



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATÁLIA APONTE ALMEIDA

**A PRÁTICA DA MENDICÂNCIA NO ÂMBITO DO SHOPPING
CENTER: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE
RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO**

Salvador
2019

NATÁLIA APONTE ALMEIDA

**A PRÁTICA DA MENDICÂNCIA NO ÂMBITO DO SHOPPING
CENTER: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE
RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Leonardo Vieira Santos

**Salvador
2019**

TERMO DE APROVAÇÃO

NATÁLIA APONTE ALMEIDA

A PRÁTICA DA MENDICÂNCIA NO ÂMBITO DO SHOPPING CENTER: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019.

A meus avós, Ana Marli e José Maria, meu porto seguro, fonte de amor incondicional, que sempre estiveram por mim e me ensinaram tanto.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por me abençoar, resguardar e proteger todos os dias na jornada da vida.

Agradeço a meus pais, Angelo e Érica por todo o apoio e por se por serem meu porto seguro e por terem me proporcionado tudo que vivi até hoje. Minha mãe como minha companheira 24h por dia e por ser tão presente na minha vida. Meu pai como meu espelho e a pessoa que sempre me incentivou a alcançar os meus objetivos dando o melhor de mim. Ao meu irmão, Nicolás, por tanta paciência nos dias difíceis e pelo companheirismo. Com muito amor, agradeço aos meus avós, José Maria, Ana Marli, Suely e José Angelo, por todo o apoio e carinho que recebo e por se preocuparem tanto comigo. Com muito amor, agradeço a Alexandre por tanto companheirismo e amor. Agradeço também às minhas amigas que tanto me apoiaram: Maria, Rafaela, Alice, Beatriz, Larissa, Carolina, Lolly e Juliana.

Por fim agradeço ao meu orientador, Professor Leonardo Vieira, por ter me ajudado tanto neste trabalho e por ter sido um excelente orientador.

“Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena acreditar no sonho que se tem, ou que seus planos nunca vão dar certo, ou que você nunca vai ser alguém. Tem gente que machuca os outros, tem gente que não sabe amar. Mas eu sei que um dia a gente aprende. Se você quiser alguém em quem confiar, confie em si mesmo, quem acredita sempre alcança.”

Legião Urbana

RESUMO

O shopping center é um centro comercial de grande importância na atualidade, uma vez que é considerado como templo do consumo. O empreendimento possui uma relação peculiar com seus locatários, que são os lojistas, uma vez que o lucro daquele depende das vendas e do sucesso deste, devido à forma de cálculo do aluguel. Importa frisar, portanto, que a relação travada entre lojistas e empreendimento é de interdependência, uma vez que o mau funcionamento de uma loja afeta o as outras, assim como o empreendimento, e vice-versa. Ademais, o shopping center diz respeito a uma propriedade privada de circulação pública, ou seja, a princípio todos podem circular dentro deste ambiente. Não é incomum deparar-se com algumas pessoas pedindo esmola a outras dentro deste centro comercial. A mera abordagem de um mendicante no ambiente de um shopping não gera dano àquele que é abordado e, por consequência não é configurada a responsabilidade civil, já que o dano é elemento essencial da mesma. Ainda, acerca da limitação de entrada no centro comercial pelos seguranças, é necessária a análise da natureza da obstrução. Em casos de limitação objetiva, não há qualquer contrariedade à ordem jurídica. Entretanto, em casos em que haja obstrução de entrada ou circulação de pessoas com base em critérios discriminatórios, como etnia ou classe social, direitos constitucionais como liberdade de locomoção e direito à igualdade são violados, gerando dano àquele que encontra óbice ao adentrar ou circular pelo Shopping Center. Ademais, acerca da possibilidade de proibição da prática de mendicância, ou seja, de pedir esmolas, dentro do Shopping, não há contrariedade à ordem jurídica, uma vez que o empreendimento trata-se de propriedade privada e seu proprietário pode, através de seu regulamento interno, proibir condutas que causem desconforto ao seu frequentador.

Palavras-chave: Shopping center, Responsabilidade civil, Dano, Mendicância, Relação de consumo.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	SHOPPING CENTER	13
2.1.	HISTÓRICO	13
2.2.	CONCEITO	15
2.3.	NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO ENTRE EMPREENDEDOR E LOJISTAS NOS SHOPPING CENTERS	17
2.4.	FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE DE UM SHOPPING CENTER	18
2.5.	CENÁRIO ATUAL DOS SHOPPING CENTERS NO BRASIL	25
3	RESPONSABILIDADE CIVIL	25
3.1.	FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	27
3.2.	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	28
3.2.1.	Conduta	29
3.2.2.	Dano	31
3.2.3.	Nexo de Causalidade	36
3.2.4.	Nexo de imputação	38
3.3.	RESPONSABILIDADE OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO	39
3.4.	EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	41
3.4.1.	Fato exclusivo da vítima	42
3.4.2.	Fato de terceiro	43
3.4.3.	Caso fortuito e força maior	44
4	RELAÇÃO DO EMPREENDIMENTO COM SEUS FREQUENTADORES: CIVIL OU DE CONSUMO?	45
4.1.	PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	45
4.2.	RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	47
4.2.1.	Consumidor	48
4.2.2.	Fornecedor	51
4.2.3.	Produto	52
4.2.4.	Serviço	53
4.3.	SHOPPING CENTER COMO FORNECEDOR DE SERVIÇOS OU MERO AMBIENTE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS?	53

5	A OCORRÊNCIA DA MENDICÂNCIA NO AMBIENTE DO SHOPPING CENTER: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO.	58
5.1.	DA MENDICÂNCIA	58
5.1.1.	População de rua	59
5.1.2.	O mendicante	63
5.2.	CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DA ABORDAGEM DE MENDICÂNCIA: CONFIGURA-SE DANO?	67
5.2.1.	Dano moral	67
5.2.2.	Abordagem de mendicante: análise de (in)existência do dano Análise da existência do dano na abordagem de mendicante	68
5.3.	IMPEDIMENTO DE ACESSO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA NAS DEPENDÊNCIAS DO SHOPPING CENTER E SUAS REPERCUSSÕES	71
5.3.1.	A cultura do medo e suas implicações na segurança privada	71
5.3.2.	Poderes da segurança privada no Shopping Center: acesso de pessoas em situação de rua e mendicantes	73
6	CONCLUSÃO	77

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como objetivo analisar a prática da mendicância no âmbito dos shopping centers e suas repercussões tendo em vista o sistema da responsabilidade civil, buscando entender o conceito de dano e as suas implicações e, ao fim analisar se a prática da mendicância no âmbito destes empreendimentos gera dano ao frequentador, quais são os limites da segurança privada nestes centros comerciais no que diz respeito à obstrução de entrada e saída de pessoas e se há possibilidade de norma regulamentadora interna que proíba tal prática no ambiente do Shopping Center.

No primeiro capítulo de desenvolvimento, serão abordados o conceito de Shopping Center, como foi a sua evolução histórica na sociedade, a sua estruturação e natureza dos contratos com seus lojistas. Serão ainda estudados a sua forma de constituição e o cenário atual destes empreendimentos no Brasil. Deste modo será possível ter uma visão mais ampla acerca do Shopping Center e de como funcionam as interações dentro dele.

O Shopping Center trata-se de empreendimento de tamanha importância no cenário atual de capitalismo, uma vez que é visto como “templo do consumo” e é um ambiente muito frequentado pela sociedade em geral. Para o presente trabalho monográfico é de suma importância analisar os aspectos deste empreendimento e de suas interações, uma vez que, pela sua estruturação e relação com seus lojistas é possível compreender o interesse do empreendedor no sucesso das lojas que compõem aquele centro comercial. O pleno funcionamento e harmonia dentro deste estabelecimento comercial são de interesse geral de quem o compõe, pois como será visto, o bom ou mau funcionamento de uma loja poderá influenciar em outras lojas e, por consequência, afetar o empreendedor.

No segundo capítulo de desenvolvimento, o instituto da Responsabilidade Civil será analisado. Será feito o estudo acerca da função do instituto e de seus pressupostos. A Responsabilidade Civil objetiva e Teoria do Risco possuirão certo destaque no desenvolvimento do capítulo. E, por fim, haverá a análise das excludentes de responsabilidade.

No terceiro capítulo de desenvolvimento, a relação do Shopping Center com seus frequentadores será estudada com o intuito de analisar a possibilidade de configuração de relação de consumo. A priori, neste capítulo será estudado o Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor que, pelos estudos e pesquisas realizadas, trata-se do princípio mais importante

no Direito do Consumidor. Em seguida, serão expostos e estudados os elementos caracterizadores da relação de consumo: consumidor, fornecedor, produto e serviço. Ao final será estudada a relação do Shopping Center e a configuração ou não da relação de consumo entre o empreendimento e o frequentador, tendo em vista que tal centro comercial é um ambiente que fornece acesso a muitas lojas dentro das quais a relação de consumo é travada.

Por fim, o quarto capítulo de desenvolvimento será inaugurado com o estudo acerca da mendicância e da população em situação de rua. Será feita a distinção entre o “mendigo” e o “morador de rua”. O conceito de mendicância será exposto, tendo em vista que é uma prática frequente no cenário atual de desigualdade e miséria, em que as pessoas recorrem à mendicância para sobreviver. Um breve estudo será desenvolvido acerca da população de rua e de sua realidade, assim como a relação de como o restante da população enxerga as pessoas em situação de rua no país. Após essa análise geral acerca da população de rua, será analisada a possibilidade ou não de configuração de dano decorrente de mera abordagem de um mendicante. Tal análise será feita tendo em vista a prática da mendicância no ambiente do Shopping Center, tendo em vista a expectativa que as pessoas possuem ao frequentar este tipo de centro comercial. Ademais, serão estudadas as implicações acerca dos poderes da segurança privada e a cultura do medo na sociedade atual. Tendo como base todo o estudo realizado, será analisada a obstrução de entrada ou expulsão dos Shopping Centers pela segurança privada do empreendimento, as hipóteses de legalidade nesta prática e as hipóteses contrárias à ordem jurídica. Por fim, haverá a análise acerca da validade de norma regimental que proíba a prática da mendicância nos Shopping Centers.

2 SHOPPING CENTER

O desenvolvimento econômico no regime capitalista fortaleceu o surgimento e crescimento dos grandes centros comerciais, denominados Shopping Centers. A existência de um empreendimento que comporta os mais variados tipos de comércio e serviço com conforto e segurança é ideal para quem procura praticidade e otimização de tempo. Segundo a Associação Brasileira de Shopping Centers, em uma pesquisa realizada em dezembro de 2018, no Brasil o tráfego de pessoas nesses empreendimentos é de quatrocentos e noventa milhões de pessoas por mês. Os Shoppings Centers possuem ainda importante papel no desenvolvimento urbano, tendo em vista as mudanças estruturais que ocorrem à sua volta devido à sua presença.

2.1. HISTÓRICO

Antes de qualquer indício de surgimento dos Shopping Centers, os comerciantes escolhiam o local para o seu estabelecimento comercial, sem se preocupar tanto com a vizinhança. Nas cidades antigas, os comerciantes alocavam-se topograficamente em torno de suas corporações. Deste fato decorriam as ruas e bairros “profissionais”, como “rua dos padeiros”, “rua dos ferreiros”, etc. Posteriormente, houve a criação de edificações próprias, com o objetivo de acolher o comércio varejista e atender ao mercado local. Essas edificações não possuíam qualquer organização tecnológica ou estratégica, apenas proporcionavam um local mais adequado para atividade mercantil. (REQUIÃO, 1983, p. 12).

Com o passar do tempo, o desenvolvimento das cidades e com qualidade e variedade de materiais, as lojas individuais passaram a integrar as grandes galerias comerciais. Estas eram localizadas em determinadas regiões dos centros urbanos e também não possuíam qualquer organização estratégica.

Em Paris, no século XVIII, havia a chamada Galerie Lafayette e, mais tarde em 1852, foi inaugurado um pequeno armazém chamado de Bom Marché. Este novo estabelecimento inovou ao concentrar uma grande variedade de mercadorias em um mesmo local. As lojas, nessa época eram especializadas em um tipo de produto, ou seja, não havia variedade

destes. Essa inovação trazida pelo Bom Marché permitia ao público livre circulação pela loja, uma vez que seria possível encontrar diversos tipos de mercadoria. A Galerie Lafayette, por sua vez, realizou uma pesquisa buscando saber o motivo do sucesso do Bom Marché. A pesquisa revelou que aquele estabelecimento, além de um centro de compras era um espetáculo particular, um local de passeio, em que havia a quebra de rotina. A Galerie Lafayette, após a realização da pesquisa, adotou o slogan “*À tout instant, il se passe quelque chose aux Galeries Lafayette*” (A todo momento algo está acontecendo na Galerie Lafayette). Esse slogan refletia a readequação desse empreendimento ao seu consumidor, buscando, além de ser um centro de compras, servir de local de entretenimento para os frequentadores. (BNDES, 2007, p. 142).

A maioria das fontes, como Washington Monteiro (1984, p. 11) e Rubens Requião (1983, p. 11) apontam o surgimento dos Shopping Centers com a estrutura conhecida atualmente, após a II Guerra, em 1950, nos Estados Unidos. Nesta época, com o adensamento populacional, a urbanização e o aumento do tráfego de veículos, o surgimento desse novo estilo de centro comercial foi uma ótima solução para o marketing. Esses fatores citados anteriormente e a chamada “suburbanização” da classe média e alta fizeram com que houvesse o afastamento dos frequentadores das zonas centrais do comércio. A busca pelo conforto coletivo e individual, as novas técnicas de varejo e a oferta dos mais variados tipos de produtos aliados à necessidade que a vida moderna trouxe consigo, levaram os empresários a idealizarem um empreendimento que atendesse a todas essas demandas.

O supracitado centro comercial concentraria os mais variados tipos de produto em um ambiente funcional, seguro e confortável. O ambiente idealizado contaria com conforto, higiene, bom gosto e praticidade para seus frequentadores. Diante de uma idealização tão complexa, foi necessária uma organização sofisticada e elaborada, iniciando pela escolha do local, uma vez que deveria ser analisada a densidade demográfica. Esses empreendimentos seriam construídos em locais distantes da concentração demográfica, o que os tornava núcleo dessas áreas que, futuramente, passariam a ser núcleos de desenvolvimento urbano que surgiriam em seu entorno.

2.2. CONCEITO

O Dicionário Michaelis define Shopping Center como “Reunião, em um único conjunto arquitetônico, de lojas comerciais, casas, espetáculos, serviços de utilidade pública etc.”. Rubens Requião (1983, p.11) realiza uma análise da expressão “Shopping Center”, adquirida da língua inglesa, e que corresponde a centro comercial. O verbo “shop” da língua inglesa significa comprar e “shopping” indica o gerúndio de “shop”. A palavra “center” quer dizer “centro” em português. Portanto, de forma literal, Shopping Center é um centro de compras.

Apesar de sua tradução literal, o surgimento desses grandes centros comerciais gerou um grande impacto em toda a sociedade. O Shopping Center não é apenas uma aglomeração de lojas em determinado espaço.

Washington de Barros Monteiro (1984, p.9) cita a Grande Enciclopédia Delta Larouse, que conceitua Shopping Center como:

Conjunto de lojas varejistas concebido, realizado, possuído e administrado como uma só entidade, em geral longe de aglomerações oferecendo facilidades para estacionamento de automóveis e adaptado à região que serve, pela situação, pelas dimensões e pelos tipos de lojas que se compõem.

É um empreendimento cuidadosamente pensado e organizado para atender inúmeras necessidades do cidadão. A Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE) (COSTA apud ABRASCE, 2002, p. 78) tratou de definir o empreendimento de maneira mais completa:

Empreendimento constituído por um conjunto planejado de lojas, operando de forma integrada, sob administração única e centralizada; composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados ou especializados de comércio e prestação de serviços; estejam os locatários lojistas sujeitos a normas contratuais padronizadas, além de ficar estabelecido nos contratos de locação da maioria das lojas cláusula prevendo aluguel variável de acordo com o faturamento mensal dos lojistas; possua lojas-âncora, ou características estruturais e mercadológicas especiais, que funcionem como força de atração e assegurem ao ‘shopping center’ a permanente afluência e trânsito de consumidores essenciais ao bom desempenho do empreendimento; ofereça estacionamento compatível com a área de lojas e correspondente afluência de veículos ao ‘shopping center’; esteja sob o controle acionário e administrativo de pessoas ou grupos de comprovada idoneidade e reconhecida capacidade empresarial.

No Shopping Center, a distribuição das atividades comerciais é cuidadosamente elaborada. Existe o denominado *tenant mix*, ou mix de lojas, conceituado pela brMalls (2018) como “Plano de distribuição dos tipos e tamanhos de lojas pelo Shopping Center, de modo a gerar

conveniência lucrativa para os lojistas e para os empreendedores dos Shopping Centers”. Ou seja, o empreendimento oferece diversas opções de lojas, do mesmo ou de diferente segmento, organizadas de maneira a garantir a lucratividade dos lojistas e do empreendedor. Dessa forma, o frequentador também se beneficia, uma vez que lhe é proporcionada variedade de ramos comerciais e ainda, opções dentro de um mesmo ramo. Quem frequenta o Shopping Center ainda tem acesso a diversos estabelecimentos voltados à alimentação, entretenimento e serviços variados, como bancos e correio.

Washington de Barros Monteiro (1984, p.10) trata da sistemática do Shopping Center como um complexo de relações internas entre o empreendedor, os lojistas e os prestadores de serviço. Essa sistemática é o que distingue o Shopping Center dos demais centros comerciais.

Pedro Elias Avvad (2014, p. 629) trata da destinação do empreendimento como uma atividade complexa, que envolve a exploração de duas atividades distintas, mas intimamente ligadas: locação e administração do negócio. O autor enxerga a administração do negócio como uma efetiva prestação de serviços, fato este que será analisado mais à frente.

Tendo em vista que a locação é uma das principais atividades do Shopping Center, torna-se essencial entender o papel das partes ligadas a ela, quais sejam, o empreendedor e o lojista. Além de serem as partes no contrato de locação, ambos constituem o universo do empreendimento e devem trabalhar em conjunto, uma vez que o sucesso de um beneficia o outro.

O empreendedor ou incorporador é aquele que mantém, constrói e administra o Shopping Center. Já os lojistas e prestadores de serviço são aqueles que dirigem as lojas e exercem suas atividades. Estes, em regra, não são proprietários do espaço em que exercem suas atividades, são locatários ou inquilinos do empreendedor. Portanto, no que tange à estrutura de um Shopping Center, há uma verdadeira comunidade, na qual deve haver a colaboração de todos para o sucesso do empreendimento (Monteiro, 1984, p.10). A falha no desempenho de uma ou conjunto de lojas poderá influenciar na formação e na manutenção da clientela do shopping e, por consequência, repercutir no desempenho das demais lojas. Tudo deve funcionar de maneira harmônica e organizada, como um complexo unitário (Bessone, 1990, p.11).

Caio Mário da Silva (1984, p. 12) trata de quatro fatores responsáveis pelo sucesso do Shopping Center. Quais são: projeto, edificação, organização e conservação. O projeto trata-se da coleta de dados e análise crítica. Pensa-se na localização estratégica do empreendimento, no perfil da clientela esperada, basicamente a sociologia da região e condições econômicas da área escolhida. No fator da edificação, o local a ser escolhido deve ser amplo o suficiente, levando em consideração a presença dos vastos parques de estacionamento e a estrutura de uma edificação monumental e imponente. Além da amplitude do local, é levada em consideração a parte estética. O edifício, em regra, é chamativo e monumental em seu exterior, estrutura essa pensada para chamar atenção do público. Ademais, em seu interior, o Shopping Center apresenta um ambiente decorado e agradável, de forma que o seu público encontre conforto e bem-estar. A edificação envolve ainda a presença de comodidades para os frequentadores de forma que a locomoção em seu interior seja facilitada através de elevadores e escadas rolantes. A organização, por sua vez, garante a seleção cuidadosa dos futuros lojistas, de maneira a assegurar a ordem interna dessa pequena comunidade que é o Shopping Center. Por fim, a conservação consiste na manutenção de toda a estrutura construída e estabelecida através da permanente limpeza, vigilância interna, bom relacionamento entre empreendedor e lojistas e, ainda, atendimento adequado à clientela.

2.3. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO ENTRE EMPREENDEDOR E LOJISTAS NO SHOPPING CENTER

A relação contratual entre empreendedor e lojista une os interesses das partes, uma vez que o sucesso do lojista interessa ao empreendedor. Há uma peculiaridade no que diz respeito ao contrato de locação no Shopping Center. O preceito do artigo 1.118 do Código Civil é do seguinte teor: “Na locação de coisa, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo da coisa não fungível, mediante certa remuneração.” O artigo 226 do Código Comercial conceitua, ainda, a locação: “A locação mercantil é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a dar à outra, por determinado tempo e preço certo, o uso de alguma coisa ou de seu trabalho.” Ambos os dispositivos legais tratam como elemento do contrato de locação a concessão do uso do espaço comercial ao locatário e o aluguel é tratado como preço pago a título de contraprestação. O aluguel, portanto,

define-se de acordo com o valor do uso da coisa. O locador estima a vantagem de uso da coisa e define o valor a ser pago pelo seu aluguel.

