conhecido provido [...].

Com o exposto, verifica-se que o roubo em *Shopping Centers* com emprego de arma de fogo não é inerente ao risco da atividade e, portanto, deve-se analisá-lo como uma excludente da responsabilização.

2. A TESE DO FORTUITO EXTERNO COMO MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO: PREVISIBILIDADE DA VIOLÊNCIA X INEVITABILIDADE DA CULPA.

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência denexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar.

Note-se que não é exigível da administração dos *Shopping Centers* que controle a entrada e a saída dos clientes, promovendo revistas pessoais – o que seria considerado por muitos como um procedimento invasivo, excessivo, arbitrário e despropositado –, sob o fundamento de que algum deles poderá, a qualquer momento, agir ilicitamente contra um terceiro.

Pode-se até considerar o assalto como um fato previsível, porém é praticamente inevitável no Rio de Janeiro e em outras metrópoles brasileiras. Evidentemente, o caso se circunscreve como um fortuito externo a excluir o nexocausal.

Com efeito, tendo em vista que o assalto foi praticado com o uso de arma de fogo, tem-se não ser exigível que os prepostos dos *Shopping Centers* enfrentassem o perigo e

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 431.091*. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200200488920&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>> Acesso em: 18 ago.2018.

evitassem o resultado, até mesmo porque os seguranças do referido empreendimento não têm autorização legal para portarem armas, ou seja, não estão autorizados pela Polícia Federal a trabalhar munidos com arma de fogo.

Assim, não há como, nas circunstâncias narradas, os *Shopping Centers* exercerem poder de polícia de modo a evitar os assaltos que assolam o Estado do Rio de Janeiro ou o território nacional, uma vez que o dever de prestar a segurança ao cidadão é da exclusiva responsabilidade do Estado.

Os *Shopping Centers* são tão vítimas da negligência estatal, consubstanciada na ocorrência de tais delitos, quanto seus consumidores.

Sérgio Cavalieri Filho¹⁴, com muito acerto, discorre que “fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. [...]”.

O eminente jurista, na mesma obra, ainda assevera que, em razão do progresso tecnológico, as medidas de segurança conseguem prever e diminuir os riscos, tornando-se cada vez mais relativa a caracterização da irresistibilidade. Entretanto, sinistros como assaltos a banco, carros fortes, ônibus e *Shopping Centers* irão depender dos riscos assumidos pelo agente e do dever de segurança que a ordem jurídica lhe impõe e dos instrumentos tecnológicos que tem a sua disposição. Conclui afirmando que em decorrência dos riscos assumidos, bancos e carros fortes devem ter um aparato especial de segurança, enquanto *Shopping Centers* devem estar equipados com câmeras de vídeos e assim por diante.

Depreende-se, dessa forma, a ausência de responsabilização na caracterização do fortuito externo, tendo em vista que a coação com uso de arma de fogo traduz-se em verdadeira situação de força maior da qual não se pode exigir de ninguém além do Estado a resistência direta, sob pena de grave risco de vida dos prepostos do *Shopping Center*, quanto dos frequentadores e trabalhadores do local.

Se, definitivamente, não é exigível uma conduta repressiva no caso de roubos em ônibus, questiona-se: por que seria exigível dos *Shopping Centers* uma oposição beligerante a criminosos armados, dispostos a ir até as últimas consequências para atingir seus objetivos ilícitos, sem que exista prévia determinação legal nessa direção?

As excludentes de responsabilidade são claramente verificadas. O fato de terceiro, sendo a única causa verdadeira do dano alegado, elide o nexos causal que poderia existir. Desse modo, conclui-se que não há defeito no serviço prestado, considerando o preceito

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.88.

constitucional contido no inciso II do artigo 5º da Carta Magna¹⁵ que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Pergunta-se, então: qual dispositivo de lei concede poder de polícia aos *Shopping Centers* para manter a segurança pública — conforme descrito no artigo 144 da Carta Magna — para enfrentamento armado contra criminosos?

Isso seria um serviço a ser prestado? Sem defeito de serviço, não há nexos causal e, conseqüentemente, não se verifica o dever de indenizar.

Como se demonstrou, a segurança pública com uso de poder de polícia é dever do estado, não se podendo admitir seja imposto à iniciativa privada atraí-lo para si, pois não existe determinação legal para tanto.

