

Aspectos Técnico-Jurídicos Sobre A Cobrança Dos Estacionamentos Em Shopping Centers.

Adriano Celestino Ribeiro Barros

Resumo: O presente artigo discorre sobre outra interpretação à posição atual de o porquê não se pode pagar estacionamento nos Shopping Centers.

Palavras-chave: Shopping Center, gratuidade, relação de consumo sem contratação de consumo direta, fundo de comércio, aviamento, boa-fé objetiva, custo embutido, pagar duas vezes, enriquecimento sem causa e violação de princípios.

Introdução (Conceito de consumidor no Código de Proteção e Defesa do Consumidor):

O conceito de consumidor no CDC no artigo 2º, caput, na verdade, não é o único conceito de consumidor previsto no Código.

No artigo 2º, caput, do CDC, nós temos o consumidor por excelência. No artigo 2º, parágrafo único, do CDC, faz referência a coletividade de consumidores. Há, portanto, universalidade de consumidores ou mesmo a grupos particulares. No artigo 17, do CDC, são aqueles que são vítimas de um acidente de consumo, os chamados bystanders.

O artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor é que trata dos consumidores expostos a prática comercial.

O Shopping Center é uma prática comercial e a pessoa já é consumidora pelo simples fato de estar no Shopping. De acordo com o CAPÍTULO V (Das Práticas Comerciais), SEÇÃO I (Das Disposições Gerais) artigo 29 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, in verbis:

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Segundo a previsão do Código Civil atual e do Código de Defesa do Consumidor, que é uma lei principiológica, não se deve cobrar estacionamento. Porque conforme a Professora Claudia Lima Marques em seu livro, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, com maestria ensina sobre a relação de consumo sem contratação de consumo direta em que:

... Mesmo não adquirindo bem ou sendo prestado serviço, o consumidor está tutelado pelo Código de Defesa do Consumidor porque a relação de consumo é um gênero da qual a contratação de consumo é uma espécie.

O estacionamento do Shopping Center não é “gratuito”, pois toda atividade empresária visa ao lucro. Assim, o serviço é indiretamente remunerado pelo preço dos serviços e mercadorias prestados ou postos à disposição pelos fornecedores aos consumidores.

O serviço é prestado a título oneroso (deve-se ter muita cautela com o que é aparentemente dito “gratuito”). Pois, o Shopping Center oferece estacionamento em tese “dado de graça” para seus clientes.

Na realidade, não é “gratuito” o estacionamento, porque o custo deste está embutido no preço dos produtos e serviços colocados à disposição pelo Shopping Center aos consumidores.

Não existe gratuidade nas relações de consumo (tudo tem um custo). No mercado de consumo, em uma economia capitalista, esse custo é disfarçado (embutido) no preço dos produtos e serviços pelo fornecedor, que o transfere totalmente ao consumidor visando sempre ao lucro.

Por exemplo, tem uma Lei para o transporte coletivo que o idoso e o deficiente físico não pagam a tarifa. Porém, quem paga esta tarifa são os outros passageiros que utilizam o transporte.

E se caso ocorrer um assalto ou acidente com essas pessoas que não remuneraram diretamente o serviço de transporte terão direito, com certeza, a indenização. Se houver nexos da causalidade entre o fato e o resultado ocorrido.

O serviço de estacionamento prestado pelos Shopping Centers não é gratuito, nunca foi e nunca será. Porque o estacionamento é um fundo de comércio (que são os bens materiais que pertencem ao Shopping como empresa).

Definição de Fundo de Comércio: O conjunto de bens materiais e imateriais, corpóreos e incorpóreos de uma empresa.

Definição de Aviamento: 1) Sobrevalor agregado aos bens do estabelecimento devido à sua racional organização pelo empresário. 2) O Aviamento é um Atributo da Empresa: A empresa constitui uma atividade organizada contendo vários elementos e o valor decorrente desse complexo é maior do que a soma dos elementos isolados. Essa mais valia constitui, precisamente, o que o Direito denomina aviamento.