No contrato de Shopping Center, o locador é o empreendedor e o locatário é o lojista. O que o primeiro propicia ao segundo não é apenas um espaço físico autônomo. É, na verdade, um complexo de vantagens. Darcy Bessone (1990, p.12) aponta ainda que esse complexo de vantagens é um bloco monolítico, uma unidade orgânica.

O preço na locação do Shopping Center, diferentemente dos demais contratos de locação, não é estável. Seu preço resulta de um cálculo ou equação financeira. Este valor não é medido apenas em relação ao uso do espaço locado, mas se leva em consideração todo um complexo de vantagens que confere ao locatário a facilidade de rentabilidade e lucro na sua atividade. Darcy Bessone (1990, p. 12) trata dessas vantagens como “economias externas”. O lojista encontra toda estrutura de instalação de água, esgoto, energia elétrica e até treinamento de mão-de-obra ao celebrar o contrato de locação, o que lhe confere vantagem econômica, uma vez que deixa de gastar nesses pontos. Trata-se de um universo de vantagens que o empreendedor põe à disposição do lojista sem que este o pague por inteiro. Além do proveito econômico com a estrutura física pronta, o lojista ainda se beneficia da localização, estacionamento, administração, etc.

2.4. FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE DE UM SHOPPING CENTER

Orlando Gomes (1983, p. 2011) define o Shopping Center como “núcleo unitário de interesse”. Na visão do autor, o empreendimento não chega a ser uma pessoa jurídica e assemelha-se ao condomínio especial da “propriedade horizontal”. Tal definição se dá em razão das lojas e outras unidades pertencerem, em muitos casos, a um só proprietário. Em regra, não há no Shopping Center divisão entre propriedades individuais. Na maioria das vezes, inexistente propriedade autônoma no empreendimento. Para o autor não se aplicaria o regime legal do condomínio especial ao Shopping Center. As obrigações respectivas não são *propter rem*, como as do condomínio especial, mas são obrigações contratuais provenientes do contrato entre o empreendedor e os lojistas. Orlando Gomes (2011, p. 769) aponta ainda visível similitude entre as Normas Complementares presentes dos contratos de Shopping Center e a convenção de condomínio e regulamento. Em ambos os casos as partes do edifício de uso comum necessitam de regulamentação mais ampla, uma vez que

afetam terceiros. Ademais, assim como a assembleia de condôminos não pode tomar determinadas decisões sem a devida deliberação, o empreendedor também não o poderia, pois dessa forma estaria alterando o contrato de maneira unilateral. Não haveria, portanto, a coligação de dois contratos, mas a fusão que resulta em uma nova entidade, “um acréscimo estranho ao esquema conceitual e legal da locação” (Gomes, 2011, p. 769).

Atualmente, com o desenvolvimento e estudo na área dos Shopping Centers, o empreendimento passou a ser visto e tratado de forma diferente do que a visão acima exposta.

Há duas formas de constituição do empreendimento. É possível elaborar a Incorporação do empreendimento de acordo com a Lei nº 4.591/64, constituindo um condomínio e regulamento interno, sendo estabelecidos as obrigações e os deveres dos condôminos. A outra maneira de constituição do empreendimento ocorre mediante elaboração de uma Escritura Declaratória de Normas Gerais Complementares dos Contratos de Locação. (Costa, 2002, p. 80). Caberá aos empreendedores a análise do negócio e escolha da melhor forma de constituição para seu empreendimento.

Antes de tratar da constituição do empreendimento e suas possibilidades, é necessário esclarecer e definir dois tipos de condomínio que podem ser instituídos pelos empreendedores, o condomínio *pro indiviso* e o condomínio edilício.

Hercules Aghiarian (2015, p. 231) trata do condomínio como:

“condomínio é a comunhão de domínio, ou seja, é a ocorrência de mais de uma titularidade – senhorio – sobre um mesmo bem, em igualdade de direitos a ser exercido erga omnes, inclusive, por mais bizarro que possa parecer, intersubjetivamente, opondo, cada um ao outro, o seu direito a ser exteriorizado na capacidade ditada pela quota de direitos no todo único.”

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro (2015, p. 262), o Código Civil brasileiro adotou a teoria da subsistência, na qual a propriedade no condomínio é delimitada naturalmente pelos direitos dos demais condôminos e entre todos eles é distribuída a utilidade econômica da coisa. O direito de cada condômino perante terceiros abrange a totalidade de poderes inerentes ao direito de propriedade, porém, entre os co-titulares o direito de cada um é delimitado pelos direitos dos outros, na medida de sua quota-parte, para que seja possível haver a coexistência de direitos.

Para Arnaldo Rizzardo (2016, p. 603), o direito de cada proprietário recai sobre o conjunto e não sobre a porção determinada da coisa. O autor traz ainda duas teorias que explicam a essência do condomínio. A primeira trata do instituto como propriedade integral ou total de

todos, na qual cada condômino seria proprietário do bem por inteiro, mas sem afastar a propriedade dos demais consortes. Trataria, portanto de um concurso de direitos de propriedade sobre a coisa. A segunda teoria, porém, trata da existência de porções ideais. Cada condômino seria proprietário de uma fração do bem. Haveria, portanto, propriedades sobre partes ideais do bem. A soma de todas essas partes formaria o condomínio.

Renzo Leonardi (2005, p. 17) trata da comparação do condomínio com a comunhão. Na comunhão não existe a ideia de parte ideal, a coisa seria objeto de uso e gozo comum. Essa ideia de comunhão teria origem no sistema germânico. O condomínio adotado pelo sistema jurídico brasileiro segue a concepção romana, que se baseia na ideia de cota ideal, correspondente à medida de propriedade de cada condômino. Portanto, os co-titulares da propriedade a exercem simultaneamente em cotas ideais, ainda que esta seja indivisa.

Arnaldo Rizzardo (2016, p. 605) aborda a comunhão de maneira diversa. O autor diferencia os dois institutos a partir da análise de sua abrangência. A comunhão seria a associação de vontades, a co-titularidade de um direito qualquer. Já o condomínio seria a co-titularidade do direito de propriedade apenas. Portanto, o condomínio seria uma espécie de comunhão, uma vez que esta possui uma abrangência maior. O autor traz ainda a ideia abordada por Renzo Leonardi relativa à indivisibilidade da propriedade na comunhão e à divisão em quotas-partes no condomínio.

A instituição do condomínio pode se dar de acordo com a vontade dos co-titulares. Neste caso, diz-se que ele é voluntário ou convencional. A convenção de condomínio determinará a quota-parte de cada condômino e, no silêncio da mesma, presume-se a igualdade dos quinhões. O condomínio pode ainda resultar de motivos estranhos à vontade dos condôminos, como doação destinada a duas pessoas, herança deixada para vários herdeiros, etc. Neste caso o condomínio será chamado acidental ou eventual, uma vez que não decorre da vontade dos co-titulares. Há ainda a classificação do condomínio em relação ao seu objeto, podendo ser universal ou particular. O condomínio universal abrange a totalidade do objeto, inclusive seus frutos e rendimentos, já o particular contém alguma restrição.

Quanto à forma ou modo de ser, o condomínio pode ser classificado em *pro diviso* ou *pro indiviso*. Se for classificado como *pro diviso*, cada condômino tem sua propriedade localizada em um quinhão certo do objeto. Neste caso a comunhão de direito existe, mas não de fato. Exemplo dessa classificação é um prédio em que os andares pertencem a diversos proprietários. No caso do condomínio *pro-indiviso* não há divisão concreta, a comunhão de direitos prevalece, uma vez que o objeto se mantém indiviso. Esta última

classificação é a mais importante, uma vez que as suas consequências práticas possuem grande relevância. (MONTEIRO, 2015, p. 262-263).

O condomínio, portanto, não é a propriedade do imóvel, trata-se do vínculo entre os chamados empreendedores, titulares de direitos e obrigações provenientes da propriedade em comum. Levando em consideração a dinâmica e estruturação do Shopping Center, o estabelecimento de um condomínio parece ser uma solução coerente e sistemática para a viabilização da administração e organização do empreendimento.

O empreendedor é o elemento essencial na concepção, implantação e funcionamento de um Shopping Center. Trata-se do criador, executor e responsável pela operação do empreendimento. O empreendedor é, geralmente, uma pessoa jurídica dedicada ou especializada nessa atividade. É possível ainda que haja uma reunião de empresas que tenha como objetivo a realização do empreendimento. Essa associação costuma ser feita através da formação de um condomínio “*pro-indiviso*”, sob a liderança de uma das empresas que possua mais experiência e dedicação a esse ramo empresarial. (Avvad, 2006, p. 625).

Cabe ao empreendedor certas medidas preliminares de construção do empreendimento, pesquisa de região, terreno, pesquisas sociológicas, levantamentos e eventuais óbices para aprovação e licenciamento da obra. Além disso, o empreendedor deve ainda organizar os estatutos, se houver sociedade, ou acordo entre condôminos que regerá as relações do condomínio *pro indiviso*. Todas as questões concernentes ao projeto, elementos internos, instalação de lojas, tudo o que possa representar eficiência e economia para os empreendedores e lojistas e atrativos para o público. (Avvad, 2006, p. 626)

Geralmente ocorre a criação de uma empresa destinada a administrar toda a parte predial imobiliária, responsável pela manutenção do edifício, assim como representando os empreendedores perante os lojistas na cobrança de aluguéis fiscalizando o contrato, etc. A administradora possui, portanto, um papel de mandatária dos empreendedores.

As funções da administradora são as mais variadas, abrangem quase que a totalidade dos aspectos do empreendimento. Os contratos que regem a relação entre empreendedor e lojista são elaborados através da administradora, também fazendo parte do seu papel fiscalizar a execução desses contratos e estabelecer valores a estes relativos. Dentro de suas atribuições há também o planejamento do chamado *tenant mix*, que nada mais é do que a técnica de distribuição e organização estratégica dos lojistas no espaço do Shopping Center;

a aplicação de novas tecnologias em matéria de marketing; a modernização do empreendimento; a fiscalização de lojistas improdutivos e retirada destes para o recebimento de novas empresas que possuam êxito em sua produtividade. As atividades dos componentes de um Shopping Center devem ser sempre observadas, uma vez que o êxito do lojista implica no êxito do empreendedor, dessa forma, é importante haver a análise e verificação da existência de lojistas improdutivos e por parte da administradora.

Com a constituição do condomínio *pro-indiviso*, cada uma das empresas coproprietárias do empreendimento passa a possuir de maneira direta uma fração do Shopping Center. Os empreendedores podem ser proprietários em condomínio *pro-indiviso* de todo o shopping, de cada uma das unidades autônomas em que estiver internamente dividido, ou ainda, da maior parte dessas unidades, caso alguma ou algumas das partes tenham sido vendidas a terceiros. A venda de unidades autônomas a terceiros ocorre em algumas situações específicas.

Durante a fase de planejamento do empreendimento e da sua organização, há a necessidade da presença de lojas de renome no Shopping Center, as quais são chamadas de lojas âncoras. Podem ser lojas de departamento, alguma rede de supermercado ou até lojas de eletrodomésticos e artigos do gênero. Essas lojas servem como atrativo não só para o público, como para outros lojistas, uma vez que possuem clientela estabelecida. Por essa razão, muitas vezes os empreendedores concordam em vender parte da Área Bruta Locável (ABL) para uma ou mais empresas com as características de lojas âncoras.

A promessa de venda de unidades autônomas em construção possui como consequência a formação de uma incorporação imobiliária e o consequente desenvolvimento de um condomínio especial ou, como é chamado atualmente, Condomínio Edifício. Dessa forma, torna-se necessária a elaboração de uma convenção de condomínio, a fixação da participação das unidades nas despesas de uso comum e também regularizar o condomínio através do estabelecimento de um sistema de síndico, que será ocioso, tendo em vista a natureza do empreendimento. É indispensável que a administradora, em nome do empreendedor, mantenha o controle jurídico do empreendimento. No que tange aos interesses condominiais das lojas âncoras, o contrato de compra e venda e a própria convenção possuem ressalvas de seu interesse, não havendo o que discutir nas Assembleias Gerais em que os empreendedores possuem maioria absoluta. Vale ressaltar que, ainda que não haja o desenvolvimento de um condomínio edifício e sim de um condomínio “pro-indiviso”, haverá a elaboração da convenção de condomínio.

Se cada empreendedor fosse responsável por gerir a sua cota parte do empreendimento, não seria possível haver a harmonização dos esforços de todos os empreendedores, de forma que a administração seria prejudicada. Cada empreendedor levaria em consideração a sua visão e interesse e isso prejudicaria o Shopping Center.

Há ainda poucos casos em que cada lojista é proprietário de seu estabelecimento comercial no Shopping Center, a administração e gestão são delegadas a um terceiro, sendo este a administradora, síndica ou entidade representante de todos os proprietários. As hipóteses em que o lojista é proprietário do estabelecimento comercial não são abordadas pelos autores, pois são pouco recorrentes.

Além da viabilização da administração e organização do empreendimento, a instituição de um condomínio visa o rateio das despesas do empreendimento, de maneira que os locatários possuam uma participação justa nas chamadas despesas comuns.

A indivisibilidade faz parte da essência do Shopping Center. O empreendimento mantém uma estrutura física que não pode ser dividida em partes individualizadas, ainda que haja a aparência de uma divisão em lojas diversificadas e identificadas uma a uma. A estrutura do Shopping Center se assemelha bastante com a figura do condomínio edilício e assim tem sido tratada por todos e também pela lei. Entretanto, diferentemente do que ocorre em um prédio residencial, as partes aparentemente individualizadas de um shopping center, assim sendo, as lojas ou espaços comerciais, também são, em regra, propriedade dos empreendedores. Estes espaços são dados em locação para os lojistas para que possam exercer suas atividades mercantis. Diante disso, os lojistas acabam assumindo deveres, obrigações e responsabilidades típicos de condôminos, sem que, no entanto, juridicamente ostentem tal condição, uma vez que apenas os proprietários do imóvel são condôminos.

Diante disso, nascem algumas questões, como por exemplo, qual a regra aplicada nos condomínios de shopping center, ou se o lojista está submetido também à convenção do condomínio ou apenas ao contrato de locação.

O condomínio edilício nasce a partir da elaboração da convenção de condomínio. Esta se trata de um conjunto de regras que vai disciplinar todas as relações entre condôminos, determinando quais são os direitos e deveres que cada um deles deve exercer na propriedade em comum.

Em regra, o locatário não é condômino, uma vez que não é co-proprietário do imóvel, desse modo, as regras da Convenção de Condomínio não seriam diretamente aplicáveis aos

lojistas, apenas aos empreendedores que são os verdadeiros condôminos. Aos lojistas e/ou locatários aplica-se o contrato de locação, bem como as normas gerais e lei de locação. O contrato de locação em conjunto com as normas gerais estabelecem as regras às quais os lojistas devem se submeter dentro de um Shopping Center.

Diante da configuração do Shopping Center como condomínio, é importante esclarecer os aspectos da convenção condominial. A convenção de condomínio representa o conjunto de normas adotadas para regular a convivência dos condôminos, da conduta individual dos moradores, da área de uso comum e exclusiva. Esse conjunto de normas disciplina, de maneira discriminada, os direitos e obrigações aos quais todos ficam sujeitos. Este ato normativo é aprovado pelos condôminos em assembleia e, ainda, possui oponibilidade a terceiros que frequentam o prédio ou que sejam ocupantes das unidades. A convenção condominial encaixa-se melhor como ato normativo, entretanto possui algumas características de contrato, uma vez que os condôminos aceitam o conjunto de vinculações que traz às condutas e na esfera patrimonial. É impossível restringir a convenção a apenas uma norma, uma vez que abrange compromissos e encargos até de ordem patrimonial. Por esse motivo compreende-se que os condôminos são vinculados à convenção, que se concretiza pelo cumprimento de obrigações e compromissos econômicos e pela garantia de direitos. O comprometimento dos contratantes ao cumprimento de deveres e obrigações confere o caráter contratual da convenção condominial. Há ainda o lado institucional, uma vez que contém normas a serem seguidas não só por aqueles que as aprovaram, mas por todos que ingressam no condomínio, como visitantes, locatários, comodatários, empregados ou serviços.

Pedro Elias Avvad (2006, p. 137) define a convenção de condomínio como:

(...) contrato típico, de cunho normativo, realizado entre os proprietários, promitentes compradores, cessionários e promitentes cessionários dos direitos relativos às unidades autônomas, em edifícios a serem construídos, em construção ou já construídos, que não tenham realizado ainda.

O condomínio existe nos Shopping Centers para que haja a viabilização da administração das áreas comuns e também das privativas do empreendimento, de maneira a mitigar, dividir e repartir as despesas entre os lojistas através da cobrança das despesas comuns. O condomínio é constituído entre os proprietários do empreendimento, transferindo-se para cada um dos lojistas as despesas comuns e privativas inerentes ao espaço comercial que receberam em locação.

2.5. CENÁRIO ATUAL DOS SHOPPING CENTERS NO BRASIL

Segundo a Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE), o país conta, atualmente, com um total de 563 (quinhentos e sessenta e três) shopping centers. Em janeiro de 2018, o Brasil era o segundo país com mais shopping centers na América Latina, ficando atrás apenas do México. A média apresentada pela ABRASCE é um total de 490 (quatrocentos e noventa) milhões de visitantes de shopping centers por mês no Brasil (ABRASCE, 2018).

Conforme exposto anteriormente, a indústria do Shopping Center gera grandes impactos na sociedade. De acordo com os números do setor divulgados pela ABRASCE, a indústria de shopping centers gera 1.085.040 (um milhão, oitenta e cinco mil e quarenta) empregos e apresenta um faturamento de mais de 178 (cento e setenta e oito) bilhões de reais. Esses números são a comprovação da grande importância e impacto que os Shopping Centers geram no país.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil corresponde ao dever jurídico sucessivo de reparar danos causados a uma pessoa em uma situação em que há o descumprimento de um dever jurídico originário que resulta em um dano. Toda atividade que gera prejuízo, em princípio, gera responsabilidade civil, salvo nos casos em que há alguma excludente prevista em lei. O termo responsabilidade é aplicável em qualquer situação em que uma pessoa natural ou jurídica tiver que arcar com as consequências de uma atividade danosa. Registre-se que “(...) o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.” (VENOSA, 2015, p. 1). A ideia do instituto é restaurar o bem da vida material ou imaterial que sofreu o dano. Importante ressaltar que os bens passíveis de indenização são aqueles que têm seu valor considerado juridicamente.

Para Cavalieri Filho, ainda (2014, p.14), “a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Venosa (2015, p. 2) traz ainda a responsabilidade civil como “(...) algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito.”. Tendo em vista essa conceituação, tem-se, portanto, a responsabilidade civil como um dever secundário. Ou seja, ao inadimplir um dever primário, há a incidência do dever secundário. Repara-se o dano causado pela quebra do primeiro dever.

Torna-se importante trazer a diferenciação entre obrigação e responsabilidade civil. A obrigação é o dever jurídico originário formado por dois momentos, o débito (*shuld*) e a responsabilidade (*haftung*). *Shuld* consiste no dever de cumprir a obrigação. *Haftung* seria a responsabilidade que o devedor daquela obrigação possui em relação ao débito, que difere da responsabilidade civil, uma vez que esta pressupõe a violação de um dever jurídico preexistente que possua o dano como consequência.

Ou seja, é a obrigação de indenizar o credor pelos danos causados devido ao inadimplemento da obrigação originária. Portanto esse novo dever jurídico substitui o original. Tratando-se de uma relação obrigacional, por exemplo, a primeira obrigação decorre da vontade das partes, entretanto, a segunda obrigação tem como gerador o inadimplemento da primeira.

A obrigação é uma relação bilateral, na qual há direitos e deveres contrapostos entre o devedor e o credor. Trata-se de um vínculo jurídico de natureza pessoal, transitório, cujo objeto é uma prestação economicamente aferível. Já a responsabilidade civil caracteriza-se com o descumprimento da obrigação. Válido ressaltar que a responsabilidade civil pode se dar também em relação extracontratual.

A responsabilidade contratual deriva do inadimplemento de um contrato e está prevista no Código Civil em seu artigo 389, já a responsabilidade extracontratual deriva de uma relação civil entre o autor do dano a vítima (art.927 do Código Civil). Ou seja, na primeira hipótese há um vínculo jurídico prévio existente entre autor e vítima, já na segunda só há vínculo após a configuração do dano.

Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p.152) tratam da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana como decorrente da afronta a um “dever geral de cuidado imposto em caráter *erga omnes*, que impõe a todos os membros da sociedade a necessidade de se conduzir de forma a não violar bens alheios ou a órbita pessoal de uma ou várias pessoas”. Ou seja, não há uma relação jurídica anterior na responsabilidade civil extracontratual, esta decorre apenas de um dever geral de cuidado.

A responsabilidade civil, portanto, trata-se, em suma, de um dever de indenizar. Tal obrigação tem como objetivo a tentativa de resgatar o *status quo* da vítima. A responsabilidade civil corresponde ao dever de reparar danos causados a uma pessoa em uma situação em que restaram caracterizados conduta, dano e nexo de causalidade.

3.1. FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A ideia sustentada e sedimentada pela maioria da doutrina, a exemplo de Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p.62-63), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p.73) e Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.24), é de que a finalidade ou função do instituto da responsabilidade civil seria a de restaurar o *status quo ante* da vítima, seria esse o chamado “princípio da restituição”. O próprio Código Civil, em seu artigo 944, reafirma tal princípio “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Entretanto, há discussão acerca do tema, tendo em vista que, por vezes, a realidade das decisões é no sentido de punir o causador do dano, apesar de tratar-se de um viés polêmico e atualmente discutido. A professora Flávia Portella (2007, p. 19) trata ainda da contradição existente em acórdãos sobre responsabilidade civil por dano moral, que utilizam velada ou expressamente a ideia de punição para calcular o valor da indenização.

A discussão sobre a finalidade da responsabilidade civil torna-se mais complexa quando há a comparação entre a indenização por dano moral e a por dano material. A indenização pelo dano material segue claramente o “princípio da restituição”, uma vez que o seu valor será equivalente ao dano material suportado pela vítima, portanto seu cálculo é objetivo. Entretanto, quando se trata do cálculo da indenização por danos morais, o seu cálculo não possui uma base exata. Daí surge a discussão acerca da finalidade da responsabilidade civil e da quantificação da indenização por danos morais. Importante ressaltar que não há como, na realidade, resgatar o estado anterior da vítima no caso de danos morais.

Marcus Geraldo Porto de Oliveira (2003, p. 60) traz ainda como dificuldade para a solução do problema a falta de dispositivo legal específico: “É inviável a aplicação do mesmo critério utilizado na reparação de danos materiais, porque inexiste o prejuízo que possa ser objetivamente calculável de acordo com o valor pecuniário do bem atingido.”. O autor ainda aponta a possibilidade da indenização por danos morais ter caráter de ressarcimento ou de punição. Para ele, caso a indenização tenha caráter de ressarcimento, deverão ser

estabelecidos critérios mais objetivos para fixar o *quantum* indenizatório. Merecem atenção os critérios trazidos por ele quando se tratar de indenização com caráter punitivo. Neste caso, Marcius Geraldo diz que não há limites para o estabelecimento do valor. Afirma ainda que o importante é a punição, com o objetivo de que o autor não repita o ato. O *quantum* indenizatório variaria ainda de acordo com a capacidade econômica do indivíduo ofensor.

Há ainda a tese defendida por Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 222), que trata da “teoria do desestímulo”, segundo a qual a quantia da indenização deve cumprir o objetivo de desestimular o ofensor a não persistir no comportamento lesivo, mas ao mesmo tempo não pode enriquecer excessivamente o lesado. A responsabilidade civil com caráter punitivo ainda teria dois objetivos: a prevenção e a punição (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 106). Portanto, a punição ao ofensor e a prevenção no sentido de que este não volte a cometer o mesmo ato danoso.

A professora Teresa Ancona Lopez (2010, p. 1230) aponta três funções para a responsabilidade civil no século XXI:

1. Função compensatória: sua função principal, fundamentada no princípio da reparação integral de todos os danos sofridos;
2. Função dissuasória: aparece através de pesadas indenizações contra o autor do dano, classicamente chamada de função preventiva, dentro da qual temos que lembrar a teoria dos *punitive damages*, com caráter de pena privada, e da *deterrence* com fundamento econômico.
3. Função preventiva em sentido lato: engloba os princípios da precaução e da prevenção, pelos quais haverá a antecipação de riscos e danos.

Portando, a função da responsabilidade civil pode ser reparatória ou punitiva. O valor da indenização a título de danos materiais é objetivo, enquanto que o valor a ser arbitrado em razão da indenização por danos morais deve seguir a razoabilidade a ponto de punir o autor pelo ato danoso, impedir que este reitere suas ações e compense a vítima de alguma forma pelo dano moral sofrido, sem que haja enriquecimento excessivo.

3.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da Responsabilidade Civil encontram-se positivados nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Importa ressaltar, conforme exposto anteriormente, que a Responsabilidade Civil divide-se em objetiva e subjetiva. Diante dessa divisão, diferenciam-se os pressupostos de cada uma.

O artigo 186 diz “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O artigo 927 diz “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O dispositivo traz o ato ilícito e o dano como pressupostos e, há ainda, a causalidade entre o dano sofrido e a conduta do agente. São estes os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva.

O artigo 927, em seu parágrafo único traz “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”. Neste caso, são dispensados os pressupostos culpa e ato ilícito. O dispositivo legal aplica-se à responsabilidade civil objetiva. Aqui, o fato danoso desencadeia a responsabilidade, enquanto que na responsabilidade civil subjetiva é o fato doloso ou culposos. Importante ressaltar que não deve ser confundida a culpa presumida com a responsabilidade objetiva (VENOSA, 2015, p.7). A responsabilidade civil subjetiva é fundada na culpa *lato sensu*. Teresa Ancona Lopez (2006, p. 10) resalta ainda que responsabilidade objetiva não é sinônimo de teoria do risco, uma vez que aquela pode ter outros fundamentos que não o risco criado por pessoas ou empresas no meio social. A responsabilidade objetiva tem origem legal, a lei indica os casos de responsabilidade objetiva. Esta não tem como pressuposto a culpa.

3.2.1. Conduta

A ação ou omissão humana voluntária é pressuposto necessário para configuração da responsabilidade civil. Trata-se de “conduta humana positiva ou negativa, guiada pela vontade do agente que desemboca no dano ou prejuízo” (GAGLIANO;FILHO, 2019, P. 81). Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho tratam da voluntariedade como elemento essencial para a conduta humana, sendo esta o primeiro elemento da responsabilidade civil. A voluntariedade aqui não significa a intenção de causar o dano, mas a consciência daquilo que se está fazendo. Os autores supracitados ressaltam ainda que a voluntariedade não deve estar presente apenas na hipótese de responsabilidade subjetiva, mas também na hipótese de responsabilidade objetiva, pois em ambas as hipóteses o autor do dano deve agir consciente de sua conduta. A conduta, portanto, representa fato gerador da responsabilidade civil.

Para Bruno Miragem (2015, p. 117) deve ser realizada investigação acerca da existência do dolo, negligência ou imperícia na conduta. Entretanto, nas hipóteses de responsabilidade

objetiva, embora não haja referência a uma conduta específica, deve haver relação a uma atividade desenvolvida por aquele a quem se imputa a responsabilidade, ou ainda, por quem ocupe certa posição (por exemplo, o dono da coisa que gera o dano).

Cabe ressaltar que para a configuração da responsabilidade civil e dever de indenizar, a conduta imputada ao agente deve ter causado a violação um bem juridicamente tutelado, causando um dano a outrem.

Bruno Miragem (2015, p. 117), discorre sobre a antijuridicidade da conduta, que pode ser a própria causa da lesão ou configurar-se como violação de preceito específico que teve como consequência um dano. O autor expõe ainda a diferença entre antijuridicidade e ilicitude. O ilícito é mais específico e seria espécie da antijuridicidade, sendo esta mais abrangente. Esta ultrapassa a mera violação de preceito normativo alcança, por exemplo, a responsabilidade decorrente de dano ocasionado por uma conduta lícita. Neste esteio, é importante ressaltar que condutas lícitas também podem ocasionar danos indenizáveis, como no artigo 188, II, do Código Civil: “Não constituem atos ilícitos: (...)II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”. O dever de indenizar os danos causados por atos pelo dispositivo supracitados encontra-se no artigo 929 do Código Civil: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.”. Neste caso ainda, há a possibilidade de ação regressiva nos casos em que o autor do dano o causou por culpa de terceiro, conforme caput do artigo 930 do Código Civil: “No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.”.

Há ainda, a conduta ilícita como pressuposto da responsabilidade civil. O Código Civil Brasileiro em seu artigo 186 traz o conceito de ato ilícito como “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ademais, o artigo 187 complementa ainda “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.”. Ao analisar o artigo 187, nota-se que o abuso de direito também configura ato ilícito.

Diante do exposto, conclui-se que a conduta é elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil, tanto objetiva quanto subjetiva. A conduta causadora do dano não necessariamente deve ser ilícita, uma vez que conforme exposto, condutas lícitas podem

causar danos indenizáveis. Portanto, a conduta é a ação do autor que gera a lesão a bem juridicamente tutelado.

3.2.2. Dano

O dano é elemento essencial da responsabilidade civil, uma vez que esta só existe devido à ocorrência deste. Se um sujeito age de forma ilícita, mas não gera dano qualquer, não há como responsabilizá-lo. O dano, portanto, é o objeto da responsabilidade civil. O artigo 402 do Código Civil traz a ideia da indenização devida em razão do dano “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”, portanto aqui, entende-se que é devido ao credor o que ele efetivamente perdeu, ou seja, danos emergentes e o que razoavelmente deixou de lucrar, lucros cessantes.

O dano aqui pode se configurar em dano patrimonial ou material, dano moral e dano estético, que vem sendo considerado pela doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois do advento da Súmula 387 do STJ, que consagrou tal visão. A responsabilidade civil também ainda é dividida em responsabilidade civil contratual e extracontratual ou aquiliana. Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.19) traz como objetivo da responsabilidade civil a restauração do desequilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Este objetivo, segundo ele, seria a fonte geradora da responsabilidade civil.

Nas palavras de Rui Stoco (2011, p. 143) não há responsabilidade sem o dano, este é elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente. O dano é a lesão de qualquer bem jurídico e daí surge também a possibilidade de dano moral e dano estético. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 366), o dano é, em sentido estrito uma lesão ao patrimônio e este configuraria em um conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, que seriam apreciáveis em dinheiro. O dano não é apenas a subtração do patrimônio, mas pode ser também uma violação a um bem jurídico. Diante do caso concreto, calcula-se ou estima-se o valor do prejuízo causado por essa violação e o dano, mesmo que moral ou estético, torna-se indenizável. A ideia da responsabilidade civil é buscar restaurar o *status quo ante*, ou seja, realizar a tentativa de restaurar a situação anterior ao dano. Devido ao fato de que, em diversas situações não é possível restaurar essa situação de forma exata, há a busca da restauração através de um valor estimado. Ou seja, valora-se, por exemplo, um dano moral em pecúnia.

A indenização pelo dano também, além de restaurar uma situação anterior, pode cobrir o que se deixou de ganhar. Há aqui o caso de lucros cessantes. No caso da indenização que busca restaurar um padrão anterior, fala-se em danos emergentes.

Os danos emergentes correspondem, portanto, ao montante necessário para devolver à vítima o valor perdido em razão do dano, ele tem uma função de reequilibrar o patrimônio do lesado. A sua comprovação é feita de forma objetiva, uma vez que se calcula o que perdeu em razão da conduta danosa. Há, porém, dificuldade quando se fala em dano abstratamente considerado ou dano objetivo. Este diz respeito ao valor efetivamente perdido em decorrência da lesão. Já o dano abstratamente considerado trata-se da utilidade que a coisa tinha para a vítima. Para calcular o valor da indenização é necessário comparar o patrimônio após a lesão sofrida e o patrimônio imaginário de situação em que não tivesse ocorrido o dano. (CHAVES, 2019, p. 260).

Os lucros cessantes dizem respeito ao ganho que, seguindo a ordem natural das coisas, caso não houvesse dano, a vítima teria percebido. Aqui o cálculo feito é baseado na probabilidade e não na possibilidade, uma vez que esse ganho deveria representar uma probabilidade no patrimônio da vítima. O lucro cessante, além de ser o que se deixou de lucrar, é aquilo que se lucraria em uma linha de verossimilhança. A aferição dos lucros cessantes deve ser feita de maneira mais rígida, uma vez que não se deve falar em ganhos fantasiosos, mas em um valor que possuía alta probabilidade de integrar o patrimônio do lesado. A probabilidade desse ganho deve ser devidamente comprovada, assim como a sua continuidade no tempo. (CHAVES, 2015, p. 263-264).

Ainda sobre o dano, este deve ser comprovado e não pode ser pretendida uma indenização por um dano futuro. Ainda que o lucro cessante trate de um dano coloquialmente “futuro”, a sua comprovação não pode se dar de maneira futura, especulativa. O dano portanto, deve ser atual e certo para que seja indenizável.

Pode-se dividir o dano em três categorias: os danos patrimoniais (danos materiais), danos extrapatrimoniais (danos morais) e danos estéticos. O dano patrimonial recai sobre o patrimônio da vítima, enquanto o dano extrapatrimonial recai sobre algum bem jurídico que não se relacione ao patrimônio de forma direta. Dano moral não é simplesmente a dor ou situação negativa experimentada pela vítima. O direito não repara qualquer experiência negativa experimentada pelo sujeito, mas repara somente aquilo que a vítima teria interesse reconhecido judicialmente. Ou seja, só haverá direito de indenização referente ao dano causado a um bem ou direito reconhecido juridicamente. O caráter do dano não advém da

natureza do direito lesado, o seu caráter diz respeito aos efeitos dessa lesão, se foram patrimoniais ou extrapatrimoniais. (DINIZ, 2011, p. 108).

O dano estético vem sendo admitido nos últimos anos pela doutrina brasileira, no rastro da supracitada súmula do STJ, apesar de não ser alvo de dispositivo legal. Trata-se de uma ofensa à integridade física de alguém de maneira permanente. Este, portanto, para ser caracterizado deve se dar de forma duradoura na pessoa lesada. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2019, p. 406). Teresa Ancona (1999, p. 28) conceitua o dano estético como “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeamento’ e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portando a uma dor moral.”.

Até pouco tempo atrás era entendido como imoral recompensar uma lesão moral de maneira pecuniária. O chamado *pretium doloris* (preço da dor) era absolutamente rejeitado nos ordenamentos de tradição romano-germânica. A crítica que se fazia, além da imoralidade em encontrar recompensa de dor moral em pecúnia, era o fato de mensurar a dor de alguém através do dinheiro. Nesse sentido, do ponto de vista dos instrumentos jurídicos disponíveis, a mensuração do dano moral em pecúnia parecia impraticável. Entretanto, após um tempo passou-se a consolidar e ser aceita a ideia da indenização por dano moral. Não houve qualquer facilitação na mensuração do dano e nem se tornou mais simples aceitar que um sentimento de dor deveria ser recompensado com dinheiro. O que mudou foi a consciência coletiva acerca da justiça. Não era mais o dano que estava sendo reparado, mas a vítima estaria sendo recompensada pecuniariamente para que assim se sentisse bem e desfrutasse do valor recebido. Seria uma forma de contrabalancear o dano sofrido. (MORAES, 2007, p. 145-147).

O dano material, por recair no patrimônio da vítima pode ser estimado de maneira simples, uma vez que já possui valoração certa e o seu limite é o alcance patrimonial do dano. Não pode haver responsabilização por dano material além do prejuízo efetivamente causado. Essa é a ideia da responsabilidade civil, de restaurar o *status quo ante*, ou seja o estado de antes do dano. Caso haja uma indenização maior do que o dano efetivamente causado, haverá enriquecimento sem causa da vítima, o que enseja diversas críticas ao chamado *punitive damage* no Brasil.

Não há dúvidas sobre a indenização por danos extrapatrimoniais ou até sobre a sua existência. Em sentido estrito, o dano moral é a violação do direito à dignidade (CAVALIERI FILHO, 2014, P. 106). O dano moral é assegurado na Constituição Federal, no artigo 5º, V “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização proporcional ao

agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Ademais, o dano moral é tratado novamente pelo artigo 5º, X “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”.

Neste esteio, afirma Cavalieri Filho (2014, p. 107) que o dano moral não deve necessariamente estar ligado a alguma reação psíquica da vítima, uma vez que pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame ou sofrimento. Conclui, portanto, que o dano moral não necessita da dor, vexame ou sofrimento, por exemplo, mas já se configura com a violação de algum dos direitos fundamentais da vítima. Portanto, o dano moral, de maneira ampla, é a violação de algum direito ou atributo da personalidade.

Yussef Said Cahali (2000, p. 20-21) ainda trata do dano moral como “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”.

Tendo em vista que o dano moral é extrapatrimonial, surge a questão da valoração do dano e da sua indenização sem que haja insuficiência ou enriquecimento sem causa da vítima. Em geral, não há tarifação em lei para os casos de ofensa à honra e aos demais direitos da personalidade. Compete ao juiz arbitrar o valor da indenização por dano moral, da análise do caso concreto.

Destaca-se a posição de Alice Ribeiro de Souza (2018, p.17):

Afinal, o grande problema da fixação do valor devido por essa reparação sempre foi o fato de que a dor humana não tem preço. Daí, razoável concluir que a indenização a que se refere o art. 944 do Código Civil é a referente ao dano material, mesmo porque a doutrina tem evitado o uso do termo “indenização” para descrever o montante a ser pago com vistas a reparar dano moral.

Para Cavalieri Filho (2014, p.125), “Creio na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se do lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro”. Atualmente, o caráter e quantificação da indenização pelo dano moral são temas extremamente debatidos.

O critério para a quantificação dessa indenização deve observar a proporcionalidade e razoabilidade. De forma que a vítima não enxergue aquela indenização como um prêmio, mas sim como uma tentativa compensação diante do dano extrapatrimonial causado, este que deve ser proporcional à sua indenização.

Há a discussão ainda acerca do caráter punitivo do dano moral. O instituto da responsabilidade civil busca reparar danos sofridos, o foco é a vítima e a restauração do seu *status quo ante*, ou seja, o causador do dano deverá indenizar a vítima não com o caráter de cumprimento de sanção, mas com o caráter compensatório.

Entretanto, vem se admitindo o caráter punitivo em algumas situações atualmente. Cavalieri Filho (2014, p.126) traz a situação dos famosos que destinam o valor ganho a título de danos morais a alguma instituição de caridade. Ou até mesmo no caso da ofensa a uma pessoa com doença mental, ou criança em idade tenra. Nesses casos prevalecerá a função punitiva do dano moral.

Ainda sobre a função da indenização pelo dano moral, há críticas em relação à patrimonialização excessiva dos danos extrapatrimoniais. A manutenção de uma solução exclusivamente pecuniária aos danos morais leva a pensar que a lesão à honra ou aos demais direitos da personalidade é autorizada, desde que o causador esteja disposto a arcar com o “preço” dessa lesão (SCHREIBER, 2013, p. 195-196). Necessário, portanto, ponderar sobre a ideia de restauração do dano e da precificação deste. O dano teria um preço e este estaria disponível caso o ofensor esteja disposto a pagar.

Diante do cenário das diversas discussões acerca do dano extrapatrimonial, existem alguns dispositivos que rompem a ideia de patrimonialização do dano e buscam aplacar o prejuízo moral, de maneiras alternativas. Anderson Schreiber (2015, p.196-197) traz como exemplo a aplicação, em algumas decisões, do artigo 75 da Lei nº 5250 de 09/02/1967 que busca a finalidade da responsabilidade civil de maneira diversa à da indenização patrimonial, qual seja:

A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada.

O dispositivo acima traz a ideia de retratação pública, o que configura em um desestímulo à conduta praticada. O autor, entretanto, aponta para o fato de que diversas cortes se recusam a aplicar o dispositivo supracitado em situações fora do âmbito das relações regidas pela Lei de Imprensa, uma vez que não há autorização legal para sua extensão a outras espécies de conflito. Vale ressaltar, no entanto, que a Lei nº 5250 de 09/02/1967, através da ADPF 130, não foi recepcionada pela Constituição Federal do Brasil. O exposto acima não possui como

foco a referida lei, mas do papel da jurisprudência no “rompimento” da ideia de patrimonialização da indenização.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.409), para a medição do dano, há alguns critérios a serem observados, tais como a extensão do dano, a gravidade e repercussão da ofensa, a situação do ofensor e condição do lesado. Tendo em vista as diversas discussões e correntes acerca do tema da quantificação da indenização, torna-se uma tarefa trabalhosa esgotar as análises sobre o tema, que foge à delimitação do tema acima estabelecida.

3.2.3. Nexo de causalidade

Há, por fim, o pressuposto da causalidade na responsabilidade civil, qual seja, deve haver nexos de causalidade entre a conduta e o dano causado. Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p.412-413) trazem duas funções ao nexos de causalidade, quais sejam: imputar as consequências jurídicas de um evento lesivo a quem o produziu e determinar a extensão do dano, na medida da sua reparação. Portanto, a identificação do nexos de causalidade determina o sujeito que deverá ser responsabilizado, além disso, identificará a extensão desse dano causado à vítima.