Torna-se assustador nossa jurisprudência começar a consolidar entendimento em sentido oposto, pois estenderia o risco da atividade exercida, fazendo com que as atividades prestadas pelos *Shopping Centers* sejam consideradas de risco integral, o que seria um enorme absurdo.

Sérgio Cavalieri Filho¹⁶ assevera que na responsabilidade fundada no risco integral o dever de indenizar é imputado àquele que cria o risco, ainda que a atividade por ele exercida não tenha sido a causa direta e imediata do evento. Conclui resumindo que pela teoria do risco integral todos os riscos, diretos e indiretos, que tenham relação com a atividade de risco, mesmo que não lhe sejam próprios, estarão sob a responsabilidade do agente e, portanto, quando materializados em dano, gerarão o dever de indenizar.

Com isso, pondera-se: será razoável exigir dos *Shopping Centers* a coação de fortuitos desse porte sem expandir a sua responsabilização a ponto de transformar a sua atividade em uma atividade de risco integral? Entendemos que não.

Impõe-se dizer que o dever de Segurança Pública é exclusividade do Estado, conforme preconiza o artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷.

Em nosso ordenamento jurídico, que, inclusive, teve sancionado recentemente o Estatuto do Desarmamento¹⁸, o roubo com utilização de arma de fogo é oponível apenas pelos

¹⁵ 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:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 184.

¹⁷ BRASIL, op.cit., nota 5.

¹⁸ Idem. *Estatuto do Desarmamento*. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

órgãos do Poder Público elencados nos incisos I a V do art. 144 da Constituição da República¹⁹, onde está previsto o dever de manutenção da segurança pública.

Além disso, a atuação de resistência e prevenção tão somente se dá por empresas de segurança privada devidamente autorizadas pela legislação federal pertinente, ao uso também de armas de fogo — estas contratadas por estabelecimentos financeiros, situação estranha ao tema deste trabalho que refere-se exclusivamente a situação dos *Shopping Centers*.

É inexecutável o entendimento segundo o qual os *Shopping Centers* deveriam coibir criminosos armados — mesmo sem autorização legislativa para uso de arma de fogo —, lançando mão tão somente de vigilantes desarmados para impedir tais ameaças, expondo a extremo risco as vidas dos funcionários, dos frequentadores dos *Shopping Centers* e das vítimas. Uma só arma de fogo sobrepuja qualquer efetivo desarmado.

Os entendimentos jurisprudenciais que impõem a responsabilização da iniciativa privada se baseiam em um dever de segurança, que deveria ser prestado pelos *Shopping Centers*, ignorando que a segurança pública é atribuição do Estado, com rol taxativo de órgãos legitimados para tal. À título de exemplificação segue decisão do AgInt no Agravo Em Recurso Especial nº 790.302/RJ do Superior Tribunal de Justiça²⁰:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TIROTEIO OCORRIDO EM LOJA DE SHOPPING CENTER. DISPARO DE ARMA DE FOGO QUE ATINGIU CLIENTE DO CENTRO DE COMPRAS. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. CASO FORTUITO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, faz parte do dever dos estabelecimentos comerciais, como shopping centers e hipermercados, zelar pela segurança de seus clientes, não sendo possível afastar sua responsabilidade civil com base em excludentes de força maior ou caso fortuito. 2. In casu, o autor da ação indenizatória foi vítima de disparo de arma de fogo ocorrido nas dependências do shopping center enquanto acontecia uma tentativa de assalto a uma de suas lojas, ficando configurada a responsabilidade do estabelecimento por indenizar os danos materiais e morais sofridos pelo autor. 3. Agravo interno a que se nega provimento [...]

Ainda no corpo do julgado demonstrado, são apresentadas outros recursos julgados por essa Corte com entendimentos análogos, assim vejamos: REsp 419.059/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, REsp 1.327.778/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, AgRg no AREsp 790.643/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, AgRg no REsp 1.235.168/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, AgRg no AREsp 603.026/SP, Rel. Ministro Raul Araújo,

¹⁹ Idem, op.cit., nota 5.

²⁰ Idem. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Agravo Em Recurso Especial nº 790.302/RJ. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201502472942&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 20 ago.2018

AgRg no AREsp 188.113/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, REsp 1.269.691/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, AgRg no Ag 1.113.293/MG, Rel. Ministro Paulo Furtado²¹.

