



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ESTRUTURA JURÍDICA E ASPECTOS CONTRATUAIS PECULIARES DOS
*SHOPPING CENTERS***

LEONARDO FARIA WILDNER

Florianópolis

2011

LEONARDO FARIA WILDNER

**ESTRUTURA JURÍDICA E ASPECTOS CONTRATUAIS PECULIARES DOS
*SHOPPING CENTERS***

Monografia submetida à Universidade
Federal de Santa Catarina para obtenção
do título de bacharel em Direito.

Professor Orientador Humberto Pereira
Vecchio

Florianópolis

2011

Dedico este trabalho à minha mãe, pelo amor e apoio incondicionais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, pelo convívio ordeiro, e por me aguentar nas horas em que estou meio perturbado e confuso, como quando da realização deste trabalho.

À minha namorada Roberta, mulher maravilhosa, pela amizade, parceria, e amor, e por tudo que ela me ensina e me deixa ensiná-la. Sou dela, além de namorado, também um professor e aluno, o que me deixa orgulhoso.

Ao mestre Vecchio, grande professor, que me ajudou imensamente na produção deste trabalho, tendo sempre boas sugestões e dicas – colaborando com tudo, desde o vocabulário aos objetivos e meios de produção literária.

Aos colegas de sala, especialmente o Guilherme Dall Igna e o Pedro Vidigal, pelas muitas boas ocasiões em que desfrutamos de momentos agradáveis e divertidos, dos quais eu sempre lembrarei com saudades. Ao Sílvio, parceiro de EMAJ.

Ao Negão, não só por ser um grande amigo, mas também por ter me motivado a pesquisar sobre o assunto deste trabalho: me apresentou o tema, discutimos por longas horas sobre o assunto, e me fez diversas sugestões e críticas construtivas, colaborando em muito para os bons andamentos das pesquisas.

À equipe do escritório, por proporcionar um dia-a-dia produtivo e divertido, inclusive pelos momentos hilários de danças e de cerveja no final da tarde de sexta-feira.

À minha turma de amigos (Magrão, João, Bolinho, Tairone, Miguel, Finha, Cabeça, Mel, Japa, Shrek, Arnie), por serem a melhor turma que existe, e estarem sempre comigo, nas horas em que precisei, e nas horas em que não precisei, levando a vida e aproveitando os bons momentos, desde muito antes de eu iniciar o curso no qual estou me graduando agora.

*“Se, no teu centro um Paraíso não
puderes encontrar, não existe chance
alguma de, algum dia, nele entrar.”*

Albert Einstein

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do Professor Orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Este estudo monográfico, submetido à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em Direito, tem como objetivo a análise da estrutura jurídica dos *shopping centers*, e dos contratos firmados entre os empreendedores deste tipo de estabelecimento e os lojistas que neles operam. O assunto é de extrema importância tendo-se em vista que os *shopping centers* são grandes atores no mundo do consumo atual, especialmente nos grandes centros urbanos, contribuindo fortemente com a formação de empregos e pagamento de tributos. Para tanto, primeiramente conceitua-se o modelo de estabelecimento denominado *shopping center* e faz-se uma análise acerca de sua estrutura jurídica, para posteriormente abordar-se o instrumento contratual principal que é firmado entre os empreendedores e lojistas, instrumento que é, neste trabalho, definido como contrato de locação com aspectos peculiares. Abordam-se, ainda, estes aspectos peculiares dos contratos de locação em *shopping centers*.

Palavras-chave: *Shopping center*; Conceituação; Estrutura jurídica; Contratos; Contrato de locação; Aspectos peculiares dos contratos de locação em *shopping centers*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DEFINIÇÃO E ESTRUTURA JURÍDICA DOS SHOPPING CENTERS	12
1.1. Definição de <i>shopping center</i>	12
1.2. Estrutura jurídica dos <i>shopping centers</i>	14
1.2.1. Condomínio edilício na estrutura jurídica dos <i>shopping centers</i>	15
1.2.2. Condomínio voluntário na estrutura dos <i>shopping centers</i>	16
1.2.3. Fundo de promoção e propaganda	17
2. CONTRATOS	20
2.1. Conceito de contrato e princípios contratuais	20
2.2. Contratos típicos e atípicos	30
2.3. Aspectos gerais do contrato de locação	32
2.4. Natureza jurídica dos contratos em <i>shopping center</i>	34
2.5. A locação em <i>shopping center</i> na lei do inquilinato	41
3. ASPECTOS PECULIARES DAS LOCAÇÕES EM <i>SHOPPING CENTER</i>	47
3.1. Ação renovatória	47
3.2. Restrição à cessão da locação em <i>shopping center</i>	53
3.3. Aluguel percentual	57
3.4. Fiscalização do faturamento do lojista	59
3.5. <i>Res sperata</i>	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

É inegável que os *shopping centers* fazem parte, atualmente, do cotidiano da maioria da população brasileira. Enquanto há cerca de duas décadas, esse tipo de empreendimento ainda se encontrava restrito aos grandes centros urbanos, pode-se afirmar que, agora, atinge também as cidades do interior do Brasil, ganhando, assim, destaque na economia do país.

Aliados à importância econômica, surgem os problemas jurídicos correspondentes. Os estudos dos aspectos legais dos *shopping centers* são, assim, recentes, e vêm proporcionando debates acalorados acerca da natureza jurídica dos contratos entre empreendedores e lojistas, e da legalidade das cláusulas peculiares existentes neste tipo de contrato.

No que tange à legislação concernente a este tipo de empreendimento, pode-se afirmar que não há lei específica que trate do assunto, muito embora as relações havidas no seio dos *shopping* serem dotadas de diversas peculiaridades que demandam interpretações ímpares, se comparadas àquelas referentes a outros tipos de estabelecimentos comerciais, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

Assim, tendo em conta que as dúvidas que pairam sobre o assunto são deveras intrigantes, e as soluções legais um tanto quanto inconclusivas, optou-se por abordar o tema dos *shopping centers* neste estudo monográfico. Tendo o autor especial interesse pelas áreas de direito comercial e de contratos, resolveu restringir o cerne do estudo aos contratos de locação nos *shopping centers*, em razão de serem uma modalidade particularizada dos contratos comerciais de locação.

Acerca da metodologia utilizada, observa-se que a abordagem foi feita pelo método indutivo. Utilizou-se a doutrina nacional especializada no assunto, constantemente complementada pelo direito comercial. Utilizou-se, também, a Lei 8.245/91, que aborda, mesmo que superficialmente, o tema, bem como o Código Civil, de forma a atualizar opiniões anteriores a esta Lei de 2002.

No que trata do plano de exposição do trabalho, há que se ressaltar que foi dividido em 3 capítulos.

O primeiro trata da definição do conceito de *shopping center*, por óbvio fundamental ao entendimento do assunto, e da estruturação jurídica deste tipo de empreendimento – para que se compreenda a base jurídica sobre a qual estarão suportados os contratos de locação dos quais tratar-se-ão posteriormente.

Após a definição de seu conceito, e demonstração da estrutura jurídica dos *shopping centers*, buscar-se-á, no capítulo 2, compreender sucintamente a teoria dos contratos e o instituto da locação, subsídios chave para que se possa analisar a legalidade das cláusulas específicas deste tipo de contrato entre lojista e empreendedor de *shopping center*, bem como compreender a natureza jurídica deste contrato.

Finalmente, no capítulo 3, serão abordadas certas particularidades jurídicas dos *shopping centers* que geram demandas judiciais e, conseqüentemente, chamam a atenção dos operadores de direito e estudiosos, buscando-se sempre apontar o entendimento jurisprudencial dominante, as vozes dissonantes e as críticas que podem ser feitas às escolhas legislativas e jurisprudenciais.

Cumprе destacar, ainda, que o presente estudo não tem a pretensão de fornecer soluções conclusivas e categóricas às questões jurídicas envolvidas na temática, sendo que o objetivo desta monografia é demonstrar a natureza das problemáticas envolvidas e, sempre que possível, posicionar-se frente a elas.

1. DEFINIÇÃO E ESTRUTURA JURÍDICA DOS SHOPPING CENTERS

1.1. Definição de *shopping center*

Para compreender satisfatoriamente o arcabouço jurídico referente aos *shopping centers*, e sua aplicação prática, necessário, primeiramente, definir o que é um *shopping center*. Há de se estabelecer os requisitos para que um conglomerado de lojas e serviços possa ser denominado de tal forma. Analisemos, de início, a origem etimológica da expressão.

O termo, de origem inglesa, traduz-se literalmente por “centro de compras”. Segundo Nardim Darcy Lemke, esta é a nomenclatura mais utilizada pelos juristas, talvez por vivermos num país muito afeito a estrangeirismos. Ela decorre do verbo “to shop”, significando, muito além de “comprar”, “ficar fazendo compras”, até mesmo sem, eventualmente, comprar nada, pois o verbo “to buy” seria o mais indicado, caso o sentido fosse simplesmente “comprar”. De fato, não se consegue este sentido com a expressão “centro de compras”, ou nenhuma outra da língua portuguesa.¹

A Associação Brasileira de *Shopping Centers* (ABRASCE), resumidamente, conceitua *shopping center* da seguinte forma:

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 cláusulas 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.²

¹ LEMKE, Nardim Darcy. *Shopping center*. questões jurídicas e contratuais. Blumenau: Acadêmica, 1999, p. 27.

² ABRASCE – Associação Brasileira de *shopping center*. Disponível em <www.abrasce.com.br>. Acesso em 4 nov. 2011.

Leonardo Jorge Mendes sintetiza da seguinte forma as peculiaridades dos *shopping centers* em relação à sua organização planejada:

O elemento peculiar e essencial que distingue o *shopping center* de outros negócios empresariais é a sua organização planejada, num edifício ou prédio atraente, confortável e seguro para os consumidores, capaz de comportar oferta de variada gama de produtos e serviços.³

O autor vai além, abordando aspectos como comodidade, segurança e decoração do empreendimento, a fim de que se caracterize como *shopping center*:

Empreendimentos dessa natureza pressupõem, além do planejamento e organização interna dos exploradores de atividades comerciais, investimentos em publicidade, instalações comuns, aprimoramento das condições de comodidade, decoração e segurança do prédio, dentre outros. Mesmo para enfrentar a concorrência entre os *shoppings*, o empreendedor/empresário/administrador deve constantemente ajustar o complexo às imposições do mercado de consumo (por exemplo, realocando ou substituindo lojas, atraindo parceiros que comercializam produtos que atendem a modismos, aprimorando instalações internas, como a praça de alimentação, entre outros). Em suma, o explorador do *shopping center* desenvolve atividade econômica bastante singular, que não se reduz a um simples negócio imobiliário. Há todo um planejamento específico na organização do negócio e de distribuição do espaço, que, no ramo, é referido pela expressão *tenant mix*.⁴

Importante, aqui, definir o que vem a ser o *tenant mix*, eis que é um conceito muito utilizado nos estudos acerca dos *shopping centers* e será utilizado recorrentemente neste trabalho. Paula Castello Miguel define *tenant mix* como a combinação de diversificações comerciais, feita de forma estratégica:

Numa tradução livre, *tenant mix* significa a combinação de diversificações comerciais, o sopesamento de ramos mercantis, de modo que o público desfrute de opções variadas, sem que falte uma especialidade, mas também sem o saturamento de outras.⁵

Para Jaques Bushatsky, as menções às presenças de lojas âncoras e estacionamentos, ou ao arrojo arquitetônico do imóvel não podem ser determinantes na conceituação do que seja o *shopping center*. Para ele, pode-se imaginar um

³ MENDES, Leonardo Jorge. **Aspectos jurídicos destacados dos *shopping centers***. Florianópolis, 2008, p. 10.

⁴ Idem, p. 4.