O nexos de causalidade deverá ser comprovado pela vítima, tanto na hipótese de responsabilidade civil subjetiva, quanto objetiva. Na responsabilidade civil subjetiva, a vítima, além de comprovar a culpa, deverá demonstrar o nexos de causalidade entre a conduta do responsável e o dano sofrido.

A teoria adotada no Brasil é a do dano direto e imediato (NETTO, 2008, p. 108). Essa teoria encontra respaldo no artigo 403 do Código Civil Brasileiro “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.”. O artigo em questão está inserido no rol das regras relativas à responsabilidade civil contratual, entretanto a doutrina tem entendido por utilizar o dispositivo para caracterizar o instituto do nexos de causalidade. Ou seja, apenas os danos que tiverem conexão direta com a ação ou omissão serão indenizáveis. “Não basta, obviamente, a ocorrência do dano. O dano deve estar vinculado, em relação causal, a determinada ação ou omissão, sem o que inexistirá obrigação de reparar.” (NETTO, 2008, p. 108).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 719.738:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA. 1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexa causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). 2. "Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexa causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexa causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva (...). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ed., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexa de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves). 3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexa causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª T., Min. Moreira Alves, DJ de 07.08.92; RE 369.820-6, 2ª T., Min. Carlos Velloso, DJ de 27.02.2004; RE 341.776-2, 2ª T., Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.04.2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª T., relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19.08.2008) . 4. Recurso especial a que se dá provimento.

STJ - REsp: 719738 RS 2005/0012176-7, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 16/09/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 22/09/2008)

Nos casos em que há um fato simples, a comprovação do nexa de causalidade não representa uma tarefa difícil, uma vez que há relação direta entre o fato e o dano. Entretanto, quando se trata da chamada causalidade múltipla, a identificação do nexa de causalidade representará um desafio maior, nesse caso há uma cadeia de circunstâncias concorrendo para o mesmo fato danoso e deve-se identificar qual delas gerou o evento danoso (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50).

Há a discussão acerca do chamado dano por ricochete, que seria o prejuízo em virtude de dano sofrido por outrem. Os efeitos do evento danoso não só repercutem na vítima, como em pessoa intercalar (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 114). Uma ilustração do dano por ricochete seria um pai que pagava pensão à sua esposa e filhos, o qual morre em um acidente. Aqui a esposa e os filhos sofreram um dano por ricochete em razão do acidente. Há aqui a questão de saber os limites do dano por ricochete. Esse limite deverá dar-se através do próprio nexa de causalidade. Importa saber se o dano sofrido decorreu efetivamente da conduta o agente. Portanto, o rol do artigo 403 do Código Civil Brasileiro não exclui a responsabilidade

derivada do dano por ricochete, uma vez que este dano ainda se dará de forma direta e imediata à conduta do agente.

3.2.4. Nexo de Imputação

Além dos pressupostos clássicos anteriormente expostos – conduta, dano e nexos de causalidade –, é necessária a pesquisa acerca do nexos de imputação. A imputação refere-se a um juízo valorativo acerca da situação de fato, deste exame há o reconhecimento ou não da responsabilidade civil. Também conhecido como “Fato de atribuição” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2019, p. 453), o nexos de imputação trata-se do motivo de ligação da lesão ao responsável. Atribui, portanto, o dano a quem deve indenizá-lo.

A ilicitude como nexos de imputação fraciona-se em duas cláusulas gerais: a ilicitude culposa disciplinada no artigo 186 do Código Civil: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, bem como a ilicitude por abuso de direito, conforme artigo 187 do código civil “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.” (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2019, p. 455).

O nexos de imputação no direito brasileiro não se resume apenas ao fato ilícito ou à hipótese de responsabilidade subjetiva. Conforme artigo 927 do código civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”. Portanto, surgem outros dois nexos de imputação, quais sejam: a lei e o risco da atividade.

Conclui-se, portanto, que o nexos de imputação trata-se do elo entre a responsabilização e o autor. O nexos de imputação é, portanto, a razão pela qual é imputada a alguém é a responsabilização pelo dano. Ainda, conforme exposto, o nexos de imputação existe tanto na hipótese de responsabilidade objetiva quanto subjetiva.

3.3. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A TEORIA DO RISCO

A responsabilidade objetiva é caracterizada independente do dolo ou culpa. Em verdade, aqui é dispensada a análise da existência da culpa. Havendo causalidade entre a ação e o dano, há a responsabilidade. A responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se de maneira taxativa, em situações descritas nas normas. É encontrada a sua previsão legal no artigo 927, parágrafo único do Código Civil:

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.

Felipe P. Braga Netto (2008, p. 84) expõe as duas espécies de responsabilidade civil objetiva presentes no sistema jurídico nacional. O autor realiza uma análise do artigo 927, parágrafo único. A primeira parte do dispositivo “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei (...)” diz respeito à responsabilidade civil objetiva *ex lege*, ou seja, seu critério estará descrito e taxado em lei. Já a segunda parte do artigo “(...) ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” trata da responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco. A responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco prescinde do elemento culpa. Para a configuração de tal responsabilidade é necessário detectar uma atividade habitual desenvolvida pelo autor que gere risco a outrem.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, ao tratar da responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco, utiliza do termo “atividade normalmente desenvolvida”, ou seja, não é uma ação isolada. Cavalieri Filho (2014, p. 186-187) realiza a análise desse termo no contexto do dispositivo, aponta que atividade representaria uma conduta reiterada, derivada de habitualidade. Seria uma atividade empresarial que busca fins econômicos ou atividade profissional, não se trata de uma conduta isolada. O autor ainda traz os conceitos de serviço público e o conceito de serviço exposto no artigo 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor, qual seja “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo (...)”. O legislador, portanto, buscou abarcar uma vasta área de serviços.

Além do elemento “atividade”, deve haver a implicação de risco por esta oferecida. Felipe P. Braga Netto (2008, p. 85) afirma que a análise da existência do risco será circunstancial. O risco da atividade deve fazer parte de sua habitualidade, ou seja, o sujeito que exerce essa

atividade habitualmente assume esse risco. Por exemplo: o serviço de transporte tem o potencial de causar danos a terceiros. O risco desta atividade é habitual.

Os centros comerciais como shoppings centers e hipermercados assumem o risco da atividade e respondem de maneira objetiva caso a segurança de seus frequentadores seja violada. Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 419.059:

SEGURO DE VEÍCULO – RESSARCIMENTO DE DANOS – VEÍCULO ROUBADO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO – SUBROGAÇÃO DA SEGURADORA – AÇÃO REGRESSIVA - ALEGAÇÃO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO EM RESSARCIR OS DANOS – RECONHECIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

(TJ-SP 10099510220178260003 SP 1009951-02.2017.8.26.0003, Relator: Luiz Eurico, Data de Julgamento: 02/10/2017, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/10/2017)

O risco assumido pelo autor da atividade gera o dever de segurança (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 189). A atividade de risco, portanto, deve ser exercida com segurança e a violação do dever de segurança gera a obrigação de indenizar. Para o caso das atividades de risco ainda, a professora Teresa Lopez (2010, p. 3) aponta dois princípios: o princípio da prevenção e o princípio da precaução. O primeiro deverá ser seguido quando o risco de ocorrência do dano é real e concreta, o risco é conhecido. Já o segundo é aplicado quando o risco de dano é potencial.

A teoria do risco, portanto, serve como proteção ao sujeito que sofre um dano em decorrência de uma atividade habitual e sujeita ao risco exercida por outrem. Nesse caso não há que se falar em comprovação da culpa.

Cabe aqui abordar a modalidade do risco de empresa ou do empreendimento, derivada da Teoria do Risco. Cristiano Chaves, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto (2019, p. 519) abordam a diferença entre a teoria do risco e o risco da empresa. O parágrafo único do artigo 927 traz o seguinte texto: “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”. O dispositivo legal apenas exige que o dano decorra de alguma atividade com risco potencial. Não importa aqui se a atividade é biológica ou empresarial, por exemplo. Na teoria do risco do empreendimento, porém, somente o sujeito que explora a atividade econômica de produção ou circulação de bens e serviços em caráter profissional e organizado poderá ser obrigado a indenizar o dano decorrente do risco de sua atividade.

O artigo 931 do Código Civil é o núcleo do risco de empresa, conforme dispõe: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”. Importante abordar a relação deste dispositivo legal ainda com o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

Em relação aos artigos 931 do Código Civil e 12 do Código de Defesa do Consumidor, o Enunciado nº 12 do Conselho de Justiça Federal: “O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”. Da análise dos dispositivos supracitados, é possível concluir que o CDC adota a teoria do risco do empreendimento e que o artigo 931 do Código Civil estende a teoria do risco do empreendimento para as relações fora do âmbito consumerista em que o empresário exerça sua atividade econômica e organizada e que o risco faça parte dela.

3.4. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Uma vez que uma pessoa não pode responder por aquilo a que não deu causa, devem ser analisadas as hipóteses de exclusão da responsabilidade. Muitas vezes a aparência pode ser de que alguém atuou de maneira a causar dano a outrem, mas na verdade o dano em questão teve outra causa que não a conduta dessa pessoa.

A exclusão da responsabilidade civil, portanto, diz respeito à impossibilidade de imputação de uma conduta a um sujeito que não causou o dano. As hipóteses que ensejam a exclusão do nexo causal são o caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

3.4.1. Fato exclusivo da vítima

A exclusiva atuação culposa da vítima para o resultado danoso configura interrupção no nexo de causalidade. Aqui, não há causalidade entre a conduta do autor e o dano causado à vítima, servindo aquele de mero instrumento do acidente. Por exemplo, a vítima que se joga em frente a um carro. No caso, a conduta do autor serviu de mero instrumento para o acidente. Há a possibilidade, porém de culpa concorrente entre o agente causador e a vítima, aqui haverá, portanto uma repartição de responsabilidades. Essa repartição se dará conforme o grau de culpa de cada um. Deve ser observado no caso concreto se a conduta geradora do dano é completamente imputável à vítima para que se possa avaliar se há ou não dever de indenizar. Para que haja a exclusão de nexo de causalidade deve ser devidamente comprovada, consoante acórdão da lavra do Ministro José Delgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES. 1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que julgou improcedente ação ordinária de reparação de danos em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, objetivando a indenização pelo falecimento dos pais dos recorrentes, ao argumento de que os mesmos vieram a falecer em razão de acidente automobilístico ocorrido na Marginal do Tietê, pois no local do acidente não existiam grades de proteção, o que impediria a queda do veículo. 2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral. 3. O exame dos autos revela que está amplamente demonstrado que o acidente ocorreu e que o evento morte dele decorreu e que a estrada não tinha grade de proteção. 4. A ré só ficaria isenta da responsabilidade civil se demonstrasse - o que não foi feito - que o fato danoso aconteceu por culpa exclusiva da vítima. 5. A imputação de culpa está lastreada na omissão da ré no seu dever de, em se tratando de via pública, zelar pela segurança do trânsito e pela prevenção de acidentes (arts. 34, parágrafo 2º, do Código Nacional de Trânsito, e 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68). 6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem. 7. Estabelecido assim o nexo causal entre a conduta omissiva e o falecimento dos pais dos recorrentes, responde a ré pela reparação dos prejuízos daí decorrentes, no caso, os danos patrimoniais pela cessação da fonte de sustento dos menores. 8. Recurso provido

(STJ - REsp: 439408 SP 2002/0071492-6, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 05/09/2002, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 21.10.2002 p. 308 LEXSTJ vol. 159 p. 210)

Exemplo da negativa de culpa concorrente, sobre os chamados “surfistas ferroviários”, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Queda de trem. "Surfista ferroviário". Culpa exclusiva da vítima. I - A pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado "surf ferroviário", assume as conseqüências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável. II - Concluindo o acórdão tratar o caso de "surfista ferroviário", não há como rever tal situação na via especial, pois demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, vedado nesta instância superior (Súmula 7/STJ). III - Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp: 160051 RJ 1997/0092328-2, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 05/12/2002, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 17/02/2003 p. 268RJADCOAS vol. 43 p. 46RSTJ vol. 165 p. 317)

Portanto, o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo de causalidade, uma vez que a conduta causadora do dano parte da própria vítima, não podendo terceiro ser alvo de responsabilização.

3.4.2. Fato de terceiro

O fato de terceiro trata-se de interrupção no nexo causal, sendo, portanto causa de exclusão do nexo. É causa de interrupção, pois a causa do dano não teve origem na ação do agente, mas de uma terceira pessoa. Entretanto, neste caso, para se consolidar como excludente de causalidade, a conduta de terceiro deve ser exclusiva no resultado do dano, manifestando-se como causa única. Caso contrário, em que haja concorrência entre a conduta de terceiro e do agente, caberá eventual repartição do dano, levando em consideração a participação de cada qual para o resultado. (FARIAS;ROSENVALD;NETTO, 2019, p. 440-442).

Informa Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.476) que no Brasil predomina o dever de o causador reparar o dano e este possuirá direito de regresso contra o terceiro que criou a situação de perigo. Entretanto, quando a causa é exclusivamente imputável ao terceiro, a culpabilidade é extinta e não haverá qualquer dever de reparação por parte do agente. Aqui há a equiparação ao fortuito, sendo imprevisível e inevitável (GONÇALVES, 2016, p.476).

Na visão de Pamplona Filho e Stolze (2019, p. 186), não há pacificação doutrinária acerca do fato de terceiro. Como exemplo há a súmula 187 do Superior Tribunal de Justiça "A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.". Nesse caso, ainda que a conduta danosa seja de terceiro, o transportador terá o dever de indenizar a vítima e terá direito de regresso contra o terceiro causador do dano. Apesar de tratar diretamente do caso da

inaplicabilidade do fato de terceiro como interrupção do nexu causal, a referida súmula toca o ponto do fortuito interno e externo que serão tratados no próximo tópico.

3.4.3. Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e força maior também constituem possibilidade da exclusão da responsabilidade civil. O caso fortuito decorre de fatos imprevistos e alheios à vontade das partes, porém decorrem de ações humanas, por exemplo, uma greve. A força maior decorre de um evento natural e imprevisível. Em ambos os casos é rompido o nexu de causalidade. Maria Helena Diniz (2011, p. 132) apresenta ainda um elemento objetivo e um elemento subjetivo essencial para o caso fortuito e a força maior. O elemento objetivo seria a inevitabilidade do evento e o elemento subjetivo seria a ausência de culpa na produção do acontecimento. Tendo em vista que o caso fortuito e a força maior também configuram como causa da exclusão da responsabilidade objetiva e esta não analisa a culpa, torna-se mais apropriado colocar o elemento subjetivo como ausência de nexu de causalidade.

A exclusão do nexu causal em razão de caso fortuito ou força maior encontra-se positivada no artigo 393 do Código Civil Brasileiro “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. O artigo diz respeito à responsabilidade civil decorrente de relação obrigacional, entretanto, é abarcada também a responsabilidade civil extracontratual.

Há muitas discussões acerca da diferenciação entre caso fortuito e força maior. Na visão de Cavalieri Filho (2014, p. 71), o caso fortuito diz respeito a um fato imprevisível e, portanto, inevitável. Já a força maior diz respeito a um acontecimento fora de controle do ser humano e, portanto irresistível. Cristiano Chaves (2019, p. 429) ainda aponta que a força maior derivaria de um evento produzido pela natureza, enquanto que o caso fortuito configuraria no fato humano não individualizado.

O fortuito ainda subdivide-se em interno e externo. No caso do fortuito interno é o fato que se relaciona com a atividade da empresa ou da pessoa do devedor. Já o fortuito externo diz respeito a um fato que não possui conexão com a atividade da empresa ou da pessoa do devedor. Um exemplo do fortuito interno diz respeito a um serviço de transporte que está sendo prestado e que o condutor sofre um infarto. Outra situação seria a falha no freio do ônibus. Tais situações dizem respeito a elementos da própria prestação de serviço. Já um

exemplo de fortuito externo seria a ocorrência de um assalto no ônibus ou uma chuva de granizo que leve o motorista a perder a visibilidade da estrada e a colidir com um muro. Nesse caso o fato é externo à prestação de serviço. (CHAVES, 2019, p. 432).

No fortuito interno persiste a necessidade de indenizar, uma vez que o dano se relaciona com as atividades desempenhadas. Já no caso do fortuito externo o nexo de causalidade é excluído e, portanto, não haverá dever de indenizar.

4 RELAÇÃO DO EMPREENDIMENTO COM SEUS FREQUENTADORES: CIVIL OU DE CONSUMO?

Os grandes centros comerciais denominados Shopping Centers são também conhecidos como “templos de consumo”, uma vez que o principal objetivo do frequentador desse ambiente é a compra de produtos. O Shopping Center foi apresentado anteriormente sob o enfoque histórico e estrutural, a partir deste momento será analisada a sua relação com o seu frequentador e a sua natureza.

4.1. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é um princípio norteador e estruturante do sistema da Política Nacional de Relações de Consumo, e se encontra positivado no artigo 4º, I, CDC. As normas do Código de Defesa do Consumidor estão organizadas a partir da ideia básica de proteção ao consumidor devido à sua vulnerabilidade. Vulnerabilidade é a qualidade ou estado de vulnerável que, por sua vez, significa o que pode ser vulnerado, magoado, prejudicado, ofendido; o que é frágil, que pode ser atacado ou ferido (Dicionário Michaelis, 2019). Em relação ao princípio em tela, o STJ (REsp 586.316/MG) declarou:

[...] 4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios [...].

(STJ - REsp: 586316 MG 2003/0161208-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 17/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20090319 --> DJe 19/03/2009)

A vulnerabilidade, em sua essência, não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos. O sujeito pode ser considerado vulnerável sem que haja comparação com outrem. A vulnerabilidade é uma situação provisória ou permanente que fragiliza o sujeito. Na relação consumerista esta situação é presumida em favor de todos os consumidores. Há exceção desta presunção em relação às pessoas jurídicas e ao profissional quando se tratar de consumidor intermediário, caso em que será necessário comprovar a vulnerabilidade (CAVALIERI FILHO, p. 48, 2014).

A presunção da vulnerabilidade jurídica do agente consumidor é considerada como fonte dos deveres de informação do devedor sobre o conteúdo do contrato, uma vez que o conteúdo do contrato pode apresentar complexidades e expressões técnicas desconhecidas pelo consumidor (MARQUES, 2017, p. 121).

O autor Bruno Miragem (2014, p. 121) trata da comparação entre vulnerabilidade e hipossuficiência, dois conceitos que são confundidos com frequência. Embora digam respeito ao consumidor, vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem. O artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor trata da hipossuficiência no âmbito processual, trazendo a possibilidade da inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando a alegação for verossímil ou quando houver hipossuficiência. Ou seja, nem todo consumidor é necessariamente hipossuficiente, deve haver identificação realizada pelo juiz no caso concreto. O autor trata de duas linhas de entendimento para que haja reconhecimento da hipossuficiência: a identificação ou não, pelo juiz, de existência de dificuldade encontrada pelo consumidor em comprovar as suas alegações com provas que sustentem sua veracidade; de conceito indeterminado, cujo preenchimento deve ser realizado com base na análise dos fatos e subsunção à norma, sem espaço de escolha para o juiz. Além da insuficiência de meios econômicos, a hipossuficiência pode se manifestar de outras formas, como no exemplo em que o fornecedor se recusa a entregar cópia do contrato para o consumidor. Ambos os casos podem resultar na dificuldade de o consumidor comprovar suas alegações e realizar a devida produção probatória.

Claudia Lima Marques (2013, p. 228) apresenta três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática. A vulnerabilidade técnica ocorre quando o comprador não possui domínio técnico e específico sobre o produto ou serviço que está adquirindo, desta forma, pode ser mais facilmente enganado. A vulnerabilidade fática diz respeito aos aspectos econômicos e intelectuais que caracterizam presentes da relação de consumo. A vulnerabilidade jurídica foi tratada pela corte suprema alemã nos contratos de empréstimos bancários e financiamentos.

Afirmou-se que o consumidor não teria conhecimento econômico suficiente, nem a oportunidade de recorrer a um especialista. Trata-se da falta de domínio do consumidor sobre assuntos jurídicos específicos.

Com base no princípio da vulnerabilidade e na acepção de consumidor, é possível haver uma abrangência ou limitação da aplicação das normas presentes no Código de Defesa do Consumidor. A restrição da aplicação da legislação protetiva é a regra adotada pelo Sistema de Proteção ao Consumidor, uma vez que, em regra, apenas os destinatários finais fáticos e econômicos serão protegidos pelas normas consumeristas. No entanto, em casos excepcionais, caso haja demonstração, em concreto, da vulnerabilidade, pessoas jurídicas ou profissionais (MIRAGEM, 2014, p. 121).

