

Pareceres

INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE O “SHOPPING CENTER” E SEUS FREQUENTADORES

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

1. Exposição e consulta. 2. As relações de consumo. 3. O conceito jurídico de consumidor. 4. Consumidores por equiparação legal. 5. O conceito jurídico de fornecedor e o objeto da relação de consumo. 6. O “shopping center” não fornece serviços no mercado de consumo. 7. O frequentador dos “shopping centers” não é necessariamente consumidor ou “bystander”.

1. Exposição e consulta

1.1 O Ministério Público do Estado de São Paulo moveu ação civil pública junto ao MM. Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Osasco contra B.S.P. e A.O.P.S. S/C Ltda., objetivando a condenação das rés para o fim de indenizar os danos morais e patrimoniais sofridos pelas vítimas do trágico acidente ocorrido no O.P.S., situado à Rua xxx, Centro, em Osasco, Estado de São Paulo.

1.2 No dia 11 de junho de 1996, por volta das 12:15h, sucedeu violenta explosão, seguida de desabamento nas dependências do O.P.S., vitimando centenas de pessoas, entre elas quarenta e duas mortas e outras tantas feridas, com graves mutilações. A explosão teria sido provocada por vazamento na tubulação de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), que vinha se acumulando no vão livre existente entre o piso e o solo do *shopping*.

1.3 A B.S.P., além de proprietária do imóvel onde está instalado o O.P.S., é o seu empreendedor, havendo constituído a empresa A.O.P.S. S/C Ltda. para, em conjunto, administrar o empreendimento.

1.4 Atribuindo a estas a responsabilidade, “independentemente da existência de culpa”, pelo fato do produto e do serviço, introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, arts. 12 *usque* 17), porque, como empreendedores e como administradores do *shopping*, seriam “fornecedores”, no sentido jurídico do termo, assim como revestiriam a qualidade de “consumidores” os seus usuários e frequentadores, o Ministério Público, após caracterizar os danos como decorrentes de produtos e serviços defeituosos, requereu a procedência do pedido indenizatório. Ainda nessa ordem de raciocínio, com fundamento no art. 28 do Código, requereu o Ministério Público inclusive a desconsideração da personalidade jurídica das rés, a fim de que os seus sócios respondessem também solidariamente pelos prejuízos sofridos pelas vítimas.

1.5 Como tese subsidiária, requereu também o Ministério Público a responsabilização das rés-pessoas jurídicas, com base nos arts. 1.056, 1.521-II, 1.527, 1.528 e 1.529 do Código Civil, por *culpa presumida* decorrente da responsabilidade contra-

tual, pela guarda de coisa e pela ruína do prédio. Ainda como segunda tese subsidiária, o Ministério Público atribuiu às réas a responsabilidade pelo ocorrido em razão da conduta que reputa culposa de seus prepostos e representantes legais.

1.6 Eis que, por sentença prolatada em 26 de maio de 1997, o MM. Juízo acolheu a argumentação do Ministério Público, com base nos fundamentos jurídicos acima sintetizados, julgando procedente o pedido para condenar todos os réus, nos termos do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor a reparar os danos morais e patrimoniais experimentados pelas vítimas do acidente, ocorrido nas dependências do *shopping*, ressarcindo as mesmas com indenização cujo montante deveria ser apurado em liquidação de sentença de acordo com o art. 97 da citada Lei n. 8.078/90.

1.7 Ao assim decidir, o MM. Juízo acolheu, portanto, a tese da aplicação na espécie do Código de Defesa do Consumidor, com fundamento de que “não há dúvida” de que “há relação de consumo entre as co-rés, pessoas jurídicas, administradoras do centro comercial e as pessoas usuárias e frequentadoras do *shopping*”, devendo ser o O.S.P. encarado como “fornecedor” de bens e serviços no mercado de consumo, já que “uma das preocupações essenciais desses centros comerciais é justamente propiciar o conforto e a comodidade dos consumidores”, e as pessoas frequentadoras do *shopping*, vítimas do acidente, “consumidoras”.

1.8 Tendo em vista que, como a própria sentença admite, “ausente a condição de consumidores, de plano estará afastada a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação”, somos consultados se procede a alegação da autora do feito, agasalhada pelo MM. Juízo, quanto a existência de “relação de consumo” entre as pessoas proprietárias e administradoras do O.P.S. e as vítimas do infausto acontecimento, para efeito da legislação especial. A resposta à consulta formulada exige que façamos um pormenorizado exame prévio sobre os conceitos acima ventilados.

2. As relações de consumo

2.1 Uma das figuras essenciais da experiência jurídica é representada pela chamada *relação jurídica*, cujo conceito foi formulado de maneira definitiva por Savigny, no decorrer do século passado. Alguns juristas sustentam até que a ciência do Direito somente adquiriu a sua maturidade no instante em que a pandectista alemã estabeleceu, de maneira precisa, esse conceito. Jhering chegou a dizer que a relação jurídica está para a ciência do Direito assim como o alfabeto está para a palavra.¹

2.2 Que devemos entender pela expressão *relação jurídica*? Os homens, visando à obtenção de finalidades diversas, entram em contato uns com os outros. Há, assim, uma infinidade de laços prendendo os homens entre si, mas nem todos são, evidentemente, de natureza jurídica. A relação jurídica é toda relação da vida social que, uma vez disciplinada pelo Direito, passa a ser geradora de efeitos jurídicos.

Quais são as relações sociais que passam a ter efeitos jurídicos? Há duas respostas. De acordo com uma primeira visão, as relações jurídicas seriam as relações sociais postas na realidade e apenas *reconhecidas* pelo Direito, com a finalidade de protegê-las. A outra é a concepção operacional, segundo a qual a ordem jurídica, mais do que o reconhecimento de algo já estabelecido pelo livre jogo dos interesses individuais, instaura *modelos* que atribuem às relações sociais consequências jurídicas.