⁵ MIGUEL, Paula Castello. Contratos de *shopping center*. **Revista de Direito Mercantil**, v. 36, n. 107, jul-set. 1997, p. 146.

conjunto arquitetônico feio, ou sem estacionamento e/ou lojas âncora, e ainda sim considerá-lo um *shopping center*, para diversos fins.⁶

Ainda segundo Bushatsky, o que caracteriza um *shopping center* é a disposição reunida de comércio e serviços, de maneira planejada para que se estimule o consumo de maneira superior àquele que ocorreria se esses agentes funcionassem apartados. Assim, quando organizar-se segundo técnicas mercadológicas que analisem desde a composição dessa reunião de agentes de comércio e serviços, até a quantidade e disposição física das lojas e serviços, aliado a uma estrutura jurídica que permita o seu perfeito funcionamento, tem-se um *shopping center*.⁷

Portanto, a condição de ser uma reunião sofisticada e metódica de capitais, *animus*, e intenções de obtenção de lucro é mais determinante para conceituar-se um *shopping center*, do que a reunião física de comerciantes em determinado empreendimento imobiliário.

1.2. Estrutura jurídica dos *shopping centers*

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, legislação específica aplicável aos *shopping centers*. Portanto, este modelo organizacional baseia-se em uma série de relações jurídicas, amparadas em legislações esparsas.

Segundo Mendes, os *shopping centers* têm sua estrutura jurídica distribuída, em regra, por três modalidades: condomínio edilício, condomínio voluntário e fundo de promoção e propaganda.⁸

⁶ BUSHATSKY, Jaques. Os *shopping centers* na lei 8.245/91. **Revista dos Tribunais**, v. 699, jan. 1994, p. 7.

⁷ BUSHATSKY, Jaques, *Op. cit.*, p. 8.

⁸ MENDES, Leonardo Jorge. *Op. cit.*, p. 42.

1.2.1. Condomínio edilício na estrutura jurídica dos *shopping centers*

No momento inicial de constituição de um empreendimento do tipo “*shopping center*”, os investidores operam uma pesquisa mercadológica, para que se definam os detalhes arquitetônicos e comerciais a serem adotados. Por óbvio, análise aprofundada desta etapa não é objeto do presente estudo.

Os interessados (empreendedores), então, elaboram a incorporação do empreendimento, de acordo com a Lei 4.591, de 1964. Ladislau Karpát aponta que, nesta fase, constitui-se, entre os empreendedores, um condomínio edilício, com previsão de direito e obrigações dos condôminos, consubstanciados em convenção condominial e regulamento interno.⁹

Para Roberto Senise Lisboa, “o *shopping center* é um condomínio de unidades destinadas ao comércio, cujos espaços são previamente destinados por ocasião de condomínio”.¹⁰

Efetua-se, então, o registro da convenção condominial no cartório de registro de imóveis, prescrevendo-se e determinando-se as áreas de uso comum e as de uso específico, para que os empreendedores possam comercializar os espaços do *shopping center*.

Alexandre de S. Angra Belmonte aduz que, costumeiramente, não há venda dos espaços comerciais, e a captação de recursos, por parte do empreendedor, para a realização do centro de compras, é o ponto nuclear da incorporação imobiliária do *shopping center*. Esta captação se dá através do condomínio edilício - figura única no mundo jurídico, e que engloba os empreendedores.¹¹

Comumente, a relação havida entre os lojistas e empreendedores é de natureza locatícia. Em alguns empreendimentos, no entanto, grandes áreas do empreendimento são alienadas às denominadas “lojas-âncora”, visando-se ao

⁹ KARPAT, Ladislau. **Shopping center – Manual Jurídico**. São Paulo: Hemus, 1993, p. 26.

¹⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Direitos das Coisas e Direitos Intelectuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 336.

¹¹ BELMONTE, Alexandre de S. Angra. **Aspectos jurídicos: Shopping center**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989, p. 11.

público que este tipo de estabelecimento atrai. Através de contrato de compra e venda, neste caso, constitui-se o lojista como titular de fração ideal do condomínio edilício, desobrigando-se, por óbvio, de contribuir com valores a título de aluguel.¹²

O condomínio edilício, por ser a co-propriedade do espaço físico propriamente dito, não tem finalidade lucrativa, comercial; não distribui dividendos entre os condôminos. O que o condomínio edilício faz é gerir a administração das áreas comuns do imóvel, realizando o rateio das despesas entre os lojistas.

Conforme já exposto, as lojas, em sua maciça maioria, são locadas, portanto essas despesas serão suportadas pelos locatários, de acordo com o contrato locatício que firmarem¹³

Assim, o esqueleto jurídico basilar do empreendimento do *shopping center* é o condomínio edilício firmado entre os proprietários dele, através do qual são balizadas as regras a serem seguidas pelos inquilinos, no caso os lojistas. Os co-proprietários do empreendimento (os condôminos propriamente ditos) é que definem os interesses maiores da entidade, como eleição de síndicos, contratos com administradoras, entre outros.

1.2.2. Condomínio voluntário na estrutura dos *shopping centers*

Estando incorporado o empreendimento e constituído o condomínio edilício, sobre o qual se tratou anteriormente, constitui-se sobre as frações ideais das lojas do *shopping center* e das áreas não construídas um condomínio voluntário.

O condomínio voluntário, no *shopping center*, é formado entre os empreendedores que visam o lucro através da locação dos espaços e serviços mercadológicos prestados aos lojistas. Isto é, diferentemente do condomínio edilício, do qual participam todos os proprietários de espaços físicos do empreendimento (incluindo-se os proprietários de lojas-âncora), do condomínio voluntário participam somente os proprietários que explorarão economicamente a locação dos espaços.

¹² MENDES, Leonardo Jorge. *Op. cit.*, p. 43.

¹³ KARPAT, Ladislau. *Op. cit.*, p. 65.

Segundo Mendes, é feita uma escritura pública denominada Escritura Declaratória de Normas Gerais, que contém a base jurídica das relações obrigacionais que surgirão entre e lojistas. Esta escritura prevê regras básicas, sob as quais os outros contratos (em especial os de locação) serão firmados.¹⁴

De acordo com Miguel, na ocasião da assinatura do contrato de locação da unidade comercial, o lojista toma conhecimento deste documento e de seu conteúdo, eis que a existência dele é mencionada expressamente e vincula o lojista ao seu fiel cumprimento.¹⁵

Cabe mencionar a importância da Escritura Declaratória de Normas Gerais para o empreendimento, pois nele são previstas as condições específicas do contrato de locação usualmente celebrado entre o condomínio voluntário e os lojistas, condições estas que são peculiares neste tipo de empreendimento, e sobre as quais tratar-se-á no decorrer do presente trabalho, quais sejam: ação renovatória, restrição à cessão da locação, aluguel percentual, possibilidade de fiscalização do faturamento do lojista por parte do empreendedor, e *res sperata*.

O condomínio voluntário, portanto, apresenta faceta claramente negocial, diferentemente do condomínio edilício, que trata do aspecto operacional, do funcionamento do *shopping center*. Através da locação das lojas e espaços, os empreendedores, por meio de um condomínio voluntário, exploram comercialmente o empreendimento, auferindo renda, objetivo primordial desta comunhão.

1.2.3. Fundo de promoção e propaganda

Oswaldo Mendes aponta que o fundo de promoção e propaganda é um fundo gerido por uma sociedade sem fins lucrativos, a associação de lojistas, instituída pelos empreendedores do *shopping center*, e custeada pelos lojistas. Sua finalidade é planejar e executar promoção e a publicidade do empreendimento: as promoções internas e a promoção institucional do centro de compras. Tem como escopo, portanto, anunciar o *shopping center* ao público como pólo de atração e

¹⁴ MENDES, Leonardo Jorge. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁵ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 155.

desenvolvimento comercial, abordando suas características de conforto, facilidade e segurança, e promovendo ofertas que proporcionem melhor confronto de oportunidades e seleção para o consumidor, além da sua participação no desenvolvimento urbano.¹⁶

Karpát aponta que este tipo de fundo não é exclusividade dos *shopping centers*, e vem de longa data, existindo, inclusive, no comércio de rua. O que diferencia o fundo de promoção e propaganda dos *shoppings* é que, em decorrência do elevado número de lojas existentes nestes centros, é viabilizada uma campanha promocional mais sofisticada e seguramente de maior envergadura devido à arrecadação de um montante considerável de dinheiro.¹⁷

O fundo engloba valores arrecadados compulsoriamente dos lojistas, que são beneficiados diretamente pelas campanhas publicitárias realizadas. Para tanto, é prevista contratualmente uma cláusula, obrigando todo locatário a pagar mensalmente uma importância preestabelecida para o Fundo de Promoção e Propaganda.

Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini assevera que é unilateral a imposição de cobrança desta contribuição ao Fundo de Promoção e Propaganda pelo empreendedor. Como num contrato de adesão, não cabe ao lojista a opção de não concordar com a cobrança. A sua liberdade consiste em realizar ou não o negócio.¹⁸

Segundo Leonardo Jorge Mendes, a arrecadação desta verba é feita de acordo com o tamanho das lojas ou por um percentual sobre o valor do aluguel. O autor destaca que, normalmente, as lojas-âncora são franqueadas de grandes redes, e tem campanhas publicitárias próprias; assim, cabe ao empreendedor estipular os valores devidos por cada segmento comercial, de acordo com a particularidade de cada estabelecimento (clientela, produto comercializado, importância da loja dentro do *tenant mix* do *shopping*).¹⁹

¹⁶ MENDES, Osvaldo. Cartilha do IAUD – Instituto de auditoria e perícias – **Estrutura jurídica e aspectos relevantes dos condomínios em *shopping centers***. São Paulo, 2003, p. 4.

¹⁷ KARPAT, Ladislau. *Op. cit.*, p. 68.

¹⁸ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O *shopping center* e o abuso do poder econômico. *in*: Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 113.

¹⁹ MENDES. Leonardo Jorge. *Op. cit.*, p. 49.

Karpat afirma que não se podem confundir as despesas condominiais com a contribuição para o Fundo de Promoção e Propaganda, pois, segundo ele, o fundo promocional deve, obrigatoriamente, ser exclusivamente voltado para a publicidade do empreendimento.²⁰

Resta claro que, apesar de serem distintas das verbas referentes às despesas condominiais, o fundo promocional é gerido pela administradora do *shopping center*, que efetua globalmente as promoções, investindo os valores da maneira que considerar adequada. A gestora do fundo deve prestar contas, anualmente, aos empreendedores, a respeito dos dispêndios efetuados em sede de campanhas publicitárias.

Como explicitou-se, o Fundo de Promoção e Propaganda é custeado por todos os lojistas. As campanhas realizadas hão de ser impessoais, enaltecendo as características do empreendimento, globalmente, sem favorecer lojistas individualmente, em face dos demais.

Cabe destacar, outrossim, que o Fundo de Promoção e Propaganda, assim como os demais aspectos peculiares dos contratos existentes entre empreendedores e lojistas em *shopping centers*, têm sua licitude vinculada à previsão contratual. Desta forma, fundamental estudar-se a teoria dos contratos, para que se possa estabelecer uma base sólida sobre a qual serão estudados os demais pontos a serem abordados neste trabalho.

²⁰ Karpat, Ladislau. *Op. cit.*, p. 68.

2. CONTRATOS

2.1. Conceito de contrato e princípios contratuais

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a fonte de obrigações mais comum e importante é o contrato, considerando fonte como o fato que dá origem às obrigações. O autor explica que a lei disciplina os efeitos do contrato. Assim, o contrato, tendo fundamento na vontade humana, deve atuar em conformidade com a ordem jurídica.²¹

Negócio jurídico, conforme Paulo Oertmann, é o “fato produzido dentro do ordenamento jurídico que, de referência à vontade dos interessados nele manifestada, deve provocar tais e quais efeitos e, a não ser que concorram vícios, os provoca”.²²

Para Geraldo Magela Alves e Jônatas Milhomens, o contrato destina-se a criar, manter, modificar, resguardar ou extinguir direito, através da concorrência de vontades, ou seja, do consenso entre os contratantes, sendo sempre manifestação de vontades dúplice ou múltipla.²³

Orlando Gomes destaca que o vocábulo contrato pode ser empregado em sentido amplo ou restrito. Amplamente, define-se contrato como todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No seu sentido restrito, concebe-se contrato como o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais. Usualmente, o termo pode ser usado tanto para referir-se ao negócio jurídico bilateral gerador de obrigações, quanto ao instrumento em que este negócio é formalizado, podendo ser a escritura pública, ou o “contrato particular”, por exemplo. Esta sinonímia pode ser facilmente demonstrada pelo fato de algumas pessoas, inclusive, acreditarem não haver contrato verbal, isto é, suporem que o acordo de

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume III: contratos e atos unilaterais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 02.