4.2. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor é fruto de determinação constitucional e surgiu com o propósito de regular as relações de consumo, estabelecer o equilíbrio das forças das partes, assegurar direitos e deveres ao consumidor e ao fornecedor, assim como prevenir eventuais danos e reparação dos que ocorressem. Claudia Lima Marques (2017, p. 43) trata da origem constitucional do direito do consumidor:

O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: “*O estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”; 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária “defesa” do sujeito de direitos “consumidor” (art. 170 da Constituição Federal de 1988 “*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, observando os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor; (...)*”; e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infra constitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do “consumidor” (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”).

A relação jurídica de consumo não foi definida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). A falta dessa definição se dá pelo fato de que essa relação é mais fática do que jurídica. A relação de consumo não se concentra na declaração de vontade da parte ou na sua

conduta, mas na atividade, nos sujeitos, no vínculo estabelecido entre eles, nos princípios e nos valores.

A relação jurídica é uma espécie de relação social. Há uma infinidade de laços ligando os homens entre si, mas nem todos são de natureza jurídica. O homem, em sociedade, relaciona-se visando múltiplos fins e não fins estritamente jurídicos. As relações tidas como jurídicas, de acordo com a teoria tradicional, são reconhecidas pelo Estado com a finalidade de protegê-las. Para que haja uma relação jurídica é necessária uma relação intersubjetiva, ou seja, o vínculo entre duas ou mais pessoas e este vínculo deve corresponder a uma hipótese normativa, de forma que derivem consequências obrigatórias no plano da experiência. Portanto, seria toda a relação social que produz consequências jurídicas (REALE, 2002, p.214-215)

Sempre que ocorrem, em qualquer área do direito, atos de consumo, as normas jurídicas de proteção ao consumidor, assim como os princípios, incidirão e farão operar os efeitos nelas contidos. Atos de consumo podem ser entendidos como fornecimento de produtos, prestação de serviços, acidentes de consumo e outros suportes fáticos. A particularidade dessa relação jurídica é que o seu elemento subjetivo será sempre o consumidor e o fornecedor e terá por elemento objetivo produtos ou serviços.

O legislador optou por definir como sujeitos da relação de consumo, o consumidor e o fornecedor, assim como o objeto sendo o serviço ou produto. Estes conceitos relacionam-se entre si e são dependentes, portanto, não podem ser considerados isoladamente. Só haverá um consumidor caso haja um fornecedor, assim como para essa relação se estabelecer, deverá haver um objeto que será um produto ou serviço. As definições, portanto, devem estar presentes para que seja possível a aplicação do CDC. (MIRAGEM, 2014, p. 143-144).

4.2.1. Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. A definição legal permite concluir que o consumidor poderá ser uma pessoa natural ou jurídica e que será consumidor tanto aquele que adquire o produto ou serviço, ou que apenas os utilize. Rizzato Nunes (2017, p. 119) chama atenção para o verbo “adquirir”, que não significa que será necessariamente a título oneroso, admite-se o sentido mais lato que abarca

a possibilidade de se adquirir a título gratuito. Diante disso, conclui-se que a relação de consumo poderá ter origem tanto de um contrato (aquele que adquire), quanto de um fato (aquele que apenas utiliza). Dessa forma, por exemplo, em uma festa, não apenas quem paga pela bebida será considerado consumidor, quem a consome também será enquadrado neste sentido. Por fim, o critério que oferece maior desafio e gera discussões e a interpretação da expressão “destinatário final”.

Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 67) aponta que, logo que o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor, havia quem enxergasse a expressão “destinatário final” no sentido mais abrangente. O CDC era visto por alguns como um código geral do consumo, um novo regulamento do mercado, que tinha como objetivo regular as relações entre consumidores e fornecedores. Essa visão vai de encontro com a finalidade do CDC, uma vez que a sua razão de ser é a proteção à parte vulnerável nas relações de consumo. Quando se protege o fornecedor e consumidor, em verdade não se protege ninguém. Dessa forma, para que a proteção ao consumidor seja efetiva, tornou-se necessária a busca pela definição de “destinatário final”, de maneira a restringi-la.

O autor João Batista de Almeida (2009, p.) entende pela expressão “destinatário final”, que o serviço ou produto será destinado para uso próprio, privado, e até para terceiros, desde que não haja intenção de revenda. Não estaria incluso, portanto, o intermediário, ou seja, aquele que compra com o intuito de revenda.

Retirar o bem do mercado é um ato objetivo e faz parte do conceito de “destinatário final”. Há, porém, a possibilidade de um sujeito que retira este bem do mercado para utilizá-lo de maneira profissional, visando o lucro. A respeito desta possibilidade, Cláudia Lima Marques (2013, p.115), indaga se seria possível considerar este profissional como “destinatário final”. A autora aponta que é necessário interpretar a expressão, uma vez que o dispositivo do CDC não responde a esta pergunta. Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do produto ou serviço.

O destinatário final fático é aquele que tira o bem da cadeia de produção. Seria, de maneira simplista, sem maiores análises da cadeia de consumo, o último a adquirir o bem ou serviço. Ainda, ser destinatário final econômico do bem é não utilizá-lo para revenda ou de maneira profissional. Ser destinatário final, na verdade, é abster-se de outros atos, quais sejam, o de revender ou utilizar o bem profissionalmente.. Neste cenário o consumidor, além de ser, de fato, quem adquire o bem ou serviço, não poderá destiná-lo à finalidade profissional com

intenção de obter lucro, pondo um fim na cadeia de produção, dessa forma ele seria, tanto destinatário final fático, como econômico. É uma condição cumulativa.

Diante das discussões acerca da expressão “destinatário final” e da sua extensão, doutrina trata de duas correntes que buscam definir, de maneira mais exata, quem seria o consumidor, seriam estas, a corrente maximalista ou objetiva e a corrente finalista ou subjetiva.

A corrente maximalista ou objetiva entende que é consumidor aquele que pratica o ato de consumo. Para essa teoria não importa se o destinatário final objetivará satisfazer necessidades pessoais ou profissionais, tampouco se buscará lucro ao usufruir da mercadoria ou serviço. Não há, portanto uma identificação subjetiva do consumidor, este será apenas aquele que adquire ou utiliza produtos ou serviços. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 67). Claudia Lima Marques (2013, p. 116) afirma que os maximalistas enxergam o CDC como um regulamento das relações de mercado, sem a sua essência de proteção ao consumidor. Para essa corrente, o CDC seria um código geral sobre consumo, que institui princípios e normas gerais para todos os agentes. Segundo essa corrente ainda, o artigo 2º do CDC deveria ser interpretado da maneira mais extensa possível, para que possam ser aplicadas ao maior número possível de relações do mercado.

A teoria finalista ou subjetiva busca a tutela de um grupo da sociedade que é mais vulnerável e acredita que o CDC possui essa função. A interpretação do conceito de consumidor dada pela teoria finalista é restritiva. A partir da restrição do conceito de “destinatário final”, fica assegurado ao consumidor um nível maior de segurança nas relações jurídicas de consumo (MARQUES, 2013, p. 116). Os autores dessa linha entendem que só merece a tutela do Código de Defesa do Consumidor aquele que é vulnerável. Neste caso, a aquisição de produto ou serviço deverá ser para satisfação de necessidade pessoal. Não se admite aqui que o consumo se dê como incrementação de atividade profissional lucrativa. O consumidor aqui seria aquele que dá fim ao processo econômico. Entende-se que só merece a tutela do CDC aquele que é vulnerável. A teoria finalista foi flexibilizada de certa forma para abranger situações excepcionais de consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que seja comprovada, em concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65-69).

Bruno Miragem (2014, p. 144) aponta que os tribunais brasileiros não são unânimes na aplicação de um critério para a definição de consumidor. A jurisprudência apresenta situações que seguem a teoria maximalista ou objetiva, na qual não é necessária a destinação econômica do serviço ou produto, apenas a sua destinação fática, ainda que haja a utilização

deste em atividade profissional. Há ainda situações em que é adotada a teoria finalista ou subjetiva, na qual o consumidor, além de destinatário fático, deverá ser destinatário econômico, dando fim ao processo econômico. Claudia Lima Marques (2013, p. 117), por sua vez, trata da posição do STJ, que se apresenta mais “finalista” e vem abordando a interpretação do consumidor de uma maneira mais finalista. Em casos mais difíceis, há uma flexibilização do finalismo em situações que envolvem empresas de pequeno porte ou profissionais liberais, quando resta comprovada a vulnerabilidade.

4.2.2. Fornecedor

O artigo 3º do Código de Defesa do consumidor o define fornecedor como:

(...) toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem criação, construção, transformação, importação, exportação distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Diferentemente do que ocorre com o consumidor, o conceito de fornecedor não é debatido com frequência pelos autores, talvez devido ao vasto leque de atividades econômicas e da amplitude da área de prestação de serviços. Talvez seja mais cômodo definir por exclusão, ou seja, dizer quem não pode ser considerado fornecedor. Nas palavras de Rizzato Nunes (2017, p. 135), o legislador, inseguro, tratou do conceito de consumidor sem maiores especificações, porém no que concerne ao conceito de fornecedor, a norma foi elaborada de maneira que nenhuma pessoa jurídica escapasse de se enquadrar na norma geral.

A definição de fornecedor dada pelo Código de Defesa do Consumidor praticamente esgota todas as formas de atuação no mercado de consumo. Apenas aqueles que exercem atividade ou transação típica de direito privado, ou situações de compra e venda de imóvel entre pessoas físicas e particulares nas quais não haja influência de publicidade e que o acerto seja direto, são excluídos do conceito de fornecedor. Além daquele que fabrica, de maneira artesanal ou industrial o produto a ser vendido, quem o comercializa também é considerado consumidor. Importante salientar, que, se há um fabricante que comercializa para um intermediário, que comercializa o produto para quem o irá vender para o destinatário final fático e econômico, o intermediário dessa relação também será considerado fornecedor. Diante disso, a forma de definição de fornecedor se distancia da de consumidor, uma vez que

para ser destinatário final há um estreitamento das possibilidades e para ser fornecedor há uma abrangência de possibilidades (ALMEIDA, 2009, p. 45).

O fornecedor pode ser uma pessoa natural ou física, a exemplo de uma pessoa que fabrica bijuterias em casa para vender e exerce essa atividade com intuito de lucro direto. O fornecedor pode ser uma pessoa jurídica, fato que é mais comum e há incontáveis exemplos de empresas que atuam no mercado de consumo. Há ainda a possibilidade de o fornecedor ser um ente despersonalizado, como no caso de uma sociedade de fato ou massa falida. (TARTUCE, 2014, p. 69). Em relação à massa falida, Rizzato Nunes traz importante observação, uma vez que, apesar de uma pessoa jurídica falir, ainda existirão no mercado produtos decorrentes de sua atividade comercial, os quais continuam sob a proteção da norma consumerista. Motivo pelo qual, a massa falida ainda se encontra enquadrada como fornecedora. Ainda sobre o rol de fornecedores e entes despersonalizados, o autor aponta para as chamadas “pessoas jurídicas de fato”, que define como “aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços, etc.”. Como exemplo da pessoa jurídica de fato há a figura do “camelô”. Essas pessoas não podem ser excluídas do conceito trazido pelo artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que formam um número considerável de fornecedores.

4.2.3. Produto

O artigo 3º, § 1º, do Código de Defesa do consumidor aborda produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Como trata o jurista Rizzato Nunes (2017, p. 137), o conceito utilizado pelo CDC é universal e a sua associação com a ideia de bem é um acerto, uma vez que o bem é “resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas”, desta forma, o conceito utilizado no meio jurídico é o mesmo utilizado no mercado. Em contrapartida, Flavio Tartuce (2014, p. 94), em resposta à visão de Rizzato Nunes, afirma que o termo “bem” aplicado no artigo 3º, §1º do CDC possui sentido de “coisa”, algo que não é humano.

Ademais, o produto pode ser bem material ou imaterial, móvel ou imóvel. Bem material seria um bem tangível ou corpóreo, assim como o bem imaterial seria um bem incorpóreo, como exemplo, um software.

4.2.4. Serviço

O artigo 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor define serviço como “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”. Como já referido anteriormente, a definição do serviço como “qualquer atividade prestada no mercado de consumo”, impõe que esteja sendo oferecido no mercado, como decorrência da atividade econômica do fornecedor. O fato de o serviço ser prestado no mercado de consumo restringe as possibilidades, uma vez que, por exemplo, serviços prestados no âmbito estatal típico custeados por impostos ou serviços realizados sem profissionalidade, não são abarcados pelo dispositivo supracitado. (MIRAGEM, 2014, p. 176).

O dispositivo de lei ainda refere-se à remuneração, dando caráter oneroso ao negócio. Entretanto, é pacificada na doutrina a possibilidade de existência de remuneração direta ou indireta, sem que a relação consumerista seja descaracterizada. A autora Claudia Lima Marques enxerga na expressão “mediante remuneração” uma abertura para incluir os serviços pagos pela coletividade de maneira indireta ou quando ocorre o pagamento indireto pelo próprio consumidor do serviço. Haveria, portanto, uma contraprestação escondida na gratuidade do serviço.

4.3. SHOPPING CENTER COMO FORNECEDOR DE SERVIÇOS OU MERO AMBIENTE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS?

O Shopping Center, deixando de lado a análise de suas peculiaridades e complexidades e, de uma maneira extremamente simplista, trata-se de um centro comercial. Ou seja, empreendimento comercial que objetiva reunir fornecedores/comerciante e seus consumidores a fim de que, os primeiros possam expor e comercializar seus diversos produtos em um mesmo local, para aquisição pelos segundos. Pedro Elias Avvad (2014, p. 629) aponta que o Shopping Center explora duas atividades distintas, mas intimamente ligadas: a locação e a administração do negócio.

A priori, não se enxerga uma relação consumerista entre os shopping centers e seus frequentadores, uma vez que o consumo de fato ocorre nos estabelecimentos comerciais

localizados no empreendimento. O shopping center, em regra, não produz serviço ou produto, serve como um ambiente em que comerciantes/lojistas utilizam aquele ambiente para, eles mesmos, comercializarem produtos ou serviços. Celebram o contrato de locação com o empreendimento e firmam relação de consumo com os frequentadores.

De outro lado, Cristiano Chaves de Farias (2009, p. 25) aponta que os shopping centers transmitem um convite aberto e massificado para que o consumidor se sinta mais seguro e confortável realizando suas compras. Dessa maneira, este firmaria relação de consumo com seus frequentadores, vendendo facilidade, conforto e segurança.

Os elementos relacionados aos shopping centers, como segurança, estacionamento fácil, horário de funcionamento dilatado, além da ampla gama de produtos e serviços oferecidos, atraíram e trouxeram comodidade aos consumidores. Os frequentadores de tais centros comerciais são atraídos não só pela variedade de produtos que encontram, mas principalmente pela ideia de segurança e comodidade que o comércio de rua não lhes proporciona. A ideia de um ambiente fechado em que há seguranças espalhados por todas as áreas, além de diversas câmeras de segurança e toda uma organização e administração interna é atraente em um cenário social cada vez mais violento.

Diante do exposto, constata-se que tais empreendimentos ganharam espaço no mercado brasileiro não só pela facilidade de encontrar tudo, ou quase tudo que se precisa em um mesmo lugar, mas, além disso, é possível concluir que a preferência dada a este estabelecimento em detrimento de outros, caracteriza-se, principalmente, pelas facilidades e conforto ofertados, especialmente a segurança e lazer proporcionados nestes empreendimentos.

Importante ressaltar que nenhuma dessas comodidades é ofertada por altruísmo, como mera cortesia ou despropositadamente. Todo o conforto que é oferecido nestes centros de entretenimento é estudado e implantado com a finalidade de atrair maior clientela e, assim, auferir maiores vantagens econômicas.

Serviço é definido no artigo 3º, parágrafo 2º do CDC como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. Conforme tratado anteriormente, é pacificada a ideia de remuneração indireta, ou seja, ainda que aquele serviço não seja cobrado, a sua oferta gera benefícios para o fornecedor. Deste modo, ao analisar o interesse do shopping em oferecer conforto e comodidade aos seus frequentadores, é possível observar a remuneração indireta.

O proveito do Shopping Center e grande parte de seu faturamento tem origem na atividade de locação. A priori, tendo como foco a própria atividade de locação, não se enxerga uma conexão entre o empreendimento e seu frequentador, uma vez que o contrato de locação é celebrado entre empreendedor e lojista. Entretanto, o contrato supracitado possui uma peculiaridade quando se dá no âmbito dos shopping centers, uma vez que o seu valor possui como base o faturamento mensal do lojista, trata-se do chamado aluguel percentual. O contrato apresenta o aluguel mínimo e o aluguel percentual. O aluguel mínimo representa o valor mínimo que deverá ser pago pelo locatário. O aluguel percentual é a regra e se trata de um valor percentual baseado no faturamento mensal do locatário.

Rubens Requião (1983, p.11), citando Geraldo Langoni, observa que os empreendedores de shopping center, quando adotam um esquema de remuneração de investimentos totalmente diverso do convencional, estabelecendo uma relação direta entre a sua rentabilidade e a rentabilidade das atividades comerciais ali desenvolvidas, criaram uma otimização do marketing em nível nunca antes imaginado, viabilizando a exploração mais eficiente possível do mercado potencial.

Diante da forma pela qual é calculado o aluguel no Shopping Center, verifica-se que o empreendimento possui interesse direto no sucesso de seus locatários, uma vez que, quanto maior o faturamento do lojista, maior será o valor do aluguel percentual. Portanto, há clara remuneração indireta em relação aos serviços prestados pelo Shopping Center, uma vez que é de seu interesse o consumo dos frequentadores nos estabelecimentos de seus locatários.

Acerca da contraprestação a ser paga pelo consumidor, Basílio afirma que em conformidade com a interpretação que vem sendo dada pela doutrina a respeito da exigência remuneratória imposta pela lei, tem se compreendido poder ser ela tanto direta quanto indireta, sem que se anule o caráter da relação de consumo a carência de contraprestação imediata paga por quem consome – sendo suficiente que o prestador de serviço seja, de alguma forma, remunerado, ainda que indiretamente. Aponta neste sentido a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi:

Responsabilidade civil. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Assalto à mão armada iniciado dentro de estacionamento coberto de hipermercado. Tentativa de estupro. Morte da vítima ocorrida fora do estabelecimento, em ato contínuo. Relação de consumo. Fato do serviço. Força maior. Hipermercado e shopping center. Prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor. Atividade inerente ao negócio. Excludente afastada. Danos materiais. Julgamento além do pedido. Danos morais. Valor razoável. Fixação em salários-mínimos. Inadmissibilidade. Morte da genitora. Filhos. Termo final da pensão por danos materiais. Vinte e quatro anos. - A prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida pelo

hipermercado e pelo shopping center, porquanto a principal diferença existente entre estes estabelecimentos e os centros comerciais tradicionais reside justamente na criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins, capaz de induzir e conduzir o consumidor a tais praças privilegiadas, de forma a incrementar o volume de vendas. - Por ser a prestação de segurança e o risco ínsitos à atividade dos hipermercados e shoppings centers, a responsabilidade civil desses por danos causados aos bens ou à integridade física do consumidor não admite a excludente de força maior derivada de assalto à mão armada ou qualquer outro meio irresistível de violência. - A condenação em danos materiais e morais deve estar adstrita aos limites do pedido, sendo vedada a fixação dos valores em salários-mínimos. - O termo final da pensão devida aos filhos por danos materiais advindos de morte do genitor deve ser a data em que aqueles venham a completar 24 anos. - Primeiro e segundo recursos especiais parcialmente providos e terceiro recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp: 419059 SP 2002/0021402-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/10/2004, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.11.2004 p. 315 RSTJ vol. 188 p. 339)

A Ministra aponta para a ideia da criação de um ambiente seguro para a realização de compras e afins e a prestação da segurança seria uma atividade inerente ao negócio. Ainda neste sentido, observe-se este trecho do voto do Relator Pedro Baccarat, à época Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação de n. 0091332 49.2003.8.26.0000, da Comarca de Osasco, que julgou demanda proposta por uma das vítimas da explosão ocorrida no Osasco Plaza *Shopping*:

[...] Restringe-se à insurgência da Apelante à consideração da inexistência da relação de consumo e a consequente fiação de sua responsabilidade objetiva pelos danos experimentados pela vítima e, subsidiariamente, contra o valor arbitrado para indenização por dano moral, reputando-o excessivo. A Apelante sustenta, em síntese, que não presta serviços aos usuários do ‘Shopping Center’, mas aos lojistas que são seus locatários, sugerindo que sua atividade está limitada a locação de lojas. As administradoras de centros de compras são efetivamente locadoras dos espaços destinados à instalação das lojas, mas as relações existentes que decorrem da exploração dos shopping centers são mais complexas e vão muito além da singela locação de um imóvel. Aos administradores cumpre, agindo em parceria com os clubes de lojistas, implementar estratégias comerciais dirigidas a atrair o maior número de consumidores possível, de sorte a aumentar o faturamento das lojas e, por conseguinte, o seu próprio ganho, porque a este faturamento estão atrelados os aluguéis. Esta atuação envolve toda a organização do espaço de compras oferecido aos consumidores, assim, compreendidos os serviços de segurança, a limpeza das áreas de uso comum, merecendo destaque no caso, o dever de manter adequadamente a edificação e seus equipamentos, de sorte que não venham a causar danos aos freqüentadores. Há, portanto, atividade de fornecimento de serviços aos consumidores pelas administradoras dos centros de compras. E estão compreendidos na categoria de consumidores todos os que, em razão de qualquer atividade exercida regularmente no centro de compras, fazem uso de suas instalações cuja manutenção e segurança configuram, como anotado, efetiva prestação do serviço. A relação de consumo bem reconhecida pela sentença de primeiro grau é suficiente para fixar a responsabilidade independentemente da existência de culpa, consoante expressamente dispõe o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor [...].