Por isso, o Shopping Center sendo uma prática comercial coloca vários serviços e produtos em um espaço pequeno para fomentar as vendas. Dessa maneira, estes serviços e

produtos colocados à exposição para os consumidores já remuneram indiretamente o estacionamento.

Então, está oferecendo esse serviço por causa do aviamento que tem por escopo potencializar as vendas. Tudo compõe para a formação de um complexo comercial destinado a estimular o consumo de produtos e serviços.

Segundo a jurisprudência o estacionamento “em espaço próprio para veículos assume dever de custódia”. E ressaltam:

Não se trata de manifestação de gentileza nem de amizade, mas de serviço complementar, remunerado de maneira indireta”, ou seja, embutido no preço das mercadorias.(RT696/97,689/226,677/117,655/78,639/60)

Em relação à posição dos que defendem a cobrança está em dizer que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é uma Lei Federal e que é de competência da União legislar sobre o assunto.

Entretanto, não é uma questão se a União ou o Município devem legislar, mas sim de entender que os custos do produto e do serviço já estão embutidos no preço final pagos pelo consumidor, que já remunera indiretamente o estacionamento.

A Professora Regina Helena Costa, de forma lapidar, leciona o ponto de contato entre o Direito do Consumidor e o Direito Tributário, se não vejamos:

No intuito de fazer valer esse espírito protecionista do consumidor, a Constituição, com ineditismo, impõe que "a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços" (art. 150, § 5º). (grifo nosso)

Trata-se de norma de eficácia limitada, de princípio programático, na clássica lição de José Afonso da Silva, porquanto demanda o necessário veículo legislativo para o atingimento de sua plena eficácia. E, até o presente momento, em face da ausência de intermediação legislativa, imprescindível à produção de seus efeitos, remanesce inaplicável.

De todo modo, tal dispositivo representa o primeiro ponto de toque entre a atividade tributante e o direito do consumidor. Pretende a Lei Maior seja o consumidor informado acerca dos chamados impostos indiretos, incidentes sobre as operações com os bens e serviços que venha a adquirir e que, portanto, têm seus valores embutidos nos preços. (grifo nosso)

No sistema tributário vigente, são eles o IPI, o ICMS e o ISS. São denominados impostos indiretos por parte da doutrina, porque, neles, o contribuinte de jure – industrial, produtor, comerciante, prestador de serviço – repassa o impacto tributário para o contribuinte de fato, evento conhecido como repercussão tributária. Até 1º de janeiro de 1996, integrava esse rol o imposto sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, de competência dos municípios, eliminado do texto constitucional pela Emenda n. 3, de 17 de março de 1993. (grifo nosso)

A classificação dos impostos em diretos e indiretos é considerada, por muitos, irrelevante para o Direito, visto que sedimentada num fenômeno puramente econômico, qual seja, a transferência do ônus financeiro decorrente da incidência do imposto.

Discordando de tal entendimento, já tivemos oportunidade de salientar que, em face da atuação do princípio da capacidade contributiva, insculpido no art. 145, § 1º, da Constituição, aplicável também em relação à imposição indireta, a distinção tem relevância jurídica, pois é nítida a preocupação da Lei Maior com a capacidade contributiva do consumidor. "Princípio da Capacidade Contributiva", ob. cit., páginas 53-55.

A dificuldade da operatividade do aludido princípio em tal tipo de imposição reside, exatamente, na inviabilidade de se imprimir feição pessoal aos impostos indiretos, o que implica a distinta forma com que o mesmo incidirá nesse caso". Regina Helena Costa é juíza federal em São Paulo; professora assistente de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e diretora da Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE

Desenvolvimento (Amparo do consumidor):

O Código de Defesa do Consumidor é resultado da previsão feita pelo Poder Constituinte Originário de 1988. A Magna Carta elevou o direito do consumidor a status de Direito Fundamental. Não com o escopo apenas de dar juridicidade à Lei 8.078/90 (denominada de Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Irradiando-se a defesa do consumidor, como Direito Fundamental, portanto, por todo o ordenamento jurídico, estabelecendo o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (grifo nosso)

A Constituição Federal de 1988, na linha do constitucionalismo contemporâneo, também elevou o direito do consumidor como um dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, nos seguintes termos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor; (grifo nosso)

CAPÍTULO II

Da Política Nacional de Relações de Consumo

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a

transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
(...)