²² OERTMANN apud ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Manual prático dos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 4.

²³ ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Manual prático dos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 05.

vontades há de estar reduzido a escrito, através do referido instrumento, para que produza os efeitos desejados.²⁴

Ponto comum entre as definições de diferentes autores para o contrato é a exigência da presença de pelo menos duas partes, sendo, por isso, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, como bem define Darci Bessone: “acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”.²⁵

Gonçalves, após longa digressão sobre o assunto, conclui que o conceito de contrato refere-se aos pactos que criem, modifiquem, ou extingam relações patrimoniais:

Sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato. Essa constatação conduz à ilação de que o contrato não se restringe ao direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito privado (o casamento, p. ex., é consirado um contrato especial, um contrato de direito de família) e também ao direito público (são em grande número os contratos celebrados pela Administração Pública, com características próprias), bem como a toda espécie de convenção. Em sentido estrito, todavia, o conceito de contrato restringe-se aos pactos que criem, modifiquem, ou extingam relações patrimoniais, como consta expressamente do art. 1321 do Código Civil italiano.²⁶

Gomes observa que Hans Kelsen, analisando o contrato sob a ótica da teoria pura do direito, define que uma das funções mais importantes do contrato é a criadora de direitos: as partes, ao celebrarem um contrato, não se limitam a aplicar o direito abstrato que o rege, mas criam também normas individuais, gerando obrigações e direitos concretos que, anteriormente à sua celebração, não existiam. Essas normas individuais, que tem seu âmago no conteúdo contratual, têm, assim, a mesma substância normativa da regra “*pacta sunt servanda*” aplicada ao celebrar o contrato.²⁷

Gonçalves expõe, ainda, que o Código Civil brasileiro, no que tange aos contratos, afastou-se das concepções individualistas norteadoras do diploma anterior, e seguiu orientação compatível com a socialização do direito

²⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 3.

²⁵ BESSONE, Darci. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 29.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 02.

²⁷ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 16.

contemporâneo. Enfatiza: “o princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana”.²⁸

Miguel Reale assevera que há uma revisão, no Novo Código, dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador; convergindo-se, assim, para uma realidade contemporânea, em contraste com o sentido individualista condicionador do Código Beviláqua.²⁹

O artigo 421 do Código Civil traz dispositivo em consonância com este conceito: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Caio Mário Silva Pereira entende que a função do contrato é limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como, p. ex., nos contratos obrigatórios. Essa concepção colide com o clássico entendimento, segundo o qual os contratantes podem tudo fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. Exemplo de consequência dessa constatação seria a possibilidade de terceiros, que não são partes contratantes, influenciarem no contrato em razão de serem direta ou indiretamente atingidos por ele.³⁰

Araken de Assis faz uma ligação entre a função social do contrato e a sua função econômica, asseverando que, em uma economia de mercado, o elemento lucro jamais poderá ser desprezado ou minimizado e, portanto, o contrato estará cumprindo sua função social quando estiver cumprindo sua função econômica, através da promoção de circulação de riquezas, ou manutenção das trocas econômicas.³¹

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 04.

²⁹ REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

³⁰ SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, p. 13-14.

³¹ ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. V, p. 85-86.

Orlando Gomes pontua que todo contrato tem função econômica, que é sua causa. A função econômico-social do contrato seria, para o autor, a razão determinante de sua tutela jurídica. Dessa forma, afirmando-se que o contrato possui função social, estar-se-ia significando que ele deve ser socialmente útil para que haja interesse público na sua tutela.³²

Para que produza efeitos, o contrato, como qualquer negócio jurídico, deve preencher certos requisitos, tido como requisitos de validade. Na falta de um dos requisitos de validade, o negócio é nulo, ou será anulável, pela existência de defeito.

Gonçalves aponta que há requisitos de duas espécies aos contratos, aqueles de ordem geral e os de ordem especial. Os primeiros são comuns a todos os atos e negócios jurídicos (capacidade do agente, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei) e os de ordem especial são específicos dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades.³³

Maria Helena Diniz aduz que os requisitos de validade dos contratos podem ser distribuídos em três grupos: subjetivos, objetivos e formais. Para a autora, os requisitos subjetivos dizem respeito às pessoas contratantes e são os seguintes: manifestação de duas ou mais vontades e capacidade genérica dos contraentes, aptidão específica para contratar e consentimento. Os objetivos, por óbvio, dizem respeito ao objeto do contrato, e são: licitude de seu objeto, possibilidade física ou jurídica do objeto, determinação do seu objeto. Já os requisitos formais referem-se ao meio de revelação da vontade dos contratantes, sendo, portanto, condizentes à sua forma, que deve ser prescrita ou não defesa em lei.³⁴

³² GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 23-25.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 13-14.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, p. 13.

Gonçalves aponta que os princípios mais importantes do direito contratual são: a) da autonomia da vontade; b) da supremacia da ordem pública; c) do consensualismo; d) da relatividade dos efeitos; e) da obrigatoriedade; f) da revisão ou da onerosidade excessiva; e g) da boa-fé.³⁵

O autor supramencionado afirma que este princípio tem base na liberdade contratual, e dele decorre que as partes podem celebrar contratos nominados ou inominados. São as suas palavras:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer qualquer [sic] combinações, dando origem a contratos inominados.³⁶

Luiz Roldão de Freitas Gomes indica que o princípio da autonomia da vontade serve de fundamento para a celebração de contratos atípicos.³⁷ Contrato atípico, para Gonçalves, é o “que resulta de um acordo de vontades não regulado no ordenamento jurídico, mas gerado pelas necessidades e interesses das partes”. Ele ensina que nos contratos típicos, as características e requisitos são definidos em lei, e integram-no automaticamente; nos atípicos, são necessárias muitas cláusulas, definindo-se com detalhes os direitos e obrigações que o compõem.³⁸

A liberdade contratual, no entanto, não é ilimitada, apresentando limitações nos outros princípios do direito contratual, especialmente o da supremacia da ordem pública. Para Silvio Rodrigues, a “idéia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares”.³⁹

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 20.

³⁶ Idem. *Ibidem.* p. 20.

³⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ibidem.* p. 21.

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ibidem.* p. 22.

³⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p.16.

Para Gonçalves, a “noção de ordem pública, todavia, é muito fugidia, não se amoldando a qualquer classificação feita a priori. O mesmo sucede com a de bons costumes. Cabe aos tribunais verificar, em cada caso, se a ordem pública está ou não em jogo”.⁴⁰

Segundo Pereira, a doutrina considera de ordem pública: as normas que instituem a organização da família; as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado; os preceitos de direito trabalhista. Ou seja, nas suas palavras: “as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos”.⁴¹

Orlando Gomes, a respeito do consensualismo, assevera que, em regra, o concurso de vontades basta para gerar um contrato válido, apesar de alguns tipos de contratos estarem condicionados a determinadas formalidades:

A idéia de que o simples consentimento basta para formar o contrato é conquista recente do pensamento jurídico. Nas civilizações anteriores, dominavam o formalismo e o simbolismo. Pelo princípio do consensualismo, o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato. Em princípio, não exige forma especial. O consentimento – *solo consensu* – forma os contratos, o que não significa sejam todos simplesmente consensuais, alguns tendo validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida. As exceções não infirmam, porém, a regra, segundo a qual a simples operação intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato.⁴²

Gonçalves, por sua vez, destaca que há exceção à regra de os contratos serem consensuais, caso dos contratos reais:

Os contratos são, pois, em regra, consensuais. Alguns poucos, no entanto, são reais (do latim *res*: coisa), porque somente se aperfeiçoam com a entrega do objeto, subsequente ao acordo de vontades. Este, por si, não basta. O contrato de depósito, por exemplo, só se aperfeiçoa depois do consenso e da entrega do bem ao depositário. Enquadram-se nessa classificação, também, dentre outros, os contratos de comodato e mútuo.⁴³

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 23.

⁴¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Op. cit.*, p. 25-26.

⁴² GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 40.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 26.

A respeito do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, segundo o qual os contratos só produzem efeitos às partes contratantes, Gonçalves afirma que era mais vigoroso enquanto vigia o Código Civil de 1916, isto é, quando preponderava o modelo clássico de contrato, em que se objetivava unicamente a satisfação de interesses individuais. Para o autor, embora ainda subsista, este princípio foi atenuado, considerando-se, hoje, que não de ser protegidos os interesses da coletividade, que devem prevalecer quando chocados com interesses individuais.⁴⁴

O autor mencionado ressalta que a função social do contrato abranda o princípio da relatividade dos contratos, por conta da importância que tem o seu “espectro público”:

Nessa conformidade, a nova concepção da função social do contrato representa, se não ruptura, pelo menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, tendo em vista que este tem seu espectro público ressaltado, em detrimento do exclusivamente privado das partes contratantes.⁴⁵

Para Pinto Ferreira, o contrato representa lei entre as partes. Ele é a concordância da declaração de vontade entre duas ou mais pessoas a fim de disciplinar as suas relações jurídicas. A liberdade contratual tem como conteúdo a autonomia da vontade, e deve ser limitado pelo respeito à ordem pública e aos bons costumes. Assim, o contrato é um instrumento principal a autorizar livremente a auto-regulação dos interesses entre as partes interessadas.⁴⁶

Gomes leciona que, sendo celebrado com observância dos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, o contrato deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Se o seu conteúdo for estipulado validamente, as respectivas cláusulas têm, para os

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 27.

⁴⁵ *Idem.* Ibidem. p. 27.

⁴⁶ FERREIRA, Pinto. **Comentários à lei do inquilinato**: lei 8.245, de 18-10-1991. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 229-231.

contratantes, força obrigatória. Diz-se que é intangível, para significar-se a irretratabilidade do acordo de vontades.⁴⁷

Há de se fazer uma ressalva, e ter em mente que a mencionada ideia de Gomes é anterior ao Código Civil de 2002. Com o advento deste Código, que em seu art. 421 prevê que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, estatuiu-se o princípio da função social dos contratos, impondo limites à força contratual impositiva que foi apresentada no parágrafo anterior.

Outrossim, não se pode olvidar da teoria da imprevisão, ou cláusula *rebus sic stantibus*, considerada inserta nos contratos de duração e de execução diferida, como condição de sua força obrigatória. Orlando Gomes disserta que é necessária a ocorrência de fatos extraordinários, imprevisíveis, que justifiquem a quebra da fé jurada, para que se possa aplicar a referida teoria:

Para que conservassem sua eficiência, era subentendido que não deveria ser alterado o estado de fato existente no momento de sua formação. Com efeito, não deve bastar, a alteração do estado de fato no momento da formação do vínculo. É preciso algo mais que justifique a quebra da fé jurada. Porquanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração no estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorra excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato, restaurando o equilíbrio desfeito.⁴⁸

Acerca da citada teoria de *rebus sic stantibus*, Gonçalves ensina que consiste em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência não expressa de cláusula que define que a obrigatoriedade do contrato pressupõe a inalteração da situação de fato. Modificada esta em razão de acontecimento extraordinário, tornando-se excessivamente oneroso o cumprimento do acordo para uma das partes, poderá ser requerido ao juiz que isente-a da obrigação, parcial ou totalmente.⁴⁹

⁴⁷ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 40.

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 40-41.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 32.

