



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

RAFAELA GALVÃO RIBEIRO DE ARAÚJO

**O ASSALTO À MÃO ARMADA NO CONTEXTO EMPRESARIAL COMO
FORTUITO EXTERNO E COMO PARTE DO RISCO DA ATIVIDADE: UMA
ANÁLISE FEITA A PARTIR DA TEORIA DO RISCO**

JOÃO PESSOA

2021

RAFAELA GALVÃO RIBEIRO DE ARAÚJO

**O ASSALTO À MÃO ARMADA NO CONTEXTO EMPRESARIAL COMO
FORTUITO EXTERNO E COMO PARTE DO RISCO DA ATIVIDADE: UMA
ANÁLISE FEITA A PARTIR DA TEORIA DO RISCO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marília Marques Rego Vilhena.

JOÃO PESSOA

2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A663a Araujo, Rafaela Galvao Ribeiro de.

O assalto à mão armada no contexto empresarial como fortuito externo e como parte do risco da atividade: uma análise feita a partir da teoria do risco / Rafaela Galvao Ribeiro de Araujo. - João Pessoa, 2021.
50 f.

Orientação: Marília Marques Rego Vilhena.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Responsabilidade civil objetiva. 2. Assalto a mão armada. 3. Fortuito externo. 4. Risco de atividade. I. Vilhena, Marília Marques Rego. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

RAFAELA GALVÃO RIBEIRO DE ARAÚJO

**O ASSALTO À MÃO ARMADA NO CONTEXTO EMPRESARIAL COMO
FORTUITO EXTERNO E COMO PARTE DO RISCO DA ATIVIDADE: UMA
ANÁLISE FEITA A PARTIR DA TEORIA DO RISCO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marília Marques Rego Vilhena.

DATA DA APROVAÇÃO: 16/07/2021

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Dr.^a MARÍLIA MARQUES REGO VILHENA
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dr. ALFREDO RANGEL RIBEIRO
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. JONÁBIO BARBOSA DOS SANTOS
(AVALIADOR)**

AGRADECIMENTOS

Questionei-me a respeito da necessidade, sobretudo da pertinência, de se escrever um tópico sobre agradecimentos em um trabalho acadêmico, tão técnico e impessoal. Não me parecia adequado misturar técnica e sentimento. No entanto, como não misturar vida relacional e vida profissional, se tudo faz parte de um todo singular? Ambas são vidas em um sentido que não se pode admitir subdivisões, sendo tudo isso, no fim das contas, coisa única. Vida é uma só.

Sendo assim, escrevo esses agradecimentos na pretensão de fotografar, através das palavras, a minha gratidão às pessoas que fizeram parte dessa pequena jornada que foi o início da minha trajetória no mundo do Direito – sendo essa caminhada, agora, parte de mim, do meu passado, do meu presente e do meu futuro. E assim começo derramando toda a minha gratidão ao Deus da minha vida, Cristo Jesus, razão e sustento do meu ser e de todos os meus dias. Assim foi e assim será até o fim.

Estendo essa profunda gratidão à minha família, em especial a Celeida e Divanildo, meus pais, pela criação firmada em amor, mas também pelo direcionamento e pelas valiosas lições que me foram passadas, mesmo quando nenhuma palavra era dita. Aos meus irmãos, Victor e Gustavo, agradeço pela proteção e pelo cuidado e, acima de tudo, pelos exemplos de garra que me inspiram a lutar.

Às minhas amigas, que coloreem os meus dias, através do compartilhamento dos bons e dos maus momentos, e que me acompanham desde a época da escola, em especial Bia, Nise, Vanessa e Vitória. A Malu e Taynah, duas amigas que representam um alicerce e um porto seguro na minha vida. A Juliana, que compartilhou comigo as salas de aula da escola, da faculdade e da vida, pois juntas aprendemos e reaprendemos todos os dias.

Aos meus eternos chefes, Davi, Carol e Luciano, por terem me acolhido no escritório quando eu ainda era muito nova e muito inexperiente. Mais do que diligenciar e peticionar, eles me ensinaram sobre responsabilidade e perspectivas e, por isso em especial, serei para sempre grata.

Aos queridos amigos com quem dividi os últimos cinco anos, e que tornaram a caminhada tão prazerosa e divertida, cabendo destacar Eduardo, Guilherme, Leticia, Lucas Gondim, Lucas Natanael, Lukas Toscano, Naara, Rafaela e Sara.

Por fim, agradeço a todos os professores da Universidade Federal da Paraíba que, direta e indiretamente, colaboraram para meu crescimento acadêmico e pessoal, tanto nas salas de aula, quanto nos projetos de monitoria, pesquisa e extensão. Agradeço, em especial, à professora Marília Vilhena pela orientação deste trabalho e pela disponibilidade de sempre.

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo realizar uma investigação acerca da responsabilidade civil do empresário nos casos em que os consumidores vivenciam episódios de assalto à mão armada no contexto da atividade desenvolvida. Isso porque, não obstante a responsabilidade do fornecedor e do prestador de serviço, nos termos do Código do Consumidor e do Código Civil, ser objetiva, já que não demanda o ônus da demonstração da culpa pela vítima, não se pode confundir a espécie com a responsabilidade integral, que abarca todo tipo de risco. Assim, questiona-se se o assalto à mão armada estaria incluído nas hipóteses de excludentes de nexo causal, de modo a afastar a responsabilidade do prestador de serviços. Diante do questionamento levantado, a pesquisa debruça-se sobre a análise da doutrina a respeito da responsabilidade civil objetiva nos diplomas civilista e consumerista, nas situações em que essa responsabilidade é excluída, na teoria do risco e suas modalidades e, por fim, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao enquadramento do assalto à mão armada como fortuito interno ou como risco do empreendimento.

Palavras-chave: Responsabilidade civil objetiva; assalto à mão armada; teoria do risco; risco do empreendimento; fortuito interno e fortuito externo.

ABSTRACT

This research aims at investigating the civil responsibility of the entrepreneur in cases where consumers experience episodes of armed robbery in the context of the activity developed by the company. This is because, despite the fact that the responsibility of the supplier and service provider is objective, under the Consumer Code and the Civil Code, as it does not demand the burden of showing guilt by the victim, this type of responsibility cannot be confused with the full responsibility, which encompasses all types of risk. Thus, it is questioned whether armed robbery would be included in the hypotheses of excluding a causal link, in order to remove the responsibility of the service provider. Given the question raised, the research focuses on the analysis of the doctrine regarding strict civil liability in civil and consumer diplomas, in situations where this liability is excluded, in the theory of risk and its modalities and, finally, in the understanding of the Superior Court of Justice regarding the classification of armed robbery as internal fortuitous event or as a risk of the enterprise.

Keywords: objective civil liability; armed robbery; risk theory; enterprise risk; internal fortuitous event and external fortuitous event.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPRESÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO	7
2.1	A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA ATIVIDADE EMPRESARIAL DESENVOLVIDA	10
2.1.1	Breve análise histórica sobre a responsabilidade civil objetiva	10
2.1.2	A responsabilidade objetiva pela atividade empresarial no Código Civil e no Código do Consumidor	12
2.1.2.1	<i>A cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil</i>	<i>12</i>
2.1.2.2	<i>Código Civil e Código de Defesa do Consumidor: diálogo entre as fontes na proteção do consumidor.....</i>	<i>13</i>
2.1.2.2.1	<i>A responsabilidade do empresário pelo fato do serviço</i>	<i>15</i>
3	A RELAÇÃO ENTRE O CASO FORTUITO E O RISCO DO EMPREENHIMENTO	19
3.1	O CASO FORTUITO COMO HIPÓTESE DE EXCLUDENTE DO NEXO DE CAUSALIDADE	19
3.1.1	Breve análise sobre nexos de causalidade e suas teorias	19
3.1.2	Hipóteses de excludente de nexos de causalidade no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor	22
3.1.3	Fortuito interno x fortuito externo	26
3.2	RISCO DO EMPREENHIMENTO: A TEORIA DO RISCO E SUAS MODALIDADES APLICÁVEIS AO ÂMBITO EMPRESARIAL	27
4	O ASSALTO À MÃO ARMADA NO CONTEXTO EMPRESARIAL: FORTUITO EXTERNO OU PARTE DO RISCO DA ATIVIDADE? UMA ANÁLISE FEITA A PARTIR DA TEORIA DO RISCO	30
4.1	APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ ..	30
4.1.1	Breve análise de precedentes	30

4.1.2	Critérios escolhidos pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação das teorias do risco nos casos de assalto à mão armada	32
4.1.3	Outros critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça.....	38
5	CONCLUSÃO	41
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

1 INTRODUÇÃO

A doutrina e a jurisprudência civilistas são pacíficas quanto ao entendimento de que o caso fortuito e a força maior, juntamente com a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva do terceiro, são hipóteses de excludente de nexos de causalidade, de modo que, verificadas no caso concreto, obstam a imputação da responsabilização civil ao agente.

No entanto, na prática, o caso fortuito e a força maior não são facilmente identificadas no âmbito empresarial, devido à relação que possuem com o chamado risco do empreendimento, isto é, com a atividade desenvolvida pelo suposto responsável. Assim, pode ocorrer que o evento causador do dano gere dúvidas a respeito de um possível enquadramento como “caso fortuito ou força maior” ou como “risco do empreendimento”.

Dentre inúmeras hipóteses que podem levantar o referido debate, tem-se os casos de assalto à mão armada que ocorrem no âmbito da atividade empresarial. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como a doutrina civilista, compreendem que o roubo tanto pode ser considerado caso fortuito, excluindo, assim, a responsabilidade civil do empresário, como pode ser considerado risco do próprio empreendimento, não sendo apto a excluir a responsabilidade.

Diante desse impasse, o presente trabalho busca investigar os conceitos em torno da problemática, bem como fazer uma análise a respeito da teoria do risco e dos critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para classificar o assalto como risco do empreendimento ou como fortuito externo.

No primeiro capítulo, busca-se desenvolver o conceito de responsabilidade civil, bem como a passagem histórica da responsabilidade subjetiva para a objetiva, ocorrida no século XIX, que impactou o ordenamento jurídico brasileiro. Na análise do instituto jurídico, também são examinadas as diferenças e as semelhanças, sob a ótica do diálogo das fontes, da responsabilidade civil objetiva, no Código Civil, bem como no Código do Consumidor.

No segundo capítulo, a pesquisa busca destrinchar o nexos de causalidade, um dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, e as teorias de valor histórico e doutrinário que o justificam. A análise também passa pelas hipóteses de excludente de nexos causal trazidas tanto pelo Código Civil, quanto pelo Código de Defesa do

Consumidor, e pelo destaque doutrinário que se faz em torno do binômio fortuito interno x fortuito externo, modalidades ligadas ao caso fortuito e à força maior. Diante do estudo do fortuito interno e do fortuito externo, ainda no referido capítulo, faz-se uma análise a respeito das teorias do risco, em especial do risco proveito e do risco criado, bem como das críticas doutrinárias que são feitas em torno delas.