2.3 Assim, poderíamos dizer que quando uma relação social se subsume ao modelo normativo instituído pelo legislador, essa realidade concreta, encarada pelo prisma do Direito, adquire a condição de relação jurídica e passa ter os efeitos jurídicos que lhe são pertinentes. Para que essa relação jurídica se instaure, é, pois, necessário que sejam preenchidos dois requisitos. Em

1. Cf Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, v. 1, Livraria Almeida, Coimbra, 1966. pp. 1 e ss.

primeiro lugar, que exista uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse nexos corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que, em ocorrendo a hipótese no plano fáctico, derivem as consequências obrigatórias previstas em lei.²

2.4 Daí podermos concluir que, em toda relação jurídica, haverá, ao menos, sempre quatro elementos a considerar: sujeitos, objeto, fato jurídico e garantia. *Sujeitos* da relação jurídica são as pessoas entre as quais se estabelece o liame respectivo. São titulares do direito subjetivo e das posições passivas correspondentes, do dever e da sujeição. O *objeto* da relação jurídica é aquele bem sobre o qual recai tanto a exigência do credor quanto a obrigação do devedor. Não é, pois, o direito subjetivo, nem o correspondente dever jurídico. Estes formam o “conteúdo” da relação jurídica. Objeto da relação jurídica é o objeto do direito subjetivo do sujeito ativo, a que se contrapõe o dever do sujeito passivo. Pode ser objeto da relação jurídica tanto uma coisa, quanto uma prestação, como até mesmo a própria pessoa.

O *fato jurídico* é todo ato humano ou evento natural, previsto na lei como hipó-

2. Escreve Enneccerus (§ 64,1 do Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, v. I, 15ª ed., 1959) que as relações humanas podem ser dos gêneros os mais diversos, mas nem todas são relações jurídicas — *Rechtsverhältnisse*; assim, constituem relações jurídicas as relações entre o comprador e o vendedor, de igual modo as relações entre cônjuges, até onde são juridicamente reguladas; mas não, por exemplo, a amizade, porque ela nem provoca quaisquer efeitos jurídicos, nem é disciplinada pelo Direito. Karl Larenz lembra que a relação jurídica é o conceito nuclear do Direito Privado — *Der Erste Grundbegriff des Privatrechts* — salientando que a relação jurídica é um vínculo normativo, que pertence ao plano ontológico do juridicamente válido, sendo inexato designá-la como uma “relação vital” reconhecida pelo Direito. “Da das Rechtsverhältnis als ein Inbegriff von Rechten und Pflichten, also von normativen Beziehungen, der Seinsebene des rechtlich Geltenden angehört, ist falsch, es als ein von Recht bestimmtes ‘Lebenverhältnis’ zu bezeichnen” (in *Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, 6ª ed., C. H. Beck, Munchen, 1983, p. 185).

tese de fato, que faz com que a relação jurídica passe do plano dos arquétipos ou dos modelos para o plano da realidade concreta. Por fim, a *garantia* da relação jurídica, que é o conjunto de providências coercitivas posto à disposição do titular ativo de uma relação jurídica, caso tenha ele o seu direito subjetivo violado, ou ameaçado.

2.5 O fenômeno da produção e do consumo em massa tornou imperiosa a atribuição de juridicidade às chamadas *relações de consumo*. Até há pouco tempo, essa categoria da experiência social não era, como tal, reconhecida pela ordem jurídica, mesmo em se tratando de institutos que se plasaram à luz da realidade da produção e da circulação de bens. O próprio conceito de consumo não aparecia nos textos legislativos senão de maneira episódica, como, por exemplo, na classificação dos bens quanto à sua destinação, prevista na lei civil (arts. 51 e 726). A partir da década de 60, multiplicaram-se, em vários países, os diplomas relativos ao consumo e à proteção do consumidor. A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, se inscreve nesse movimento.

2.6 A ordem jurídica reflete, como é sabido, os valores sociais dominantes, espelhando o sistema econômico vigente. Os códigos oitocentistas, e os que os sucederam no século atual, talhados à sombra da ideologia liberal, consagraram o modelo produtivo baseado na propriedade privada e na liberdade de iniciativa. Esta, através do princípio da autonomia de vontade, permeia toda a matéria negocial; aquela assume o papel ao mesmo tempo de limite ao risco da iniciativa privada e de garantia das obrigações que dela derivam. Ambas essas noções foram concebidas levando em consideração relações jurídicas *singulares*, não atingindo as relações de *massa*, instauradas entre os centros produtores e o público consumidor. Daí a insuficiência das técnicas jurídicas para enfrentar o fenômeno da produção e do consumo em massa.

2.7 Para ilustrar, tomemos a compra e venda, qualificada como o instrumento o mais hábil para regular as relações de pro-

dução-circulação-consumo. Trata-se de um contrato de troca econômica, que se cinge à existência de duas partes — o vendedor e o comprador — que têm, por obrigações recíprocas, a entrega da coisa e o pagamento do preço. O modelo negocial está polarizado no sentido das operações *individualizadas*, não havendo previsão normativa para adequá-lo aos negócios em série.

A lei, tanto civil quanto comercial, admite, é verdade, uma grande liberdade de estipulação do conteúdo do contrato, contemplando um sem-número de hipóteses típicas, como a venda à vista de amostras, a venda a esmo ou por partida inteira, a venda condicional, a venda a termo, a venda de coisa futura etc. Não prevê, porém, tipos diferenciados de contratos, conforme se relacione com a aquisição de bens de produção ou de consumo. Não distingue as situações em que o vendedor é um empresário fornecedor de bens para o mercado daquelas em que ele é o vendedor não-profissional de bens individualizados a compradores adrede identificados. Pelo contrato de compra e venda, o comprador tanto pode adquirir o bem para utilizá-lo como insumo em sua atividade empresarial, como fazê-lo para uso e consumo privados.