O Código Civil de 2002 dedicou três artigos à resolução dos contratos por onerosidade excessiva (artigos 478-480 do CC/02).⁵⁰

Gonçalves, acerca do princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva, resume ainda que, na medida do possível, deve ser mantido o vínculo, somente modificando-se as prestações, quando houver fatos supervenientes imprevistos:

Assim, em resumo, as modificações supervenientes que atingem o contrato podem ensejar pedido judicial de revisão do negócio jurídico, se ainda possível manter o vínculo com modificações nas prestações (arts. 317 e 479 do CC), ou de resolução, nos termos dos arts. 317 e 478, a ser apreciado tendo em conta as cláusulas gerais sobre o enriquecimento injusto (art. 884), a boa-fé (art. 422) e o fim social do contrato (art. 421), se houver modificação da base do negócio que signifique quebra insuportável da equivalência ou a frustração definitiva da finalidade contratual objetiva.⁵¹

Nesta seara, importante ressaltar-se que, em pesquisa jurisprudencial realizada para verificar se os magistrados aplicam o princípio da onerosidade excessiva aos contratos de *shopping center*, constatou-se que a tendência é de sua não aplicação, entendendo-se que o próprio negócio tem seus riscos inerentes, especialmente devido às características ímpares deste tipo de contrato de locação, em que as cláusulas podem ser livremente pactuadas – características que serão minuciosamente abordadas no próximo capítulo deste trabalho. Desta forma, em nenhum dos acórdãos encontrados, logrou-se êxito em demonstrar fatos supervenientes capazes de ensejar a aplicação do referido princípio aos contratos locatícios de *shopping center*.

SHOPPING CENTER Locação Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor Ausência de causa para a revisão do contrato Cláusulas pactuadas no livre exercício da vontade Sem imprevisibilidade para os encargos decorrentes da locação Negócio de natureza especial e com previsão de contraprestações específicas Razoabilidade na fixação das

⁵⁰ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 32.

obrigações Cláusulas idôneas Ausência dos pressupostos para a reparação civil. Apelação não provida.⁵²

Locação de imóveis. Rescisão contratual. Pacto voltado à promessa de locação de espaço em *shopping center* a ser construído pelo réu. Pagamento do preço firmado em contrato adjeto de cessão do direito de uso da infra-estrutura técnica do empreendimento pelos autores. Construção do *shopping center*. Ausência de descumprimento da obrigação contratualmente assumida pela ré em razão da inviabilização do empreendimento decorrente da alta do dólar americano em 1999. Teoria da imprevisão e reconhecimento da onerosidade excessiva. Inaplicabilidade diante da superficialidade da valorização do real frente à moeda norteamericana. Fato que, em verdade, se mostrou previsível. Rescisão dos contratos e devolução das quantias pagas pelos autores Necessidade. Multa decorrente do inadimplemento e juros legais. Aplicação Necessidade. Recurso improvido.⁵³

AÇÃO REVISIONAL C/C RESTITUIÇÃO E RESSARCIMENTO DE VALORES. LOCAÇÃO DE LOJA EM *SHOPPING CENTER*. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. Descabimento, porque a recorrente foi excluída da ação de reconvenção e não da ação principal. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Inaplicável nas relações locatícias. LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTER*. Aplicação do art. 54 da Lei do Inquilinato. Não comprovada a alegada abusividade e/ou onerosidade excessiva. Também não restou demonstrada a ocorrência de circunstâncias supervenientes e imprevisíveis que autorizassem a alteração de cláusulas contratuais. Prova testemunhal e documental comprovou que houve um contrato livremente pactuado, que teve por fundamento a propaganda veiculada na mídia, inclusive sendo indicada a viabilidade do empreendimento. VALOR DOS ALUGUÉIS. Livremente assumido pela locatária, que ponderou sua viabilidade frente ao negócio a que se propunha implementar e às suas condições financeiras. BENFEITORIAS. Acordo possibilitando a retirada dos bens móveis e utensílios existentes na sala locada. NEGARAM PROVIMENTO.⁵⁴

O artigo 422 do Código Civil, por sua vez, preceitua que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Para Orlando Gomes, o princípio da boa-fé está mais relacionado à interpretação do contrato do que à sua estrutura. Segundo este princípio, há de se atentar mais à intenção manifestada na declaração de vontade do que à literalidade da linguagem, ao interpretar-se os contratos. Empresta-se, ainda, outro significado a

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 9221736-30.2006.8.26.0000**. Relator: Des. Sá Moreira de Oliveira. Publicado no DJ de: 02/08/2011.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 9186298-11.2004.8.26.0000**. Relator: Des. Rocha de Souza. Publicado no DJ de: 11/03/2010.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70014930598**. Relator: Des. Ergio Roque Menine. Publicado no DJ de: 16/05/2006.

este princípio, conforme expresso no Código alemão, onde diz-se que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.⁵⁵

Pode-se concluir, de forma resumida, portanto, que o contrato é um acordo de duas ou mais vontades, estabelecedor de direitos e obrigações recíprocos, no qual prevalece o princípio da autonomia da vontade, limitado pela ordem pública, interpretado sob a ótica da boa-fé, ao qual se aplicam, também, os demais princípios aqui já discorridos.

2.2. Contratos típicos e atípicos

Uma classificação fundamental a este estudo é feita entre os contratos típicos e atípicos. A discussão acerca da natureza jurídica do contrato principal existente entre lojista e empreendedor do *shopping center* invariavelmente envolve estes conceitos, pois a grande controvérsia é se este é um contrato atípico, *ex novo*, ou um contrato de locação *sui generis*.

A distinção em foco tem origem no direito romano, e equivale à classificação entre contratos nominados e inominados. Os nominados, ou típicos, são aqueles previstos e regulados em lei.⁵⁶

O Código Civil regumenta, em vinte capítulos, vinte e três contratos nominados: compra e venda, troca, contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo, prestação de serviço, empreitada, sociedade, depósito, mandato, comissão, agência, distribuição, corretagem, transporte, constituição de renda, seguro, jogo, aposta, fiança, transação e compromisso.⁵⁷

Em relação aos contratos inominados, ou atípicos, Gonçalves define os primeiros como aqueles que não têm denominação própria, e os segundos como os que não têm regulação legal própria:

⁵⁵ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 46.

⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. v. 1. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 106.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 90.

Contratos inominados são, pois, os que não têm denominação própria. A rigor, tomada ao pé da letra, a expressão contrato inominado equivaleria a contrato que não tem um nome no ordenamento jurídico.

Contratos atípicos são os que resultam de um acordo de vontades, não tendo, porém, as suas características e requisitos definidos e regulados na lei. Para que sejam válidos basta o consenso, que as partes sejam livres e capazes e o seu objeto lícito (não contrariem a lei e os bons costumes), possível, determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica.⁵⁸

Para ele, portanto, há diferença teórica entre as classificações mencionadas. No entanto, na prática tem-se que os contratos atípicos são os inominados, e os contratos típicos são nominados.

O art. 425 do Código Civil preceitua: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código”.

Fran Martins resumidamente define que contratos típicos ou nominados são os que têm regras jurídicas próprias e denominação estipulada em lei.⁵⁹

Sobre a origem dos contratos atípicos, Alves e Milhomens lecionam que eles surgem devido à necessidade imposta pela vida moderna, com o surgimento de novas formas de comércio, que demandam formas contratuais ainda não conhecidas e estratificadas:

O surgimento dos contratos atípicos deve-se, naturalmente, à necessidade que a vida moderna impõe, como o desenvolvimento do comércio em formas novas, até o aparecimento de produtos industriais que facilmente passam ao consumo das pessoas das mais variadas classes sociais. O comércio sugere formas de contrato ainda não conhecidas e estratificadas. O recurso aos modelos existentes é natural. A novidade, porém, cria novos tipos, à semelhança do paradigma ou mais ou menos dependentes.⁶⁰

Portanto, pode-se afirmar que o dinamismo do comércio é que justifica o surgimento dos contratos atípicos, eis que novas tecnologias e novas práticas mercantis criam necessidades de haver contratos que não tenham estrutura prevista legalmente na sua integralidade.

⁵⁸ *Idem. Ibidem.* p. 91.

⁵⁹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais.** Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 90.

⁶⁰ ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. *Op. cit.*, p. 74.

2.3. Aspectos gerais do contrato de locação

O artigo 565 do Código Civil define o contrato de locação como aquele pelo qual “uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”.

Gonçalves define o contrato de locação da seguinte forma:

Locação de coisas é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a conceder à outra o uso e gozo de uma coisa não fungível, temporariamente e mediante remuneração. [...] Trata-se de contrato que sempre desfrutou de enorme prestígio no direito privado, figurando hoje logo em seguida à compra e venda, no grau de utilização e importância no mundo negocial.⁶¹

Para Rogério Lauria Tucci e Álvaro Villaça Azevedo, a palavra locação é oriunda da expressão latina *locatio, onis* que significa locação, aluguel, arrendamento, contrato, remuneração, ato ou efeito de alugar. Teriam os romanos salientado que locação englobaria três espécies de contratos: locação de coisas (*locatio rerum*), locação de serviços (*locatio operarum*) e locação de obra ou empreitada (*locatio operis faciendi*).⁶²

Gomes entende que, atualmente, o sentido da palavra locação estreitou-se, sendo reservada para designar o contrato cuja causa é proporcionar a alguém o uso e gozo temporários de uma coisa restituível, em troca de retribuição pecuniária. Um dos traços característicos da locação, para o autor, é o regresso da coisa locada ao seu dono. Desta forma, a locação, hoje, é só de coisas, pois o serviço prestado fica pertencendo a quem pagou, não sendo suscetível de restituição.⁶³

Em Roma Antiga, justificava-se a equiparação dos serviços às coisas, por conta de que imperava economicamente o trabalho escravo. Atualmente, é repugnante à consciência coletiva esta equiparação. Inconcebível, assim, a ideia de que os serviços possam ser objeto de locação, e certa sob todos os pontos de vista a orientação atual no sentido de que o contrato de locação é restrito às coisas.⁶⁴

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 284.

⁶² TUCCI, Rogério Lauria; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Tratado de locação predial e urbana**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 25.

⁶³ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 319.

⁶⁴ *Idem. Ibidem*, p. 319.

Os elementos essenciais do contrato de locação são, segundo Pontes de Miranda, três: a) promessa (e conseqüente prestação) do uso, b) promessa (e conseqüente prestação) da retribuição, c) concordância sobre a duração, que pode ser por tempo indeterminado.⁶⁵

Gonçalves classifica o contrato de locação como: bilateral ou sinalagmático, por envolver prestações recíprocas; oneroso, pois a obrigação de uma das partes tem como equivalente a prestação que a outra lhe faz; consensual, por se aperfeiçoar com o acordo de vontades, gerando um direito de crédito ou pessoal; comutativo, eis que não envolve riscos: as prestações são recíprocas e não aleatórias – desde o início as vantagens de cada um dos contratantes são conhecidas e não permanecem na dependência de uma álea; não solene, por ter forma livre, não lhe sendo exigida forma pré-determinada, podendo ser escrito ou verbal; e, por fim, de trato sucessivo ou de execução continuada, prolongando-se no tempo: as prestações são periódicas, não se extinguindo com o pagamento.⁶⁶

Tucci e Azevedo concluem que, sendo o contrato de locação de caráter oneroso, em detrimento da cessão do uso ou do “uso e fruição” de um objeto, pelo locador ao locatário, deve este pagar àquele uma determinada retribuição – o aluguel. Não é obrigatório, no entanto, que seja sempre representado por dinheiro.⁶⁷

Gonçalves acentua que a remuneração é essencial para a configuração do contrato de aluguel, pois de outra forma ter-se-ia o comodato. Diz ainda que a estipulação desta remuneração não pode ser deixada ao arbítrio exclusivo de um dos contratantes, devendo ser fixado pelas partes, por arbitramento (administrativo ou judicial), ou por ato governamental:

O preço, denominado aluguel ou remuneração, é essencial para sua configuração, pois haverá comodato, e não locação, se o uso e gozo da coisa forem cedidos a título gratuito, como retro mencionado. Será fixado pelas partes ou mediante arbitramento administrativo ou judicial, ou ainda imposto por ato governamental, como no caso dos táxis e dos prédios urbanos. Pode ainda depender de concorrência pública, nas locações de bens da União (Dec.-Lei n. 9.760, de 5-9-1946, art. 95, parágrafo único). Não pode, todavia, a sua estipulação ser deixada, potestativamente, ao arbítrio exclusivo de um dos contratantes.⁶⁸

⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito predial**. v. IV. Rio de Janeiro: José Konfino, 1952, p. 48.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 286.