Por fim, no terceiro e último capítulo, discorre-se a respeito do enquadramento do assalto à mão armada como risco do empreendimento ou como fortuito externo, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando-se destacar os critérios utilizados, pela Corte de Justiça, à luz da teoria do risco desenvolvida no capítulo antecedente.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPRESÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

Em regra, toda conduta humana que gera prejuízo a outrem, violando, assim, um dever jurídico, é fonte geradora de responsabilidade civil. Esse dever, por sua vez, é definido por Sérgio Cavalieri Filho¹ como uma conduta externa imposta pelo Direito Positivo em nome da convivência social e, por não se tratar de mero conselho, advertência ou recomendação, impõe uma verdadeira obrigação, no plano jurídico, ao indivíduo.

Nessa lógica, uma vez violado, o dever jurídico originário gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário. Este, por sua vez, é o próprio dever de indenizar ou reparar, o que origina a noção de responsabilidade civil. É nesse sentido que Caio Mário da Silva Pereira² define o referido instituto como a:

[...] efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Ressalta-se que a definição trazida de dever jurídico, cuja violação origina o dever de reparação, coaduna-se com a definição de responsabilidade civil extracontratual, advinda da tradicional classificação feita com base nas fontes do direito. Assim, diz-se extracontratual a responsabilidade decorrente da inobservância de deveres gerais impostos pelo Estado, e contratual a proveniente de infração à autorregulação³. O traço em comum de ambas é que o dever de indenizar é caracterizado pela sucessividade, pois sempre decorrerá da violação de uma obrigação anterior – dever jurídico originário –, seja ela estabelecida em lei ou em contrato⁴.

Quanto aos pressupostos do dever de indenizar, tem-se que não há unanimidade doutrinária em relação a quais sejam. No entanto, apesar das divergências, é possível afirmar, com base nas lições clássicas, a existência de quatro

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 11.

² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 14.

³ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. Grupo GEN, 2020, p. 10. v. 4.

⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 12.

pressupostos, também chamados de elementos, que são: a conduta humana, o nexo de causalidade, o dano e a culpa genérica ou *lato sensu*.

A conduta humana refere-se à ação ou à omissão que venha a causar dano a outrem. O ato, conforme retira-se das disposições do Código Civil, pode ser próprio ou de terceiros que estejam sob a guarda do agente, como também pode ser originado por coisas e animais que lhe pertençam⁵.

O nexo de causalidade, por sua vez, é conceituado como a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado⁶. Tal elemento, além de ser pressuposto indispensável para que reste caracterizada a obrigação de indenizar, também baliza a medida da indenização, conforme explica Gustavo Tepedino⁷, ao definir a relação de causalidade sob a ótica de sua dupla função:

No campo da responsabilidade civil, o nexo causal cumpre uma dupla função: por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir o resultado danoso; por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização. É, portanto, o nexo causal que determina até onde vai a responsabilidade do autor do dano, e não a culpa.

O dano apresenta-se como verdadeiro elemento central, já que a responsabilidade civil nasce com o intuito de repará-lo. Tão grande é sua importância que nos países de língua espanhola, o instituto civil de reparação é reduzido à expressão *Derecho de Daños*⁸.

Atualmente, a noção de dano que prevalece é a normativa, segundo a qual, conforme leciona Tepedino⁹, o dano é a lesão a qualquer interesse jurídico digno de tutela. Resta superado, portanto, o tradicional entendimento de que dano é a diminuição do patrimônio – fundado na chamada Teoria da Diferença –, uma vez que o ordenamento jurídico reconhece a possibilidade de proteção aos mais variados bens jurídicos.

O quarto e último elemento refere-se à culpa genérica ou *lato sensu*. De se pontuar que tal pressuposto apenas encontra relevância dentro da teoria da responsabilidade subjetiva, haja vista ser a noção de culpa o elemento distintivo em relação à teoria objetiva¹⁰.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Editora Saraiva, 2020a, p. 21. (v. 4: responsabilidade civil).

⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁷ TEPEDINO, 2020, p. 81.

⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ PEREIRA, 2018, p. 84.

Preleciona Caio Mário da Silva Pereira¹¹ que a culpa pode ser conceituada como um erro de conduta praticado por um agente que, apesar de não ter a intenção de prejudicar, causa dano a outrem. Em suas palavras:

O agente estava adstrito à obediência a uma norma. Se faltou com a sua observância, por imprudência ou negligência, cometeu um erro de comportamento, ou, como na expressão já reafirmada, um erro de conduta, e este é uma definição de culpa.

Tal conceito corresponde à denominada culpa normativa, que substitui a noção psicológica da culpa, base da responsabilidade civil durante o século XIX¹². Nessa antiga e clássica concepção, a culpa é definida pela consciência do comportamento, consubstanciada na vontade de agir e na previsibilidade do resultado¹³. Apesar das diferenças conceituais, as duas concepções – normativa e clássica – possuem como ponto em comum a prescindibilidade da análise da intenção do ofensor em produzir o dano.

Não obstante não ser necessário para o conceito da culpa, o elemento intencional revela-se importante para distinguir a culpa em sentido estrito do dolo, ambos pertencentes à noção de culpa genérica¹⁴. Por conseguinte, o dolo é caracterizado pela violação intencional do dever jurídico, com o objetivo de prejudicar outrem, e a culpa em sentido estrito é conceituada como o desrespeito a um dever preexistente, em que não há, propriamente, a intenção de violar o dito dever¹⁵.

É pertinente salientar que, para a imputação do dever de reparação do dano, não é importante observar se o autor agiu com dolo ou com culpa, bastando que haja – dentro do conceito de responsabilidade civil subjetiva – a culpa genérica. Contudo, quando se trata de fixação do *quantum* indenizatório, o elemento intencional ganha relevância, tendo em vista que os arts. 944 e 945¹⁶ da atual codificação privada

¹¹ PEREIRA, 2018, p. 91.

¹² *Ibidem*.

¹³ TEPEDINO, 2020, p. 101.

¹⁴ *Ibidem*, p. 104.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense: Grupo GEN, 2020a, v. 2, p. 390.

¹⁶ Segundo os dispositivos do Código Civil de 2002: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

preveem a possibilidade de redução equitativa, ou por equidade, da indenização, consagrando, assim, a chamada teoria da causalidade adequada¹⁷.

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA ATIVIDADE EMPRESARIAL DESENVOLVIDA

2.1.1 Breve análise histórica sobre a responsabilidade civil objetiva

A partir do século XIX, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa genérica, passou a receber críticas por parte da doutrina, notadamente por nomes como Raymond Saleilles, com seu notório estudo defendendo a teoria objetiva¹⁸. Começou, assim, a ser repensado o referido instituto da teoria subjetiva, já que ele, até então, não abarcava os infortúnios em que a demonstração da culpa se tornava inviável ou, no mínimo, difícil.

Tal demanda surgiu, especialmente, como consequência da mudança social ocasionada pela Revolução Industrial¹⁹. Como ensina Alvino Lima²⁰, a densidade progressiva das populações, a diversidade múltipla das atividades da exploração do solo e das riquezas, bem como a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, fizeram aumentar as lesões aos direitos. As vítimas dos danos, por sua vez, eram desprovidas de recursos, o que dificultava a produção de prova relacionada à causa dos acidentes vividos.

Conforme destaca o jurista, tornou-se imperioso, portanto, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual que melhor resolvesse o problema da reparação dos danos. Buscou-se, com isso, proteger a vítima, assegurando-lhe proteção, em detrimento da mera penalização do autor do prejuízo causado²¹.

Louis Jousserand²², apontando a necessidade da evolução da teoria da responsabilidade civil, argumenta:

¹⁷ TARTUCE, 2020, p. 390.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011. (Coleção Rubens Limongi, v. 10), p. 10.

¹⁹ *Ibidem*, p. 12.

²⁰ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 113.

²¹ *Ibidem*, p. 116.

²² JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Tradução: Raul Lima. **Revista Forense**, São Paulo, n. 456, 1941, p. 550.

De resto, quando ocorria um acidente cuja causa permanecia desconhecida, eliminava-se a dificuldade atirando a responsabilidade ao passivo duma divindade; e tal acidente era *damnum fatale*, era *acto of God*, coisa do destino, de Deus ou dos inimigos do Rei; o melhor era então deixar as coisas em paz, não perturbar a ordem dos acontecimentos por uma força superior a tudo, *quieta non movere*, tal parecia ser na matéria a divisa dos legisladores e dos juizes.

Mas é de um ponto de vista inteiramente diverso que nos colocamos, nós, homens do século XX, para apreciar as coisas: quando um acidente sobrevém, em que à vítima nada se pode censurar, por haver desempenhado um papel passivo e inerte, sentimos instintivamente que lhe é devida uma reparação; precisamos que ela a obtenha, sem o que nos sentimos presos de um mal-estar moral, de um sentimento de revolta; vai-se a paz de nossa alma.

Restavam claros, portanto, os anseios, por parte dos doutrinadores da época, em superar as injustiças impostas pela dificuldade de demonstração da culpa, de modo que, conforme pontua Anderson Schreiber²³, inúmeros expedientes técnicos foram produzidos com o intuito de propor a facilitação do acesso concreto da vítima à reparação.

No Brasil, a tendência da objetivação do dever de reparação do dano passou a ser absorvida pelo ordenamento jurídico interno, de sorte que o desenvolvimento das hipóteses de responsabilidade objetiva se deu de forma gradativa. É possível apontar, como marco desse movimento, o Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, o qual disciplinava questões referentes às “estradas de ferro”. Segundo o referido diploma normativo, o agente econômico que explorava as estradas respondia pela perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que recebiam para transportar, sendo sempre presumida a culpa²⁴.

Assim, a tímida presença da mitigação da culpa foi evoluindo, de forma que, no final do século XX, o ordenamento jurídico brasileiro já passava a contar com inúmeras situações que reconheciam o risco como critério de imputação de responsabilidade. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, reconheceu a responsabilidade objetiva

²³ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 650.

²⁴ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 46.

do Estado pela reparação de danos causados por seus agentes, contida no art. 37, § 6º²⁵, e a responsabilidade objetiva por danos nucleares prevista no art. 21, XXIII, dº²⁶.

A orientação constitucional foi, então, incorporada pelo Código de Defesa do Consumidor, que instituiu a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, bem como pelo Código Civil de 2002, que consolidou fortemente a noção de reparação objetiva, conforme passa-se a expor nos tópicos subsequentes.

2.1.2 A responsabilidade objetiva pela atividade empresarial no Código Civil e no Código do Consumidor

2.1.2.1 A cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do Código Civil

Segundo constata a doutrina civilista²⁷, a responsabilidade objetiva dedicou-se, por muito tempo, a regular relações em que constavam atividades, desenvolvidas por um dos sujeitos, com apresentação de elevado potencial lesivo, bem como relações marcadas por nítido desequilíbrio entre as partes. O Código Civil de 2002 muda referido cenário de incidência ao prever, em seu parágrafo único do art. 927, a chamada cláusula geral de responsabilidade objetiva, com a seguinte redação:

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.

Ao dispor sobre os “casos especificados em lei”, o legislador abre a possibilidade de o ordenamento prever novas hipóteses de reparação prescindida da

²⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

²⁶ Art. 21. Compete à União: [...] XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...] d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

²⁷ TEPEDINO, 2020, p. 110.

demonstração da culpa, além de manter a legislação especial que já reconhecia referida modalidade de reparação, quando não incompatível com o Código Civil²⁸.