2.8 Em suma, ao contrato de compra e venda é irrelevante a relação de consumo subjacente, dando tratamento formalmente idêntico para todas as situações de utilização econômica da *res vendita*. Como consequência, impunha-se que em determinadas relações entre o produtor e os comerciantes intermediários, e entre estes e o adquirente final do bem, se estabelecesse uma “relação jurídica direta”, que ultrapassasse o nexo vendedor-comprador, e que vinculasse o fabricante e o usuário ou o consumidor do bem levado ao mercado, de forma apta a responsabilizar o primeiro, caso viessem a ocorrer lesões no segundo, causadas pelo produto. De resto, em termos jurídicos, a obtenção de um bem ou serviço, por parte do consumidor ou usuário, pode revestir vínculos contratuais os mais variados que não apenas a compra e venda:

empréstimo, locação, empreitada, arrendamento mercantil etc.

2.9 Daí a tentativa, presente em todas as legislações atuais voltadas à proteção do consumidor, de definir as *relações jurídicas de consumo*, procurando definir-lhes os elementos estruturais, ou seja, os sujeitos, o objeto da relação jurídica, o fato jurídico e a garantias. A Lei n. 8.078, de 1990, não foge dessa regra. Para efeito do presente parecer, nós nos limitaremos a examinar dois elementos apenas: os sujeitos e o objeto da relação jurídica de consumo, tal como definidos em lei.

3. O conceito jurídico de consumidor

3.1 Detenhamo-nos inicialmente nas notas distintivas do consumidor, um dos sujeitos da relação de consumo, que aparecem contempladas no *caput* do art. 2º, *verbis*: “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Como se vê, o conceito de consumidor, adotado pela lei, se atém ao seu significado *econômico*, levando em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo, assim, que age com vista ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade empresarial.

3.2 A lei, portanto, procurou abstrair de tal conceituação componentes de natureza *sociológica* (consumidor é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, pertencente a uma determinada classe ou categoria social), *psicológica* (consumidor é o indivíduo sobre o qual podem-se identificar motivações pessoais as mais variadas que o levam ao consumo), *política* (consumidor é o cidadão que, além da estratificação social e das necessidades não coincidentes, revela um interesse típico, que consiste na expectativa de receber produtos e serviços de boa qualidade, a bom

preço e com informações adequadas), ou *filosófica* (na sociedade contemporânea de massa, todas as pessoas são consumidores).³

3.3 Adotado assim o conceito econômico de consumidor, procurou-se enfatizar os elementos positivo e negativo que o conceito de consumo revelam no campo econômico. O elemento positivo do consumo reside na função econômica, que exerce, de satisfação das *necessidades privadas* do consumidor ou usuário; sendo o elemento negativo, a sua conseqüente *destruição*, já destacada, aliás, na definição dada pelo art. 51 do Código Civil, de que são coisas consumíveis aquelas “cujo uso importa destruição imediata da própria substância”. Ambos esses elementos positivo e negativo têm por escopo comum revelar que o consumo se define como o termo derradeiro para o qual sem orientam a produção e distribuição. É tendo em vista esse sentido que a lei define o consumidor como “*toda pessoa*” “que adquire ou utiliza produto ou serviço *como destinatário final*”.

3.4 Daí que desse conceito de consumo — *consumo final* — deva ser excluído o chamado *consumo intermédio*, ou seja, a utilização de bens e serviços, por parte das empresas, necessários ao processo de produção industrial. Quer dizer, os *insumos*. Aqui, a par do lado positivo, o consumo de bens não revela a sua vertente negativa, já que não importa em sua destruição, visto que o mesmo se transforma e se incorpora ao processo produtivo. A rigor, não há falar na espécie em consumo, no seu sentido técnico. Como acentua Albert L. Meyers, nos seus *Elementos de Economia Moderna* (tradução brasileira, Livro Ibero-Americano, Rio de Janeiro, 1962, p. 13), “Consumo é o uso imediato e final de bens e serviços, para satisfazer as necessidades de seres humanos livres. Consumo não signi-

fica uso de bem, a menos que seja usado pelo consumidor final. Diariamente, emprega-se o carvão para gerar a força que movimenta as fábricas, entretanto, esta constitui parte do processo produtivo e não do consumo. De modo bastante remoto, poder-se-ia dizer que uma pessoa está consumindo carvão, quando se serve dos produtos industriais”.

3.5 Nesse sentido, esse “consumo intermédio” não é alcançado pela proteção dessa legislação especial, como assevera Ferreira de Almeida, em livro que obteve larga divulgação no Brasil: “o consumidor é um não-profissional, ou quem como tal atua, isto é, fora da sua atividade profissional. Daí se conclui que o chamado ‘consumo intermédio’, em que o utilizador é uma empresa ou um profissional, não é consumo em sentido jurídico. O consumidor, nesta acepção, é sempre consumidor final (*Endverbraucher, Letzverbraucher, ultimate consumer*)” (in *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, 1982, p. 215).

3.6 Assim, quando a lei brasileira define como consumidor “toda pessoa física ou jurídica” (à semelhança do que dispõem vários diplomas alienígenas, como a Carta do Conselho da Europa, que fala também em *physical or legal person*), há que distinguir os bens adquiridos pela empresa, a título de insumos, no exercício da sua atividade empresarial, dos bens adquiridos para uso pessoal ou privado — *for privy usance* — do consumidor, à margem de sua atividade empresarial.