⁶⁷ TUCCI, Rogério Lauria; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 151.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 287.

Assim, é necessário que o aluguel seja conhecido de antemão, ou seja, fixado desde logo. É indispensável que as partes acordem sobre o aluguel, estabelecendo uma retribuição determinada – fixa ou determinável segundo critério previamente estabelecido – pela utilização da coisa locada.

2.4. Natureza jurídica dos contratos em *shopping center*

Há grande controvérsia acerca desta questão, existindo muitas divergências entre os autores que abordam o assunto. São intensos os debates sobre a natureza desta relação jurídica, havendo grandes juristas defendendo cada uma das teorias existentes.

Ulderico Pires dos Santos afirma que os contratos de *shopping center* são de adesão, com plena anuência das partes.⁶⁹ Orlando Gomes, abordando os contratos de adesão, assevera que caracterizam-se por permitir que seu conteúdo seja pré-constituído por uma das partes, eliminada a livre discussão que precede normalmente à formação dos contratos: uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica.⁷⁰

As opiniões sobre a natureza jurídica dos contratos de *shopping center* podem ser divididas em duas grandes correntes distintas: uma que enxerga na dita relação um caráter locatício, e outra que sustenta não se tratar de uma locação. Na segunda corrente, alguns vislumbram que há uma sociedade em conta de participação, e outros entendem caracterizado um contrato atípico, não regulamentado e nem previsto em lei, *ex novo*.

A importância da questão é grande, para definir-se qual a lei aplicável às relações entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*. Para os que

⁶⁹ SANTOS, Ulderico Pires dos. **Teoria e prática da locação imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense: 1995, p. 123.

⁷⁰ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 123.

defendem a existência de fundo societário, cabe a aplicação judicial de normas atinentes às sociedades em conta de participação. Os que vislumbram natureza locatícia nestes contratos defendem a aplicação da Lei do Inquilinato, no que esta couber. E para os que aduzem a atipicidade do contrato em tela, prevalece a defesa da aplicação, por analogia, das regras referentes também à locação, embora esteja tal contrato no âmbito geral das obrigações.

Dentre os que defendem não ser de natureza locatícia a relação entre os lojistas e empreendedores em *shopping centers*, tem destaque Orlando Gomes. Ele defende a tese de que há um contrato atípico, *ex novo*, distinto da locação e de qualquer outro previsto em nosso ordenamento jurídico, com o lojista assumindo obrigações que não são próprias de um locatário. Sua concepção é de que o intento das partes é diferente da cessão de uma parte à outra do gozo de uma coisa em troca de certa remuneração em dinheiro: seria, para ele, a obtenção de ganhos a partir do sucesso comercial de cada unidade isolada.⁷¹

A causa econômica desse contrato seria, então, diferente daquela que orienta a locação. Para o autor mencionado, é impossível confundirem-se as premissas desse tipo contratual com uma locação, porquanto esta jamais possui o intuito de alinhar locador e locatário do mesmo lado. Ele defende que há duas ordens de interesses, o particular do dono do estabelecimento comercial e o interesse comum dos locatários, cabendo ao empreendedor discipliná-los. São suas palavras:

Traços de autonomia desse contrato relativamente ao de locação podem, afinal, ser sumariados, projetados de ângulos diversos, todos próprios ou discrepantes, tais como os seguintes: 1) a forma de remuneração do uso e gozo das unidades destinadas a exploração comercial; 2) o reajustamento trimestral do *soi disant aluguem* mínimo; 3) a fiscalização da contabilidade das lojas pelos concedentes do seu uso para o fim de verificar a exatidão do chamado "aluguel percentual", bem como a sua incidência para a cobrança da diferença no caso do seu valor ser superior ao do aluguel mínimo; 4) a fixação uniforme e antecipada do critério a ser observado para determinar a majoração do "aluguel" mínimo no tempo da renovação do contrato; 5) a incompatibilidade entre o critério de arbitramento do aluguel nas verdadeiras locações para fins comerciais, aplicado nas renovatórias, e o denominado "aluguel" percentual; 6) o cunho mercantil desse "aluguel" como suporte da lucratividade do empreendimento; 7) a desvinculação entre a atividade comercial e o uso efetivo da loja para efeito de remuneração deste, exigível antes de ser iniciada aquela; 8) a vigência de proibições e práticas ligadas ao uso da loja, derivadas da circunstância de se integrarem num sistema; 9)

⁷¹ GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um "*shopping center*". **Revista dos Tribunais**, v. 576, outubro de 1983, p. 17.

a proibição de cessão da posição contratual, nula ou impugnável na locação, mas admitida no contrato com o *shopping center*, por entender com a sua organização e funcionamento; 10) a ingerência de terceiro no exercício do direito do titular do uso da loja, como sucede com o intrometimento da Associação a que é obrigado a se filiar, criando-se um vínculo tão apertado que a sua exclusão é admitida como causa de rescisão do contrato; 11) a cooperação do concedente (o *shopping center*) nas promoções para ativação das vendas e sua participação em campanhas publicitárias; 12) a convergência de interesses no contrato; 13) a imutabilidade orgânica do gênero de atividade do lojista – e tantos outros significativos da diferença entre o contrato estudado e a locação.⁷²

João Carlos Pestana de Aguiar Silva expõe objeções à posição de Orlando Gomes, formulando questionamentos acerca de que regras teriam de ser aplicadas caso fosse adotado o entendimento deste autor:

A ser adotado esse seu entendimento, de que é um contrato absolutamente atípico, vamos ou não cair nas regras gerais do Direito das Obrigações? Teremos, terminado o prazo contratual, uma ação contra o locatário, que não seria locatário, seria ocupante e passaria a ser, de imediato, esbulhador? Seria ação de reintegração de posse? A situação do mesmo ficaria aflitiva, porque, para se instalar num *shopping* ele certamente despendeu capital apreciável, porque a montagem de suas instalações guarda, em regra, certo requinte. Logo, o locatário ficaria em situação aflitiva, porque não teria segurança alguma (...) De outro modo, o locatário sofrerá uma ação de reintegração de posse contra si, com direito até à concessão de medida liminar. Perguntaríamos o que o grande Prof. Orlando Gomes diria a esse respeito. Outro aspecto seria o seguinte: a partir daqui para o futuro, não haverá mais novos empreendimentos de *shopping centers*, porque nenhum comerciante se instalará em seus módulos, pois não vai assumir uma despesa considerável para a montagem do seu negócio para correr o risco de, terminado o prazo contratual, ser posto na rua. Ele não terá segurança alguma.⁷³

De fato, analisando-se as cláusulas listadas por Orlando Gomes, percebe-se que são relativas à locação, aluguel, despesas do tipo condominial e de regimento interno em edifício de condomínio; isto é, são normais também nas locações comerciais de porta de rua, e não se vislumbra nenhuma que retire a relação locatícia do contrato em tela. Não se pode negar, no entanto, que adicionam novas características ímpares a estes contratos, diferenciando-o do contrato de locação puro.

Em relação aos autores que advogam a ideia de que a relação jurídica em comento é de natureza de sociedade em conta de participação, seu fundamento é

⁷² GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 24-25.

⁷³ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Anotações sobre o mundo jurídico dos *shopping centers*. In: **Shopping centers (questões jurídicas)**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 34.

que há um interesse comum entre empreendedor e lojista de *shopping center*. Alexandre Agra Belmonte entende que há um contrato de sociedade em conta de participação atípico nessa relação jurídica. Ele explica que esse tipo de sociedade admite, como cláusula atípica, a não participação do empreendedor nos prejuízos sofridos pelo lojista.⁷⁴

Luís Antônio de Andrade, por sua vez, leciona que o aluguel em percentual sobre o rendimento não desconfigura a relação de locação, nem configura qualquer tipo de sociedade, utilizando-se de fortes argumentos. Vejamos:

A circunstância, já tantas vezes assinalada, de ajustarem as partes o pagamento do aluguel – ou seja, a retribuição – em percentual sobre o rendimento periódico obtido não desnatura a relação locatícia, nem configura qualquer espécie de sociedade, ainda que em conta de participação.

A razão fundamental está em que, quer quando o aluguel se compõe de uma parte fixa e outra variável, quer quando se estipule apenas através de percentual, resta excluída, de qualquer sorte, a possibilidade de participação do locador nas eventuais perdas sofridas pelo locatário. Ora, é conceitualmente inconcebível a existência de sociedade em que um dos sócios não participe dos prejuízos.⁷⁵

Lemke, compartilhando da mesma opinião, enfatiza que não há o essencial elemento à configuração de uma sociedade, a *affectio societatis*, nas relações entre empreendedor e lojista em *shopping centers*. Isto porque o empreendedor jamais participa dos prejuízos dos lojistas – ele tem garantido o aluguel mínimo, e o percentual sobre o faturamento bruto, sem arcar com qualquer risco de prejuízo.⁷⁶

Há de se ressaltar que a opinião de Orlando Gomes, já apresentada, de que a relação em tela é de um contrato absolutamente atípico, *ex novo*, é anterior à Lei do Inquilinato – lei n. 8.245/91. Esta lei veio a afastar qualquer dúvida de que a relação neste caso é de locação, cabendo, inclusive, ação renovatória. Segundo esta lei, não desfigura a relação principal de locação o fato de se acrescentar na avença outros pactos típicos ou atípicos. Os procedimentos e princípios dessa lei são aplicáveis nas relações dessa modalidade de locação, tais como as ações

⁷⁴ BELMONTE apud LEMKE, Nardim Darcy. *Shopping center: questões jurídicas e contratuais*. Blumenau: Acadêmica, 1999, p. 49.

⁷⁵ ANDRADE, Luís Antônio de. Considerações sobre o aluguel em “*shopping centers*”. *Revista dos Tribunais*, v. 572, jun. 1983, p. 15.

⁷⁶ LEMKE, Nardim Darcy. *Op. cit.*, p. 51-52.

renovatórias, de despejo, de consignação e de revisão de aluguel. Em seu artigo 54, *caput*, criou-se um precedente positivado sobre a natureza jurídica das locações em *shopping center*:

Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

Washington de Barros Monteiro, no mesmo norte, assevera, em citação de Pinto Ferreira⁷⁷: “Esse contrato é, desenganadamente, o de locação, embora com algumas peculiaridades, que todavia, não chegam a descaracterizá-lo.”

O consagrado doutrinador Caio Mário da Silva Pereira compartilha da opinião de que, mesmo havendo elementos acidentais na sua tipologia, o contrato em comento é de locação:

A propósito da caracterização jurídica deste contrato reina certa controvérsia. A mim me parece que se trata de um vero e próprio contrato de locação. O que tem levado a pô-lo em dúvida tem sido imiscuir, na sua tipologia, elementos acidentais.

Fundamentalmente, locação, em nosso e alheio Direito, é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente a outra o uso e gozo de uma coisa, mediante remuneração.

À luz desse conceito, que, sem sombra de generalização duvidosa, é presente em todos os sistemas ocidentais, a cessão do uso dos salões do *shopping center* constitui um contrato de locação. Nele estão presentes os elementos essenciais – *essentia negotii*: a coisa, *res*, objetivada no salão com todos os acessórios e dependências; o preço, *pretium*, fixado na remuneração; o consentimento, *consensus*, determinado pela utilização para o ramo de comércio do usuário, sob as condições e cláusulas estabelecidas. Tudo faz deste contrato uma locação – *locatio rerum*, integrada em nossa sistemática. É bem verdade que oferece peculiaridades. Mas estas, a meu ver, não eliminam a natureza locatícia do contrato.⁷⁸

Lemke considera que o tipo legal deve ter uma abrangência: “O modelo legal sempre há de ser genérico, nunca um capuz de aço, sob pena de raramente existirem contratos típicos no mundo real. Apenas quando na essência, o contrato não se amolda ao tipo legal é que estaremos diante de um contrato atípico, como se causa fosse diversa daquela do modelo legal”.⁷⁹

⁷⁷ MONTEIRO, Washington de Barros apud FERREIRA, Pinto. *Op. cit.*, p. 223.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: aspectos jurídicos. Revista dos Tribunais*, 1984, p. 77.