Já quando dispõe sobre “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano” que implique risco, o legislador cria, segundo a doutrina²⁹, um dos dispositivos mais polêmicos do Código Civil, uma vez que ele não traz definição para o conceito de atividade de risco, nem elementos balizadores para sua identificação no caso concreto. Assim, ao encerrar uma verdadeira cláusula geral, o parágrafo único do art. 927 acaba conferindo ao Poder Judiciário a discricionariedade de avaliar as hipóteses de incidência da responsabilidade civil sem culpa³⁰, o que traz um grande impacto para a relação, dentre outras, entre empresário e consumidor.

Apesar das possíveis críticas destinadas ao dispositivo, especialmente pela possibilidade de abrir margem à insegurança jurídica, é necessário reconhecer que a baixa densidade normativa é indispensável para a adequação da lei às novas necessidades de cada tempo³¹. Assim é que o legislador, ciente da impossibilidade de acompanhar a velocidade das transformações sociais, confere ao juiz larga margem de atuação, sendo a norma em debate relevante para a abertura do sistema³².

2.1.2.2 Código Civil e Código de Defesa do Consumidor: diálogo entre as fontes na proteção do consumidor

O Código Civil, que antes centralizava, praticamente com exclusividade, a regulação das relações privadas, ocupa, atualmente, um espaço normativo residual. Isso porque a grande maioria das relações contratuais que são firmadas no dia a dia diz respeito a relações consumeristas – caso dos cartões de crédito, do seguro, dos planos de saúde, das compras virtuais e em estabelecimentos, das escolas e das faculdades privadas etc³³ –, o que acaba por abrir espaço à incidência massiva do

²⁸ STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil**. Ed. Saraiva, 2019, p. 187.

²⁹ *Ibidem*, p. 187.

³⁰ TEPEDINO, 2020, p. 111.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2017, p. 68.

³² TEPEDINO, 2020, p. 111.

³³ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019, p. 778.

Código de Defesa do Consumidor nas mais diversas e variadas relações jurídicas do cotidiano.

Sobre o diploma normativo consumerista, insta salientar que a doutrina o considera como verdadeiro marco revolucionário do direito privado brasileiro, de modo que o Código Civil de 2002, promulgado 12 anos depois, recebeu dele fortes influências. Assim se verifica, por exemplo, no caso da adoção expressa, pelo Código Civil³⁴, da boa-fé objetiva, com a consequente imposição às partes do dever de lealdade e de cooperação, que deve ser observado antes, durante e depois da relação negocial³⁵.

Tamanha é a sua importância que, embora seja uma lei ordinária, do ponto de vista formal, o Código de Defesa do Consumidor é considerado uma “lei de função social” e, portanto, incompatível com mudanças retrógradas. Em outras palavras, o referido microsistema jurídico concretiza um importante e caro postulado da Constituição Federal de 1988, qual seja, o da proteção ao consumidor³⁶, o que o torna impassível de alterações que visem a retirar direitos já conferidos ao consumidor. Nesse diapasão, fala-se em aplicação do princípio da proibição do retrocesso no âmbito consumerista, conforme explica Felipe Peixoto Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁷:

Formalmente falando, o CDC é uma lei ordinária. Portanto, de acordo com o critério cronológico (norma mais recente prevalece sobre norma mais antiga, desde que a mais recente seja de idêntico ou superior grau hierárquico), qualquer lei ordinária posterior ao CDC poderia alterar-lhe as disposições, ainda que em detrimento do consumidor. Tal entendimento, contudo, sofre severas restrições da doutrina, não podendo ser tido como correto. Ou seja, embora o CDC seja uma lei ordinária, é uma “lei de função social”, uma lei que concretiza, no plano da legislação infraconstitucional, o desejo, por assim dizer, da Constituição da República.

³⁴ Vide exemplos:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...].

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁵ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 775.

³⁶ De acordo com o art. 5º, XX, da Constituição de 1988, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A Carta Magna dispõe, ainda, em seu art. 170, V, que “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”.

³⁷ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 775.

Dito isso, é possível concluir que o Código Civil de 2002 não derroga o CDC, mas, ao contrário, torna essencial o diálogo entre as fontes para que, assim, seja ampliada, ao máximo, a proteção do consumidor. Cumpre esclarecer que referido diálogo não é só desejável, como também é necessário, tendo em vista que o próprio CDC dispõe, em seu art. 7º³⁸, o dever de compatibilizar direitos – e não de aplicá-los de forma isolada e exclusiva.

O diálogo entre as fontes é, inclusive, defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, que já se manifestou no sentido de que:

[...] o art. 7º da Lei n. 8.078/90 fixa o chamado diálogo das fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantia algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo³⁹.

À vista disso, conclui-se que os institutos civilistas e consumeristas comunicam-se e complementam-se, numa verdadeira simbiose hermenêutica, de modo a otimizar a concretização do já mencionado postulado constitucional. Isso se vê, ainda com mais clareza, no desenvolvimento da teoria da responsabilidade objetiva na prestação de serviços, conforme passa-se a expor.

2.1.2.2.1 A responsabilidade do empresário pelo fato do serviço

Em relação à responsabilidade civil advinda dos tratos de consumo, o CDC introduziu grandes modificações, dentre elas, conforme explica Sérgio Cavalieri Filho⁴⁰, a da superação da dicotomia “responsabilidade contratual e extracontratual”. Nesse sentido, a responsabilidade civil do fornecedor passa a ser fundamentada na relação jurídica de consumo, seja contratual ou não. Além disso, também é apontado, como modificação, o fato de o dever de reparo ser pautada em um dever de segurança.

³⁸ Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 103.7759/RJ**. Relatora Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 23/02/2010. Data de publicação: 05/03/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19158604/recurso-especial-resp-1037759-rj-2008-0051031-5>. Acesso em: 1 jul. 2021.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas: Grupo GEN, 2019, p. 308.

Referido dever contrapõe-se ao risco de empreendimento, formando, com ele, os dois elementos que atuam reciprocamente na relação de consumo. Isso porque, segundo Cavalieri Filho⁴¹, para quem se propõe a fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, a lei impõe o dever de segurança, isto é, o dever de fornecer tais bens sem defeitos, sob pena de responder, independentemente de culpa, pelos danos que causar ao consumidor. Corroborando o exposto, preleciona Herman Benjamin⁴² que:

[...] o Código não estabelece um sistema de segurança absoluta para os produtos e serviços. O que se quer é uma segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores. E esta não é aquela do consumidor-vítima. O padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor, mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo.

No mesmo sentido, preleciona Paulo Roque Khouri⁴³ que, ao atribuir a responsabilidade objetiva nos termos mencionados, aduz que o legislador cria um verdadeiro dever de qualidade e segurança para o fornecedor de produtos e serviços, com fundamento nos arts. 8º e 9º do CDC⁴⁴.

Ainda sobre as modificações, a par das relacionadas aos fundamentos, o CDC estabeleceu uma sistemática diferenciada de responsabilidade civil, se comparada com a que estabelece o Código Civil, em virtude, notadamente, de sua especialidade material. Dessa forma, previu o diploma consumerista as hipóteses de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (art. 12 a 14), que se referem ao vício por insegurança verificado na colocação de tais bens no mercado de consumo,

⁴¹ CAVALIERI FILHO, 2019, p. 314.

⁴² BENJAMIM, Herman. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva, 1991, p. 60.

⁴³ KHOURI, Paulo Roque. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 204.

⁴⁴ Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

§ 1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

§ 2º O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

e de responsabilidade pelo vício do produto e do serviço (art. 18 a 20), falha relacionada ao vício por inadequação⁴⁵.

De acordo com os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior⁴⁶, a diferença das espécies de acidente de consumo, como genericamente são chamados, consiste no fato de que o defeito (ou fato) do produto e do serviço pressupõe uma repercussão externa, ou seja, os danos podem afetar pessoas e patrimônios físicos ou morais, sem que haja qualquer conotação contratual entre os sujeitos. O vício do produto e do serviço, por sua vez, corresponde a uma falha interna, acarretando um prejuízo econômico aos sujeitos envolvidos na relação.

Quanto ao fato ou defeito do serviço, temática relevante para o desenvolvimento do presente trabalho, tem-se que o empresário (fornecedor) responde pelos danos ocasionalmente causados quando o serviço não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes, tais como o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido, nos termos do art. 14, §1º, do CDC⁴⁷.

Assim, por tudo o que foi exposto, é possível concluir, a priori, que o consumidor goza de privilegiada proteção no âmbito da responsabilidade civil, já que o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor estipulam ao empresário a responsabilidade civil prescindida da demonstração de culpa, tanto por conta da atividade de risco desenvolvida, conforme dispõe o parágrafo único do art. 927, CC/02, como por conta da responsabilidade do empresário fornecedor pelo fato de serviço, de acordo com o CDC.

No entanto, a responsabilidade civil objetiva não é sinônimo de responsabilidade civil absoluta. Desse modo, existem situações em que o evento causador do dano não possui causalidade com a atividade empresarial desenvolvida,

⁴⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Ed. Forense: Grupo GEN, 2020, p. 67.

⁴⁶ THEODORO JUNIOR, 2020, p. 68.

⁴⁷ 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. [...]

de forma que, não configurado o nexo causal, também não existirá o dever de reparação do dano. Isso porque, conforme dito alhures, a relação de causa e efeito é elemento constitutivo da responsabilidade civil, sendo imprescindível sua demonstração tanto na responsabilidade subjetiva, quanto na objetiva.

O assalto à mão armada no âmbito empresarial, situação que degrada moral e materialmente o consumidor presente no estabelecimento no momento do ocorrido, é uma típica situação que levanta o referido debate. Por conseguinte, é preciso verificar se o assalto, evento danoso, possui relação ou não com o risco do empreendimento, de forma que, se possuir, não haverá exclusão do nexo causal e, conseqüentemente, garantirá o direito à reparação do consumidor lesado.

Para obter uma conclusão, é necessário adentrar na teoria do nexo de causalidade, bem como na investigação da teoria do risco, consoante a exposição que segue.

3 A RELAÇÃO ENTRE O CASO FORTUITO E O RISCO DO EMPREENDIMENTO

3.1 O CASO FORTUITO COMO HIPÓTESE DE EXCLUDENTE DO NEXO DE CAUSALIDADE

3.1.1 Breve análise sobre nexos de causalidade e suas teorias

Conforme já explicado, o nexo causal é um dos elementos indispensáveis da responsabilidade civil, tanto objetiva, quanto subjetiva.

Ao tentar defini-lo através de um viés prático, Caio Mário da Silva Pereira⁴⁸ ensina que, para a configuração da responsabilidade civil, não basta que o sujeito aja contra o direito, isto é, que pratique um erro de conduta, nem basta que a vítima sofra um dano, pois é necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado. O nexo de causalidade trata-se, portanto, do elo etiológico que une a conduta do agente ao dano⁴⁹, conforme depreende-se do art. 186 do Código Civil⁵⁰.

Adverte-se, contudo, que, apesar da facilidade em se definir o nexo causal – ao menos do ponto de vista abstrato –, o elemento em questão é, conforme constatam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁵¹, comumente mal compreendido, sendo não raramente confundido com o conceito de imputabilidade. A diferença dos termos é explicada pelo já citado civilista Silva Pereira⁵² que, utilizando os ensinamentos de Serpa Lopes, preleciona:

A relação de causalidade consiste na determinação de “elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou inatividade do sujeito, atentatórios do direito alheio”. É uma *quaestio facti*, ou uma *imputatio facti*. A imputabilidade “diz respeito a um elemento subjetivo, interno”, que se resumiria na *imputatio iuris*. Por serem conceitos distintos, pode haver imputabilidade sem a ocorrência de nexo causal, como no exemplo por ele lembrado, de um indivíduo que fornece a outro um copo de veneno, mas a vítima, antes de lhe sofrer os efeitos, morre de um colapso cardíaco

⁴⁸ PEREIRA, 2018, p. 102.