(TJ-SP - APL: 913324920038260000 SP 0091332-49.2003.8.26.0000, Relator: Pedro Baccarat, Data de Julgamento: 05/10/2011, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/10/2011)

A Responsabilidade Civil do Shopping Center e a relação travada com o seu frequentador é tratada ainda pela Desembargadora Odete Knaack de Souza do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível de nº 0024242-82.2009.8.19.0202

[...] Com relação à responsabilidade do 1º réu, shopping center, se inclui no conceito de fornecedor (Art. 3º do C.D.C.) na medida em que centraliza diversas lojas disponibilizando a clientes reais ou potenciais bens e serviços com o fito de angariar cada vez maior número de clientes e frequentadores, obviamente em razão do lucro que auferem com isso pelo que aplicável a Teoria do Risco do Empreendimento acolhida pela norma consumerista.

O shopping, no papel de organizador da atividade econômica que no seu estabelecimento se desenvolve, beneficia-se da circulação de pessoas e das relações negociais que ocorrem nos espaços relativamente autônomos que o integram, fazendo parte, pois, da cadeia de consumo.

Conforme ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho, em “COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa, 18.ed. , São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 180/181.”. “No empreendimento denominado 'shopping center', o empresário deve organizar os gêneros de atividade econômica (comércio ou prestação de serviços) que se instalarão no grande estabelecimento. A ideia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, num local único, de cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços. Assim, as ocupações dos espaços devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Geralmente, não podem faltar num 'shopping center' certas modalidades de serviços (correios, cinemas, lazer etc.) ou comércio (restaurantes, lanchonetes, papelarias etc.), mesmo que a sua principal atividade seja estritamente definida (utilidades domésticas, moda, material de construção etc.), pois o objetivo do empreendimento volta-se ao atendimento de muitas das necessidades dos consumidores. É esta concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maior clientela, redundando benefício para todos os negociantes instalados no 'shopping'. (...)” Com efeito, os artigos 7º, par. único; 14; 25, §1º e 34, todos do Código de Defesa do Consumidor, asseguram ao consumidor o direito de voltar-se contra todos os que tiverem na cadeia de responsabilidade que lhe causaram danos, seja na esfera de má prestação de serviços ou fornecimento de produtos.

Confira-se valiosa doutrina:

“Trata-se de um aspecto dos mais relevantes em termos de responsabilidade civil dos que causarem danos a consumidores ou terceiros não envolvidos em dada relação de consumo. Como a responsabilidade é objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado ou então a prestação do serviço.”(Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari, Forense Universitária, 2ª ed., p. 75).”

A propósito, cumpre salientar que se trata de shopping center, local que atrai famílias com crianças, que são sabidamente mais propensas a acidentes como o presente, razão pela qual deveria o réu se cercar de maiores cuidados quanto às atividades que ali pretende oferecer a seus clientes.

Dessa forma, como já assinalado, em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, sendo, por isso, desnecessário cogitar de culpa, constituindo o fato causador do acidente risco do empreendimento, pelo qual devem responder solidariamente os Réus, integrantes da cadeia de consumo.

Assim, havendo nítida comunhão de interesses entre as empresas demandadas, reconhece-se a legitimidade passiva e a conseqüente responsabilidade solidária do

shopping pelos danos causados à consumidora, em razão da falha na prestação de serviços da segunda demandada [...].

(TJ-RJ - APL: 00213582920138190206 RIO DE JANEIRO SANTA CRUZ REGIONAL 2 VARA CIVEL, Relator: Des(a). LUIZ ROBERTO AYOUB, Data de Julgamento: 28/11/2018, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL)

Conforme visto acima, apesar de o empreendimento aparentemente não fornecer produtos ou serviços, é travada uma relação de consumo com seus frequentadores, uma vez que se beneficia da circulação de pessoas e do consumo nas lojas que o compõem, conforme aponta acima a magistrada. São aplicadas ao Shopping Center, portanto, a responsabilidade objetiva e a teoria do risco do empreendimento.

5 A OCORRÊNCIA DA MENDICÂNCIA NO AMBIENTE DO SHOPPING CENTER: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO.

O Shopping Center é um espaço classificado como “público-privado” e, conforme o princípio da liberdade de locomoção e da igualdade, não pode realizar o controle da entrada de pessoas em seu interior com base em aspectos discriminatórios. Tal empreendimento é um ambiente que busca proporcionar a sensação de conforto e segurança aos seus frequentadores. Em muitos Shopping Centers é comum a presença de pessoas em situação de pobreza pedindo esmola e ajuda aos frequentadores. A prática da mendicância, não apenas no âmbito dos Shopping Centers, é entendida como um problema social que gera incômodo à sociedade. No presente trabalho será analisada e discutida a fonte e motivação desse incômodo, a configuração ou não de dano na abordagem aos frequentadores e, em caso de configuração deste, a possibilidade de responsabilização do Shopping Center pelo suposto dano. Ademais, do ponto de vista do mendicante, é importante analisar seus direitos e qual seria a consequência das situações em que são impedidos de entrar no Shopping Center ou são expulsos desses ambientes.

5.1. DA MENDICÂNCIA

A mendicância é conceituada pelo Dicionário Michaelis (2019) como “Estado ou condição de quem mendiga, de quem vive de esmolas; miséria” . O ato de mendigar, portanto, é viver de caridade alheia. Há uma grande convergência entre os mendicantes e os moradores de rua, porém o mendicante não é

necessariamente a pessoa que vive em situação de rua, assim como esta não será necessariamente mendicante.

5.1.1. População de rua

O Decreto nº 7.053 de 23 de Dezembro de 2009, conceitua a população em situação de rua no parágrafo único do seu artigo 1º:

Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

É fato que muitas pessoas que vivem em situação de rua vivem da mendicância, da caridade alheia. De outro lado, há ainda aqueles que realizam trabalhos informais, como catar “latinhas” ou “papéis”. Há ainda os chamados “mendigos profissionais”. Conforme matéria publicada pela Revista Veja (SOARES, 2016), são pessoas que simulariam a condição de miséria para sensibilizar a caridade pública e obter sustento. Dessa forma, teriam morada fixa, mas utilizariam a mendicância como uma atividade profissional, como um trabalho.

São diversas as realidades das pessoas que vivem da mendicância, uns na linha extrema da miséria, outros com o mínimo para sobreviver e há ainda aqueles que simulariam uma situação de vulnerabilidade física ou econômica para obter proveito da mendicância. Fato é que nenhuma pessoa pratica a mendicância quando está em uma situação de vida digna. Aqueles que mendigam, de alguma forma encontram-se em situação de pobreza e necessidade.

Verônica Martins Tiengo, mestre em Política Social pela Universidade Federal do Espírito Santo (2018, p.143), aponta que a situação de rua não é algo simples, sendo uma síntese de diversos fatos. Associa-se à perda de laços afetivos, desentendimento com familiares, utilização de álcool e outras drogas, migração, sofrimento psíquico, dentre outros fatores que podem se associar à falta de um trabalho. A autora ainda aponta o modo de produção capitalista como sendo um dos fatores principais para o aumento da população em situação de rua (2018, p. 139):

Sendo assim, por este método, preguiça e falta de esforço não justificam a existência do fenômeno população em situação de rua. Dessa forma, ao invés de imputarmos às pessoas que vivem nas ruas responsabilidade e culpa, indicamos o cerne do problema: o modo de produção capitalista. O processo de acumulação capitalista,

constitutivo e consequente da teoria do valor-trabalho, gera uma superpopulação relativa e alguns que se encontram nesse grupo passam a compor a população em situação de rua.

Valney Rocha Maciel (2004, p.25), mestre em Políticas Públicas e Sociedade pela Universidade Estadual do Ceará, salienta que a população em situação de rua tem aumentado de forma vertiginosa após a crise social da década de 1980 em diversos países. O especialista aponta que os anos 80 e 90 foram marcados pelo fenômeno da globalização e suas modificações econômicas, culturais, sociais e políticas. Tais mudanças repercutem no âmbito social como um todo, contribuindo para o aumento do número de pessoas sem moradia, sem perspectivas e desempregadas. Ou seja, houve repercussão no aumento da miséria e pobreza. Os efeitos se refletem nas praças, calçadas, sinaleiras, locais onde homens, mulheres e crianças mendigam em qualquer horário em busca de comida ou qualquer trocado. O desenvolvimento de novas tecnologias, como a robótica e a informática, também é apontado pelo autor como causa da diminuição dos postos de trabalho, já que muitos empregos estão deixando de existir devido a essas inovações tecnológicas.

Há grandes diferenças entre os países ricos e os países de terceiro mundo. Naqueles, ainda que haja o desemprego, há uma rede de amparo e proteção social que garante condições de seguridade social e dignidade ao cidadão (alimentação, saúde, abrigo e educação). No entanto, nos países de terceiro mundo, os sujeitos excluídos são logo conduzidos ao patamar de miserabilidade, não havendo amparo ou garantia de preservação à sua dignidade. Esses indivíduos são banidos do processo de produção de riqueza, rompendo-se os vínculos comunitários e deixando até de usufruir de bens simbólicos.

Conforme exposto, nota-se que o desemprego é a principal causa, que em conjunto com outros fatores, leva o indivíduo a viver na rua. Diante disso, Valney Maciel (2004, p.29) aponta:

É através do trabalho, na sociedade capitalista, que se adquire dignidade pessoal diante da família, do grupo de amigos, da comunidade em geral. O trabalho vincula o homem à imagem de honestidade e dignidade. Entretanto, o desempenho de funções pouco valorizadas culturalmente os estigmatiza. São pessoas que não têm muitas chances e possibilidades de ascensão social – como os empregados não especializados da construção civil, os que fazem “bicos” pela cidade, os que realizam atividades sazonais no campo, etc. Num caso de desemprego, a pressão familiar, impulsionada pelas necessidades básicas (como alimentação, vestuário, transporte, etc), pode resultar numa situação onde a “única” saída parece ser o ingresso na vida pelas ruas. O fosso que separa o ex-chefe de família do seu antigo status social culmina, por vezes, no abandono da casa.

Há ainda autores que apresentam distintas situações e classificações quanto à permanência na rua ou situação de rua: ficar na rua – momentaneamente, estar na rua – há pouco tempo; ser da

rua – continuamente; o que possibilita a caracterização da população de rua em vários segmentos (VIEIRA;BEZERRA;ROSA apud BALIEIRO;SOARES;VIEIRA, 2017, p. 335). Neste sentido, a população de rua apresenta-se de maneira heterogênea. A imagem do “morador de rua” confunde-se muitas vezes com a do mendigo, alcóolatra, drogado e até mesmo com a do deficiente físico e/ou mental. Mas não só esses sujeitos fazem parte desse cenário. Catadores de papéis ou “latinhas”, guardadores de carro, migrantes, vendedores ambulantes, trabalhadores itinerantes e famílias recém-desempregadas passaram a compor a chamada população de rua.

Sônia Ferraz e Bruno Machado (2014, p. 615) tratam da diferença do uso da denominação “sem-teto” e “morador de rua”. Quando se fala naqueles “sem-teto”, expõe-se a realidade da segregação daqueles que não possuem, de fato, um teto, pela própria etimologia da preposição “sem”, que exprime a ideia de ausência, privação e exclusão. Por outro lado, tem-se a denominação “moradores de rua” que, certamente, é usada pela maioria das pessoas que também utilizam da expressão “sem-teto” como sinônimo. Os autores supracitados realizam a análise da designação “morador de rua”, que, pelo uso da preposição “de”, relacionando palavras, cria-se um elo entre o sujeito “morador” e a “rua”. Ou seja, por esta análise, o morador pertenceria à rua, esta seria o seu lugar de existência. Entretanto, há uma incongruência nesse sentido, uma vez que pertencer à rua, é não pertencer a lugar algum. A rua é via pública urbana, onde transitam veículos e pessoas. A ideia de pertencimento à rua é de, na verdade, “não pertencimento” a lugar algum. Ferraz e Machado, portanto, concluem que surge daí o reforço para a constituição do “mito morador de rua”.

Para essas pessoas a rua deixa de ser um espaço público e ganha dimensões “privadas”. Momentos pessoais, utensílios de uso pessoal e ações que antes eram de caráter privado passam a serem realizados em um ambiente sem privacidade qualquer, sob o olhar de quem passa. Atos tão simples, como dormir, banhar-se, comer tornam-se públicos nas ruas das cidades. Ainda aqueles que não passam as noites nas ruas, mas passam seus dias nelas, possuem sua privacidade mitigada e sua dignidade extinta.

Viver em situação de rua é extremamente difícil e embaraçoso. As pessoas nessa situação enxergam restaurantes por todos os lados, mas sabem que não poderão comer. Há milhares de prédios e casas, mas não dormirão em qualquer um deles. Há uma infinidade de banheiros, mas não podem entrar em nenhum. A sua realidade é o desamparo, é a calçada, a busca por um lugar minimamente viável para passar uma noite. É tornar-se refém do clima e torcer para achar um lugar coberto em caso de chuva, ou arranjar uma sombra nos dias de calor intenso.

Viver na rua é não ter privacidade e viver sob os olhares dos passantes. Valney Maciel (2004, p.28) descreve a situação:

Dormir na rua significa entrar num circuito de indiferença, medo, preconceito, desconforto e violência, através das batidas de policiais e das ações dos grupos de delinquentes. A noite na rua se caracteriza pelo desassossego e indiferença. Dorme-se em grupo – amontoados humanos – ou pernoita-se só e, neste caso, prefere-se locais próximos aos centros comerciais (dada a presença de seguranças), o que se traduz na necessidade de se sentir protegido e poder descansar sem sobressaltos - apontam as pesquisas.

Acerca do tema, e da realidade enfrentada pelas pessoas em situação de rua, Sonia Ferraz, Julia Benayon, Leticia Acioly, Luiz Gustavo Rosadas e Paula Mendonça expõem em seu artigo “Arquitetura da Violência: a arquitetura antimendigo como eureka da regeneração urbana”, como, na arquitetura urbana é feita a “higienização urbana” buscando evitar a ocupação dos sem teto. Os autores supracitados demonstram que a repulsa, a exclusão e intolerância em relação ao diferente influenciam inclusive nas paisagens urbanas das cidades (2016, p 118). Mudanças nas quais o cidadão que possui um lar e uma estrutura social dificilmente consegue enxergar o seu real propósito, a exemplo de uma simples modificação em um banco de praça. O banco que antes era simples e sem “divisórias” de assento, passa por reforma e passa a possuir nervuras, tornando-se impossível deitar-se nele, sendo possível apenas sentar-se. Este novo banco é denominado “banco antimendigo” (2015, p. 139). Da mesma forma, soleiras de banco ou lojas com espeto para evitar a presença de alguém, instalação de *spike* embaixo de viadutos para evitar a instalação de pessoas, muretas com divisórias metálicas, podem passar aos olhares da maioria como uma mudança de *design*, mas fazem parte da chamada “arquitetura antimendigo” que busca excluir das vias públicas aqueles que já são excluídos (2015, p. 134).

O Brasil não conta com dados oficiais sobre a população de rua atualmente. Segundo artigo publicado pelo IPEA (2018, p.1) essa ausência prejudica estudos voltados para este contingente e inviabiliza a implementação de novas políticas sociais, uma vez que essa parcela da população sofre com a invisibilidade social. Segundo matéria de Cintia Sasse, publicada pelo Senado Notícias, a inclusão da população de rua no censo do IBGE deve ser feita após 2020. Dificuldades para encontrar uma metodologia capaz de medir os contornos de um grupo que não possui endereço fixo e a necessidade de abordagem especializada por equipes treinadas em razão do número de usuários de entorpecentes e com transtornos mentais são apontadas como obstáculos para a realização da referida pesquisa.

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2016, com base em dados disponibilizados por 1.924 municípios, estimou-se cerca de 101.854 pessoas

vivendo em situação de rua no Brasil. Neste documento publicado pelo IPEA (2016, p.7) é abordada a importância da realização da referida pesquisa:

Esta ausência, entretanto, justificada pela complexidade operacional de uma pesquisa de campo com pessoas sem endereço fixo, prejudica a implementação de políticas públicas voltadas para este contingente e reproduz a invisibilidade social da população de rua no âmbito das políticas sociais.

5.1.2. O mendicante

Como exposto anteriormente, o mendicante não se confunde com o indivíduo em situação de rua. É comum que haja uma convergência, mas não é uma regra. O ato da mendicância é o ato de pedir esmolas, viver da caridade alheia. Desta forma, o presente trabalho discorrerá sobre aspectos da mendicância sob o ponto de vista de quem pratica e de quem é abordado.

A mendicância, até 2009, era configurada como contravenção penal. O Decreto-Lei 3.688, de 3 de Outubro de 1941, no seu artigo 60, indicava o ato de “mendigar, por ociosidade ou cupidez” como contravenção penal. A pena cominada era de prisão simples de quinze dias a seis meses. Posteriormente o artigo supracitado foi revogado pela Lei 11.983, de 17 de julho de 2009.

O mendigo era considerado alguém que não compartilhava os valores comuns da sociedade, principalmente o da dignidade pelo trabalho honesto, visto que há a ideia de que o trabalho torna o homem digno. Este indivíduo, em termos criminológicos era um *outsider*, alguém que não se encaixa em um grupo determinado. Diante disso, havia a previsão de regras mais rígidas para esses sujeitos que, independente da realidade, eram considerados perigosos. Alexandre Moreira (2009, p. 2) acredita haver um fundo de verdade nessa preocupação, uma vez que seria difícil considerar moralmente aceitável que alguém, que tenha condições para trabalhar, viva, de maneira permanente, da caridade alheia. O professor aponta ainda que os mendigos seriam uma categoria de pessoas especialmente suscetíveis de entrar para o mundo do crime. Moreira, no entanto, indica a mudança radical da opinião doutrinária acerca do tema, uma vez que se passou a considerar a criminalização da mendicância como forma de preconceito social, denominada “criminalização da pobreza”. Esta, ademais, foi considerada inconstitucional, visto que limita a liberdade sem haver razão ou necessidade. Outrossim, entendeu-se que não haveria lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos protegidos, configurando a desobediência aos princípios da ofensividade e lesividade.

O juiz Átila da Rold Roesler (2016, p.2) indica que a criminalização de condutas como a mendicância visava a perseguição das camadas mais pobres e desprivilegiadas da população

brasileira, resultando numa “prática odiosa de higienização social”. Átila Roesler destaca ainda que a sociedade “da moral e dos bons costumes” nunca se preocupou com a situação precária da educação, cultura, falta de trabalho e dignidade, injustiça social e condições de desigualdade socioeconômica gritante. Conclui expondo que no país sempre foi mais fácil criminalizar comportamentos que fossem de encontro ao entendimento das “pessoas de bem”, consideradas assim pelo senso comum, do que resolver as mazelas sociais.

Ainda que a prática da mendicância tenha sido desconsiderada como contravenção penal, a visão da sociedade e o senso comum não foram modificados acerca do tema.

As pessoas constroem suas relações e conclusões sobre outras a partir da identidade. A identidade está marcada pela cultura e marcações simbólicas existentes no contexto social. Há a construção da identidade a partir do sistema de representação e seus discursos. A identidade baseia-se em referências comuns para os sujeitos, portanto, é a identificação da simbologia do que, culturalmente, é igual. Ser homem, branco, morador de zona nobre indica uma identidade ao sujeito. Ser mulher, negra, moradora de periferia, indica outra identidade. Em cada uma dessas identidades, há os que não se encaixam e ficam fora. A diferença entre os sujeitos perturba o fechamento, o torna fluido e poroso. Os mendicantes indicam a diferença de grande parte da população. Não há identificação, não há compatibilidade de identidades. O fechamento pode significar o fechamento das janelas do carro quando aquele sujeito “desigual” se aproxima, a desconfiança, o medo ao se deparar com alguém com quem não se identifica. Pessoas “trabalhadoras”, que pagam seus impostos, têm o direito de serem indiscriminados, ou tratados como iguais, diferentes daqueles fora da janela (GREFF, 2008, p.19).