Características da Vulnerabilidade: A vulnerabilidade é ope legis. Vale dizer, por força da lei. A Lei diz que todo consumidor é vulnerável. A vulnerabilidade tem característica de direito material. A vulnerabilidade é em abstrato. Todo consumidor é vulnerável, senão não é consumidor (para a teoria finalista tem que ser vulnerável).

CAPÍTULO III

Dos Direitos Básicos do Consumidor

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (...)

Características da Hipossuficiência: A hipossuficiência é ope juris. Vale dizer, por força do direito. Obs.: Não é uma consideração que a Lei faça em relação a todos os consumidores, mas é uma consideração de direito. Inclusive, segundo as regras ordinárias de experiência, porquanto, não se esgote numa fonte apenas do Direito, qual seja, a Lei. Mas, depende de uma consideração mais ampla levando, portanto, as outras fontes do Direito nessa percepção. A hipossuficiência tem uma perspectiva processual. A hipossuficiência deve ser avaliada em concreto, em cada caso. Tanto que, nem todo consumidor, embora vulnerável, vai ter o benefício da inversão do ônus da prova. Caberá ao Juiz avaliar a hipossuficiência do consumidor para decidir pela inversão ou não do ônus da prova.

A boa-fé objetiva é uma cláusula geral, que rege todos os contratos nas relações de consumo.

As pessoas pensam que colocar o carro no Shopping é um contrato de depósito do artigo 627 do código Civil (e no caso esse contrato de depósito é oneroso). Porque o estacionamento faz parte do fundo de comércio do Shopping e através do aviamento vai reverter o dinheiro para remunerar esse serviço.

Então, a boa-fé objetiva através da função de proteção quando a pessoa coloca o veículo dentro do Shopping vai ser protegido tanto em relação a sua pessoa quanto ao seu carro.

Os princípios norteadores da Publicidade dos fornecedores de produtos e serviços para com os consumidores são os da lealdade e o da boa-fé objetiva. A boa fé-objetiva consiste em norma de conduta em não defraudar a confiança ou abusar da confiança alheia, vale dizer, a boa-fé lealdade treu und glaubem. A boa-fé objetiva como cláusula geral que é tem três funções: função interpretativa, função colmatadora e a função constitutiva de

deveres anexos. A boa-fé objetiva tem também três elementos: deveres anexos, dever de sigilo e o dever de informação.

O dever de transparência e o de informar radica no princípio da boa-fé objetiva onde os contratantes desejam que ambos saiam satisfeitos. Isso faz com que haja uma perfeita concorrência de mercado dando ao consumidor maior poder de escolha entre os produtos e serviços postos a sua disposição no mercado de consumo. Dessa forma, o cumprimento do dever de transparência e de informação do fornecedor dá ao consumidor a oportunidade de ter sua legítima expectativa satisfeita em relação ao produto adquirido ou serviço prestado.

O dever anexo: é o elemento principal da boa-fé objetiva, pois todo contrato por força normativa cria deveres anexos implícitos (eticidade) mesmo que o contrato não diga nada a respeito esses deveres anexos existem; Dever de sigilo: por exemplo, o sigilo profissional dos médicos e advogados e o dever de informação: Verbi gratia, artigo 6º, III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”;

A súmula 130 do STJ resolve as controvérsias acerca da existência ou não de responsabilidade do estabelecimento pelos veículos que permanecem em seus estacionamentos ao preceituar:

A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

“INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Ato ilícito - Furto de veículo em estacionamento de shopping center - Existência de vigilância que gera indenização - Irrelevância, ademais de inexistência de contrato de estacionamento, ou que o mesmo se faça de forma gratuita - Ação procedente - Recurso não provido - O dever de vigilância é imanente ao proprietário do estabelecimento nessas condições, cujo intuito de lucro bem caracteriza referida atividade, sendo inegável a conclusão no sentido de que, quem tira proveito das dependências de que dispõe, para oferecer estacionamento aos veículos de sua clientela, há de responder pelos riscos de quem nela deixa seu veículo”.(Relator: Silveira Netto - Apelação Cível nº 211.188-1 - São Paulo - 16.06.94)