Como já observava Fábio Konder Comparato, em 1978, “quando se fala, no entanto, em proteção ao consumidor, quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentem no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade própria” (in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 476).

3.7 Como se nota, o objetivo que sempre norteou o legislador foi o de imprimir a

3. É justamente a opinião de José Geraldo Brito Filomeno, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Ada Pellegrini Grinover e outros, Forense, Rio de Janeiro, 1991, pp. 24-25.

maior objetividade na definição do consumidor, procurando encarar o consumo rigidamente nos termos definidos pela ciência econômica, sem interpretações extensivas. Logo mais adiante, voltaremos a esse tópico, que é de suma importância para o presente estudo.⁴

4. Consumidores por equiparação legal

4.1 Definido destarte o consumidor como todo aquele “que adquire ou utiliza produto e serviço como destinatário final”, para os efeitos da proteção que prodigaliza, a lei, *por equiparação legal*, assimila ao consumidor:

a) “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (art. 2º, parágrafo único);

b) “todas as vítimas do evento” danoso, “causados por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (art. 17 c/c art. 12, *caput*); e

c) “todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais”, e contratuais, utilizadas pelos fornecedores, “com relação a produtos oferecidos ou apresentados” aos destinatários finais (art. 29).

4.2 Vejamos as três hipóteses de equiparação legal, acima alinhadas, procurando destacar o fio condutor dessas equiparações. Em princípio, consumidor é a pessoa física ou jurídica, que *adquire* bens ou serviços, como destinatário final. Também é considerado consumidor aquele que, embora não os tenha adquirido, *utiliza* bens e serviços, como destinatário final. É a definição legal constante do *caput* do art. 2º da Lei n. 8.078/90.

Pois bem, uma vez definido o que, para os efeitos da lei, seja o consumidor — ou seja, estabelecido os *limites* de sua conceituação — a lei, na primeira hipótese, “equipara” a consumidor, para todos os efeitos, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja ingressado no circuito do consumo, como consumidores ou usuários de bens e serviços. Sempre evidentemente para a satisfação de necessidades privadas, estranhas ao processo produtivo. O que a lei tem em mira, nessa equiparação, é propiciar *tutela coletiva* para todo grupo, categoria ou classe de consumidores finais, garantindo a esse ente coletivo, encarado como um todo, os mesmos direitos que confere a seus membros. São mantidos os limites conceituais da noção legal de consumidor, sem interpretações extensivas, já que aqui se cogita apenas de uma *coletividade de consumidores*.

4.3 Na segunda hipótese, são equiparados aos consumidores os *estranhos* à relação jurídica de consumo e que, embora não tenham consumido ou usado os bens e serviços — ou seja, embora não sejam, a rigor, nem consumidores, nem usuários — hajam sofrido danos causados por *defeitos* dos bens e serviços “colocados no mercado de consumo”. Trata-se dos chamados *bystanders* do direito norte-americano. Essa equiparação, ao contrário da anterior, não é feita para todos os efeitos legais (já que eles não são, a rigor, nem consumidores, nem usuários), mas tão-só e exclusivamente para efeito da aplicação do regime de responsabilidade civil “independentemente da existência de culpa”, prevista na lei, na propagação de *acidentes de consumo* que esses não-consumidores e não usuários hajam sofrido pelo fato do produto ou do serviço defeituosos (art. 12 *usque* 17).

4.4 Nessa extensão da responsabilidade objetiva por fato do produto ou do serviço a terceiros, que não são a rigor nem consumidores, nem usuários (ou seja, são *penitus stranei* à relação de consumo), a lei brasileira se filia ao mais avançado estágio da jurisprudência norte-americana.

4. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “O conceito jurídico do consumidor”, in *RT* 628/72.

Esta reputa os terceiros, lesados por produtos defeituosos, ativamente legitimados a postular a reparação dos danos segundo os princípios da *strict liability in tort*, à semelhança dos consumidores ou usuários dos produtos ou dos serviços, por se encontrarem *in the vicinity of its use*, expostas à sua esfera de periculosidade.

Não é aqui o lugar apropriado para fazer um histórico a respeito da jurisprudência norte-americana a respeito da responsabilidade do fornecedor por danos provocados em terceiros, estranhos à relação de consumo. Cumpre apenas frisar que a adoção da tutela objetiva, desvinculada do requisito de culpa, para os *casual bystanders* só foi admitida dentro de limites cautelosos. Ou seja, essa responsabilidade sem culpa só se aplica a esses terceiros com prova de que os danos por eles sofridos foram provocados por infração ao dever de segurança que previsivelmente se espera (*reasonable foreseeability*) de um produtor, em circunstâncias normais, em relação ao produto colocado no mercado.⁵

Essa responsabilidade objetiva como forma de imputação condicionada a pressupostos especiais, ou seja, essa *responsabilidade objetiva limitada*, é também adotada pela lei brasileira, que agasalha o regime de responsabilidade, independentemente da existência de culpa, pelo fato do produto e do serviço. Com efeito, no art. 12 da Lei n. 8.078, é dito que, para efeito da responsabilidade objetiva do produtor, o produto causador do dano só é reputado defeituoso — e, portanto, causador de lesão indenizável — “quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais (i) sua apresentação; (ii) o uso e os riscos que ra-

zoavelmente dele se esperam; e (iii) a época em que foi colocado em circulação” (art. 12, § 1º).⁶

4.5 Na terceira hipótese acima elencada, são equiparadas pela lei aos consumidores, *todas as pessoas*, indetermináveis ou não, em situação atual e potencial de adquirir ou utilizar o produto ou o serviço, que se exponham às práticas comerciais e contratuais previstas pela lei, nos seus arts. 29 a 60. Trata-se de um conceito de consumidor extremamente lato, mas a ser aplicado *exclusivamente* “para os fins” da disciplina das “práticas comerciais” e dos “contratos que regulam as relações de consumo” (e não, por exemplo, para o fim de aplicação dos regimes de responsabilidade, previstos na lei).