⁴⁹ STOLZE; PAMPLONA FILHO; 2019, p. 48.

⁵⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁵¹ STOLZE; PAMPLONA FILHO; 2019, p. 48.

⁵² PEREIRA, 2018, p. 104.

Em vista das discussões que são criadas em torno do instituto, a doutrina civilista buscou desenvolver teorias justificadoras do nexos de causalidade, sendo, inclusive, algumas delas importadas do âmbito penal.

A partir dos estudos feitos por Gisela Sampaio da Cruz⁵³ e por Gustavo Tepedino⁵⁴, observa-se que três teorias merecem destaque, quais sejam, a da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes, a da causalidade adequada e a do dano direto e imediato ou da interrupção do nexos causal.

A teoria da equivalência das condições – que também recebe os nomes de teoria da equivalência dos antecedentes causais, teoria objetiva da causalidade e de *conditio sine qua non* (“condição sem a qual não”) – é atribuída ao penalista alemão Maximiliano von Buri⁵⁵. Segundo o jurista, a relação causal engloba toda condição da qual dependeu a produção do resultado, sem considerar sua maior ou menor proximidade ou importância. Assim, todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil, de acordo com os ensinamentos de Gisela Sampaio:

Cada condição origina, assim, a causalidade das outras, e o conjunto determina o evento *causa causae est causa causati*. Como a existência deste depende de cada uma das condições, se hipoteticamente se suprimisse alguma (*conditio sine qua non*), o fenômeno mesmo desapareceria (*sublata causa tollitur effectus*).

Na sequência, a teoria da causalidade adequada, formulada em oposição à teoria da equivalência, foi criada pelo alemão Ludwig von Bar e desenvolvida pelo fisiólogo Johannes von Kries. De acordo com a corrente em questão, a adequação da causa é examinada em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a acontecer à luz da experiência comum. Nesse sentido, realizando um juízo de probabilidade, não basta que um fato seja condição de um evento, sendo imperioso que esse fato se trate de uma condição tal que, normal ou regularmente, provoque o mesmo resultado⁵⁶.

Por fim, tem-se a teoria do dano direto e imediato, também conhecida por teoria do nexos causal direto e imediato ou teoria da interrupção do nexos causal. Referida corrente foi dividida em várias outras, sendo que todas elas possuem um ponto de defesa em comum, qual seja, o de que havendo uma violação de direito por parte do

⁵³ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos de causalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. **Revista Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2020.

⁵⁵ CRUZ, 2005, p. 39.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 65-66.

credor ou de terceiro, resta interrompido o nexos causal e, por isso, estaria o autor da primeira causa libertado da responsabilidade⁵⁷.

Ressalta-se que, diante desse cenário, a doutrina civilista não é pacífica no que se refere à teoria adotada pelo Código Civil. Alinhando-se àqueles que entendem que o ordenamento adotou a teoria da causalidade adequada, tem-se doutrinadores como Flávio Tartuce⁵⁸, o qual afirma que referida teoria consta nos arts. 944 e 945⁵⁹, conforme constata o Enunciado nº 47 do CJP/STJ, da I Jornada de Direito Civil⁶⁰. Além de Tartuce, os civilistas contemporâneos Sergio Cavalieri Filho, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto Braga Netto filiam-se à mesma tese⁶¹.

Por outro lado, renomados juristas como Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho e os já citados Gustavo Tepedino e Gisela Sampaio da Cruz seguem a linha de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, tendo em vista o disposto no art. 403⁶² do diploma civil.

Não obstante os posicionamentos apresentados, a jurisprudência dos tribunais superiores, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça, não possui posição firmada, hesitando entre a teoria do dano direto e imediato⁶³ e a teoria da causalidade adequada⁶⁴, apresentando precedentes em ambos os sentidos.

⁵⁷ CRUZ, 2005, p. 96-97.

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense: Grupo GEN, 2020, p. 320.

⁵⁹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

⁶⁰ Enunciado nº 47 do CJP/STJ: O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada.

⁶¹ TARTUCE, op. cit., p. 320.

⁶² Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

⁶³ Adotando a teoria do dano direto e imediato: “Responsabilidade civil do Estado. (...) Hipótese em que o cidadão (vítima) em 07.07.1984 foi arbitrariamente detido por oficiais da Marinha do Brasil em razão de simples colisão de seu veículo com outro conduzido por aspirante daquela Arma. Após colidir, a vítima sofreu agressão física e verbal e foi ilegalmente presa por seis dias em cela da Marinha. Ficou incomunicável e sem cuidados médicos, comprovadamente diante do acórdão transitado em julgado no processo de cognição plena. O fato resultou em danos físicos e morais, e causou-lhe a deterioração da saúde. Devido o desenvolvimento de isquemia e diabetes, teve, inclusive, os dedos dos pés amputados. Ato ilícito, nexos direto e imediato, bem como danos comprovados e ratificados na instância ordinária. (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. nº 776.732/RJ**. Relator Min. Humberto Martins. Data de julgamento: 08/05/2007. Data de publicação: 21/05/2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932442/recurso-especial-resp-776732-rj-2005-0141044-0-stj/relatorio-e-voto-14099993>. Acesso em: 1 jul. 2021. p. 558).

⁶⁴ Adotado a teoria da causalidade adequada: “Agravamento regimental. Agravamento de instrumento. Responsabilidade civil. Descarga elétrica. Ausência de corte das árvores. Contato com os fios de alta-tensão. Nexos de causalidade reconhecido. Culpa exclusiva da vítima. Inocorrência. 1. Em

Visto os principais pontos relacionados à discursão doutrinária que envolve o nexu causal e os seus conceitos, passa-se ao estudo de suas excludentes.

3.1.2 Hipóteses de excludente de nexu de causalidade no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor

No desenvolvimento do estudo do nexu causal, a doutrina costuma identificar as hipóteses aptas a excluir o aludido elemento, de modo a interferir diretamente na configuração da responsabilidade civil. No entanto, é preciso ressaltar que tais hipóteses não podem ser confundidas com as excludentes de ilicitude, pois os efeitos não são os mesmos⁶⁵. Assim, torna-se imperioso fazer uma breve distinção⁶⁶.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto⁶⁷ pontuam que as excludentes de ilicitude retiram da conduta a contrariedade ao direito, mas não isentam, de forma absoluta, o responsável pela reparação dos danos e, por esse motivo, não podem ser classificadas como sinônimo de excludentes do dever de indenizar. As excludentes de ilicitude estão previstas no art. 188 do Código Civil⁶⁸ e são o estado de necessidade, a legítima defesa e o exercício regular do direito.

nenhum momento a decisão agravada cogitou da falta de prequestionamento dos artigos apontados como violados, ressentindo-se de plausibilidade a alegação nesse sentido. 2. O ato ilícito praticado pela concessionária, consubstanciado na ausência de corte das árvores localizadas junto aos fios de alta-tensão, possui a capacidade em abstrato de causar danos aos consumidores, restando configurado o nexu de causalidade ainda que adotada a teoria da causalidade adequada. 3. O acolhimento da tese de culpa exclusiva da vítima só seria viável em contexto fático diverso do analisado. 4. Agravo regimental desprovido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 682.599/RS**, Relator. Min. Fernando Gonçalves, Data de julgamento: 25/10/2005. Data de publicação: 14/11/2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7185558/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-682599-rs-2005-0086918-4-stj/relatorio-e-voto-12924122>. Acesso em 1 jul. 2021. p. 334).

⁶⁵ Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “O estado de necessidade, embora não exclua a responsabilidade civil, autoriza a fixação da indenização à luz do critério da proporcionalidade” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n° 1.292.141**, Relatora. Min. Nancy Andrighi, Data de julgamento: 04/12/2012. Data de publicação: 12/12/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027511/recurso-especial-resp-1292141-sp-2011-0265264-3-stj/inteiro-teor-23027512> Acesso em 1 jul. 2021).

⁶⁶ Em sentido contrário, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, os quais pontuam que por “causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexu causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória. Esse nosso conceito tem por finalidade estabelecer uma regra que sirva para a sistematização de todas as formas de responsabilidade, exigindo-se, assim, uma característica de generalidade” (STOLZE; FILHO; 2019, p. 54).

⁶⁷ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 570.

⁶⁸ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

- I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
- II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

As excludentes de nexa causal, por sua vez, atuam de forma a romper o nexa causal, como sugere a própria nomenclatura. Por esse motivo, a obrigação de reparar não se constitui, uma vez que não haverá liame entre a conduta do suposto agressor e o dano resultante⁶⁹. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho⁷⁰:

Se ninguém responde por um resultado a que não tenha dado causa, ganham especial relevo as causas de exclusão do nexa causal, também chamadas de exclusão de responsabilidade. É que, não raro, pessoas que estavam jungidas a determinados deveres jurídicos são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, pois, quando examinada tecnicamente a relação de causalidade, constata-se que o dano decorreu efetivamente de outra causa, ou de circunstância que as impedia de cumprir a obrigação a que estavam vinculadas. E, como diziam os antigos, *ad impossibilia nemo tenetur*. Se o comportamento devido, no caso concreto, não foi possível, não se pode dizer que o dever foi violado.

Essa impossibilidade de responsabilização do agente, em virtude do rompimento da causalidade, ocorre, conforme pontua a doutrina tradicional, nas hipóteses de culpa ou fato exclusivo da vítima, de culpa ou fato exclusivo de terceiro e de caso fortuito e força maior. Há autores como Sílvio de Salvo Venosa⁷¹ e Álvaro Villaça de Azevedo⁷² que incluem, ainda, a cláusula de não indenizar, especial e exclusivamente nas situações de responsabilidade contratual.

As excludentes de nexa causal também são chamadas de excludente de responsabilidade civil, ou simplesmente de excludentes de responsabilidade⁷³, em virtude de seu efeito prático, isto é, de sua aptidão para excluir a responsabilidade no caso concreto, diante da falta de um dos elementos essenciais para a sua constituição.

Outrossim, é de se pontuar que há autores que relacionam as excludentes com a teoria do dano direto e imediato⁷⁴, e outros que relacionam com a teoria da causalidade adequada, como é o caso de Elpídio Donizetti e Felipe Quintella⁷⁵:

Em alguns casos, essas circunstâncias impedem a própria formação da relação causal – adotada a teoria da causalidade adequada. Em outros

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁶⁹ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 570.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, 2020, p. 80.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas: Grupo GEN, 2020, p. 497.

⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed: Saraiva Educação, 2019, p. 234.

⁷³ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso de direito civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas: Grupo GEN, 2021, p. 387.

⁷⁴ TARTUCE, 2020, p. 359

⁷⁵ DONIZETTI; QUINTELLA, op. cit., p. 387.

casos, o nexo de causalidade se forma, e a responsabilidade civil se configura, mas, ainda assim, o Direito, em atenção a uma outra causa do dano, que se considera mais relevante – embora não tenha sido a mais adequada à sua produção, exclui a responsabilidade do agente, e, às vezes, a desloca para outra pessoa.