Identifica-se claramente a existência de duas correntes sobre o assunto, quais sejam: uma se finca, pura e simplesmente, na responsabilidade objetiva, prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor²², e não aceita a excludente do fortuito externo. A segunda se posiciona em sentido oposto, reconhecendo o fortuito externo, e, por consequência, isentando o ente privado da responsabilização.

Infelizmente cada vez é mais comum em decisões judiciais encontrarmos o entendimento esposado no primeiro posicionamento e demonstrado acima, qual seja o que não aceita a excludente do fortuito externo. Entretanto, por uma questão de razoabilidade e de bom senso na análise das normas vigentes em nosso ordenamento, torna-se evidente que não se pode imputar ao particular a responsabilidade em coibir pretensões de marginais armados em seus estabelecimentos.

Não obstante, associa-se ao pensamento de Ana Frazão²³, no que tange a responsabilização dos Shopping Centers pelos fortuitos em seus estabelecimentos:

[...] Tal advertência é crucial, na medida em que a legítima preocupação com a satisfação da vítima não pode chegar ao ponto de transformar a responsabilidade pelo risco criado em uma responsabilidade que, próxima ao risco integral, seja arbitrária, ininteligível e incontrolável, alternativa que, além de ser incompatível com a autonomia do empresário, tem efeitos perversos sobre a atividade econômica [...].

3. TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PARA A INICIATIVA PRIVADA. RECONHECIMENTO DA FALÊNCIA DO ESTADO EM DECISÕES JUDICIAIS POLITIZADAS.

Desde o início da faculdade de Direito, os acadêmicos costumam ouvir o seguinte ensinamento jurídico, por assim dizer, qual seja: em um processo judicial existem três verdades, a verdade do Autor, a verdade do Réu e a verdade Processual, pois a verdade verdadeira, com perdão da redundância, já se perdeu.

²¹ Ibid.

²² BRASIL, op.cit., nota 1.

²³ FRAZÃO, op.cit., nota 12.

Com isso, se aprende que quem faz a melhor prova nos autos, ou seja, a verdade dos fatos comprovados no processo, tem êxito em uma demanda judicial, não importando se para o alcance de tal verdade se tenha usado exclusivamente a verdade formal ou real, pois o objetivo sempre será a verdade Forense.

No âmbito do processo civil, o juiz deve decidir sobre o litígio pelas provas produzidas nos autos, ou seja, teoricamente pela verdade formal. A fase probatória é a oportunidade de o autor provar o fato constitutivo do seu direito e o réu arguir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, em conformidade com o artigo 373 do Código de Processo Civil²⁴.

Entretanto, na prática, não é assim que tem acontecido em grande maioria dos julgados em nossos Tribunais pátrios.

Atendo-nos especificamente à Justiça Fluminense, quando nos deparamos com uma iminente e notória falência do Estado, vimos, com frequência absurda e estarrecedora, que nossos Tribunais, rotineiramente, em exercício atípico de suas atividades, usurpam a atividade típica de outro poder do Estado, qual seja o Legislativo, e, apesar de todo o conteúdo probatório e da legislação colacionados aos autos na fase instrutória, dão interpretação a favor da parte presumivelmente mais vulnerável.

Conforme preconiza o artigo 2º da CRFB²⁵, são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo eles autônomos e dotados de uma parcela de soberania e independência. Um interfere no outro de forma a cooperar para manutenção da harmonia prevista na constituição, exercendo, inclusive, atividades atípicas, conforme previsão legal.

Não obstante, não é dessa função típica e prevista em lei, que cada Poder da União exerce, que se está mencionando e suscitando críticas, mas de atividade atípica que não tem a devida previsão legal, mas que o Judiciário tem usurpado para si, a fim de dar soluções que considera adequadas a uma sociedade que não tem respostas de quem possui competência para tal, ou seja, dos outros dois Poderes da União.

Em claro intuito de amenizar os ânimos e o clamor social, o Judiciário, de forma pleonástica, tem feito Justiça com as próprias mãos, eis que comumente tem fugido da sua função típica que é especificamente a função de aplicar as leis.

²⁴BRASIL. *Código de Processo Civil*. Art. 373. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵Idem, op. cit., nota 5.

Dizem-se decisões adequadas, mas, em verdade, são decisões evitadas com um nuance de tom apaziguador, a fim de suprir buracos deixados pelos poderes Legislativo e Executivo.

Com isso, o Judiciário passou a ser não só o executor das leis, mas o elaborador das mesmas e o administrador de um Estado, como dito anteriormente, falido e carente de soluções.