4.6 Todas essas hipóteses de equiparação a consumidor devem ser vistas, portanto, *restritivamente*, dentro das finalidades específicas para as quais foram criadas. E em todas essas hipóteses, prevalece sempre exclusivamente a noção econômica de ato de consumo, que está sempre presente nas equiparações, ou seja, a do ato jurídico ou material, orientado no sentido de satisfazer as necessidades privadas do consumidor ou usuário, provocando o desgaste, total ou parcial, do bem ou do serviço prestados, que os retira do mercado.⁷

5. O conceito jurídico de fornecedor e o objeto da relação de consumo

5.1 Passemos agora ao segundo tópico. O outro pólo da relação de consumo é o

6. Zelo Denari, “Da qualidade de produtos e serviços; da prevenção e da reparação dos danos”, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, ob. cit., pp. 88 e ss.

7. “L’acte de consommation est défini comme étant ‘l’acte juridique ou matériel qui, réalisant la destination finale du bien qui en fait l’objet, en épuise totalement ou partiellement la valeur économique et en provoque généralement le retrait, définitif ou temporaire, du marché’” (cf. Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*, Story Scientia, Bruxelas, 1988, p. 45).

5. Cf. o estudo clássico de Dix W. Noel, “Defective products: extension of strict liability to bystanders”, in *Tennessee Law Review*, v. 38, 1970, p. 2 e ss. reproduzido em *Product Liability*, 2ª ed., editado por Paul D. Rheingold e Sheila L. Birnbaum. V. nosso *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do Produto*, Saraiva, São Paulo, 1987, pp. 58 e ss.

fornecedor — sujeito passivo onerado por esse dever de segurança no fornecimento de seus produtos e serviços (*Verkehrssicherungspflicht*, como dizem os alemães) — definido pela lei, no seu art. 3º, nos seguintes termos: “Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que *desenvolvem atividades* de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

5.2 Não obstante comporte essa definição de fornecedor uma série de considerações, basta, para os fins deste parecer, extrair dela o conceito do *objeto* da relação de consumo. O objeto de uma relação jurídica é, como se sabe, o elemento em razão do qual a relação se constitui, e sobre o qual recai tanto a exigência do credor quanto a obrigação do devedor, podendo ser tanto uma coisa, uma prestação, como a própria pessoa. Na relação de consumo, esse objeto é, por certo, um determinado comportamento por parte do sujeito passivo, isto é, a prestação por parte do fornecedor, a que se alude na definição acima reproduzida, ou seja: “[fornecimento] de produtos ou prestação de serviços”.

5.3 A seguir, em dois parágrafos sucessivos, a lei esclarece o que entende por *produto* e por *serviço*: “§ 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

5.4 Essas definições legais do objeto das relações de consumo suscitam algumas observações, que interessam ao presente parecer. Ao reputar como *produto* “qualquer bem”, seja ele móvel ou imóvel, material ou imaterial, a lei pressupõe certas *limitações implícitas*, a que o exame sistemático da lei naturalmente conduz. Com efeito, “qualquer bem” pode consubstanciar

um “produto” para efeito da proteção da lei, mas (a) *desde que* esse bem seja produzido em série, para ser colocado no mercado de consumo; e (b) *desde que* esse bem seja destinado à satisfação das necessidades privadas dos consumidores, importando em sua destruição.

Com efeito, o chamado *mercado de consumo*, na medida em que o termo “mercado” importa sempre numa substancial quantidade de bens transacionada “com o público”, pressupõe a existência de empresas produzindo *em massa* mercadorias (ou seja, produtos) para o mercado. Como vimos, fornecedor, para a lei, é aquele que “desenvolve uma atividade”, ou seja, gera uma série de atos. Por outro lado, esses produtos, na medida em que teleologicamente se destinam ao consumidor ou usuário final, implicam na sua fruição, total ou parcial, para retirada, definitiva ou temporária, desse mesmo mercado.

5.5 Análogas considerações também podem ser tecidas com relação à definição de *serviço*, para efeito da legislação de proteção ao consumidor. De fato, tal como dispõe o § 2º do art. 3º da Lei n. 8.078, acima reproduzido, os serviços de que se trata, são aqueles (a) prestados, mediante remuneração, em série, fruto de uma “atividade”, “no mercado de consumo” (b) destinados a satisfazer as necessidades dos usuários, como fruidores finais.

5.6 Em suma: o mercado de consumo tem um *alcance específico* e não abrange *todas* as relações econômicas atinentes aos bens e serviços. Abarca apenas as relações de uso e consumo de produtos e serviços fornecidos em massa, decorrentes de uma “atividade”, ao término da cadeia de produção e circulação econômicas. Com efeito, os bens e serviços podem ser o fulcro de uma série de relações econômico-jurídicas, formando uma densa trama. Na fase de circulação, por exemplo, podem ser objeto de troca, sendo alvo de diferentes vínculos jurídicos: compra e venda, locação, empreitada ou empréstimo. Se essa troca econômica, revestindo uma dessas formas,

tem por escopo o consumo, sobre o mesmo objeto se estabelecem, pelo menos, duas relações jurídicas diferentes, com distintos regimes legais: uma relação de troca (alguém adquire esse bem) e uma relação de consumo (esse alguém adquire o bem para consumir).