⁷⁹ LEMKE, Nardim Darcy, *Op. cit.*, p. 68.

Outrossim, a definição legal do contrato de locação, no Código Civil pátrio é perfeitamente compatível com a relação principal havida entre empreendedores de *shopping center* e lojistas:

Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Ladislau Karpát considera que, de acordo com a legislação inquilinária, a remuneração do contrato de locação de *shopping center* pode ser estipulada de forma diversa da comumente adotada:

Na legislação inquilinária, proibição nenhuma há, que nas locações comerciais se estipule uma renda, de forma diversa, da comumente adotada, e esta remuneração *sui generis* possa ser mais abrangente nas lojas situadas em *shopping centers*. Este raciocínio encontra reforço se considerarmos que nos *shoppings* os empreendedores não dão ou locam simples espaços, mas sim conferem ao locatário toda uma gama de outros serviços complementares às lojas, tendentes a atrair o maior público possível ao local. Serviços estes, que vão, desde a facilidade de estacionamento, segurança no local até os espaços destinados à alimentação, embora explorados por outras empresas. A implantação de todos esses serviços exigiu do empreendedor um investimento inicial grande, não só pela maior complexidade do empreendimento em si, mas também pela maior área necessária a ser utilizada.⁸⁰

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é, atualmente, pacífico no sentido de que a relação discutida é de natureza locatícia, aplicando-se, invariavelmente, a Lei do Inquilinato:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM *SHOPPING CENTER*. INCIDÊNCIA DA LEI DO INQUILINATO.

1. A Lei do Inquilinato aplica-se aos contratos de locação de espaço em *shopping center* (Inteligência dos artigos 1º, 52, parágrafo 2º, e 54 da Lei nº 8.245/91).
2. Embargos de divergência rejeitados.⁸¹

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. *SHOPPINGCENTER*. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI Nº 8.078/90. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI DO INQUILINATO. LEI Nº 8.245/91.

1. Esta Corte firmou compreensão de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locativos.

⁸⁰ KARPAT, Ladislau. *Op. cit.*, p. 27.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência no recurso especial 331365 / MG**. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. DJe: 06/08/2008.

2. Aos contratos de *shopping center* aplica-se a Lei do Inquilinato (art. 54 da Lei nº 8.245/91).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁸²

Mesmo sem tirar do contrato de locação em *shopping center* o aspecto locatício propriamente dito, Mamede considera que há, na realidade, um contrato misto, no qual existem concomitantemente a locação de imóvel e a prestação de serviços mercadológicos:

Em fato, há no contrato misto oferecido pelos empreendedores e/ou administradores de *shopping center* duas relações essenciais que se somam, cada qual a justificar uma remuneração própria: a locação do imóvel (remunerada pelo aluguel ou, como se lê nos contratos, aluguel mínimo, calculado sobre a área da loja) e a prestação de serviços mercadológicos, que se remunera de forma específica, em geral, pelo estabelecimento de um contrato de parceria mercantil, por meio do qual o lojista se obriga à entrega de um percentual de seu faturamento (motivo pelo qual é chamado, nos contratos, de aluguel percentual), tomando, destarte, o contorno de uma cláusula de sucesso ou cláusula de desempenho, a permitir o empreendedor/administrador participar dos resultados do lojista.⁸³

Fábio Ulhoa Coelho compartilha da mesma opinião, afirmando que há aspectos bastante específicos neste tipo de contrato, mas sem que se lhe descaracterize a natureza locatícia. Para o autor, o que distingue o empreendedor de *shopping center* dos empreendedores imobiliários comuns é a organização da distribuição da oferta de produtos e serviços centralizados em seu complexo, ou seja, o *tenant mix*. “A ideia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, em um mesmo local, de cômodo acesso e seguro, a mais ampla gama de produtos e serviços”.⁸⁴

Desta forma, conclui-se que, de fato, o contrato principal entre empreendedores e lojistas de *shopping centers* apresenta uma natureza locatícia, mas não somente ela. Aliada à natureza locatícia, existe também a natureza de prestação de serviço mercadológico, pois enquanto um mero locador apenas loca o seu espaço físico, o empreendedor de *shopping* organiza o *tenant mix*.⁸⁵

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 706211 / RS**. Relator: Min. Paulo Gallotti. DJ: 05/11/2007.

⁸³ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, v. I. São Paulo: Atlas, 2004, p.282.

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89-90.

⁸⁵ *Idem. Ibidem.* p. 88.

Encontram-se, na jurisprudência, afirmações do tipo “o contrato de locação que envolve a relação entre o lojista e o empreendedor de *shopping center* é atípico e complexo”.⁸⁶

Na realidade, comete-se, aí, uma impropriedade técnica, pois além de chamar o contrato como “de locação”, se o está classificando como atípico; ou seja, duas concepções que se contradizem. O que se quer dizer com a expressão, na realidade, é exatamente o que foi exposto nos parágrafos anteriores: que, além da natureza locatícia, se verificam nestes contratos certas peculiaridades que o diferenciam do contrato de locação “puro”.

Aplica-se, portanto, a estes contratos, a Lei do Inquilinato, de uma forma peculiar, sempre se tendo em mente o seu artigo 54, que estabelece que, nas locações em *shopping centers*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos. Esta aplicação peculiar da Lei do Inquilinato aos contratos de locação em *shoppings* será abordada no próximo tópico.

2.5. A locação em *shopping center* na lei do inquilinato

A Lei do Inquilinato (lei n. 8.245/91) traz, em seus artigos 52 e 54, dispositivos referentes à locação em *shopping center*, estabelecendo, embora superficialmente, princípios basilares desta modalidade contratual.

No art. 54, a referida lei consagra o princípio da autonomia da vontade como regra geral de regulação das relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, estabelecendo:

Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em *shopping center*:

a) as despesas referidas nas alíneas a, b e d do parágrafo único do art. 22; e

b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n. 70008723892**. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Publicado no DJ de 25/08/2004.

2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.

Segundo Ulderico Pires dos Santos, o legislador cuidou em não tocar na substância locatícia do contrato, admitindo e proclamando a prevalência das condições livremente pactuadas nos respectivos contratos de locações desse gênero, apenas regulando as condições procedimentais.⁸⁷

Sobre a segunda parte do caput do artigo mencionado, que dispõe, *in verbis*: “[...] e as disposições procedimentais previstas nesta lei”, Miranda manifestou-se no sentido de que sobre os contratos de locação, a lei 8.245/91 tem aplicação obrigatória somente no que tange às normas de direito procedimental ou processual:

[...] através deste dispositivo a lei estabelece que neste tipo de relação, serão de observância obrigatória as normas legais de direito procedimental ou processual, mas não as de direito material. Este entendimento resulta do fato de a lei dispor que prevalecerão as condições contratuais livremente pactuadas “e as disposições procedimentais previstas nesta lei”. Quer isso dizer que as disposições que não sejam procedimentais, ou seja, as de direito processual, mas sejam-no de natureza substantiva, isto é, de direito material, não prevalecem, em regra, sobre o que tiver sido livremente pactuado, precisamente porque a lei as encara como supletivas, na medida em que só são chamadas a intervir na falta de regulamentação contratual e isto até onde sejam aplicáveis às locações específicas das unidades comerciais ou lojas em *shopping centers*.⁸⁸

Já o art. 52, em seu parágrafo segundo, ressalva que o empreendedor não pode recusar a renovatória sob o argumento de desejar utilizar o imóvel para uso próprio ou destiná-lo a fundo de comércio de empresa existente há mais de um ano, de que ele usou ou seus familiares façam parte como sócios:

Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se:

I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade;

II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

⁸⁷ SANTOS, Ulderico Pires dos. *Op. cit.*, p. 123.

⁸⁸ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Op. cit.*, p. 152-153.

1º Na hipótese do inciso II, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences.

2º Nas locações de espaço em *shopping centers*, o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo.

3º O locatário terá direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver que arcar com mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar. (grifei)

Nardim Darcy Lemke afirma que a exclusão deste direito do locador decorre das finalidades do empreendimento. Para ele, o empreendedor de um *shopping center* não pode ter interesse na retomada para uso próprio, por conta de o espaço ter sido organizado para que seus espaços fossem locados a terceiros, e não seria razoável, assim, que ele pudesse retomar a loja locada. Sem dúvida, é uma restrição ao empreendedor, mas não há impedimento a que ele retome a loja para alterar o mix do *shopping*, desde que previsto contratualmente, dada a ampla liberdade contratual, nos limites da legislação, autorizada pelo art. 54, caput, conforme será demonstrado na sequência.⁸⁹

Custódio da Piedade Ubaldino Miranda comenta que, embora haja quem sustente a inconstitucionalidade deste dispositivo legal, na parte em que afasta o direito do locador de opor-se à renovação do contrato de locação quando queira exercer o mesmo ramo de atividade do locatário, com base no “direito constitucional de propriedade”, não se pode entender de tal forma, porque a lei ordinária pode estabelecer limites a este direito – desde que tais limites não conflitem com o texto constitucional. O autor afirma ainda que o desiderato de proteger o aviamento dos lojistas é perfeitamente compatível com a função social da propriedade, também de cunho constitucional, a ser entendida numa acepção ampla, em que se inclui a função sócio-econômica, também importante ao interesse da coletividade.⁹⁰

Venosa, no entanto, enxerga incompletude na lei supracitada no que tange aos *shopping centers*. Ele aduz que, à primeira vista, pode parecer que

⁸⁹ LEMKE, Nardim Darcy. *Op. cit.*, p. 184.

⁹⁰ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Locação de imóveis urbanos**: comentários à lei n. 8.245, de 18-10-1991. São Paulo: Atlas, 1996, p. 149.

prevalecerão as condições livremente pactuadas em locações de *shopping center*, mas na realidade, as próprias referências aos parágrafos do art. 54 demonstram que a Lei do Inquilinato é, de fato, aplicada às locações entre lojistas e empreendedores de centros comerciais. O artigo examinado enfoca que eventualmente não se aplicam os dispositivos da lei que não se harmonizem com essa modalidade de investimento. Na locação de *shopping center*, as condições extraordinárias, que não se amoldam perfeitamente às regras de locação em geral, são ressalvadas como válidas pela própria lei.⁹¹

Sobre o parágrafo primeiro do artigo 54 (já colacionado), Santos expõe as proibições impostas ao empreendedor do *shopping* quanto à cobrança dos locatários:

Ainda, no art. 54, em seu § 1º, a lei proíbe, por exemplo, o empreendedor do estabelecimento de cobrar dos locatários: a) as obras de reforma ou acréscimo do prédio que interessem a sua estrutura integral; b) a pintura das fachadas, empenas, poços de aeração, iluminação, e as das esquadrias externas; c) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados ocorridas em datas anteriores ao início da locação; d) as despesas que tiver de fazer para substituir os equipamentos que importem em modificação do projeto ou do memorial descritivo da data do “habite-se”; e) as despesas que tiver com as obras de paisagismo nas partes de uso comum (art. 22, parágrafo único, letras a,b e d e letra b, §1º do art. 54).⁹²

Venosa entende que os dispositivos acima relacionam as despesas extraordinárias de condomínio. Segundo o autor, a lei permite, assim, por exceção, que se cobrem dos locatários algumas dessas despesas extraordinárias. Excluindo-se as mencionadas na lei, podem, a *contrario sensu*, ser cobradas do locatário lojista as despesas referentes a obra destinada a repor as condições de habitabilidade do edifício, de instalação de equipamentos de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer, e para constituição de fundo de reserva. O autor aduz que o legislador não dispôs de boa técnica legislativa na redação deste dispositivo ao expressar-se pela negativa, sendo que deveria ter deixado claro que se tratavam de exceções aplicadas à regra geral das locações condominiais.⁹³

⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 25.

⁹² SANTOS, Ulderico Pires dos. *Op. cit.*, p. 123.

⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 25.