No mesmo sentido pontua Flávio Tartuce⁷⁶, segundo o qual as excludentes não afastam a teoria da causalidade adequada, considerada, pelo autor, a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Adentrando nas hipóteses de excludente de responsabilidade em espécie, observa-se que a culpa ou fato exclusivo da vítima não é prevista expressamente no Código Civil, contudo, é unanimemente reconhecida pela doutrina. Explica Cavalieri Filho⁷⁷, citando Sílvio Rodrigues, que o aparente causador do dano é mero instrumento do acidente, tendo em vista que a conduta da vítima é a única e adequada causa do evento danoso.

Há, no entanto, situações em que o dano é provocado pela atuação concorrente do agente e da vítima, de modo que, nesses casos, não se fala em excludente de responsabilidade, mas em atenuação. Assim, reparte-se entre os culpados a indenização, na proporção que o juiz entender justa, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, conforme preleciona Álvaro Villaça de Azevedo⁷⁸.

A segunda hipótese refere-se à culpa ou ao fato exclusivo de terceiro. Segundo o entendimento unânime da doutrina e da jurisprudência, pode ser considerado terceiro todo aquele estranho ao binômio vítima e suposto causador do dano, sendo também necessário, assim como no caso da excludente anterior, que a conduta praticada – neste caso, pelo terceiro – seja a causa exclusiva do resultado lesivo⁷⁹.

Frisa-se, ainda, que, da mesma forma que ocorre com a culpa ou fato exclusivo da vítima, caso a conduta do agente também concorra para o resultado, a responsabilidade não é excluída, mas tão somente atenuada.

A terceira e última hipótese de excludente de causalidade são os casos fortuitos e de força maior previstos no Código Civil no art. 393⁸⁰, que embora destinado à

⁷⁶ TARTUCE, 2020, p. 359.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, 2020, p. 81.

⁷⁸ AZEVEDO, 2019, p.234.

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, 2020, p. 82.

⁸⁰ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

disciplina do direito obrigacional, consagra um princípio geral e, por isso, é aplicado à responsabilidade contratual e à extracontratual⁸¹.

Apesar do esforço doutrinário, não se tem um entendimento uniforme a respeito da diferença dos conceitos. Civilistas como Carlos Roberto Gonçalves⁸² e Sérgio Cavalieri Filho⁸³ definem o caso fortuito como um fato ou um ato humano alheio à vontade das partes e não individualizado, como são os exemplos da greve e da guerra, e a força maior como o evento produzido pelas forças da natureza. Por outro lado, há vozes na doutrina que revelam exatamente o contrário, como é o caso de Clóvis Beviláqua, para quem o caso fortuito seria “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes” e a força maior consistiria em “um fato de terceiro que criou para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”⁸⁴.

Outros autores entendem que, por não gerar consequências práticas e efetivas, a distinção conceitual não possui relevância jurídica. Dessa forma, passam a atribuir tratamento unitário aos conceitos a partir da identificação de elementos comuns, quais seja, a externalidade e a inevitabilidade. Nesse contexto, a externalidade significa que o dano ocorreu por fato não imputável ao agente, sendo, portanto, estranho ao seu comportamento ou atividade⁸⁵. Já a inevitabilidade caracteriza-se pela irresistibilidade dos efeitos de um fato imponderável⁸⁶.

As relações consumeristas também foram contempladas pelas excludentes de responsabilidade, estando expressas no Código de Defesa do Consumidor no art. 12, §3^{o87} e no art. 14, §3^{o88}, que tratam, respectivamente, das excludentes de responsabilidade dos fatos e defeitos dos produtos e dos serviços. Especificamente

⁸¹ CAVALIERI FILHO, 2020, p. 83.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p 736.

⁸³ CAVALIERI FILHO, 2020b, p. 83.

⁸⁴ BEVILAQUA, Clovis; BRASIL. **Código Civil (1916)**: Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1926. v. 5, p. 174.

⁸⁵ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 571.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Art. 12 [...]§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁸⁸ Art. 14 [...]§ 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.

sobre os serviços, o CDC elenca como excludentes a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Pontua-se, ainda, que, apesar de não estarem inseridos no rol de excludentes de responsabilidade, o caso fortuito e a força maior não devem ser afastados das relações consumeristas⁸⁹, sob pena de impor ao fornecedor uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral⁹⁰. Assim, ambas as hipóteses também são consideradas aptas a excluir a responsabilidade do agente.

3.1.3 Fortuito interno x fortuito externo

Conforme dito alhures, não há relevância prática no estudo das diferenças entre caso fortuito e força maior, já que ambos produzem os mesmos efeitos jurídicos na prática; no entanto, o mesmo não pode ser dito a respeito dos modelos jurídicos do fortuito interno e do fortuito externo.

Segundo Anderson Schreiber⁹¹, aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade e da irresistibilidade do caso fortuito, acrescenta-se uma terceira exigência, qual seja, a externalidade. Assim, ganha relevância a teoria do fortuito interno, desenvolvida especialmente no âmbito das relações de consumo.

De acordo com essa teoria, o fortuito interno, por consistir em risco ligado à atividade do sujeito responsável, tem sido considerado insuficiente para o afastamento da relação de causalidade entre a atividade desenvolvida e o dano, mesmo que o referido risco seja imprevisível e irresistível. Por outro lado, o fortuito externo, apesar de também guardar os traços da imprevisibilidade e da irresistibilidade, é estranho à organização do negócio e, por isso, não possui relação de causalidade com a atividade do fornecedor, motivo pelo qual é excluída a responsabilidade do agente⁹².

⁸⁹ Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “O fato de o art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocados [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 120.647-SP**. Relator Min. Eduardo Ribeiro. Data de julgamento: 09/11/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647294680/recurso-especial-resp-1450434-sp-2014-0058371-2/inteiro-teor-64729468>. Acesso em 1 jul. 2021).

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, 2019, p. 339.

⁹¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 66.

⁹² CAVALIERI FILHO, 2020, p. 85.

A distinção entre fortuito interno e fortuito externo é atribuída ao professor Agostinho Alvim, responsável por introduzi-la no direito brasileiro. Em suas palavras⁹³:

A distinção que modernamente a doutrina vem estabelecendo, aquela que tem efeitos práticos e que já vai se introduzindo em algumas leis, é a que vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto a força maior é um acontecimento externo. Tal distinção permite estabelecer uma diversidade de tratamento para o devedor, consoante o fundamento de sua responsabilidade civil. Se esta fundar-se na culpa, bastará o caso fortuito para exonerá-lo. Com a maioria de razão absolverá a força maior. Se a sua responsabilidade fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonerará. Será mister haja força maior, ou como alguns dizem, caso fortuito externo. Nesta última hipótese, os fatos que exoneram vêm a ser: culpa da vítima, ordens de autoridade (*fait du prince*), fenômenos naturais (raio, terremoto), ou quaisquer outras impossibilidades de cumprir a obrigação, por não ser possível evitar o fato derivado de força externa invencível, guerra revolução.

Em vista dessa distinção, é preciso esclarecer que não existe uma divisão rígida entre as áreas do fortuito interno e do externo, pois a avaliação do que se submeterá a uma ou a outra dependerá da natureza da atividade causadora do dano⁹⁴.

Por esse motivo, quando se trata de responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, o fortuito somente será apto a excluir a responsabilidade quando não for abrangido pelo risco. Assim, torna-se imperioso investigar a teoria do risco e suas modalidades.

3.2 RISCO DO EMPREENDIMENTO: A TEORIA DO RISCO E SUAS MODALIDADES APLICÁVEIS AO ÂMBITO EMPRESARIAL

A já comentada cláusula geral da responsabilidade objetiva, contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, demonstra a relevância que a noção de risco possui para o desenvolvimento dessa espécie de responsabilidade. Por esse motivo, a busca pela conceituação do risco originou inúmeras discussões que acabaram por desembocar na criação de algumas teorias, conforme ensina Anderson Schreiber⁹⁵:

A unanimidade inicial em torno da teoria do risco veio, progressivamente, dar lugar a discussões mais sofisticadas, com diversos desdobramentos que

⁹³ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 290-291.

⁹⁴ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 573.

⁹⁵ SCHREIBER, 2009, p. 28-29.

incluem a teoria do risco-proveito, a teoria do risco-criado, a teoria do risco da empresa, a teoria do risco integral, a teoria do risco mitigado e assim por diante. Todas essas teorias têm como ponto comum a proposição de uma responsabilidade independente de culpa, de tal modo que, mais recentemente, chegou-se mesmo a advertir que a teoria do risco “talvez se resume, no fundo, a uma proposição puramente negativa: ser responsável por risco é o ser mesmo que não tenha incorrido em culpa”.

Na ótica da relação existente entre empresário e consumidor, duas das citadas teorias ganham relevância, quais sejam, a teoria do risco proveito e a teoria do risco criado.

A teoria do risco proveito possui como premissa o fato de que o risco pode trazer benefícios ou vantagens a quem o assume. Dessa forma, sujeita-se à reparação todo aquele que retira um proveito do fato causador do dano, conforme expressa o brocardo romano *ubi emolumentum, ibi onus*⁹⁶.

A teoria supracitada encontra grande resistência por parte da doutrina, como é o caso de Caio Mário da Silva Pereira, o qual afirma, baseando-se nas lições de Henri Mazeaud, que, por não ser possível perquirir um sentido único para o termo “proveito”, a teoria do risco proveito acaba sendo confundida com a teoria do risco integral, já que toda atividade pode ser praticada com o fim de se obter alguma vantagem. Por outro lado, caso o conceito de proveito fosse restringido ao sentido econômico, a teoria possuiria uma incidência incompleta. Nas palavras do autor⁹⁷:

A ideia, aparentemente sedutora, esbarra em uma indagação conceitual que dispersa os expositores. É o que os Mazeaud resumem em uma indagação capital: que se deve entender como “proveito”? Noutros termos, em que casos ou em que condições se pode dizer que “uma pessoa retira um proveito de sua atividade”? Em resposta, eles mesmos argumentam que compreendida a expressão em sentido amplo, a “teoria do risco proveito é puramente negativa; ela se confunde com a teoria integral do risco”. *Lato sensu*, esta doutrina poderia compreender qualquer atividade, pois que somente um insensato, como objeta Savatier, realiza atos sem ser guiado por um interesse de cunho pecuniário ou moral. Para colocar a teoria num terreno mais realista, cumpriria entender o vocábulo “proveito” em acepção mais restrita, a saber: aliada a uma “fonte de riqueza”, ou em contraposição ao funcionamento de um organismo capaz de gerar prejuízo (Josserand). Neste sentido, a responsabilidade assente na teoria do *risco proveito* ficaria restrita aos comerciantes ou industriais, o que lhe retiraria o valor de fundamento da responsabilidade civil porque restringiria sua aplicação a determinadas classes, uma vez que somente seriam responsáveis aqueles “que tiram proveito da exploração de uma atividade” (Mazeaud).

Há, no entanto, vozes na doutrina que, apesar de defenderem as falhas da teoria do risco proveito, reconhecem sua aplicação em domínios específicos. É o caso

⁹⁶ PEREIRA, 2020, 362.