Assim sendo, para verificar se entre determinadas pessoas se instaurou uma relação de consumo, cumpre averiguar — separando essas sucessivas camadas de liames — se entre elas se estabeleceu o enlace específico *de consumo*, com os elementos estruturais definidos pela lei, acima pormenorizadamente esquadrihados. É o que passaremos a apurar com relação aos frequentadores do *shopping center* O.P.S., vítimas do trágico acidente ocorrido no dia 11 de junho de 1996.

6. O “shopping center” não fornece serviços no mercado de consumo

6.1 Nessa tarefa, a primeira indagação se prende à possível caracterização do *shopping center* como fornecedor, para os específicos fins da lei de proteção ao consumidor. Tendo em vista o conceito de fornecedor estampado na Lei n. 8.078/90 (art. 3º), cumpre averiguar se esses centros comerciais “desenvolvem uma atividade” de “produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço” “no mercado de consumo”.

6.2 Para responder a essa pergunta, cumpre examinar, primeiramente, o que vem a ser um *shopping*. Constituindo uma realidade econômica relativamente nova, natural que esses centros comerciais tenham suscitado dúvidas quanto ao seu correto enquadramento jurídico. Testemunhas dessa perplexidade foram as manifestações nem sempre coincidentes de juristas de escol em dois eventos notáveis, que deram ensejo a duas publicações já clássicas sobre a matéria: *Shopping Centers: Aspectos Jurídicos*, resultado de um seminário realizados em

1983, e *Shopping Center: Questões Jurídicas*, obra conjunta publicada em 1991.⁸

Dos vários depoimentos, constantes dessas publicações, nota-se que houve convergência de opinião ao menos no sentido de que o *shopping* constitui uma *organização* de um conjunto de lojas, resultante de uma série de contratos diversificados, ou de um contrato atípico, onde prepondera a relação *ex locato*, pactuados entre o empreendedor e os ocupantes das lojas e espaços, implicando no desenvolvimento de uma atividade empresarial permanente do empreendedor, ou de terceiro, na gestão do empreendimento.

6.3 Como se desenvolve essa atuação do empreendedor? Na fase inicial, à semelhança do incorporador imobiliário, o organizador do *shopping center* promove a construção do centro empresarial, mas já lhe imprimindo uma linha ocupacional específica, através do chamado *tenant mix*, que numa tradução livre significa a combinação de ramos comerciais diversificados entre os usuários de suas lojas e espaços, de modo a que o público desfrute de opções variadas.

Assim, o empreendedor utiliza-se de diferentes fatores de atração, a começar pelas chamadas lojas-âncora, geralmente lojas de departamento, por si só capazes de assegurar um bom tráfego de clientes no empreendimento, seguida de lojas-satélites, detentoras de marcas conhecidas e acreditadas, e de lojas que exploram atividades de lazer (restaurantes, cinemas, teatros,

8. O primeiro, publicado pela Revista dos Tribunais, em 1984, reúne colaborações de Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Langoni, João Carlos Pestana de Aguiar, Joaquim Antonio Vizeu Penalva Santos, Luís Antonio de Andrade, Orlando Gomes, Rubens Requião e Washington de Barros Monteiro. O segundo, editado pela Saraiva, reúne colaborações de Alfredo Buzaid, Álvaro Villaça de Azevedo, Fernando Albino, J. A. Penalva Santos, J. Nascimento Franco, José da Silva Maquieira, Modesto Carvalho, João Carlos Pestana de Aguiar Dias, Ricardo Pereira Lira, Roberto Wilson Renault Pinto, Yussef Said Cahali, Marcus Faver, Miguel Pachá, Nilson de Castro Dião, Gualberto Gonçalves de Miranda.

playgrounds, ringues de patinação etc.). A seguir, vêm as lojas distribuídas de acordo com o ramo de atividade. Via de regra, o empreendedor distribui os espaços que ordenadamente criou, mediante contratos de cuja natureza básica é locacional, como consagra a Lei Inquilinária de outubro de 1991 (art. 59). Em termos de infra-estrutura, completa-se o *shopping* com um estacionamento para veículos.

6.4 Na fase de ocupação, o futuro lojista participa de duas despesas, que, embora não configurem alugueis, são injunções especiais que não desfiguram a essência da relação locativa. Uma delas diz respeito aos custos de acabamento do espaço locado; e outra, à integração ao *lay out*, a que se dá o nome de *res sperata*, expressão que Caio Mário da Silva Pereira traduz por “direito de reserva” quanto à localização do lojista. Nessa locação, o locatário se submete a pagar ao locador um aluguel percentual vinculado às suas vendas (sujeito a uma intervenção auditorial), assim como a participar de um fundo promocional para fazer frente às despesas de uma publicidade global, a ser administrada por uma “associação de lojistas”, constituída por iniciativa do empreendedor.

6.5 Os lojistas ainda se submetem a duas restrições locais: a imutabilidade do ramo de comércio e a proibição da cessão do contrato, para a preservação do equilíbrio do *mix* coletivo. Ao destinar os módulos aos lojistas, o empreendedor, ou dono do *shopping center*, elabora “normas gerais”, complementares aos contratos, peculiares à comunidade de interesses da organização, que convencionam essas regras adicionais. Ademais, visto que a natureza organizacional dos *shopping* exige um ordenamento constante das atividades coletivas, o empreendedor, ou terceiro, passa a administrá-los. Essa administração se orienta no sentido de providenciar os contratos de locação, cobrar os alugueis, contratar guardas de segurança e manter a ordem e a limpeza das áreas comuns, prestando serviços — aos locatários.

Pois os *shopping centers*, como acentuou o Professor Washington de Barros Monteiro (ob. cit., p. 161), “caracteriza-se, sobretudo, pela sua sistemática ou ordenamento, como um *complexo de relações internas* entre o incorporador ou incorporadores do empreendimento e os lojistas e prestadores de serviços, de índole eminentemente *obrigacional*, inclusive entre os lojistas e prestadores de serviços, ligados entre si por uma espécie de solidariedade e integrados, muitas vezes, a uma entidade associativa para a defesa de seus interesses”.

