

LIMITES AO RISCO DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PELA SEGURANÇA EM ESTABELECIMENTOS DE CONSUMO

*Tales Manoel Lima Vialôgo**

1 INTRODUÇÃO

Ser empreendedor é um direito de todos. Construir uma empresa e transformá-la em um elemento nuclear para a vida, garantindo o sustento duradouro do negócio, é meta específica de todo empresário. Não se consolida uma investida no mundo competitivo e árduo do empresariado sem uma alta carga de dedicação, renúncias e perseverança.

Custear os investimentos, as verbas trabalhistas, os tributos e outros gastos atinentes ao próprio negócio, mantendo a qualidade do produto ou serviço, motivando os colaboradores e consumidores diariamente, é um desafio que poucos conseguem cumprir.

Enquanto a massa de trabalhadores e consumidores forma a demanda,

*Especialista em Direito Empresarial e mestre em Direito Constitucional pela ITE-Bauru. Professor titular do corpo docente das Faculdades Integradas de Bauru. Coordenador da Pós-graduação em Direito Processual das Faculdades Integradas de Bauru. Presidente da Comissão de Exame de Ordem da OAB de Bauru (gestão 2019-2021). Advogado.

a oferta irá surgir e ser abastecida conforme os empresários sobrevivam ao desafio de manter o negócio. Afinal, a trajetória de nossas vidas depende friamente daquilo que conquistamos com nosso trabalho.

O Direito, então, é um mecanismo de harmonização entre a livre iniciativa e a valorização do trabalho e proteção dos consumidores. Assim caminha a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária, fundamentando a República Federativa na garantia do desenvolvimento nacional e nos valores do trabalho e da livre iniciativa, conforme seus artigos 1º, inciso IV, 3º incisos I e II e 170.

Existe uma expectativa de que o legislador ordinário irá fazer uso de uma balança de harmonização de interesses a fim de criar normas que compreendam a realidade do empresariado, mas que garantam a dignidade de trabalhadores e consumidores. Especificamente, no mercado de consumo, surge a figura do fornecedor, prevista na Lei 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Elemento nuclear da figura de fornecedor, descrita no *caput* do artigo 3º do CDC, o exercício da livre iniciativa econômica, em atividade tipicamente profissional, consumerista, gera uma série de implicações previstas em lei, dentre elas, o chamado risco da atividade.

Mas definir o alcance desse risco não é tarefa simples. Em meio a um vasto caminho de discordâncias doutrinárias e jurisprudenciais, as linhas que seguem pretendem esclarecer o cenário atual acerca dessa importante problemática.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI Nº 8.078/90

2.1 LINHAS GERAIS

Para que o ordenamento jurídico resolva de maneira justa os conflitos existentes nas relações jurídicas, é preciso que os interpretes das normas conheçam o limite de atuação do texto legal nos casos concretos.

Não há como definir juridicamente a extensão do dano, sem saber a extensão do texto normativo.

Essa premissa ganha especial relevância quando da análise do assunto aqui pretendido. Ora, afinal, qual o alcance do Código de Defesa do Consumidor na responsabilidade civil?

O primeiro dispositivo que merece destaque é o artigo 6º, que define os direitos básicos do consumidor, fixando em seu inciso VI “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Em seguida o artigo 7º, em seu parágrafo único, *in verbis*: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

Repare: a norma declara a responsabilidade solidária, para quando houver mais de um autor pela ofensa ao consumidor. Além disso, este mesmo artigo traz importante delimitação hermenêutica, qual seja, dos danos previstos nas normas de consumo, leia-se, danos especificamente de consumo, afinal, de que outro tipo de dano a lei consumerista haveria de tratar!

Dando prosseguimento, nos artigos 8º, 9º e 10º, o Código prevê disposições acerca da saúde e segurança do consumidor.

Importante notar que em tais artigos o legislador também deixa muito claro o campo de atuação da norma. Senão vejamos!