Miranda expõe que, enquanto os proprietários de unidades condominiais são obrigados ao pagamento de despesas relativas às partes comuns ou indivisas, os lojistas de *shopping centers* são apenas possuidores das partes que ocupam neles, não fazendo sentido obrigar-lhes ao tipo de despesa referido por esse dispositivo legal. As obrigações dos lojistas são, em sua maioria, resultantes do contrato com o empreendedor do *shopping*, e não diretamente de lei, diferentemente do que ocorre nas locações comuns de imóveis.⁹⁴

Santos ressalta que o § 2º do art. 54 prevê que as despesas a serem cobradas dos locatários têm que estar previstas nos orçamentos de cada exercício – com exceção daquelas decorrentes de fato imprevisto e inesperado, para resguardar a coletividade de maiores prejuízos. A lei, aqui, busca evitar que os locatários sejam pegos de surpresa por despesas inesperadas.

Bushatsky argumenta no sentido de que a lei não logrou êxito em proteger devidamente os locatários, por não ter vedado: a cobrança de indenizações trabalhistas referentes a período anterior à locação (mesmo quando a dispensa for posterior à contratação) e o repasse aos locatários dos custos administrativos do empreendimento:

Se a ideia era proteger os locatários, faltou muito. Por exemplo, poderia a lei esclarecer que não se lhe cobriam as indenizações trabalhistas referentes a período anterior a locação, mesmo que a dispensa ocorresse após a contratação. Poderia igualmente, vedar o repasse aos locatários, do custo administrativo do *shopping* (afinal, não é o empreendedor remunerado com gordos alugueres exatamente por prestar esses serviços?), cobrando-lhes apenas os de manutenção e zeladoria. Aliás, surge uma curiosidade: o locatário está livre de pagar pela pintura das esquadrias externas, mas pagará pela substituição total delas (pois não há como qualificar tal obra como interessante à “estrutura integral do prédio”).⁹⁵

A leitura do texto colacionado acima pode induzir a pensar-se que o referido autor defendia unilateralmente a posição dos locatários, ao criticar o texto da Lei do Inquilinato no que se refere aos *shopping centers*. No entanto, o autor defende a ideia de que mesmo os empreendedores têm razão em apresentar descontentamento com os dispositivos legais em tela:

⁹⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Op. cit.*, p. 154.

⁹⁵ BUSHATSKY, Jaques. *Op. cit.*, p. 10.

Parece rigoroso concluir que a normatização do contrato em *shopping centers*, do modo como foi feita, é criticável por todos os interessados: aos *shopping centers*, certamente interessaria mais caracterizar o pacto como atípico, livrando-se das amarras legais dos contratos de locação, sempre agravados por periódicas e historicamente aguardadas novas leis emergenciais; aos lojistas, melhor seria completar o elenco de proteções legais, talvez simplesmente lhes assegurando os direitos dos locatários comerciais.⁹⁶

Miguel, por sua vez, afirma que as regras introduzidas pela Lei do Inquilinato não modificaram significativamente as relações contratuais entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*. Para a autora, as regras positivadas são de menor importância, e objetivam evitar abusos por parte dos empreendedores. Ela concorda, no entanto, com Bushatsky ao afirmar que, para que os abusos por parte dos empreendedores fossem realmente evitados, inúmeras outras regras teriam que ser positivadas, mas ressalta que a fixação de maior número de normas poderia comprometer a dinâmica deste tipo de empreendimento⁹⁷. Nas suas palavras:

De acordo com suas possibilidades, agiu bem o legislador. Introduziu algumas regras básicas a serem observadas pelas partes, sem influir na estrutura do negócio. A regulamentação imposta ofereceu certas garantias sem prejudicar o funcionamento do *shopping center*.⁹⁸

Desta forma, pode-se concluir que a Lei do Inquilinato buscou introduzir regramento simples à relação contratual existente entre os empreendedores e lojistas dos *shopping centers*. Grosso modo, os dispositivos apresentados consistem em um mínimo de garantias aos lojistas, sendo que os detalhes mais significativos da relação em tela são definidos contratualmente, com nítida expressão do princípio da autonomia da vontade.

⁹⁶ BUSHATSKY, Jaques. *Op. cit.*, p. 10.

⁹⁷ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 172.

⁹⁸ *Idem.* *Ibidem.* p. 173.

3. ASPECTOS PECULIARES DAS LOCAÇÕES EM *SHOPPING CENTER*

Neste capítulo, serão abordados os seguintes aspectos peculiares das locações em *shopping centers*, que, muito embora não estejam presentes nos contratos de locação “puros”, ou “típicos”, não tem o condão de retirar dos contratos de *shopping* a sua natureza locatícia: ação renovatória, restrição à cessão da locação, aluguel percentual, possibilidade de fiscalização do faturamento do lojista por parte do empreendedor, e *res sperata*.

Pode-se afirmar que essas peculiaridades resultam da necessidade de disciplinar as relações entre empreendedor e lojistas, de modo a alcançar o equilíbrio financeiro do empreendimento, o que repercute favoravelmente para todos.

Há de se ter em mente, também, que, reiteradamente, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela não aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de locação em *shopping centers*. Observa-se, assim, como a interpretação jurisprudencial desses contratos leva em conta os interesses empresariais de todas as partes envolvidas, ratificando a ideia já exposta de que há mais nestes contratos do que tão-somente a relação locatícia, sem, no entanto, descaracterizá-la.

3.1. Ação renovatória

O direito de renovação compulsória de contratos comerciais foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n. 24.150, de 1934. Conhecido como “Lei de Luvas”, o referido decreto visava a proteção do fundo de estabelecimento comercial, e disciplinava a renovação compulsória de contratos, desde que obedecidos certos requisitos.

O surgimento dos *shopping centers* fez com que a doutrina questionasse a aplicabilidade da ação renovatória aos contratos de locação estabelecidos entre

lojistas e empreendedor. A jurisprudência, à época, tendia a aceitar a renovatória nestes contratos.⁹⁹

A lei n. 8.245, Lei do Inquilinato, quando passou a vigorar em 1991, revogou expressamente a Lei de Luvas, sem, no entanto, alterar significativamente o conteúdo dela no que tangia à ação renovatória de locação empresarial. Houve apenas um aperfeiçoamento da proteção do fundo de estabelecimento comercial, abrangendo, a nova lei, alguns entendimentos jurisprudenciais.¹⁰⁰

Marcelo Andrade Féres leciona que o artigo 51¹⁰¹ da referida lei estabelece os requisitos necessários para que tenha lugar a ação renovatória de locação em *shopping Center*.¹⁰²

Féres ressalta que é necessária a cumulatividade dos requisitos previstos no referido artigo. Para ele, “não basta o aperfeiçoamento de apenas alguns dos itens da lei, para ensejar a renovação; é imprescindível a reunião de todos os requisitos”.¹⁰³

⁹⁹ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁰ Idem. *Ibidem*. p. 173.

¹⁰¹ Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

§ 1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.

§ 2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade.

§ 3º Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub-rogado no direito a renovação, desde que continue no mesmo ramo.

§ 4º O direito a renovação do contrato estende - se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo.

§ 5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.

¹⁰² FÉRES, Marcelo Andrade. Locação em “*shopping center*” no direito brasileiro. **Repertório de jurisprudência IOB**. nº 24/2002, p. 655.

¹⁰³ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 655.

O artigo 52 da citada lei deixa clara a possibilidade de utilização da ação renovatória pelo lojista de *shopping center*. O texto do parágrafo 2º deste artigo veda expressamente o locador de espaço em *shopping center* a utilizar-se da defesa prevista em seu inciso II, colocando o empreendedor entre os possíveis réus na ação renovatória, e admitindo o respectivo lojista entre os autores desta:

Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se:

I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade;

II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

1º Na hipótese do inciso II, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences.

2º Nas locações de espaço em *shopping centers*, o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo.

3º O locatário terá direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver que arcar com mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar.

Miguel esclarece que, segundo o parágrafo 2º do colacionado art. 52 da lei do Inquilinato, o empreendedor de *shopping center* não poderá eximir-se de renovar a locação para que ele próprio se utilize da loja ou do fundo de comércio. Discorre a autora neste sentido:

Em síntese, terá o locador de espaços em *shopping center* o direito a renovação do contrato, desde que apresente os requisitos impostos por lei. Além de conferir este direito ao lojista-locatário, a lei locacional ofereceu mais garantias ao lojista, que aos demais locatários. Impede o legislador que o locador em espaços de *shopping center* utilize todas as defesas previstas em lei para impedir a renovação do contrato. Neste ponto esteve atento às características especiais desta locação.¹⁰⁴

Essa limitação, segundo a referida autora, tem fundamento nas peculiaridades destes contratos. A natureza do negócio exercido pelo empreendedor, que é a locação dos espaços, é que implicaria neste impedimento. É

¹⁰⁴ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 173.

seu objetivo a locação dos imóveis, e seu lucro decorre desta locação, não perfazendo a vocação do empreendedor o exercício direto da atividade comercial.¹⁰⁵

O dispositivo legal supra comentado protege, portanto, o lojista-locatário de ser obstado de sua pretensão renovatória, sob a alegação de que o imóvel será utilizado pelo próprio locador, ou para composição de estabelecimento de sociedade, cuja maioria do capital seja de titularidade dele, de seu cônjuge, ascendente ou descendente, conforme já demonstrado. Questão mais delicada, sobre a qual a lei silencia, é acerca da possibilidade de recusa de renovação de locação, ao fundamento de que o locatário tem experimentado prejuízos continuados, ou sua presença tem comprometido os negócios do empreendimento. Isto é, se a renovatória pode ser negada com finalidade de controle, por parte do empreendedor do *shopping center*, de seu *tenant mix*. Fábio Ulhoa Coelho adverte que “a dinâmica característica desse tipo de empreendimento, em certas ocasiões, revela-se incompatível com a permanência de alguns negociantes”.¹⁰⁶

Coelho entende que, mesmo não havendo previsão legal, o empreendedor pode e deve opor-se à renovatória em tal situação, eis que o interesse maior da coletividade do *shopping center* não pode sucumbir em benefício de um único lojista:

A lei de locações, contudo, admite claramente a renovação compulsória do contrato de locação de espaços em *shopping centers* (LL, art. 52, § 2º). Deve-se ressaltar, contudo, que, se a renovação importa em prejuízo ao empreendimento, caberá a exceção de retomada. Trata-se de uma questão de fato, a ser provada pelo empresário titular do *shopping center*. Quando a tutela do direito de inerência redundar injustificável redução de receita do locador, por inadequação do negócio do locatário às evoluções do mercado de consumo, é decorrência da proteção constitucional do seu direito de propriedade o impedimento de renovação compulsória da locação.¹⁰⁷

Na mesma linha, para Miguel, “ao conferir ao lojista a possibilidade de renovação compulsória do contrato, uma vez observados os requisitos legais, coloca-se em risco a manutenção do *tenant mix* elaborado pelo empreendedor”.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Idem. Ibidem. p. 174.

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 114.

¹⁰⁷ Idem. Ibidem, p. 115.

¹⁰⁸ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 174.

Para a autora citada, o mix não é estático, e deve ser observado pelo empreendedor não só no momento de instalação do empreendimento, mas durante toda a sua vida. Assim, a observação do mercado poderá fazer com que o empreendedor queira trazer para o *shopping* algum lançamento que atraia o mercado consumidor, e tenha que não renovar com outros lojistas que não apresentem melhor aceitação. Aliás, este não é apenas um interesse do empreendedor, mas de todos os lojistas do empreendimento, interessados na manutenção do mix. Afinal de contas, a presença de um comércio no interior do *shopping* que não seja mais atraente aos consumidores é capaz de diminuir a sua capacidade atrativa, atingindo e prejudicando toda a coletividade.¹⁰⁹

A autora aponta o meio utilizado usualmente pelos empreendedores para manter a possibilidade de alterar o mix de lojas, quando necessário, é prevendo em contrato uma condição para que o locatário tenha direito à ação renovatória: um número mínimo de pagamentos de aluguéis superiores ao mínimo fixado:

Com o objetivo de assegurar poderes ao empreendedor para interferir no mix sempre que necessário, os contratos normalmente estabelecem como condição para que o locatário tenha direito de pleitear a renovação do contrato, um pagamento mínimo de aluguéis superiores ao mínimo fixado no contrato. Esta cláusula impede que um lojista com desempenho ruim, que tenha mantido seu aluguel frequentemente no mínimo fixado, seja desligado do conjunto.¹¹⁰

Cláudio Santos diz não parecer impossível a exigência contratual, pelo empreendedor, de bom desempenho do lojista. Para ele, basta haver uma cláusula estabelecendo padrão de conduta ao lojista: no caso, a fixação de um desempenho bom a ser apurado através dos aluguéis. Descumprida a referida cláusula, resolve-se o contrato por inexecução do mesmo, com base no artigo 9º da Lei do Inquilinato, que prevê que alocação poderá ser desfeita em decorrência da prática de infração legal ou contratual.¹¹¹

Maria Helena Diniz entende que a lei 8.245/91 só é aplicável desde que não conflitante com as cláusulas do contrato de *shopping center*, sendo a referida lei

¹⁰⁹ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 174.