6.6 A semelhança da sociedade em conta de participação — à qual foram inicialmente aproximados — aos *shopping centers* falece a *vertente externa*, já que não se enquadram nem como estabelecimento comercial, nem como sociedade comercial, nem como instituição, mas como simples organização, sendo as *relações externas* travadas entre os lojistas e os consumidores que os freqüentam. Todos os serviços prestados pela organização comum, e descritas com absoluta objetividade nos parágrafos anteriores, são, como vimos, polarizados no sentido de satisfazer a necessidades sentidas *pelos lojistas*, inclusive no que diz respeito aos relacionamentos destes com os seus clientes e fregueses.

Ainda para citar o singelo, mas criterioso, artigo de Washington de Barros Monteiro, “Realmente, de um lado acha-se o incorporador, a quem cabe não só projetar e construir, como organizar e manter o empreendimento. De outro lado estão os lojistas e os prestadores de serviço, que tomam as lojas ou recintos em locação e nelas passam a exercer suas atividades”.

6.7 Irrelevante indagar aqui se, nos *shopping centers*, existe um duplo fundo de comércio, um dos lojistas e outro do *shopping*, ou um único fundo com dupla titularidade, o que equivaleria a dizer que, nos dois casos, os *shopping centers* têm também uma clientela própria, que acorreria aos centros comerciais motivada pelos atrativos que a própria organização ofere-

ce ao público. Ainda que se sustente que os *shopping centers* tenham a sua própria clientela, independente da freguesia de suas lojas, essa clientela *nada compra* dos *shopping* — nem produtos, nem serviços — e, por conseqüência, não podem eles ser configurados como fornecedores no mercado de consumo, já que os fornecedores dessa clientela são os lojistas, esses, sim, vendedores de bens e serviços no mercado de consumo. Por conseqüência, não sendo os *shopping centers* fornecedores de bens e serviços para o mercado, não se instauram nunca “relações de consumo” entre eles e os seus freqüentadores, habituais ou eventuais.

6.8 Que os *shopping centers* nada vendem no mercado de consumo e apenas prestam os seus serviços aos locatários, basta aludir à *ausência de qualquer retribuição* por esses serviços por parte dos seus freqüentadores. Ora, a remuneração — ou seja, *merces*, na *locatio operarum* — é da essência dos contratos de locação, inclusive na locação de serviço (Código Civil, art. 1.216), sob pena de ela não se configurar como tal (na *locatio conductio rerum*, a locação gratuita deixa até de ser locação para se transformar em comodato). No tocante especificamente à prestação de serviço como objeto da relação de consumo, para efeito da caracterização de fornecedor, a Lei n. 8.078, no seu já citado § 1º do art. 3º, dispõe que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (...)”.

6.9 A exigência de remuneração é, portanto, expressa e imperativa. Não existe, como se sabe, palavras inúteis nos textos de lei (*verba cum effectu sunt accipienda*), razão pela qual é de se repudiar teses pueris, como as lançadas pelo autor da ação civil pública em exame, de que os *shopping centers* seriam remunerados pelas “utilidades embutidas” nos preços e serviços fornecidos pelos lojistas, de cujo faturamento participam, decorrentes da simples presença dos freqüentadores no *shopping*, trazendo “a maior animação e atração local” e

“atualização com a moda pela contemplação de vitrinas”.

Fora esse raciocínio correto e essa passagem da lei seria totalmente inútil, visto que, seja qual for a hipótese considerada, sempre se poderá vislumbrar uma “remuneração indireta”, nos termos imaginados, paga pelos consumidores e usuários das lojas, por hipotéticos serviços que a organização lhes estaria prestando. O Direito não autoriza interpretações fúteis e cerebriñas, desenganadamente *contra legem*. Na realidade, à vista da definição acima reproduzida, se não recebe remuneração, o *shopping* não é fornecedor de serviços.

7. O freqüentador dos “*shopping centers*” não é necessariamente consumidor ou “*bystander*”

7.1 Da mesma forma, se nos ativermos aos exatos termos da lei, e não nos perdermos em meras lucubrações, o simples freqüentador que parqueia o seu automóvel no estacionamento (gratuito) de um *shopping center*, adentra o seu recinto e circula pelo *Mall*, percorrendo as suas galerias, praças e corredores para os quais se abrem as lojas, inclusive visitando-as, sem adquirir ou se utilizar de bens ou serviços, não se torna, *ipso facto*, um consumidor, pelo menos para efeito da lei protetora, que expressamente requer a realização desses atos de aquisição ou de uso para que uma pessoa assuma essa condição (art. 2º, *caput*). A lei não agasalha, assim, os conceitos de “consumidores potenciais”, “consumidores virtuais”, e quejandos, que vicejam em textos sociológicos, políticos, ou literários.

7.2 Tornar-se-á, por certo, consumidor, para efeito das proteções da lei, o freqüentador quando, através da realização de um ato de consumo, vier a adquirir ou utilizar, para satisfação de suas necessidades pessoais, produtos ou serviços fornecidos pelas lojas espalhadas no *shopping*, travando com elas — mas não com o *shopping* — relações de consumo. Do *shopping* propriamente dito não adquire nem se utiliza

de produtos ou serviços *remunerados* e, portanto, dele não é consumidor, nem usuário. Os serviços de administração, publicidade e promoção do conjunto, ao qual se integram as unidades dos locatários, são *prestados pelo "shopping" aos lojistas*, que lhe pagam uma remuneração para tanto. Mas nunca aos seus frequentadores, que por isso nada lhe pagam.