No artigo 8º traz a cláusula geral de não serem oferecidos no mercado produtos que acarretem riscos à saúde ou segurança do consumidor, com óbvia exceção daqueles latentes ou inerentes ao próprio produto, como por exemplo os fumígenos. Nestas exceções haverá, sempre, a regra de prestar as devidas informações ao consumidor, mesmo se tratando de nocividade ou periculosidade latente, pela inteligência do artigo 9º.

O legislador cuidou também da hipótese dos chamados produtos com nocividade ou periculosidade exagerada, conforme previsão do artigo 10, no qual está proibido o fornecimento de produto ou serviço com alto grau de risco à saúde ou segurança dos consumidores.

Mais uma vez o autor da lei andou bem, não deixando dúvidas sobre o limite da responsabilidade dos fornecedores pela segurança e saúde dos consumidores, que reside claramente na garantia da fruição dos serviços e utilização adequada dos produtos oferecidos no mercado, sem que importe em riscos de nocividade ou periculosidade além dos latentes - *aqueles já conhecidos pelo indivíduo padrão*.

Acerca de tal atuação da lei, o artigo 12 prevê a responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores primários acerca dos defeitos dos produtos, regra esta que se repete para os serviços no artigo 14, *caput*.

Importante lembrar que defeituosos são os produtos ou serviços que não entreguem aos consumidores a segurança que deles se espere.

Mais a frente, o artigo 17, traz preciso avanço e modernização para o texto normativo, integrando ao ordenamento brasileiro a figura do consumidor *bystander*, a saber aquele vitimado dos chamados acidentes de consumo. Leonardo de Medeiros Garcia, ao comentar o citado dispositivo, traz didática explicação:

Abrange o conceito de bystander aquelas pessoas físicas ou jurídicas que foram atingidas em sua integridade física ou segurança, em virtude do defeito do produto, não obstante não serem partícipes diretos da relação de consumo. Imagine uma pessoa que, ao atravessar a rua, é atropelada por veículo que perdeu o freio. Esta pessoa não é consumidora *stricto sensu* (art. 2o, *caput*), uma vez que não adquiriu nenhum produto ou serviço como destinatário final. Ao contrário, foi vítima de um acidente de consumo. Assim, poderá se valer do CDC como consumidor equiparado para pleitear indenização à montadora fabricante do veículo em virtude do defeito ocasionador do dano (falha no freio). (GARCIA, 2017, p. 196)

A equiparação de outros sujeitos à qualificação de consumidores, conforme o CDC, depende claramente da falta cuidados de segurança praticada pelos fornecedores, e razoavelmente se limita tal exigência, melhor dizendo, não se pode exigir aquilo que não é possível prever, afinal a atividade econômica está sendo exercida com a proteção do princípio da livre iniciativa.

Mas vale aqui lembrar: o consumidor é vulnerável. Então, como harmonizar tais interesses?

Retomando a breve análise do texto da lei, no artigo 18 e seguintes, o legislador trata da responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços pelos vícios de qualidade e quantidade, trazendo em seu bojo a responsabilidade objetiva e solidária. Trata especificamente da ampla defesa do consumidor nas circunstâncias em que os produtos se tornem impróprios ou inadequados para a sua finalidade ou os serviços sejam prestados de maneira irregular, de modo a gerar vícios, o que traz ao consumidor direitos, como por exemplo o de rescindir o contrato de consumo, trocar o produto impróprio ao consumo, a reexecução

do serviço prestado de forma inadequada, o de eventual indenização, dentre outros.

Mais a frente, o artigo 25 traz a proibição de cláusula contratual que prejudique o consumidor em seu direito de ser indenizado, e em seu parágrafo primeiro reitera pela solidariedade entre os responsáveis por danos causados aos consumidores.