⁹⁷ Ibidem.

de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto⁹⁸, os quais trazem em seus estudos os seguintes exemplos:

Ilustrativamente, assevera a Súmula 492 do Supremo Tribunal Federal que: “A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiros, no uso do carro locado”. Se o locatário se responsabiliza subjetivamente pelos danos causados à vítima, a pessoa jurídica locadora se submeterá à reparação objetiva pelo nexo causal entre o proveito econômico de sua atividade e os aludidos danos. No mesmo apelo ao risco proveito se consubstancia o inciso IV do art. 932 do Código Civil: “São também responsáveis pela reparação civil: [...] IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos”. Daí se deduz que o hoteleiro apenas se vinculará à teoria objetiva quando exercer atividade econômica voltada a esse serviço. Eventual dano na constância de hospedagem gratuita será objeto de responsabilidade subjetiva.

Já outros doutrinadores reconhecem amplamente a adoção da teoria do risco proveito pelo ordenamento brasileiro, notadamente pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual, segundo Flávio Tartuce⁹⁹, utiliza a referida corrente para justificar a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços.

A teoria do risco criado, por sua vez, é satisfeita com a constatação objetiva da relação de causalidade entre o risco de uma atividade e o dano injusto. Para essa corrente, que possui como maior defensor o jurista Caio Mário da Silva Pereira, não interessa se houve a obtenção de qualquer proveito, sendo suficientes o exercício e o desenvolvimento da atividade que criou um risco para terceiros¹⁰⁰. Nas palavras do autor¹⁰¹:

A teoria do *risco criado* importa em ampliação do conceito do *risco proveito*. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade.

Segundo Pereira¹⁰², a teoria do risco criado foi a corrente adotada pelo Código Civil, notadamente pelo parágrafo único do art. 927, o qual estabelece que haverá obrigação de reparar o dano “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁹⁸ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 634.

⁹⁹ TARTUCE, 2011, p. 140.

¹⁰⁰ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 630.

¹⁰¹ PEREIRA, 2020, p. 365.

¹⁰² Ibidem.

4 O ASSALTO À MÃO ARMADA NO CONTEXTO EMPRESARIAL: FORTUITO EXTERNO OU PARTE DO RISCO DA ATIVIDADE? UMA ANÁLISE FEITA A PARTIR DA TEORIA DO RISCO

Em sede de responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, conforme explicado alhures, somente se admite a exclusão da responsabilidade se o fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro ou o caso fortuito ou de força maior puderem ser considerados externos, porquanto não abrangidos pelo risco¹⁰³.

Na análise da classificação proposta por Agostinho Alvim a respeito do fortuito interno e do fortuito externo, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto¹⁰⁴ argumentam que, diante do exame da responsabilidade objetiva, a ideia proposta acaba por perder o impacto, tendo em vista que a noção de risco inerente à atividade passa a ser suficiente para justificar a obrigação de indenizar, não sendo necessário o recurso ao elemento do fortuito interno.

Entretanto, não se pode olvidar de que a noção de risco perpassa por ajustes que somente podem ser dados no próprio caso concreto, mediante a inexistência de uma unanimidade conceitual em torno da própria ideia. Neste sentido, o presente capítulo buscará investigar o conceito de risco utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça utilizado para responsabilizar o agente empresário nos casos específicos de assalto à mão armada ocorridos no contexto da atividade desenvolvida.

4.1 APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

4.1.1 Breve análise de precedentes

Os Embargos de Divergência em REsp nº 1.431.606/SP tratam de uma situação em que um consumidor foi assaltado, com emprego de arma de fogo, em estacionamento externo e gratuito localizado em um dos estabelecimentos da lanchonete de *fast-food Mc Donald's*. Por esse motivo, o lesado pediu que a empresa fosse responsabilizada pelos danos sofridos.

¹⁰³ DONIZETTI; QUINTELLA, 2021, p. 387.

¹⁰⁴ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 575.

Após decisão, no tribunal superior, de que não caberia indenização no caso, a parte opôs embargos de divergência alegando divergência jurisprudencial em vista de que, em casos semelhantes, o entendimento aplicado pelo tribunal foi oposto. Assim dispõe a ementa do acórdão paradigma do caso:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ROUBO À MÃO ARMADA OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO MANTIDO POR ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CASO FORTUITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o roubo à mão armada ocorrido nas dependências de estacionamento mantido por estabelecimento comercial não configura caso fortuito apto a afastar o dever de indenizar. Precedentes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁰⁵

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que não haveria divergência entre o acórdão embargado e o acórdão paradigma, pois tratavam de hipóteses diferentes. Isso porque, no caso do embargante, o assalto ocorreu em estacionamento aberto, gratuito e de livre acesso para todos. Assim, como o estacionamento representava mera comodidade ao cliente, o roubo à mão armada foi considerado fato de terceiro, excluindo a responsabilidade, por se tratar de fortuito externo.

Solução diferente é dada aos casos em que a empresa explora direta ou indiretamente a atividade de estacionamento. Segundo a Súmula nº 130 do Superior Tribunal de Justiça, “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”. Na interpretação desse enunciado, a Corte de Justiça vem ampliando o âmbito de sua extensão a fim de abarcar, também, os casos em que o crime for praticado no estacionamento de empresas destinadas à exploração econômica direta da referida atividade ou quando esta for explorada de forma indireta, como é o caso, por exemplo, dos grandes shopping centers ou redes de hipermercados.

Já no REsp nº 1.450.434/SP, precedente envolvendo a mesma rede de lanchonetes do caso anteriormente apontado, o consumidor foi vítima de um episódio de assalto, sendo que, nessa situação, o fortuito ocorreu na cabine de *drive-thru*. Por

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AResp. nº 840.534/SP**. Relator Min. Raul Araújo. Data de julgamento: 17/03/2016. Data de publicação: 13/04/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339817341/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-840534-sp-2016-0001719-9/relatorio-e-voto-339817396>. Acesso em: 1 jul. 2021.

esse motivo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que estaria configurada a responsabilidade da empresa pelos danos sofridos pelo cliente.

4.1.2 Critérios escolhidos pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação das teorias do risco nos casos de assalto à mão armada

A partir da exposição dos dois precedentes e da súmula citada, observa-se que a jurisprudência da Corte de Justiça é guiada pela aplicação tanto da teoria do risco criado, como da teoria do risco proveito.

Nos casos envolvendo a responsabilidade por assalto ocorrido em estacionamento, o critério utilizado pelo Tribunal perpassa pela análise do objeto de exploração do empresário. Assim, não sendo o estacionamento objeto de exploração da empresa, como o foi no caso dos Embargos de Divergência em REsp nº 1.431.606/SP, não restará configurada a responsabilidade do agente, estando o assalto à mão armada alocado no campo do fortuito externo, portanto, fora do risco assumido pelo empresário.

Isso ocorre porque, em situações como essa, o risco sequer é conexo com a atividade desenvolvida. Assim, o empresário não pode ser responsabilizado por riscos que não assumiu e que, portanto, não são passíveis de serem evitados por suas próprias providências. Na linha dessa lição, pontua o Enunciado nº 443 da V Jornada de Direito Civil que “o caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludente da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”.

A mesma solução é dada para o fortuito ocorrido no âmbito do desenvolvimento da atividade empresarial que envolve outros objetos, como é o caso do serviço de transporte de mercadorias¹⁰⁶, em que a transportadora adota as diligências necessários:

¹⁰⁶ Outros casos: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. ROUBO DURANTE O TRAJETO. FORTUITO EXTERNO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Ação ajuizada em 19/03/2007. Recurso especial interposto em 21/01/2013 e atribuído a este gabinete em 25/08/2016.
2. O propósito recursal consiste em verificar a existência do direito de regresso ao ressarcimento por seguro de mercadoria, que foi roubada, com o emprego de arma de fogo, durante a prestação do serviço de transporte pela recorrente.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTADORA. ROUBO. FORTUITO EXTERNO.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, não responde a transportadora por roubo da carga a ser transportada. Fato de terceiro, fortuito externo ao contrato de transporte.

2. Hipótese em que o acórdão recorrido reconhece que a empresa transportadora mantinha segurança adequada em seu depósito, com muros altos e monitoramento adequado via rádio e segurança, não tendo tido parcela de culpa alguma no roubo da mercadoria a ser transportada mediante assalto a mão armada cometido por grande número de homens, com moderno armamento e ameaça de morte aos funcionários da transportadora.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁰⁷

Nesses casos, o dever de segurança não cabe ao empresário, mas sim, ao Estado, conforme preleciona o art. 144 da Constituição Federal¹⁰⁸. No entanto, conforme destaca o administrativista Rafael Rezende Carvalho Oliveira¹⁰⁹, somente será possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica quando demonstrada a previsibilidade e a evitabilidade do dano, notadamente pela aplicação

3. Inviável o reconhecimento de violação ao art. 535 do CPC/73 quando não verificada no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade apontadas pelos recorrentes.

4. A ausência de prequestionamento das matérias relacionadas no recurso pelo Tribunal de origem impõe a aplicação da Súmula 211/STJ.

5. O roubo de mercadoria transportada, praticado mediante ameaça exercida com arma de fogo, é fato desconexo ao contrato de transporte e, sendo inevitável, diante das cautelas exigíveis da transportadora, constitui-se em caso fortuito ou força maior, excluindo-se sua responsabilidade pelos danos causados, nos termos do CC/2002.

6. Conforme jurisprudência do STJ, "se não for demonstrado que a transportadora não adotou as cautelas que razoavelmente dela se poderia esperar, o roubo de carga constitui motivo de força maior a isentar a responsabilidade daquela" (REsp 435.865/RJ, 2ª Seção).

7. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem parece pôr em dúvida a própria ocorrência do fato delitivo. Contudo, não é possível ao Tribunal de origem atribuir responsabilidade à transportadora, apenas por haver detalhes supostamente ausentes no boletim de ocorrência, cuja ausência, ademais, não desconfiguraria a própria ocorrência do roubo com emprego de arma de fogo.

8. Mesmo diante de todas as precauções e cautelas possíveis, a força maior é por si mesma inevitável e irresistível e, por mais que se exija dos prestadores de serviço de transporte terrestre de mercadoria, o roubo com emprego de arma de fogo pode continuar a ocorrer, não sendo exigível a existência de escolta armada, sem a prévia estipulação contratual.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1660163/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 09/03/2018)

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp nº 748.322/RS**. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 27/11/2012. Data de publicação: 18/12/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866239764/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-748322-rs-2005-0074705-0>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹⁰⁸ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares; VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

da teoria da causalidade direta e imediata quanto ao nexos de causalidade, de acordo com o art. 403 do Código Civil¹¹⁰.

Ainda segundo o citado autor, nas omissões genéricas, em virtude das limitações naturais das pessoas em geral, que não podem estar em todos os lugares ao mesmo tempo, e da inexistência do nexos de causalidade, não há que se falar em responsabilidade estatal, sob pena de considerar o Estado segurador universal, adotando-se, conseqüentemente, a teoria do risco integral¹¹¹.

Partindo para a segunda situação, analisada por meio do acórdão paradigma dos embargos de divergência trazidos, bem como da Súmula nº 130 do STJ, observa-se que as empresas que exploram o serviço de estacionamento, direta ou indiretamente, responderão pelos roubos e furtos cometidos naquele ambiente¹¹².