7.3 Passemos agora ao tópico dos *bystanders*. Nos termos da lei esse mesmo frequentador do *shopping center* — que não adquire nem utiliza de bens e serviços — poderá ser *equiparado* aos consumidores, para os efeitos da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, quando for *vítima* de eventos danosos (art. 17), causados por defeitos dos produtos (art. 12, *caput*), ou por defeitos relativos à prestação de serviços (art. 14, *caput*), quando esses produtos e serviços defeituosos não oferecerem a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em conta as circunstâncias relevantes que os cercam (art. 12, § 1º, e art. 14, § 1º).

Essas disposições da Lei n. 8.078 merecem duas observações. Em primeiro lugar, equiparar uma coisa à outra, para determinados efeitos legais, não é obviamente atribuir à coisa equiparada a mesma natureza ou substância da outra, mas submetê-la, respeitada a sua diversidade, a algumas conseqüências semelhantes. Na hipótese em exame, ao terceiro, que não é consumidor, a lei estende o mesmo regime de responsabilidade sem culpa, caso ele se torne *vítima* de um *acidente de consumo*, provocado por produto ou serviço defeituosos. Mas não o transforma, obviamente, num consumidor, pois consumidor ele não o é.

7.4 Em segundo lugar, a responsabilidade objetiva pelo fato do produto ou do serviço, adotada pela lei, e que ao *bystander* é estendida, é condicionada a pressupostos especiais, não eliminando a exigência da prova, como já advertimos linhas atrás. Com efeito, a vítima, consumidora ou não, permanece obrigada, para haver o ressarcimento, a *provar* que o produto defeituoso

não oferecia a segurança que dele legitimamente se esperaria, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: (i) a sua apresentação; (ii) o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperaria; (iii) e a época em que foi colocado em circulação.

7.5 Por outro lado, o acidente de consumo, que causa dano ao *bystander*, só ocorre quando provocado por produto ou serviço defeituosos, fornecidos no mercado de consumo, contra remuneração. E a responsabilidade objetiva, que dele deflui, só pode ser imputada àquele que tem condições legais de ser o causador da ofensa aos direitos do consumidor. Ou seja, aquele que, de acordo com a lei, é reputado "fornecedor".

Ora, os *shopping centers* não são, como vimos, fornecedores, nos exatos termos da lei, razão pela qual a eles não pode ser imposta a obrigação de indenizar, "independentemente da existência de culpa". Isso não quer dizer que a vítima de um acidente ocorrido nos recintos dos *shoppings* fique juridicamente desamparada, já que a lesão que porventura tenha sofrido poderá ser reparada, se imputável a uma ação ou omissão culposas do dono do *shopping*, ou de sua administradora. Nesse caso, porém, o dever ressarcitório não estará mais vinculado a uma relação de consumo, que no caso inexistente, mas a um ato ilícito, gerador de uma responsabilidade subjetiva, ancorada na culpa, nos limites estabelecidos pelo direito comum (Código Civil, art. 159).

7.6 Houve, portanto, com a devida vênia, abusiva extensão das regras constantes do Código de Defesa do Consumidor ao evento, na r. sentença do MM. Juízo de Osasco. Em primeiro lugar, a Lei n. 8.078, de 1990, é diploma legal de "ordem pública e interesse social", que estabelece "normas de proteção e defesa do consumidor" como expressamente adverte no artigo inaugural: "Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de *ordem pública e interesse social*, nos termos do art. 5º, inciso XXXII;

170, inciso V, da Constituição Federal e o art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Sendo norma legal “de ordem pública e de interesse social”, estabelecida por motivos ou considerações particulares, *derrogatória* do direito comum, para efeito “de proteção e defesa do consumidor”, reveste-se desenganadamente de caráter *excepcional*, e, como tal, só pode ser interpretado restritivamente: *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

7.7 Em segundo lugar, o caráter excepcional dessa legislação ainda mais se acentua, e impõe essa interpretação estrita, quando nos referimos aos dispositivos pertinentes ao capítulo que introduz a responsabilidade objetiva pelo fato do produto. Como se sabe, a responsabilidade sem culpa no Direito pátrio só é admitida por ministério da lei, como exceção à regra geral da responsabilidade fundada no conceito de culpa do direito comum, como acentuam os nossos civilistas:⁹ “a chamada responsabilidade objetiva há de estar firmada em texto expresso da lei”.

7.8 Ora, a interpretação imprimida pela sentença — que, aliás, nos honra, citando obra de nossa autoria — aos conceitos e definições estabelecidos de maneira clara no Código de Defesa do Consumidor a respeito de relação jurídica, fornecedor, consumidor, produto e serviço, é não só indevidamente extensiva (num contexto onde deve presidir a interpretação estrita), como

absolutamente em desacordo com o espírito e com a letra da lei. Reporta-se o ilustre Magistrado à Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, que, no seu art. 5º, adotou como regra de hermenêutica que “na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Mas o intérprete só atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, a que a norma se dirige, quando a respeitar. Como dizia Carlos Maximiliano na sua clássica *Hermenêutica e Aplicação do Direito*:¹⁰ “Em geral a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não *negar* a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece”.

7.9 *Data maxima venia*, a sentença em exame, tomando a lei de proteção ao consumidor com uma liberdade inusitada, simplesmente a negou. A solidariedade para com as centenas de pessoas vitimadas no triste evento talvez explique mas de nenhuma forma justifica a exegese viciada. Inexiste relação de consumo entre a empreendedora e a administradora do O.P.S. e os seus frequentadores vitimados.

7.10 É o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 4 de julho de 1997

9. Orlando Gomes, *Obrigações*, 1961, p. 411.

10. 4ª ed., Rio, 1947, Freitas Bastos, p. 107.