Traz, então, o texto legal consumerista suficiente tratamento acerca das responsabilidades dos fornecedores de produtos e serviços acerca de defeitos e de vícios, garantindo aos consumidores direitos relativos ao próprio contrato de consumo e de indenização. Resta saber se o alcance das previsões do código abrange a responsabilidade de fornecedores em decorrência de atos de terceiros, o que depende da análise das hipóteses excludentes.

2.2 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Embora seja o consumidor a parte mais fraca da relação de consumo, de certo que não agiria corretamente o legislador se decidisse por adotar a aplicação do risco integral da atividade econômica, imputando aos fornecedores uma circunstância de obrigação absoluta perante os consumidores.

Fala-se em risco integral quando a legislação fixa uma responsabilidade objetiva integrada com o exercício de determinada atividade, sem prever qualquer excludente de responsabilidade.

Sérgio Cavalieri Filho, ao iniciar a análise acerca das hipóteses excludentes, traz o seguinte pensamento introdutório.

Mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo causal. Esta é a regra universal, quase absoluta, só excepcionada nos raríssimos casos em que a responsabilidade é fundada no risco integral, o que não ocorre no Código do Consumidor. Inexistindo relação de causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade, conforme enfatizado em várias oportunidades. Essa é a razão das regras dos arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, do Código do Consumidor, porquanto, em todas as hipóteses de exclusão de responsabilidade ali mencionadas, o fundamento é a inexistência do nexo causal entre o dano sofrido pelo consumidor e o defeito do produto ou do serviço. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 334)

Assim é que em seus artigos 12, § 3º e 14, §3º, o Código em estudo apresenta as hipóteses de exclusão da responsabilidade dos fornecedores pelos defeitos em produtos e serviços.

Nos citados dispositivos, trouxe a lei circunstâncias ligadas diretamente com o objeto do contrato: o produto ou o serviço. Deve o fornecedor comprovar que não colocou o objeto no mercado; que embora tenha colocado o objeto no mercado, o defeito inexistiu; ou ainda que ocorreu culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor.

Uma primeira questão torna-se necessária para elucidar do tema aqui proposto: o rol de excludentes do Código de Consumo é taxativo ou exemplificativo?

É premissa comum no direito protecionista que as regras jurídicas devem ser interpretadas sempre de forma mais favorável à parte vulnerável da relação jurídica. Assim é também no direito do consumidor. Neste sentido, uma fria conclusão levaria a afirmar que se trata de cláusula esgotativa, não cabendo outras possibilidades de exclusão da responsabilidade dos fornecedores, que não aquelas já previstas no bojo da lei de consumo.

Partindo dessa primeira ideia, vale lembrar das hipóteses previstas no artigo 393 do Código Civil de 2002, que expressamente inclui o caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da obrigação de reparar danos.

Supondo que um indivíduo armado entra em um restaurante e atira contra os consumidores que ali estão. Poderá o consumidor atingido pelos disparos ingressar com ação de reparação de danos contra o estabelecimento de consumo?

A questão merece profunda análise, pois não havendo um posicionamento uniforme acerca das hipóteses de exclusão previstas no CDC, surgirão muitas divergências.

3 FORÇA MAIOR E CASO FORTUITO COMO EXCLUDENTES

Por se tratarem de conceitos cujo significado jurídico é ainda debatido na doutrina, é de boa didática esclarecer que a corrente do presente autor, diferenciando tais institutos, é a da inevitabilidade na força maior e da imprevisibilidade no caso fortuito. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho trazem o mesmo tratamento.

a característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na sua imprevisibilidade, segundo os parâmetros do homem médio. Nessa última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo). (GAGLIANO, 2002, p. 291)

Retornando ao ponto do atirador no restaurante, e considerando a explicação doutrinária, estaria o exemplo configurando uma situação de imprevisibilidade, melhor dizendo, caso fortuito.

No Código de Defesa do Consumidor não há previsão expressa de caso fortuito. Daí se conclui que, sendo taxativo o rol da lei de consumo, haverá sim responsabilidade do fornecedor, independentemente denexo de causalidade.