É fato que a abordagem de um sujeito pedindo esmola gera incômodo à maioria das pessoas. Mas o que deve ser observado é a origem desse incômodo. O ato da mendicância (aborda-se aqui a mendicância pura, sem qualquer violência), gera por si só um dano? Diante das falas expostas anteriormente é possível notar que este desconforto tem como fonte o enfrentamento daquele sujeito com o diferente. Ser abordado por um indivíduo pedindo esmola faz com que o sujeito enfrente uma realidade que talvez ele não queira enxergar. Talvez seja inevitável o desconforto ao se deparar com alguém em uma situação infinitamente desfavorável à sua. Para alguns este momento gera uma reflexão que talvez não seria bem vinda de maneira espontânea, o sentimento de pena, de impotência face a tamanha miséria e desigualdade existentes na sociedade. Enxerga-se ali um ser humano em situação tão vulnerável a ponto de suplicar a um completo estranho uma ajuda para sobreviver. Acerca da situação, um

entrevistado do Painel “Constrangimento nas Ruas – Até onde Vai este Problema” (GREFF, 2008, p. 24) relata sentir pena e não saber o que fazer quando é abordado por algum pedinte nas ruas “Eu sinto pena. Ao me deparar com um mendigo fico me sentindo culpada por esta situação, mas não sei o que fazer para ajudar a solucionar”. O relato demonstra a sensação de impotência que muitos sentem ao se depararem com pessoas em situação de miséria, sabe-se que aquela esmola não o fará sair das ruas ou lhe conferirá dignidade.

De outro lado, há ainda aqueles que não enxergam a situação dessa forma, que possuem como fonte do desconforto outros fatores. Como exposto anteriormente, os mendicantes sofrem com a invisibilidade social. Muitas pessoas já não enxergam com estranheza, ou sequer percebem a presença de indivíduos pobres, mal vestidos, pedindo esmola em sinaleiras, calçadas, praças de alimentação, etc. Aos olhos de alguns, os mendicantes são invisíveis. Tornam-se visíveis quando as abordam pedindo-lhes esmola. O incômodo dessas pessoas é gerado pela interrupção que aquele sujeito gerou, por ter lhe dirigido a palavra pedindo dinheiro.

O Jornal Zero Hora apresentou um painel com o tema “Constrangimento nas Ruas – Até onde Vai este Problema” (GREFF, 2008, p.06). Neste painel, diversos profissionais foram entrevistados acerca do tema mendicância e constrangimento. Cumpre destacar a fala de um policial acerca do tema (GREFF, 2008, p.17)

Com a abordagem nas sinaleiras, as pessoas se sentem incomodadas, ameaçadas. A gente retira o pessoal, mas eles voltam para a rua. Não temos como separar quem é quem. O que nós vamos fazer? Bota-se num saco, tudo é gato. Nós, às vezes, somos considerados como um lixeiro social. Com a prostituição também, mas nós pegamos as moças num dia, no outro já estão lá de novo. A polícia é o lixeiro social, recolhe o que a sociedade não quer. Estão todos no mesmo lugar, do flanelinha aos malabaristas.

O trecho apresenta uma generalização que enquadra os mendicantes como violentos, vagabundos e inferiores. A expressão “lixeiro social” referindo-se aos policiais automaticamente remete aos pedintes como sendo os “lixos” a serem recolhidos por aqueles profissionais. Este é o retrato da sociedade que torna invisível aquele sujeito que mora na rua e o enxerga como perigo no momento em que, ao serem abordados, são chamados para a realidade da miséria e desigualdade. Neste momento, há uma generalização e todos aqueles em situação de pobreza ou miséria são tidos como criminosos em potencial, violentos e de má índole. São tidos, portanto, como o “lixo” da sociedade, aqueles que não possuem moradia, trabalho, dignidade e direitos. No mesmo painel (GREFF, 2008, p.21), outro entrevistado quando questionado sobre a solução a ser dada para o problema das pessoas em situação de rua, afirma “É preciso construir mais presídios, porque a população aumentou.”. Isto é, a população de rua, para este sujeito, seria fruto da falta de presídios. Seriam os integrantes

deste grupo criminosos, tendo em vista que a causa para a sua presença na rua é a falta de presídios? Mais uma vez, a fala retrata um preconceito, já que um conceito é criado antes mesmo de conhecer aqueles que integram a população de rua. Bauman (2001, p.122), acerca da vida em sociedade, destaca:

A principal característica da civilidade é a capacidade de interagir com estranhos sem utilizar essa estranheza contra eles, e sem pressioná-los a abandoná-la ou a renunciar a alguns dos traços que os fazem estranhos.

A visão de Bauman retrata o oposto do que a grande parte da sociedade moderna representa. Como visto anteriormente, a visão de muitos face ao estranho é a de inferioridade alheia, um sentimento de desconfiança e medo. Certamente, em um cenário de insegurança e de violência urbana cada vez maior, é esperada a desconfiança do cidadão. Mas a cura para este problema não é a chamada “higienização social” e certamente não é a construção de mais presídios. A questão, neste tema, é a miséria, desigualdade socioeconômica, desemprego e cargas históricas. A criminalidade passa longe da fonte do problema e trata-se de uma das possíveis consequências, mas que não deve ser generalizada. Há que se analisar o problema em sua raiz, na sua causa e, de maneira consciente, enxergar aquele grupo com olhar crítico, sem pré-julgamentos ou generalizações.

Uma das participantes do painel “Constrangimento nas Ruas – Até onde Vai este Problema” retrata o tema sob outro olhar (GREFF, 2008, p.23):

Foi visto o lado do constrangimento das pessoas, mas é preocupante estabelecer que o morador de rua seja um lixo. Não ter casa para morar também é um constrangimento. Na Casa Ilê Mulher, nós atendemos 150 moradores por mês, oferecemos higiene, banho, corte de cabelo. É de seres humanos que estamos falando. Não estamos falando de animais. Não podemos criminalizar, dizer que é um caso de polícia porque a sociedade não resolve. Não podemos bancar o avestruz. Não podemos botar todos no mesmo saco. A questão de querer sair da rua e ter uma oportunidade é diferente.

A abordagem acima trata do assunto de forma mais crítica. Apresenta formas de solução ou minimização para as mazelas sofridas pela parcela da população que vive de esmolas. Certamente tal posicionamento revela uma visão mais humana da situação. Quando se fala em morador de rua ou mendicante não se alude a um ser inferior. Trata-se de um ser humano em condições de extrema pobreza e desprovido de dignidade. A chamada “higienização social” não é e nunca será solução para este problema.

5.3. CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DA ABORDAGEM DE MENDICÂNCIA: CONFIGURA-SE DANO?

Quando o assunto mendicância é abordado, um dos elementos que a caracteriza ou que é gerado pela sua prática é o constrangimento. Conforme será visto a seguir, pessoas abordadas por pedintes descrevem a situação como desagradável e muitas vezes constrangedora. Consoante exposto anteriormente, por variados motivos, ser abordado por um mendicante não é uma experiência agradável. Alguns se incomodam ao se depararem, de maneira “forçada” com a realidade que muitas vezes buscam não enxergar, outros se sensibilizam com a situação dos indivíduos mendicantes e sentem-se impotentes face à realidade desses sujeitos, há ainda outros que não querem a importunação da abordagem de um mendicante no seu dia a dia. Diversas são as motivações do desconforto gerado pela abordagem de um pedinte.

No processo de nº 0046778-83.2018.8.05.0001 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a autora ajuizou a ação buscando indenização por dano moral devido à abordagem de um menor que lhe pediu dinheiro em um estacionamento de um estabelecimento comercial. Na peça exordial a autora narra que estava em seu veículo saindo do estabelecimento quando foi abordada por um menor que lhe pedia dinheiro insistentemente. A querelante descreveu a referida situação como “ameaça” e aborda a falta de segurança do local. Cumpre salientar que a descrição do fato se ateve apenas ao fato de o menor pedir dinheiro, não houve qualquer descrição de violência ou ameaça verbal. Diante disso, conclui-se que a autora, pelo simples fato de ser abordada por um menor pedinte acreditou ter sofrido dano moral.

Diante da situação, questiona-se se o constrangimento gerado pela abordagem do mendicante configura-se como dano e, caso seja configurado como dano, se a responsabilidade civil pode ser imputada ao estabelecimento comercial.

5.3.2. Dano moral

Conforme exposto no tópico 3.2.2. do presente trabalho, o dano é elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil. Este pode ser classificado como dano material ou dano moral (ou imaterial). O dano trata-se da violação a um bem juridicamente protegido. Os bens jurídicos são aqueles protegidos pelo ordenamento, uma vez que se entende pela

necessidade de sua proteção jurídica. O patrimônio da pessoa não é composto apenas pelos bens que estão no comércio jurídico (os que podem ser disposto juridicamente), mas também os bens inerentes à pessoa humana. O dano imaterial diz respeito a toda lesão que atinja bens não corpóreos inerentes à pessoa.

O dano imaterial não se confunde com bens imateriais não inerentes à pessoa, como exemplo o direito autoral. Este trata de um direito material, ainda que incorpóreo. Cumpre ressaltar que o dano material incorpóreo não se restringe apenas à ofensa à dignidade humana ou lesão a algum direito da personalidade. O bem material incorpóreo protegido pode se relacionar tanto aos direitos da personalidade (honra, boa fama, intimidade, liberdade, imagem, etc.), como aos atributos da pessoa. Esse dano não se restringe apenas à dor, angústia ou tristeza que a pessoa possa sentir. Refere-se à proteção de qualquer bem de ordem ética, moral ou psíquica protegido pelo Direito (MEIRELES, 2019, p. 133-139).

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 108-109), a natureza do dano não advém do bem jurídico lesado, mas dos efeitos causados pela lesão. A autora exemplifica que a lesão a um bem imaterial, como por exemplo, integridade corporal, pode gerar efeitos patrimoniais, o que ensejaria direito à indenização por dano material, além do moral. O contrário também seria possível, a exemplo da queda de crédito que possa levar o sujeito à ruína e gerar uma lesão no âmbito material, assim como lesão no âmbito moral.

5.3.3. Abordagem de mendicante: análise de (in)existência do dano

Conforme exposto anteriormente, o dano moral diz respeito a toda lesão que atinja bens não corpóreos inerentes à pessoa. Cumpre salientar que o dano é elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva. Tendo em vista que, como exposto anteriormente, a responsabilidade civil, de forma simplista, consiste no dever de indenizar. Se não há dano, não há o que ser indenizado e, portanto, não se configura a responsabilidade civil.

O Shopping Center é idealizado como um lugar confortável e agradável que concentra os mais variados tipos de serviços, comércios e lazer, lugar no qual as pessoas vão com intuito de se divertir, passear ou cumprir alguns afazeres de maneira segura. A experiência do Shopping Center concede segurança, prazer, paz de espírito e seletividade ao seu frequentador (BITTENCOURT, 2012, p. 93). Será destacada aqui a seletividade. Característica pouco

abordada e “colocada para baixo do tapete”, pois expõe a repulsa da sociedade ao diferente. Acerca dessa experiência, o Doutor em Filosofia, Renato Bittencourt (2012, p.94):

[...] muitas vezes a urgência da falta de tempo disponível e as comodidades da acessibilidade nos estimulam a preferirmos circular com mais mobilidade no Shopping Center; por conseguinte, trata-se, em verdade, de desmistificar a ideologia que perpassa a visitação pública do mesmo, a partir da inserção de valores distorcidos que criam uma ruptura simbólica e concreta entre o mundo real/exterior, marcado pelo caos, pela violência, pela poluição, pela insegurança e pela instabilidade das relações interpessoais, e o mundo mágico do Shopping Center, confortável, harmônico, perfumado, asséptico, seguro, mas também apolítico, discriminatório, excludente e simbolicamente violento contra todos os signos da diferença.

Os frequentadores de shopping center esperam um ambiente com pessoas “iguais” a ele. Com o mesmo padrão de vestimenta, padrão social. É possível até falar que, dentro dos diferentes estilos de Shopping Center, a depender da sua localidade e/ou do seu *tenant mix*, conforme exposto previamente no trabalho, o público se diferencia. Para ir a um Shopping Center que possui, em sua maioria, lojas de artigos de luxo, as pessoas costumam se vestir de forma diferente e até se portar de forma diferente. Diante do exposto, apesar de a entrada neste centro comercial ser, *a priori*, “livre”, os próprios frequentadores esperam uma seletividade no público, de forma que aqueles que são diferentes, marginalizados e excluídos não são bem-vindos nestes ambientes. Os frequentadores desses centros comerciais esperam um ambiente ideal para o consumo, em que encontrem o máximo de conforto, que tenha uma decoração agradável e que encontre frequentadores parecidos com si mesmos. Não esperam encontrar a realidade crua da desigualdade, da miséria, da pobreza. O shopping center, apesar de ser de acesso de todos, não é voltado para todos. A presença de alguém que não está ali por motivos de lazer ou consumo e que se encontra em situação de extrema pobreza, destoa.

Ser abordado por um mendicante não é algo agradável. Estar nesta situação dentro de um Shopping Center que, conforme exposto no parágrafo anterior, é um local do qual se espera que seja “confortável, harmônico, perfumado, asséptico, seguro”, é algo que certamente não se espera. As pessoas se incomodam com a mendicância por diversos motivos, entre eles, o enfrentamento de uma realidade da qual não se quer ter ciência ou contato ou apenas por não quererem ter seu momento de lazer interrompido por alguém que é excluído e marginalizado e que, no cotidiano, é ignorado. Entretanto, o que deve se analisar é a possibilidade de configuração de dano ao ser abordado por um mendicante.

No cotidiano, o desenvolvimento das atividades causa, com frequência, danos a terceiros. Isso se dá pelo próprio agir do ser humano, não há como isentar o outro completamente do sofrimento do dano. O exemplo da construção de um edifício que influencia na incidência de

luz solar de outros ou de um patrão que, por motivos financeiros, se vê obrigado a demitir um funcionário. São situações rotineiras de danos causados a terceiros. Estas situações, ainda que façam parte do cotidiano, são autorizadas pelo ordenamento jurídico. São os chamados danos lícitos “não-injustos” (MORAES, 2007, 175).

O dano injusto é, pois, o que faz nascer o dever de indenizar. É necessária a delimitação dos danos ressarcíveis para que não haja uma propagação e banalização dos mecanismos de tutela indenizatória. (DIEZ-PICAZO *apud* BODIN, 2007, p. 177). A autora Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 179) aponta que a conceituação mais adequada ao dano injusto é aquele que, “ainda decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderando os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”. A injustiça do dano, que o faz indenizável, não está ligada, portanto, aos supostos sentimentos negativos experimentados pela vítima. A causa do dano deve atingir o bem jurídico tutelado. Portanto, não são todas as situações de dano em que há o dever de indenizar (MORAES, 2007, p. 181).

Diante do exposto, resta necessário analisar a abordagem de uma pessoa mendicante e se as suas consequências são danosas ao abordado. Afinal, qual o bem jurídico tutelado ofendido pela mendicância? No processo supracitado de nº 0046778-83.2018.8.05.0001, a autora alega ter sofrido ameaça, constrangimento e medo ao ser abordada por um menor que lhe pedia dinheiro. Entretanto, não foi demonstrada lesão a qualquer bem jurídico tutelado, uma vez que a mera abordagem de um mendicante, sem qualquer emprego de violência não causa mais do que um mero aborrecimento e trata-se de uma situação corriqueira. Ainda que o frequentador de Shopping Center espere estar em um ambiente hermético, livre de qualquer sinal da realidade de desigualdade do mundo exterior, não é possível que a mera “interrupção” do seu sossego lhe gere algum dano suscetível à indenização.

5.4. IMPEDIMENTO DE ACESSO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA NAS DEPENDÊNCIAS DO SHOPPING CENTER E SUAS REPERCUSSÕES

O Shopping Center, repita-se, é tido como o templo do consumo, um centro comercial estrategicamente organizado, decorado e mantido com o intuito de levar aos seus frequentadores a sensação de conforto, higiene e segurança para que realizem suas atividades de consumo ou de lazer de maneira tranquila. Igualmente, como mencionado anteriormente, é

importante ressaltar a característica do ser humano de estranhar o outro que é diferente, aquele que não faz parte de sua bolha, o *outsider*. Tratando especialmente da pessoa em situação de rua, esta não possui recursos sequer para se alimentar, quanto mais para se vestir de acordo com o padrão social. Portanto a presença dessas pessoas nos shopping centers é notada, geralmente, pelas vestimentas ou pela aparência, pois, em regra, vestem-se com o que lhes é doado ou com o que acham nas ruas.

Será tratado no presente tópico, o papel da segurança privada dos shopping centers diante da presença de pessoas em situação de rua e o seu limite de atuação. Torna-se necessário abordar a existência da chamada cultura do medo e suas implicações na sociedade.

5.4.1. A cultura do medo e suas implicações na segurança privada

A cultura do medo, no Brasil, é bastante propagada pela mídia, que apresenta um excessivo caráter violento de determinados indivíduos da sociedade. O que gera um processo de discriminação e exclusão social de determinados sujeitos que são sempre mostrados como criminosos, marginais e violentos. A sensação de medo do outro é fruto de uma intolerância, partilhada pela sociedade, pelo que é desconhecido, que gera um processo de segregação, desenvolvendo assim, uma teoria de classes. Essa separação social baseia-se na divisão maniqueísta do mundo, em que a sociedade é composta por pessoas do bem, que representam a maioria, e a minoria é representada pelas pessoas do mal (AZEVEDO, 2009, p. 291-292).

Diante do exposto, cabe ressaltar que o princípio de identidade, já citado anteriormente, é regulador das interações humanas na sociedade de consumo. Por consequência, a estrutura física, mercantil e social do Shopping Center cria uma barreira entre uma elite abastada financeiramente e aqueles que são pobres, os economicamente inviáveis.

A presença de alguém que contrasta o perfil do frequentador daquele centro comercial atrai a atenção dos responsáveis pela segurança do lugar, uma vez que há a estereotipização de alguns sujeitos causada pela disseminação da cultura do medo. Basicamente aqui basta a aparência do sujeito para que haja um alerta da segurança, como aconteceu na seguinte manchete publicada pelo portal de notícias online “Mais Goiás” (MORETTI, 2019): “Segurança expulsa idoso de supermercado após confundi-lo com morador de rua, em Anápolis”. Na notícia apresentada, um idoso foi expulso de um supermercado localizado em um Shopping Center em Anápolis, pois um funcionário o teria confundido com um morador

de rua. Em outro caso publicado pelo portal de notícias G1 (RODRIGUES, 2014), criança é expulsa de shopping center por “tocar em prato de cliente”. A notícia narra que a criança foi arrastada pelos seguranças para fora do shopping após tocar em prato de cliente na praça de alimentação e que era “provavelmente morador de rua”. A notícia ainda apresenta um vídeo em que dois seguranças arrastam a criança para fora do shopping empregando bastante força, como se ela fosse uma grande ameaça ao estabelecimento.

As notícias apresentadas acima são apenas exemplos do que acontece todos os dias em diversos estabelecimentos comerciais no Brasil. Em muitos casos essas providências tomadas pelos seguranças baseiam-se em critérios discriminatórios, como por exemplo a forma de se vestir ou a etnia da pessoa. Em um shopping center de luxo localizado em São Paulo, o filho de um artista plástico foi “confundido com um mendigo” apenas e simplesmente por ser negro (EXAME, 2017). Em entrevista para a revista Exame, o pai da criança narra a situação:

Nós dois estávamos tomando chá num restaurante, conversando, e meu filho estava com o uniforme do Sion (colégio que fica próximo ao shopping), portanto não estava mal vestido. Chegou uma segurança, uma senhora, dizendo: ‘Senhor, este menino está te incomodando?’. Respondi que não, e perguntei o motivo. ‘É porque temos ordens de não deixar mendigos importunarem os clientes’, ela respondeu. Então eu disse: ‘Você está chamando meu filho de mendigo por ser negro?’. Ela disse ‘não’, eu repeti e ela falou ‘desculpa, essa são as ordens da casa, sou negra e tenho orgulho de ser negra’. Então eu falei: ‘Se você tem orgulho de ser negra, não deve desculpas a mim, mas a sua família e a você, porque você está assumindo um racismo dos seus patrões, não sei em nome de quê.

O caso visto acima demonstra o racismo enraizado na sociedade, de forma que, apenas pelo fato de uma criança negra estar no shopping, foi deduzido que esta era moradora de rua e que, por conta disso, estaria importunando frequentadores e deveria ser expulsa do estabelecimento.