Cada vez mais as decisões proferidas em instâncias primárias e muitas vezes confirmadas pelos Tribunais Regionais e Superiores tangenciam a Justiça, por acreditarem estes mesmos Julgadores serem as decisões adequadas e equilibradoras à realidade da sociedade, do Estado e do País.

E a análise que se faz é a de que o poder Judiciário se travestiu de o último e tênue fio de esperança para a subsistência e o equilíbrio de uma sociedade carecedora de Justiça e de um Estado claudicante, impondo deveres e obrigações que são cruéis ao empreendedor e prestador de serviços.

Quem claramente mais sofre com isso é a iniciativa privada, pois em uma Sociedade necessitada de serviços, de proteção, de atuação estatal e de outro lado um Estado totalmente paralisado, apático, seja pela corrupção, seja pela falta de recursos ou pela má administração, onera-se o particular.

Na maioria das vezes, esse Judiciário que crê ser o fiel da balança impõe deveres e obrigações em suas decisões à iniciativa privada que, como já dito, ultrapassam a razoabilidade e a possibilidade da sua própria execução, ou seja, transfere a exclusiva competência do Estado para quem não tem esse dever, não possui essa obrigação legal e não está preparado para exercer esse ônus.

Como bem ponderou Ana Frazão²⁶, ainda em seu artigo sobre Risco da Empresa e Caso fortuito externo:

[...] São esses os critérios que deverão ser usados ao se enfrentar aquele que é o grande desafio da responsabilidade pelo risco: encontrar o equilíbrio entre a necessidade de ressarcimento da vítima com a valorização do empresário e a possibilidade de controle do risco, sem o que é impossível haver um cenário minimamente compatível para o investimento empresarial e para a assunção de riscos [...].

A despeito do que ora se expõe decisões com intuito de minimizar o impacto da violência à sociedade onerando empresários são apenas paliativas, pois não coíbem ou atenuam a crescente violência, mas geram consequências muito mais graves e sérias ao repassar à iniciativa privada a responsabilidade em reprimi-la.

²⁶ FRAZÃO, op.cit., nota 12.

Os *Shopping Centers* são tão vítimas dessa violência quanto o consumidor em si. O público é afastado dos locais de lazer por medo de se expor, os locatários tem o seu percentual de vendas drasticamente reduzido, as condições para se manter o negócio tornam-se insustentáveis e o comércio é fechado, restando apenas uma loja vazia e com dívidas por não ter havido condições de honrar o seu contrato. Por consequência surge uma avalanche de ações de despejo e de execuções distribuídas pela inadimplência.

É notório o crescente nível de violência urbana e da sensação de insegurança e de impotência, tanto que já se usa o discurso do armamento da sociedade em campanhas políticas para se angariar votos.

Muitas das vezes essa solução possivelmente adotada pelo poder Judiciário com intuito amenizador é compreensível, pois medidas de longo prazo não resolveriam o problema de forma imediata, mas a questão que se discute não é a de resolver o problema em longo, curto ou médio prazo, mas sim de não se resolver, transferindo simplesmente a sua incumbência e titularidade com todo o ônus da responsabilização.

Infelizmente essa é uma questão que muito se lamenta, mas que comumente ocorre. A transferência da responsabilidade é a medida mais adotada por nossas autoridades públicas, evidenciando a má gestão e a procrastinação na resolução dos problemas.

O termômetro dessa transferência de responsabilidades é o Poder Judiciário, pois demais poderes, quais sejam os poderes Legislativo e Executivo tornam-se muitas vezes de difícil acesso em questões como as ora discutidas, havendo necessidade de um desdobramento mais complexo como uma atividade de grande pressão de grupos organizados, visando exercer sobre políticos e poderes públicos qualquer influência ao seu alcance, para uma comoção e movimentação de alteração do quadro, o que muitas vezes é muito difícil de se conseguir, pois exige-se organização, liderança e política.

Assim, como já narrado, o Poder Judiciário, fugindo da sua função típica, inicia o propósito de proteger, através das suas decisões judiciais, um Estado falido, que não é capaz de exercer a sua função, transferindo para a iniciativa privada, neste caso, os *Shopping Centers*, a responsabilidade da Segurança Pública.

Diz-se fugindo de sua função típica, porque a função do Judiciário é a de aplicar a lei e não de dar interpretação tão extensiva que a altere por completo, como é o caso de transferir o dever de segurança ao ente privado.