O Código de Defesa do Consumidor assim define o fornecedor, *ipsis literis*:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso)

Como bem leciona o Mestre Rizzato Nunes, *in verbis*:

“Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor. Assim, se, por exemplo, um restaurante não cobra pelo cafezinho, por certo seu custo já está embutido no preço cobrado pelos demais produtos. Logo, quando a lei fala em ‘remuneração’ não está necessariamente se referindo a preço ou preço cobrado. Deve-se entender o aspecto ‘remuneração’ no sentido estrito de absolutamente qualquer tipo de cobrança ou repasse, direto ou indireto”. NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 100.

Conclusão:

Dessa forma, o consumidor (vulnerável) não deve pagar duas vezes pelo mesmo serviço (fato jurígeno) que o Shopping Center presta, de maneira indireta nos custos embutidos no preço dos produtos e serviços postos à sua disposição. Isso se chama de *bis in idem*, vale dizer - duas vezes a mesma coisa, repetição - segundo Donaldo J. Felipe. Dicionário Jurídico de Bolso: terminologia jurídica: termos e expressões latinas de uso forense. – 16ª ed. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2004, pág. 279). Gerando, portanto, um enriquecimento indevido por parte dos Shopping Centers. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor busca a igualdade jurídica onde há desigualdade econômica.

Se for permitido ser cobrado estacionamento dos consumidores, os Shopping Centers estarão ferindo quatro princípios basilares Constitucionais do moderno modelo de Direito Privado, que são a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, insculpidas no Código Civil de 2002 nos artigos 421, 422 e artigo 4º, III do Código de Defesa do Consumidor. Assim como, o princípio da função social da propriedade no artigo 5º, incisos XXII, e XXIII combinado com o artigo 3º, I da Constituição Federal, que é o princípio da solidariedade.

A liberdade de o Shopping cobrar o estacionamento está limitada por esses princípios. Pois, se todos fizessem tudo com plena liberdade a vida tornar-se-ia insuportável. Porque todos vão passar a querer cobrar pelo estacionamento como, por exemplo, as universidades, os supermercados, os bancos, dentre outros. E as pessoas que tem automóvel não mais iriam poder transitar pela cidade sem ter que pagar para estacionar.

A boa-fé objetiva é horizontal (endógena). Já a função social do contrato é vertical (exógena). São as Cláusulas Gerais do atual Código Civil (sistema aberto). A função precípua da boa-fé objetiva é a limitação da liberdade de contratar e tem dois elementos: o intrínseco, que é a lealdade e a eticidade e no plano extrínseco impõe aos contratantes o respeito a um interesse social (interesse da coletividade) e a normas de ordem pública.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; CDC (grifo nosso).

Art. 5º, ...

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (CF)

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (CF)

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. CC (grifo nosso).

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

Em arremate é conhecida a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito da violação dos Princípios em relação à segurança jurídica e a paz social:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas o todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 2005, pág. 903.

BIBLIOGRAFIA:

Marques, Claudia Lima em seu livro, Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5ª Edição, Editora: Revista dos Tribunais.

Donaldo J. Felipe. Dicionário Jurídico de Bolso: terminologia jurídica: termos e expressões latinas de uso forense. – 16ª ed. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000.

STJ. Resp. 106.888/PR. Min. Rel. César Asfor Rocha. DJ: 05/08/2002.

STJ. Resp. 279273/SP. Min. Rel. Ari Pargendler e Min. p/ac. Nancy Andrichi. T3, j. 04/12/2003. DJ: 29/03/2004, p. 230 e RDR, vol. 29, p. 356.

Disponível em: <

http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver_artigo&cod_artigo=260

>. Acesso em: 23 ago. 2007.