Não é correto afirmar que o racismo ou discriminação seja fruto da cultura do medo, uma vez que são resultados de diversos e inúmeros fatores históricos e sociais. Entretanto, a cultura do medo é constantemente propagada pela mídia, conforme exposto anteriormente, fortalecendo o preconceito e atitudes racistas, como nas situações demonstradas acima.

5.4.2. Poderes da segurança privada no Shopping Center: acesso de pessoas em situação de rua e mendicantes

O Shopping Center, conforme exposto anteriormente no presente trabalho, trata-se de uma propriedade privada. Entretanto, apesar de ser propriedade privada o acesso a tal

estabelecimento comercial é livre ao público. Garantido no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, o direito de propriedade dos empreendedores sobre o Shopping Center não pode ser utilizado como instrumento de discriminação ou segregação.

O artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal dispõe: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O artigo acima exposto positiva o direito à igualdade e veda atitudes discriminatórias. O direito à igualdade está positivado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. O direito à liberdade de locomoção está positivado no inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. O direito à honra e à imagem é positivado no inciso X do artigo 5º da Constituição: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Acerca do tema, um Shopping localizado em Brasília foi condenado ao pagamento de R\$1.000,00 (mil reais) a título de reparação por danos morais a um morador de rua que teve sua entrada impedida no estabelecimento injustificadamente. O Juiz de Direito do Segundo Juizado Especial Cível de Brasília entendeu que o impedimento injustificado da entrada do requerente no estabelecimento comercial gerou afetação da sua honra subjetiva e determinou o pagamento da indenização como critério “punitivo-pedagógico” (TJDFT, 2013). Ou seja, além de ressarcir o cidadão lesado pela atitude do empreendimento, entendeu o magistrado que o pagamento do valor arbitrado teve função punitivo-pedagógica, para que condutas deste cunho não sejam reiteradas por este ou outros empreendimentos.

Em Salvador, o segurança de um Shopping Center tentou impedir que um frequentador pagasse um almoço para uma criança moradora de rua. E, ainda que o cliente insistisse que era de sua vontade dar a refeição ao menino, o segurança afirmava que este não poderia comer na praça de alimentação do estabelecimento. A criança ainda foi empurrada por um dos seguranças que estava no local que insistia que ela não poderia estar ali. Acerca do caso, o Ministério Público da Bahia abriu um inquérito para apurar possível prática de racismo institucional.

O professor Aldemario Castro (2014), em artigo publicado acerca dos famosos “rolezinhos” em Shopping Center tratou da restrição de acesso a estes estabelecimentos comerciais e quais seriam suas possibilidades e implicações. Há restrições de acesso aos Shopping Centers válidas e consonantes com a ordem jurídica: em casos de cobrança de ingresso (quando esta é devidamente instituída); quando há a não-identificação pessoal (quando é devidamente instituída, sem caráter discriminatório); utilização de trajés inequivocamente inadequados (a exemplo de roupas de banho); porte de armas ou objetos inequivocamente inadequados; comportamento inequivocamente agressivo para com pessoas e coisas e quantidade excessiva de pessoas (por questão de segurança física). Estas são as hipóteses trazidas pelo professor como juridicamente válidas. Entretanto, há que se observar limitações que vão de encontro com a ordem jurídica e ferem direitos constitucionais, como as restrições de acesso levando em consideração: cor de pele ou etnia; idade; condição física; vestimenta (moda); local de moradia; preferências sexuais; forma de chegada ao estabelecimento (transporte público ou veículo particular); condição social. A obstrução na entrada com base nos critérios anteriores é claramente contrária ao sistema jurídico e fere os direitos constitucionais acima destacados.

Há, porém, que se falar nas hipóteses em que é autorizada a restrição ao acesso de pessoas nestes centros comerciais, uma vez que, conforme exposto, tratam-se de espaços privados de circulação pública.

Aldemario Castro (2014) trata de situações em que o empreendimento encontra validade jurídica na obstrução de entrada ou de permanência de pessoas em seu estabelecimento, quando houver: inequívoca afronta à tranquilidade; tumultos; agressões físicas; destruição de patrimônio e furtos. Nestas hipóteses, a segurança privada do empreendimento pode obstar a entrada ou determinar a saída do empreendimento, uma vez que se trata de condutas lesivas a outros frequentadores e/ou lojistas.

Sobre o tema, conforme exposto, a obstrução de entrada ou circulação de pessoas com base em critérios discriminatórios, como vestimentas e condição social vai de encontro à ordem constitucional. Entretanto, cabe a análise acerca da prática da mendicância nestes ambientes e suas implicações, levando em consideração o direito à propriedade do empreendedor e seus poderes.

A prática da mendicância, já vista anteriormente no presente trabalho, trata-se de pedir esmola, de viver da caridade alheia. O Shopping Center é tido como o “templo do consumo” e as pessoas que frequentam este ambiente geralmente possuem maior poder aquisitivo. É comum ver em alguns shoppings a presença de mendicantes nas praças de alimentação

abordando alguns clientes. Consoante análise anteriormente elaborada, a prática da mendicância, por si só, não gera qualquer dano indenizável para aquele que é abordado. Trata-se de uma situação corriqueira que gera desconforto

Tendo em vista que o estabelecimento comercial é uma propriedade privada, o empreendedor, contanto que respeite os direitos fundamentais constitucionalmente impostos, tem o poder de estabelecer normas regimentais, divulgadas para amplo conhecimento com o intuito de proibir e regular certas condutas de frequentadores. Diante do que foi estudado e pesquisado, pode ser entendido que o Shopping Center tem o poder de estabelecer em seu regimento a proibição da prática de mendicância, uma vez que se trata de conduta geradora de mal estar entre os frequentadores, assim como, por exemplo, a proibição de utilização de caixas de som no *mall* do estabelecimento, uma vez que se configura situação geradora de incômodo para os outros frequentadores.

A proibição da prática de mendicância não se confunde, porém, com o impedimento de entrada ou de circulação das pessoas em situação de rua, com base em suas vestimentas ou em sua aparência. Tal impedimento baseia-se no fato de que esta prática traz desconforto para os outros que frequentam o ambiente. Importante, inclusive abordar o fato de que o bem estar do frequentador é importante para o próprio negócio, uma vez que o lojista depende de seus clientes para faturar e, por consequência, o empreendimento fatura de acordo com o consumo em seus espaços comerciais locados. Um ambiente em que os frequentadores sentem-se desconfortáveis deixa de ser convidativo e isso pode gerar sérios prejuízos àqueles exploradores das atividades econômicas do estabelecimento empresarial.

Tal norma de proibição da prática de mendicância, portanto, não é instituída com base em critérios discriminatórios, mas em proibição de conduta específica. No entanto, sabe-se que, essa proibição é, diversas vezes, acompanhada de condutas segregacionistas de seguranças prepostos do empreendimento.

Diante do exposto no presente trabalho monográfico, conclui-se que a mendicância, por si só não gera dano àquele que é abordado e, portanto, a sua prática no ambiente do Shopping Center não é ensejadora de responsabilidade civil do empreendimento, por não haver o objeto principal do instituto, qual seja, o dano. Ademais, do estudo acerca do controle de entrada de pessoas nestes estabelecimentos comerciais, conclui-se que, a obstrução apoiada em critérios discriminatórios enseja a responsabilização do empreendimento por violação de direitos constitucionalmente positivados, como direito à igualdade, à livre circulação, à imagem e à honra. Por fim, da análise de existência de norma de regimento interno com intuito de

proibição da prática da mendicância, entendeu-se ser possível tal regramento, uma vez que esta prática é geradora de incômodo aos frequentadores e tem potencial risco aos empreendedores e lojistas, uma vez que dependem de seu público. Ademais, a norma proibitiva de tal conduta não é, por si só segregacionista ou discriminatória, uma vez que impede um comportamento.

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico buscou-se analisar as nuances da mendicância e sua repercussão jurídica no ambiente do Shopping Center, assim como a liberdade do empreendimento no controle da entrada de pessoas em seu estabelecimento.

Para analisar essa relação, fez-se necessário abordar, preliminarmente, a estrutura do Shopping Center, assim como sua evolução histórica e as relações travadas pelo empreendedor com os lojistas.

O centro comercial analisado é um empreendimento de suma importância na chamada sociedade do consumo. Trata-se de um espaço fechado, climatizado e decorado que reúne os mais variados tipos de comércio organizados de maneira estratégica, de acordo com o chamado *tenant mix*. É formado um ambiente funcional, confortável e seguro para o frequentador, que pode resolver uma série de atividades cotidianas, como fazer compras no mercado, pagar contas no banco ou cortar o cabelo, e ainda pode aproveitar um momento de lazer indo ao cinema, por exemplo. O Shopping Center, portanto, é estruturado para ser um centro em que se encontra de tudo, um local em que as pessoas frequentarão por diversos motivos.

Acerca das relações formadas pelo empreendimento foi abordado especialmente o contrato celebrado com o lojista, pois não se trata apenas de um contrato simples de locação. O lojista, além do espaço comercial locado, encontra toda estrutura de instalação elétrica, hidráulica, treinamento de mão-de-obra, estacionamento e administração ao celebrar este contrato. Este ainda obtém proveito da clientela do Shopping Center, uma vez que fará parte de todo o universo formado por este empreendimento, que por si só, já uma forma de publicidade.

Através da pesquisa realizada no primeiro capítulo de desenvolvimento do presente trabalho, foi possível demonstrar a complexidade e importância deste negócio na atualidade. Ainda, acerca das relações por ele travadas, conclui-se que o lucro obtido pelos lojistas é de interesse do empreendedor, e que, pela estrutura desenvolvida pelos Shopping Centers, o mau funcionamento de uma loja afeta as outras, assim como o seu bom funcionamento, e, por consequência o empreendimento também é afetado. Portanto, é de interesse de todos a harmonia neste ambiente.

Para melhor compreensão e desenvolvimento da dissertação, foi realizada uma breve exposição acerca do instituto da responsabilidade civil, de maneira a apresentar seu conceito, qual seja: dever jurídico sucessivo de reparar danos causados a uma pessoa em uma situação em que há o descumprimento de um dever jurídico originário que resulta em um dano. Com relação ao instituto, foi dado enfoque à responsabilidade objetiva e à teoria do risco.

Com intuito de entender a relação constituída entre o Shopping Center e seu frequentador, no terceiro capítulo de desenvolvimento da presente pesquisa, foi explorada, em seus aspectos gerais, a relação consumerista e seus elementos. Conforme exposição de entendimento jurisprudencial, concluiu-se que a relação travada entre o empreendimento e seus frequentadores, apesar daquele não aparentar oferecer qualquer produto ou serviço, trata-se de relação consumerista. A configuração do vínculo consumerista neste caso se dá pelo fato de que o Shopping beneficia-se da circulação de pessoas e do consumo nas lojas que o compõem.

No último capítulo de desenvolvimento restou apresentada a mendicância e seus aspectos. Importante compreender a diferença entre mendicante e população de rua, uma vez que não são todos que não possuem um lar que mendigam, e nem todos que praticam a mendicância são desprovidos de um teto. Foi realizada ainda breve exposição acerca da realidade da população em situação de miséria. A mendicância, portanto, trata-se de “estado ou condição de quem mendiga, de quem vive de esmolas; miséria”.

Buscou-se analisar, ao final da pesquisa, as repercussões da mendicância no âmbito do Shopping Center: a existência do dano ao frequentador na abordagem do pedinte e a possibilidade de obstrução de entrada ou permanência de pessoas no empreendimento. Acerca da existência do dano, restou de suma importância o conceito de dano injusto, que seria o dano indenizável, que não está ligado, portanto, aos supostos sentimentos negativos experimentados pela vítima. Trata-se de lesão ao bem jurídico tutelado. A simples e pura abordagem de um pedinte não gera lesão a qualquer bem jurídico e, portanto, não é fato que gere o dever de indenizar.

Acerca possibilidade de obstrução de entrada ou permanência de pessoas por seguranças no Shopping Center, esta não pode ocorrer baseada em critérios discriminatórios, como por exemplo, proibição de entrada de acordo com vestimenta, condição social ou etnia. Entretanto, havendo critérios objetivos que não tenham cunho discriminatório, como cobrança de estacionamento para todos os veículos, proibição de entrada com roupas de banho, não há contrariedade ao ordenamento jurídico. Ainda, sobre a possibilidade de proibir

a prática de mendicância no ambiente do Shopping, de acordo com os estudos realizados, entendeu-se pela legalidade, uma vez que se refere a uma propriedade privada, ainda que seja aberta ao público. Ante o exposto, o empreendimento deve ter liberdade ao elaborar seu regulamento interno, contanto que este não seja contrário à ordem jurídica. Tendo em vista que proibir uma prática que incomoda aos frequentadores, não é por si só, um ato de discriminação, seria possível a proibição da abordagem dos frequentadores com o intuito de pedir esmolas.

REFERÊNCIAS

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: teoria geral dos negócios imobiliários**. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BALIEIRO, Elucleia Oliveira; SOARES, Carla Patrícia Dias; VIEIRA, Eliana de Araújo. Morador de rua: causas, entraves e serviços ofertados. **Temporalis**. Brasília, ano 17, n. 34, jul/dez 2017, p. 333-353.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 8.ed. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BESSONE, Darcy. Problemas jurídicos do “shopping center”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.660, ano 79, out. 1990, p. 7-17.

BRANCO, Carlos Eduardo Castello; GORINI, Ana Paula Fontenelle; MENDES, Eduardo da Fonseca; PIMENTEL, Marcos de Oliveira. **Setor de Shopping Center no Brasil: Evolução Recente e Perspectivas**. BNDES. Disponível em <https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Galerias/Convivencia/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Comercio_e_Servicos/200709_8.html>. Acesso em 25 abr. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em 07 set. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 10 set. 2018.

BRASIL. **Decreto Nº 7.053**, de 23 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em 31 de out. de 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.250**, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L5250.htm. Acesso em 13 set. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.: 439408 SP 2002/0071492-6. Relator: Ministro JOSÉ DELGADO. DJ 05 set. 2002. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7558977/recurso-especial-resp-439408-sp-2002-0071492-6-stj>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.: 719738 RS 2005/0012176-7. Recorrente: Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais. Recorrido: Supermercados Paes

Mendonça S/A. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. DF, 19 out. 2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7259147/recurso-especial-resp-419059-sp-2002-0021402-6-stj/relatorio-e-voto-13010690>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.160051 - Proc.45874-1021. Recorrente: Cláudia Cilene de Miranda Mosqueira. Recorrido: Companhia Fluminense de Trens Urbanos – Flumitrens. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, DF, 27 de maio de 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7514171/recurso-especial-resp-160051-rj-1997-0092328-2-stj/relatorio-e-voto-13133380?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 de out. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. n. 419059 – Proc. 0021402-6. Recorrente: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, Julie Caroline França Jordão (Menor) e Outros, Supermercados Paes Mendonça S/A. Recorrido: os mesmos. Relatora: Min. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 20 de nov. de 2003. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7259147/recurso-especial-resp-419059-sp-2002-0021402-6-stj/certidao-de-julgamento-13010689?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 de out. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. n. 719738 RS 2005/0012176-7. Recorrente: Estado Do Rio Grande Do Sul. Recorrido: Ana Maria Bresolin. Relatora: Teori Albino Zavascki Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810165/recurso-especial-resp-719738-rs-2005-0012176-7/inteiro-teor-100506581?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 de out. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. n. 719738 RS 2005/0012176-7. Recorrente: Estado Do Rio Grande Do Sul. Recorrido: Ana Maria Bresolin. Relatora: Teori Albino Zavascki Brasília, DF, 16 set. 2008. Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/810165/recurso-especial-resp-719738-rs-2005-0012176-7/inteiro-teor-100506581?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 de out. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 187. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_13_capSumula187.pdf. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 387. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. 4.ed. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014.

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

CONTEÚDO, Estadão. **Um artista plástico compartilhou nas redes sociais sua indignação ao ter o filho negro confundido com um mendigo**. Exame. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/shopping-higienopolis-em-sp-e-acusado-de-racismo/>. Acesso em 31 de out. de 2019.

COSTA, Anna Guiomar Nascimento Macêdo. Breve abordagem jurídica sobre os shopping centers. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002, p. 76-105.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Responsabilidade civil dos shopping centers por danos causados em seus estacionamentos: um brado contra a indevida informação à luz dos efeitos anexos da boa-fé objetiva. **Revista da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, n. 4, jul/dez. 2009, p. 23-42.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 6. ed. rev. atual. Salvador: Ed JusPodivm, 2019.

FERRAZ, Sonia Maria Taddei; MACHADO, Bruno Amadei. Eu não tenho onde morar, é por isso que eu moro na rua. Os “sem-teto”: moradores ou transgressores? **Cadernos Metrôpole**. São Paulo, v. 16, n. 32, nov. 2014, p. 609-623.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, v. 3: responsabilidade civil**. 17 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Henrique Ferreira; PORTUGAL, Licínio da Silva; BARROS; Julio M. A. Monteiro de. **Caracterização da Indústria de Shopping Centers no Brasil**. BNDES. Disponível em <https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Galerias/Convivencia/Publicacoes/Consulta_Expressa/Setor/Industria/200409_1.html>. Acesso em 25 abr. 2019.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um shopping center. **Direito empresarial: contratos mercantis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 4, 2011, p.765-793.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GREFF, Bruno Prates. **A Abordagem De “Pedintes” Nas Ruas De Porto Alegre. Constrangimento?** Uma análise sobre o debate realizado pelo PAINEL RBS. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Psicologia, Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC, Porto Alegre. Orientador: Prof. Dra. Neuza Maria de Fátima Guareschi.

JACOMOSSI, Fellipe André. O instituto da responsabilidade civil: uma análise teórica e conceitual. **Revista da UNIFEBE**, Santa Catarina, v. 1, n. 11, 2013. Disponível em: <http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/137>. Acesso em: 21 de out. de 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O Dano Estético: responsabilidade civil**. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 101, 111-152, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v101i0p111-152>. Acesso em: 19 de out de 2018.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 1223-1234, 1 jan. 2010.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 105, 1223-1234, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v105i0p1223-1234>. Acesso em 21 de out. de 2018.

MACIEL, Valney Rocha. **Os Herdeiros da Miséria**: o cotidiano de mendicância no centro de Fortaleza. 2004. Dissertação. (Mestrado acadêmico em Políticas Públicas e Sociedade). Universidade Estadual do Ceará – UECE, Fortaleza. Orientador: Prof. Dra. Maria Barbosa Dias.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V., MIRAGEM, Bruno. 4.ed. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. 5.ed. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. “Shopping Centers”. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 580, fev. 1984, p. 9-14.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **O fim da contravenção de mendicância.** DireitoNet. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5236/O-fim-da-contravencao-de-mendicancia>>. Acesso em 20 abr. 2019.

MORETTI, Fabricio. **Segurança expulsa idoso de supermercado após confundi-lo com morador de rua, em Anápolis.** Do Mais Goiás. Disponível em: <https://www.emaisgoias.com.br/seguranca-expulsa-idoso-de-supermercado-apos-confundi-lo-com-morador-de-rua-em-anapolis/>. Acesso em 31 de out. de 2019.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **TD 2246 - Estimativa da População em situação de Rua no Brasil.** Ipea. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28819>. Acesso em 10 mai. 2019.

NETTO, Felipe P. Braga. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

NUNES, Rizatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano Moral: Proteção Jurídica da Constituição.** 3 ed. São Paulo: Editora de Direito LTDA, 2003.

PÜSCHEL, Flávia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista DIREITO GV 6**, São Paulo, v. 3, 2007, p. 17-36. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35180/33985>> Acesso em 21 de out. de 2018.

REQUIÃO, Rubens. Considerações Jurídicas sobre os centros comerciais (“shopping centers”) no Brasil. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 571, mai. 1983, p. 9-19.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas.** 8. Ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RODRIGUES, Mateus. **Seguranças pegam criança pelo braço e a expulsam de shopping no DF.** G1 DF. Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/11/seguranças-pegam-crianca-pelo-braco-e-expulsam-de-shopping-no-df-veja.html>. Acesso em 31 de out. de 2019.

ROESLER, Átila da Rold. **Sobre a vadiagem e o preconceito nosso de cada dia.** Justificando. Disponível em <<http://www.justificando.com/2016/08/09/sobre-a-vadiagem-e-o-preconceito-nosso-de-cada-dia/>>. Acesso em 20 abr. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

SOUSA, Alice Ribeiro de. **Arbitramento da Reparação de Danos Morais e Condições Econômicas das Partes.** Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ee2a8f73ebe363a5>. Acesso em 10 set. 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência.** 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. 3.ed. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual.** São Paulo: Forense, 2014.

TIENGO, Verônica Martins. Fenômeno População em Situação de Rua Enquanto Fruto do Capitalismo. **Textos & Contextos.** Porto Alegre, v. 17, n. 1, jan/jul.2018, p. 1381-150.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 15 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.