Nos casos de exploração direta, aplica-se a teoria do risco criado. Isso porque, o risco de assalto passa a ser inerente à própria atividade, de modo que cabe ao empresário lidar com as possibilidades de infortúnios e com as conseqüências dos possíveis danos, já que, nesse contexto, eles passam a ser previsíveis e até mesmo esperados.

¹¹⁰ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹¹¹ Tratando-se de responsabilidade civil do Estado, o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a teoria do risco administrativo, a qual admite as excludentes de nexos de causalidade. Parcela da doutrina e da jurisprudência defende a adoção da teoria do risco integral em situações excepcionais (OLIVEIRA, 2019, p. 795).

¹¹² Outros casos: "DIREITO CIVIL. SEGURO. FURTO OU ROUBO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO. CASO FORTUITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. EVENTO PREVISÍVEL. DIREITO DE REGRESSO DA SEGURADORA DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. SÚMULA 288/STF. INCIDÊNCIA. - Não há como considerar o furto ou roubo de veículo causa excludente da responsabilidade das empresas que exploram o estacionamento de automóveis, na medida em que a obrigação de garantir a integridade do bem é inerente à própria atividade por elas desenvolvida. Hodiernamente, o furto e o roubo de veículos constituem episódios corriqueiros, sendo este, inclusive, um dos principais fatores a motivar a utilização dos estacionamentos, tornando inconcebível que uma empresa que se proponha a depositar automóveis em segurança enquadre tais modalidades criminosas como caso fortuito. - Fixada a premissa de que o furto e o roubo de veículos são eventos absolutamente previsíveis no exercício da atividade garagem, conclui-se que, na linha de desdobração dos fatos que redundam na subtração do carro, encontra-se a prestação deficiente do serviço pelo estacionamento, que, no mínimo, não agiu com a diligência necessária para impedir a atuação criminosa. Nesse contexto, na perspectiva da seguradora sub-rogada nos direitos do segurado nos termos do art. 988 do CC/16 – cuja redação foi integralmente mantida pelo art. 349 do CC/02 – o estacionamento deve ser visto como causador, ainda que indireto, do dano, inclusive para efeitos de interpretação da Súmula 288/STF. - Os arts. 988 do CC/16 e 349 do CC/02 não agasalham restrição alguma ao direito da seguradora, sub-rogada, a ingressar com ação de regresso contra o estabelecimento garagem. Recurso especial provido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 976.531/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 23/02/2010. Data de publicação: 08/03/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19157204/recurso-especial-esp-976531-sp-2007-0188741-5/inteiro-teor-19157205>. Acesso em 1 jul. 2021).

O mesmo ocorre em outros ramos empresariais, em que o risco é inerente à atividade desenvolvida. É o caso, por exemplo, da agência de correios que oferece serviço de banco postal¹¹³.

¹¹³ RESPONSABILIDADE CIVIL. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. BANCO POSTAL. SERVIÇO PRESTADO PELA ECT. ATIVIDADE DE CORRESPONDENTE BANCÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ATIVIDADE QUE TRAZ, EM SUA ESSÊNCIA RISCO À SEGURANÇA. ASSALTO NO INTERIOR DE AGÊNCIA. FORTUITO INTERNO. DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDOS.

1. Visando conferir efetividade e socialidade ao Programa Nacional de Desburocratização do Governo Federal, ampliando o acesso da população brasileira a alguns serviços prestados por instituições financeiras, foi criada a figura do correspondente bancário, cuja atividade é regulamentada por diversas resoluções do Banco Central do Brasil.

2. O objetivo da atividade de correspondente é justamente o de levar os serviços e produtos bancários mais elementares à população de localidades desprovidas de referidos benefícios, proporcionando a inclusão social e acesso ao sistema financeiro, conferindo maior capilaridade ao atendimento bancário, nada mais sendo do que uma longa manus das instituições financeiras que não conseguem atender toda a sua demanda.

3. Ao realizar a atividade de banco postal, contrato de finalidade creditícia, a ECT buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar os seus ganhos e proventos, pois, por meio dessa relação, o correspondente tira proveito de recursos ociosos, utilizando a marca do banco para atrair clientes, fidelizar consumidores, acessar serviços e produtos do sistema financeiro, agregando diferencial competitivo ao negócio.

4. Nesse ramo, verifica-se serviço cuja natureza traz, em sua essência, risco à segurança, justamente por tratar de atividade financeira com guarda de valores e movimentação de numerário, além de diversas outras ações tipicamente bancárias, apesar de o correspondente não ser juridicamente uma instituição financeira para fins de incidência do art. 1º, § 1º, da Lei n. 7.102/1983, conforme já decidido pelo STJ.

5. É assente na jurisprudência do STJ que nas discussões a respeito de assaltos dentro de agências bancárias, sendo o risco inerente à atividade bancária, é a instituição financeira que deve assumir o ônus desses infortúnios, sendo que "roubos em agências bancárias são eventos previsíveis, não caracterizando hipótese de força maior, capaz de elidir o nexo de causalidade, requisito indispensável ao dever de indenizar" (REsp 1093617/PE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJe 23/03/2009).

6. Além de prestar atividades tipicamente bancárias, a ECT oferece publicamente esses serviços (equipamentos, logomarca, prestígio etc), de forma que, ao menos de forma aparente, de um banco estamos a tratar; aos olhos do usuário, inclusive em razão do nome e da prática comercial, não se pode concluir de outro modo, a não ser pelo fato de que o consumidor efetivamente crê que o banco postal (correspondente bancário) nada mais é do que um banco com funcionamento dentro de agência dos Correios.

7. As contratações tanto dos serviços postais como dos serviços de banco postal oferecidos pelos Correios revelam a existência de contrato de consumo, desde que o usuário se qualifique como "destinatário final" do produto ou serviço.

8. Na hipótese, o serviço prestado pelos Correios foi inadequado e ineficiente porque descumpriu o dever de segurança legitimamente esperado pelo consumidor, não havendo falar em caso fortuito para fins de exclusão da responsabilidade com rompimento da relação de causalidade, mas sim fortuito interno, porquanto incide na proteção dos riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida.

9. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a atividade de correspondente bancário ao seu empreendimento, acabou por criar risco inerente à própria atividade das instituições financeiras, devendo por isso responder pelos danos que esta nova atribuição tenha gerado aos seus consumidores, uma vez que atraiu para si o ônus de fornecer a segurança legitimamente esperada para esse tipo de negócio.

10. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1183121/SC**, Relator Min. Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 24/02/2015. Data de publicação: 07/04/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179456473/recurso-especial-resp-1183121-sc-2010-0034668-2/relatorio-e-voto-179456496>. Acesso em 1 jul. 2021).

Tal entendimento também é aplicado nos casos de assalto à mão armada em estabelecimento de instituições bancárias¹¹⁴. Em ambas as situações, o objeto da atividade desenvolvida pressupõe o reforço da segurança e, por esse motivo, o assalto ocorrido configura falha na prestação de serviço, o que atrai a incidência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁵.

Frise-se que é plenamente possível, e também preferível, a incidência de dois fundamentos diferentes tutelando um mesmo bem jurídico. Nas hipóteses de responsabilidade de agências de correios e instituições bancárias, não só a teoria do risco criada é utilizada para delimitar a responsabilidade, como também é o Código de Defesa do Consumidor, conforme demonstrado. De acordo com os ensinamentos de Farias, Rosenvald e Netto, “o direito civil somente se enriquece com a irrupção de

¹¹⁴ AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE COFRE. CLÁUSULA LIMITATIVA DE USO. ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA. ASSALTO. AGÊNCIA BANCÁRIA. ARROMBAMENTO E ESVAZIAMENTO DO COFRE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. DANO MATERIAL. CONTEÚDO LICITAMENTE ARMAZENADO. JOIAS DE FAMÍLIA. VALOR SENTIMENTAL. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O contrato bancário de locação de cofre particular é espécie contratual mista que conjuga características tanto de um contrato de depósito quanto de um contrato de locação, qualificando-se, ainda, pela verdadeira prestação dos serviços de segurança e guarda oferecidos pela instituição financeira locadora, ficando o banco locador responsável pela guarda e vigilância do recipiente locado, respondendo por sua integridade e inviolabilidade. 3. A prática de crimes por terceiros que importem no arrombamento do cofre locado (roubo/furto) constitui hipótese de fortuito interno, revelando grave defeito na prestação do serviço bancário contratado, provocando para a instituição financeira o dever de indenizar seus consumidores pelos prejuízos eventualmente suportados. 4. Não se revela abusiva a cláusula meramente limitativa do uso do cofre locado, ou seja, aquela que apenas delimita quais são os objetos passíveis de serem depositados em seu interior pelo locatário e que, conseqüentemente, estariam resguardados pelas obrigações (indiretas) de guarda e proteção atribuídas ao banco locador. 5. A não observância, pelo consumidor, de regra contratual limitativa que o impedia de, sem prévia comunicação e contratação de seguro específico, depositar no interior do cofre bens de valor superior ao expressamente fixado no contrato exime o banco locador do dever de reparação por prejuízos materiais diretos relativos à perda dos bens excedentes ali indevidamente armazenados. Precedente. 6. Agravo interno não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp 1206017/SP**. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 25/11/2019, Data de publicação: 27/11/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859840777/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-aresp-1206017-sp-2017-0299161-0/inteiro-teor-859840787>. Acesso em 1 jul. 2021).

¹¹⁵ 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.

variadas teses e fundamentações capazes de tutelar a pessoa, mesmo que eventualmente se interpenetrem”¹¹⁶.

Já nos casos de exploração indireta de um determinado objeto, a responsabilização prevalece, não mais com base na teoria do risco criado, mas sim com base nos deveres de lealdade e segurança, próprios das relações de consumo, assumidos pelo fornecedor. São as hipóteses, por exemplo, em que os shoppings e os hipermercados fornecem estacionamento gratuito para os consumidores. O dever de reparar, nos casos de assalto ocorridos nesse contexto, resultam da frustração da legítima expectativa de segurança do consumidor¹¹⁷.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça também adota a teoria do risco-proveito, apesar das inúmeras críticas feitas pela doutrina à referida corrente. No exemplo trazido, qual seja, o do caso relativo ao assalto ocorrido no *drive-thru*¹¹⁸, o Min. Relator

¹¹⁶ BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 575.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1.450.434/SP**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 18/09/2018. Data de publicação: 09/11/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647294680/recurso-especial-resp-1450434-sp-2014-0058371-2/relatorio-e-voto-647294689>. Acesso em 1 jul. 2021. p. 13.