Autores que seguem a corrente de Nelson Nery Júnior entenderão como não aplicável a excludente de caso fortuito nas relações de consumo (NERY JR, 1992, p. 56).

Em sentido antagônico surge a aplicação subsidiária do Código Civil, posição majoritária entre autores e jurisprudência. Daí fala-se em distinguir fortuito interno e fortuito externo.

Como a própria expressão já sugere o fortuito interno está relacionado com a atividade do fornecedor, como por exemplo um acontecimento inevitável que ocorre no momento da fabricação do produto, ao passo que externo é o fortuito que não se relaciona com a atividade econômica, seria então circunstância onde não existe defeito no produto ou no serviço, mas sim um fato integralmente isolado e sem qualquer vínculo com o fornecedor, como ocorre na hipótese do atirador no restaurante.

Ora, se o fortuito ocorre de forma externa, não parece justo imputar ao fornecedor a responsabilidade de indenizar o consumidor atingido. Sérgio Cavalieri Filho defende igualmente o fortuito externo como excludente:

Em conclusão, o fortuito externo, em nosso entender verdadeira força maior, não guarda relação alguma com o produto, nem com o serviço, sendo, pois, imperioso admiti-lo como excludente da responsabilidade do fornecedor, sob pena de lhe impor uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, da qual o Código não cogitou. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 340)

Leonardo Medeiros Garcia traz idêntico posicionamento quando afirma que “somente o fortuito externo excluiria a responsabilidade do fornecedor, justamente por não guardar nenhuma relação com a atividade negociada, sendo fato estranho a esta” (GARCIA, 2017, p. 164).

Ora, o legislador consumerista não trouxe previsão acerca do caso fortuito justamente para se evitar uma incorreta interpretação do alcance da responsabilidade civil inerente da relação de consumo.

Este é o sentido que mais se aproxima da segurança jurídica, pois o fortuito interno é ônus da responsabilidade objetiva, logo, não exclui o dever de indenizar. Ao passo que, sendo externo o caso fortuito, não há como integrá-lo com o risco da atividade econômica, e, portanto, não deve ser tratado como fato gerador da responsabilidade do fornecedor.

Assim já julgou o Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do Recurso Especial 1.440.756, onde se discutia a responsabilidade pela segurança dos consumidores em caso de disparos feitos dentro de uma sala de cinema em um *shopping*.

Na ocasião, entendeu a Terceira Turma do STJ que não seria razoável exigir das equipes de segurança de um cinema ou do próprio *shopping* evitar investidas homicidas:

1. É do terceiro a culpa de quem realiza disparo de arma de fogo para dentro de um *shopping* e provoca a morte de um frequentador seu. 2. Ausência denexo causal entre o dano e a conduta do *shopping* por configurar hipótese de caso fortuito externo, imprevisível, inevitável e autônomo, o que não gera o dever de indenizar (art. 14, § 3.º, II, do CDC). (RECURSO ESPECIAL Nº 1.440.756 - RJ - 2013/0321068-2)

A mesma turma recursal, julgando o Recurso Especial 1.642.397, aplicou novamente a hipótese excludente em caso de um roubo ocorrido em estacionamento gratuito de uma rede atacadista:

No caso, a prática do crime de roubo, com emprego inclusive de arma de fogo, de cliente de atacadista, ocorrido em estacionamento gratuito, localizado em área pública em frente ao estabelecimento comercial, constitui verdadeira hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior) que afasta da empresa o dever de indenizar o prejuízo suportado por seu cliente. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.642.397 - DF - 2016/0317323-2)

Caminhando em outra corrente, em decisão mais recente daquela primeira, a Quarta Turma Recursal do STJ, entendeu tratar-se, sim, de responsabilidade do *shopping* a segurança dos consumidores em caso de atiradores em suas dependências:

O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que é dever de estabelecimentos como *shopping centers* zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de roubos violentos. (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.027.025 – SP - 2016/0312980-5)

Na prática da atividade jurisdicional, certamente é sempre melhor individualizar cada caso sob julgamento e análise, pois por óbvio que as peculiaridades é que levarão o julgador a chegar a uma conclusão. Porém, se espera que a uniformização jurisprudencial atinja um posicionamento que não ignore a realidade social, a dificuldade de atuar no mercado empresarial e, principalmente, os deveres do Estado.