Por óbvio que o prestador de serviços deve exercer atividade que forneça segurança ao consumidor, mas não ao ponto de usurpar uma atribuição pública e que pressupõe treinamento e experiência para isso, além de uma indumentária, como o porte de arma, que é

dificultada ao cidadão comum. O serviço de vigilância prestado pelos *Shopping Centers* tem natureza preventiva e não repressiva.

Ademais seria extremamente desastroso ter vigilantes e seguranças armados ostensivamente combatendo a execução de um crime entre frequentadores dos *Shopping Centers*.

Em recente decisão, o Magistrado Luiz Felipe Negrão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²⁷ assevera:

[...]O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 14, §1º do CDC). A noção de segurança do serviço tem uma inafastável relatividade, dependendo fundamentalmente daquilo que razoavelmente se possa esperar de determinado serviço concretamente considerado: se é irrazoável a expectativa do consumidor ou se, por outro ângulo, é razoável esperar-se determinado grau de risco em um determinado serviço, não se configura o defeito tal como tipificado no caput do art. 14 do CDC. É tarefa do julgador aferir em cada caso a razoabilidade das expectativas do consumidor e os riscos que concretamente se pode esperar de um serviço especificamente considerado[...].

Exigir que *Shopping Centers* coíbam ameaça com arma de fogo sem autorização para tal é, como dito, transformar a sua atividade em risco integral, conforme já exposto.

Não se pode exigir da vigilância do *Shopping Center*, local com as características peculiares que possui, uma atitude de defesa do patrimônio, sob pena de gerar uma reação mais violenta ainda, como antes se afirmou, aumentando os riscos à vida dos vigilantes e dos frequentadores.

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 vida e a de terceiros.

CONCLUSÃO

Com todo o exposto, procurou-se demonstrar que a extensão do risco da atividade é efetivamente prejudicial para a iniciativa privada como um todo, posto ser transferido para ela um dever/poder originariamente do ente público.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0031916-80.2015.8.19.0209*. Julgador: Luiz Felipe Negrão. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%E3o&numMov=19&desCMov=Senten%E7a>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Assim, deve-se buscar soluções com mais equidade a fim de se enfrentar o risco da atividade de forma mais razoável em uma conjuntura econômica e social.

Como visto toda a atividade, seja ela econômica ou não, demanda riscos. Os *Shopping Centers*, especificamente, tem consciência desse fato, não se pretendendo a sua exoneração, mas tão somente uma ponderação do que é crível e razoável se coibir e o que foge as possibilidades para se evitar.

A nossa Carta Magna dispõe que a segurança pública é dever do Estado, não obstante nem o Estado consegue coibir a crescente violência que assola toda a sociedade e as ameaças advindas dela.

Os *Shopping Centers* são tão reféns dessa crescente violência quanto o particular, consumidor, cidadão.

Investimentos para coibir e evitar essa ameaça que é extremamente nociva, inclusive financeiramente para o empreendimento, são feitos. Investimentos com tecnologia e profissionais são realizados constantemente, mas não se pode usurpar o poder de enfrentamento dos órgãos legalmente autorizados para essa função.

Desta forma, o grande obstáculo é encontrar o equilíbrio entre a segurança do serviço prestado e a possibilidade de evitar o risco, sobretudo dentro da razoabilidade da sua atividade.

Da atividade e do serviço prestados pelos *Shopping Centers*, se espera segurança, entretanto, como exposto, essa segurança tem uma inafastável relatividade, não sendo razoável esperar o enfrentamento de bandidos armados por vigilantes.

Assim, deve ser ponderado e identificado o que é a responsabilidade do Estado e o que é a responsabilidade do ente privado, reforçando o necessário compromisso com a atividade prestada e a segurança necessária.

Desta forma, torna-se totalmente dezarrazoado, a transferência do poder/dever do Estado de segurança pública e reprimir o crime para os *Shopping Centers*, que não possuem autorização legal e nem capacidade para o exercício dessa função.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 12. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil* (revista de acordo com o novo código civil). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 03-12.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual. (Atualizador Gustavo Tepedino). Rio de Janeiro: GZ, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito do consumidor*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WILSON RENAULT PINTO, Roberto; A. ALBINO DE OLILEIRA, Fernando. *Shopping Centers: Questões jurídicas*. Rio de Janeiro: Saraiva, 199