¹¹⁸ RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. ASSALTO À MÃO ARMADA EM DRIVE-THRU DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. FORTUITO INTERNO. FATO DO SERVIÇO. RELAÇÃO DE CONSUMO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. 1. O drive-thru, em linhas gerais, é a forma de atendimento ou de serviço diferenciado de fornecimento de mercadorias em que o estabelecimento comercial disponibiliza aos seus clientes a opção de aquisição de produtos sem que tenham que sair do automóvel. O consumidor é atendido e servido ao "passar" com o veículo pelo restaurante, mais precisamente em área contígua à loja. 2. Assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço de drive-thru em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito de lealdade e segurança em qualquer relação contratual, como incidência concreta do princípio da confiança (inteligência da Súm. 130 do STJ). 3. Ao estender a sua atividade para a modalidade drive-thru, a lanchonete buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar os seus ganhos e proventos, pois, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos seus produtos e serviços, facilitou a compra e venda, aumentou as suas receitas, perfazendo um diferencial competitivo para atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela. Por conseguinte, chamou para si o ônus de fornecer a segurança legitimamente esperada em razão dessa nova atividade. 4. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo drive-thru ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências como a dos autos. 5. Aliás, o sistema drive thru não é apenas uma comodidade adicional ou um fator a mais de atração de clientela. É, sim, um elemento essencial de viabilidade da atividade empresarial exercida, sendo o modus operandi do serviço, no qual o cliente, em seu veículo, aguarda por atendimento da empresa. 6. Ademais, configurada a responsabilização da fornecedora em razão da própria publicidade veiculada, em que se constata a promessa de segurança de seus clientes. 7. Na hipótese, diante de tais circunstâncias trazidas aos autos, verifica-se que o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, não havendo falar em caso fortuito ou força maior, mas sim em fortuito interno, porquanto incidente na proteção dos riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida e na frustração da legítima expectativa de segurança do consumidor-médio, concretizando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o

Luis Felipe Salomão apontou que a lanchonete, ao disponibilizar o citado serviço aos seus clientes, acabou atraindo para si a obrigação de indenizá-los por eventuais danos sofridos, pois assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos de grandes estabelecimentos, em troca dos ganhos financeiros indiretos gerados pelo conforto oferecido aos consumidores, o *McDonald's* assumiu o dever de lealdade e segurança implícito a qualquer relação contratual.

Explica o Ministro que, ao agregar a forma de venda pelo *drive-thru* aos seus serviços, a lanchonete incrementou o risco da atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os mais expostos e vulneráveis a intercorrências.

A situação, portanto, atrai a aplicação da teoria do risco-proveito, segundo a qual todo aquele que expõe a risco outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento.

4.1.3 Outros critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça

Conforme restou demonstrado através dos julgados e das conclusões trazidas, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimentos diferentes para casos concretos muito próximos, envolvendo, inclusive, o mesmo prestador de serviço. No entanto, em cada situação, os riscos mostram-se diferenciados, motivo pelo qual é imperioso que a análise da responsabilidade seja feita diante do caso concreto, não se podendo deixar de lado, no entanto, critérios minimamente objetivos para balizar a atuação do intérprete e do aplicador da lei.

Com vistas disso, além da análise feita com base nas teorias do risco, o Superior Tribunal de Justiça também elenca alguns critérios que podem ser utilizados na verificação da dita responsabilidade. Os critérios foram elencados especificamente

cliente. O fornecedor, por sua vez, pelo que consta dos autos, não demonstrou ter adotado todas as medidas, dentro de seu alcance, para inibir, dificultar ou impedir o ocorrido na área reservada ao circuito *drive-thru* tampouco comprovou que o evento tenha se dado em outra área sobre a qual não tenha ingerência.

8. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº1.450.434/SP**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 18/09/2018. Data de publicação: 09/11/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647294680/recurso-especial-resp-1450434-sp-2014-0058371-2/relatorio-e-voto-647294689>. Acesso em 1 jul. 2021).

para os casos de assalto ocorridos em estacionamentos, no entanto, podem ser adaptados para outros contextos empresariais. Assim, conforme aponta a Min. Nancy Andrighi¹¹⁹, os critérios seriam: pagamento direto pelo uso do espaço para estacionamento; natureza da atividade empresarial exercida; porte do estabelecimento comercial; nível de acesso ao estacionamento (fato de o estacionamento ser ou não exclusivo para clientes); controle de entrada e saída por meio de cancelas ou entrega de *tickets*; aparatos físicos de segurança na área de estacionamento, tais como muros, cercas, grades, guaritas e sistema de vídeo-vigilância; presença de guardas ou vigilantes no local e nível de iluminação.

Assim, uma vez presentes tais elementos, mostra-se cabível a responsabilidade do empresário, que deve arcar com as consequências patrimoniais e não patrimoniais dos episódios de assaltos ocorridos em seus estabelecimentos, bem como nos estacionamentos anexos.

Por fim, aponta a Ministra que também é necessário perquirir se o conjunto de circunstâncias concretas são aptas a gerar, no consumidor-médio, razoável expectativa de segurança. Isso porque, conforme preleciona Sérgio Cavalieri¹²⁰, para quem se propõe a fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, a lei impõe o dever de fornecê-los, vale dizer, sem defeito, sob pena de responder, independentemente de culpa, pelos danos causados ao consumidor.

Em complemento, sobre a noção do dever de segurança, afirma Herman Benjamin que o Código do Consumidor não estabelece um sistema de segurança absoluta para os produtos e serviços. O que se quer, na verdade, é uma segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores, que não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor, mas a concepção coletiva da sociedade de consumo¹²¹.

Por fim, destacando a necessidade de se definir o conceito de dever de segurança à luz do caso concreto, explica Cavalieri¹²², citando João Calvão da Silva que:

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp nº1431606/SP**. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. Dta de julgamento: 27/03/2019. Data de publicação: 02/05/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713207142/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1431606-sp-2014-0015227-3/relatorio-e-voto-713207155>. Acesso em 1 jul. 2021. p. 9-10.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, 2019, p. 313.

¹²¹ BENJAMIM, Herman. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva, 1991, p. 60.

¹²² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 313.

Segurança é, portanto, conceito jurídico de conteúdo indeterminado, cujo conteúdo deve ser dado pelo juiz nas circunstâncias do caso concreto. Por isso, *“deve o juiz, na determinação do caráter defeituoso, ser intérprete do sentimento geral de legítima segurança esperada do produto, atendendo não só ao uso ou consumo pretendido, mas à utilização que dele razoavelmente possa ser feita, à luz do conhecimento ordinário ou da opinião comum do grande público a que o mesmo se destina”*.

Assim, observa-se que, apesar de gozar de uma carga de indeterminabilidade, o conceito de segurança deve ser concretizado no caso, para que o consumidor lesado pela inobservância do referido dever seja, então, protegido pelo ordenamento jurídico.

5 CONCLUSÃO

Apesar da privilegiada proteção gozada pelo consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode olvidar de que, em algumas situações, o dano por ele sofrido não pode ser acobertado pela responsabilidade objetiva do empresário que, por sua vez, responde por muitos danos, mas não por todos. Os danos pelos quais não respondem, conforme visto a partir da teoria das excludentes denexo causal, são aqueles originados por culpa da vítima, por culpa de terceiro e por caso fortuito e força maior.

No que diz respeito ao enquadramento dos episódios de assalto à mão armada como risco do empreendimento ou como fortuito externo, a conclusão que se chega é que é necessário realizar uma análise caso a caso pelo aplicador do direito. Nesse sentido, é preciso verificar se a atividade desenvolvida tem ou não relação com o risco do empreendimento ou do risco proveito, pois, caso tenha, configurada estará a responsabilidade do empresário pelo infortúnio vivenciado pelo consumidor.

Na análise dos casos trazidos, a título exemplificativo, é possível chegar à conclusão, também, de que o Superior Tribunal de Justiça é guiado pela aplicação tanto da teoria do risco criado, como da teoria do risco proveito. Assim, em alguns casos, busca-se responsabilizar o empresário com base na análise do próprio objeto desenvolvido pela atividade empresarial, partindo da aplicação da teoria do risco criado, e em outros casos, a responsabilidade recai sobre a atividade que gera, direta ou indiretamente, vantagens econômicas para o prestador do serviço, com base na teoria do risco proveito. O fato é que, em ambas as teorias, o risco encontra-se atrelado ao empreendimento, dele fazendo parte, gerando, conseqüentemente, o dever de segurança. Assim, uma vez violado o referido dever, nasce a obrigação de indenizar os consumidores pelos episódios vivenciados de assalto à mão armada no contexto empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BENJAMIM, Herman. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva, 1991.

BEVILAQUA, Clovis; BRASIL. **Código Civil (1916)**: Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1926. v. 5.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 103.7759/RJ**. Relatora Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 23/02/2010. Data de publicação: 05/03/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19158604/recurso-especial-resp-1037759-rj-2008-0051031-5>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. nº 776.732/RJ**. Relator Min. Humberto Martins. Data de julgamento: 08/05/2007. Data de publicação: 21/05/2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932442/recurso-especial-resp-776732-rj-2005-0141044-0-stj/relatorio-e-voto-14099993>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 682.599/RS**, Relator. Min. Fernando Gonçalves, Data de julgamento: 25/10/2005. Data de publicação: 14/11/2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7185558/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-682599-rs-2005-0086918-4-stj/relatorio-e-voto-12924122>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. n° 1.292.141**, Relatora. Min. Nancy Andrighi, Data de julgamento: 04/12/2012. Data de publicação: 12/12/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23027511/recurso-especial-resp-1292141-sp-2011-0265264-3-stj/inteiro-teor-23027512> Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n° 120.647-SP**. Relator Min. Eduardo Ribeiro. Data de julgamento: 09/11/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647294680/recurso-especial-resp-1450434-sp-2014-0058371-2/inteiro-teor-64729468>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AResp. n° 840.534/SP**. Relator Min. Raul Araújo. Data de julgamento: 17/03/2016. Data de publicação: 13/04/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339817341/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-840534-sp-2016-0001719-9/relatorio-e-voto-339817396>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp n° 748.322/RS**. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 27/11/2012. Data de publicação: 18/12/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/866239764/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-748322-rs-2005-0074705-0>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 976.531/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 23/02/2010. Data de publicação: 08/03/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19157204/recurso-especial-resp-976531-sp-2007-0188741-5/inteiro-teor-19157205>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1183121/SC**, Relator Min. Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 24/02/2015. Data de publicação: 07/04/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179456473/recurso-especial-resp-1183121-sc-2010-0034668-2/relatorio-e-voto-179456496>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp 1206017/SP**. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 25/11/2019, Data de publicação: 27/11/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859840777/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-aresp-1206017-sp-2017-0299161-0/inteiro-teor-859840787>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. n°1.450.434/SP**. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 18/09/2018. Data de publicação: 09/11/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647294680/recurso-especial-resp-1450434-sp-2014-0058371-2/relatorio-e-voto-647294689>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp n°1431606/SP**. Relatora Min. Maria Isabel Gallotti. Dta de julgamento: 27/03/2019. Data de publicação: 02/05/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713207142/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1431606-sp-2014-0015227-3/relatorio-e-voto-713207155>. Acesso em: 1 jul. 2021.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa de causalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso de direito civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas: Grupo GEN, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020a. (v. 4: responsabilidade civil).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2020b.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Tradução: Raul Lima. **Revista Forense**, São Paulo, n. 456, p. 548, 1941.

KHOURI, Paulo Roque. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. Esboço da evolução histórica da responsabilidade civil. *In*: SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. **A responsabilidade civil objetiva genérica fundada na atividade de risco (teoria geral e hipóteses práticas)**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 22-40. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8493>. Acesso em: 25 jun. 2021.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil 3: responsabilidade civil**. Ed. Saraiva, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2011. (Coleção Rubens Limongi, v. 10).

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense: Grupo GEN, 2020a. v. 2.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense: Grupo GEN, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. v. 4.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 296, p. 7-18, jun. 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Ed. Forense: Grupo GEN, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas: Grupo GEN, 2020. v. 2.