Nesta esteira, vale lembrar que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, o que se constata pela simples leitura do artigo 37, § 6º da norma constitucional de 1988.

Flávio Tartuce, ao comentar os julgados que se orientam pela responsabilização dos fornecedores por atos criminosos de terceiros, como aqueles acima tratados, traz posicionamento contrário a tal corrente:

Com o devido respeito, há uma ampliação exagerada da responsabilidade dos entes privados quando, na verdade, quem deveria responder seriam os entes públicos, pela flagrante falta de segurança. A questão passa por uma necessária revisão da responsabilidade civil estatal, diante da falsa premissa da responsabilidade subjetiva estatal, por omissão dos entes e agentes públicos. (TARTUCE, 2018, p. 240)

Este tema produz diversas linhas de pensamento, mas o direito positivo garante o alcance da responsabilidade civil na medida em que exista texto legal para embasar o dever de indenizar. Como se viu, o Código de Defesa do Consumidor não traz expressamente um dever de os estabelecimentos privados estarem com segurança preventiva de roubos e atos homicidas. O Código Civil traz a previsão do caso fortuito como excludente, sendo aceito o fortuito externo pela jurisprudência.

Resta então resolver se roubos e atos homicidas configuram ou não como fortuito externo. Com o devido respeito aos julgados contrários, o presente autor entende configurada a excludente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que existem muitos fatores que irão impulsionar o pensamento de justiça, sendo que cada um possui suas próprias razões e sentidos do que parece justo ou não.

Não cabe ao Poder Judiciário sempre saber a única resposta correta, e nem se deve exigir tal capacidade de nossa magistratura.

No tocante ao ponto que chama a atenção este ensaio científico, não há dúvidas de que não deve o fornecedor, comerciante, responder por atiradores e crimes com arma de fogo praticados em suas dependências. O que se discute é no tocante aos *shoppings*, se a segurança contratada deve ter preparo para conter criminosos e atiradores. Certo é também que a jurisprudência ainda deve aprimorar sua análise.

Vale sempre lembrar também que é comando constitucional o dever do Estado em preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas, pela inteligência do artigo 144 da Constituição Federal de 1988.

Assim é que em certos casos a responsabilidade é da segurança pública, e não do fornecedor de produtos e serviços.

Dizer que o Estado não possui qualquer responsabilidade perante atiradores em *shoppings* não parece uma posição razoável, pois a legislação brasileira não possui previsão de que os estabelecimentos comerciais devem evitar atos homicidas e outros crimes contra a vida em suas dependências, mas sim que possuem obrigação de zelar pela segurança dos consumidores, logo, respondendo pelo que se denomina fortuito interno.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28. Maio. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NERY JR, Nelson. “Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor?”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3. 1992.

STJ. *Recurso Especial nº 1.440.756 - RJ - 2013/0321068-2*. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/44678563/processo-n-2013-0321068-2-do-stj>>. Acesso em: 28. Maio. 2020.

STJ. *Recurso Especial nº 1.642.397 - DF - 2016/0317323-2*. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/acordao/2102730>>. Acesso em: 28. Maio. 2020.

STJ. *Agravo em Recurso Especial nº 1.027.025 - SP - 2016/0312980-5*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/7/art20190703-05.pdf>>. Acesso em: 28. Maio. 2020.

TARTUCE, Flávio. NEVES, Daniel A.A. *Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.