¹¹⁰ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 174.

¹¹¹ SANTOS, Cláudio. A locação de espaços de *shopping center*. **Revista dos Tribunais**, n. 680, p. 17.

supletiva aos contratos, não se sobrepondo a estes. Para a autora, assim impede-se que a lei de locações afete a própria concepção de *shopping center*.¹¹²

Sob esse entendimento, pode-se concluir que prevaleceria a cláusula de impedimento à renovação, baseada no desempenho ruim do lojista, pelo motivo de ser necessária para a manutenção da concepção do empreendimento – o controle do *tenant mix*, afinal, é essencial para o empreendedor.

Já para Miguel, a legitimidade do dispositivo mencionado é duvidosa, uma vez que impõe obrigação que não depende exclusivamente da vontade do locatário para ser cumprida. Outros fatores podem ser invocados para justificar o seu descumprimento.¹¹³

Para discorrer-se acerca das normas procedimentais da ação renovatória, importante, primeiramente, ressaltar que o art. 54 da Lei n. 8.245/91 dispõe que “Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei”.

A compreensão que emerge da leitura do dispositivo é que, no que cuida aos direitos materiais, como já apontado, as partes têm ampla autonomia para fixá-los. No entanto, no tocante às normas procedimentais, as partes não têm opção de criar regras contratualmente. Elas devem se valer dos princípios e regras processuais trazidos pela lei n. 8.245/91, nos arts. 58 e seguintes. Entende-se, neste trabalho, essa é mais uma disposição que ratifica o caráter locatício das relações contratuais entre empreendedores de *shopping center* e lojistas.

Não é objeto deste trabalho abordar pontualmente as questões procedimentais atinentes à ação renovatória. Inobstante o colocado, é interessante pontuar que a ação renovatória deve ser proposta, impreterivelmente, dentro do primeiro semestre do último ano de vigência da locação, sob pena de decadência. Assim estatui o § 5º do art. 51 da Lei de Locações: “§ 5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor”.

¹¹² DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 42.

¹¹³ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 175.

3.2. Restrição à cessão da locação em *shopping center*

Em geral, os contratos de *shopping center* trazem a vedação de cessão de locação sem o prévio consentimento do locador. A impossibilidade de livre cessão de locação seria uma forma de respeitar o *tenant mix*. O fundo empresarial do *shopping center* nada mais é, para Miguel, que a perfeita sintonia entre os fundos de comércio dos lojistas.¹¹⁴

Para Amador Paes Almeida, o fundo de estabelecimento comercial é o conjunto composto pelos bens materiais (móveis, utensílios, matéria-prima) e imateriais (título de estabelecimento, freguesia, aviamento, marcas de indústria e comércio, expressões e sinais de propaganda, privilégios de invenção, modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais, ponto comercial, etc.) de um estabelecimento comercial.¹¹⁵

Dessa forma, percebe-se que o valor de uma loja não se limita ao seu conteúdo estático, palpável, físico, indo além. Incorpora-se ao preço do estabelecimento também os elementos decorrentes da freguesia, nome, marca, e os demais bens imateriais que agregam valor a ele.

Segundo Féres, em conformidade com a legislação vigente (art. 13 da Lei nº 8.245/91), é necessário que a vedação à cessão da locação sem o consentimento do locador conste expressamente do contrato, sobretudo em matéria de *shopping center*, em que o ingresso de um terceiro indesejado poderia gerar prejuízos para todos os envolvidos no empreendimento.¹¹⁶

A respeito da cláusula que vincula a cessão da locação à anuência do empreendedor, constante da maioria dos contratos de locação de unidades de *shopping centers*, manifesta-se Joaquim de Almeida Batista:

A condição do locatário, ou do sublocatário, que organizou a empresa, que a explora, que criou uma clientela, é inerente à locação não residencial ao abrigo dos arts. 51 e seguintes da lei suso. Esta condição pode ser renunciada? A cláusula que assim estabelecer pode ser considerada condição abusiva, permitindo que o Estado, através do Poder Judiciário,

¹¹⁴ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 161.

¹¹⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. **Locação comercial**: fundo de comércio, estabelecimento comercial, ação renovatória. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 25-26.

¹¹⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 656.

intervenha na avença, se não houver uma compensação econômica que permita renúncia deste Direito. Como se sabe, um dos direitos do locatário é o de ceder livremente o contrato, independentemente da anuência do locador, passando o cessionário a suceder o cedente em todos os direitos e obrigações, que passa a ser exercitado na locação pelo cessionário.¹¹⁷

Neste mesmo norte, o desembargador Kazuo Watanabe, em sessão na Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na apelação 20.998, se posicionou desta forma: “Desde que a transferência do contrato seja consequência do trespasse do fundo de comércio, hoje não mais persiste a dúvida, assim na doutrina quanto na jurisprudência, quanto à ineficácia da cláusula vedativa”.¹¹⁸

No entanto, dadas as já demonstradas peculiaridades da locação em *shopping centers*, a cláusula que subordina a cessão ao prévio consentimento do locador vem sendo considerada eficaz, e até necessária para que se possa preservar a máxima eficiência da coletividade do empreendimento. Importante reiterar que, usualmente, não ocorre uma proibição da cessão propriamente dita, mas a referida cláusula, subordinando a cessão ao prévio consentimento do empreendedor. Como já exposto anteriormente, o art. 13 da Lei do Inquilinato já prevê o consentimento do locador em tal situação.

Alfredo Buzaid, neste mesmo norte, já opinou: “O direito do lojista de alienar o seu estabelecimento comercial a quem quiser e quando quiser esbarra no direito comunitário do centro comercial, que por ser de todos é intrinsecamente superior ao direito pessoal de um comerciante. Justamente por isso o direito individual cede ao direito social”.¹¹⁹ Portanto, o referido professor já admitia, antes da lei n. 8.245/91, a validade de tal cláusula diante da peculiaridade dos *shoppings*, onde o interesse pessoal de um contratante não pode prevalecer em face do interesse de uma pluralidade de locatários.

Ladislau Karpát considera nula a cláusula que proíbe a cessão da locação nos *shopping centers*, mas não a que condiciona a cessão ao consentimento do empreendedor. Desta forma, resta preservada a liberdade contratual, restrita apenas

¹¹⁷ BAPTISTA, Joaquim de Almeida. **Código das locações urbanas**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993, p. 911.

¹¹⁸ WATANABE apud BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Op. cit.*, p. 916.

¹¹⁹ BUZAID, Alfredo. *Da ação renovatória*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1981, p. 218.

pelas normas legais, mantendo-se a proteção geral ao ponto comercial, respeitando o direito do locador, que tem o dever legal de proteger o seu empreendimento:

É válida a cláusula que proíbe a cessão da locação, ou do ponto comercial, nos contratos de locação, sem a anuência do locador-empresendedor. Não está se proibindo a venda ou a cessão, mas condicionando-a à anuência do locador. Este por seu turno, não poderá se opor injustificadamente a anuir a cessão, e outra coisa é submeter a cessão ao crivo do interessado que futuramente receberá os frutos, de seu novo locatário [...].¹²⁰

É de se destacar que o pedido de cessão da locação deve ser realizado com razoável antecedência, instruído com todos os documentos necessários à apreciação do pretendente locatário, inclusive quanto às garantias oferecidas. Assim, o condicionamento do ingresso ao *shopping* pelo cessionário da locação ao crivo do empresário é a melhor solução a ser adotada, pois este verificará o respeito às normas do empreendimento.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem jurisprudência, onde é confirmada sentença que julgou antecipadamente a lide em ação de despejo, em função de não existir a anuência do empresário na sublocação. Assim foi ementado o acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO – SUBLOCAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO POR ESCRITO DO LOCADOR – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – INOCORRÊNCIA DE ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – DECISÃO CONFIRMADA – APELO IMPROVIDO.

[...] Ora, é incontestável que a ré firmou contrato de locação com a autora, transferiu seus direitos de uso do imóvel objeto do contrato à terceiro sem anuência da locadora, agindo em flagrante inobservância ao pacto firmado entre as partes e à lei 8.245/91.

O art. 13, da Lei do Inquilinato (8.245/91), prevê expressamente: “A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador”.¹²¹

Mais controversa é a questão acerca da cessão da locação indiretamente, sem ocorrer a venda do estabelecimento, mas apenas transferência das cotas sociais da sociedade titular do estabelecimento comercial. Assim, transfere-se o ponto, mudando-se as pessoas físicas responsáveis pela locação, permanecendo a

¹²⁰ Karpát, Ladislau. *Op. cit.*, p. 69.

¹²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível 98.010692-3**. Relator: Juiz Torres Marques. DJ: 25.11.1999.

mesma pessoa jurídica. Ou seja, há inclusão de novos sócios na sociedade, com alteração indireta na relação locatícia e conseqüentemente suas garantias, pois um eventual fiador ou avalista não seria garantidor solidário do cessionário do contrato de locação.

Karpat considera válidas as cláusulas que condicionam à anuência do empreendedor as transferências de cotas sociais das lojas situadas no *shopping*, aduzindo que, inválidas fossem tais cláusulas, seria fácil burlar a proibição da cessão da locação:

Em princípio, inclino-me a aceitar aquela solução que pugna pela validade da cláusula, que condiciona à anuência do empreendedor-locador, as transferências de cotas sociais das lojas situadas em *shoppings*. Há que se analisar, sobretudo, que não existindo a proibição de venda de cotas, sem a devida anuência do empreendedor, seria muito fácil burlar a proibição da cessão da locação. Uma seria portanto ineficaz e inócua sem a outra, já que se permitiria se chegar ao mesmo resultado prático pelo caminho não proibido. Para objetivar o drible da proibição, da cessão da locação, bastaria que o proprietário do fundo de comércio ao invés de transferir o contrato locativo, transferisse as quotas, vendendo a empresa. Ocorre pois que, a queda da cláusula, dispondo sobre a nulidade da transferência de quotas de fundo de comércio, em Centros Comerciais, sem a devida anuência do empreendedor-locador, abriria uma enorme válvula de escape, para permitir uma avalanche de cessões de contrato de locação, por esta via oblíqua. Pior ainda, não estaria mais ao alcance do titular ou titulares de um Centro Comercial, o controle do ingresso de lojistas ao seu empreendimento, obrigando a aceitar talvez locatários indesejáveis para si e para a própria comunidade que integra um *shopping*.¹²²

Lemke considera possível a cessão de cotas, se o locador não apresentar justo motivo: “sem dúvida alguma, a melhor solução para o problema é a de apenas impedir a cessão se o locador apresentar motivos suficientes”.¹²³

O grande risco que haveria, se a venda ou cessão das cotas sociais fosse permitida sem anuência do empreendedor, seria o locatário ceder seu negócio a pessoa notoriamente insolvente, ou que tivesse sido condenada criminalmente, enfim, alguma pessoa inidônea. A participação do cessionário em contrato de locação do qual não faz parte originariamente, enfim, poderia criar problemas de desrespeito a cláusulas estabelecidas no referido contrato originário.

¹²² KARPAT, Ladislau. *Op. cit.*, p. 71-72.

¹²³ LEMKE, Nardim Darcy. *Op. cit.*, p. 150.

Desta forma, resta claro que é possível, e até mesmo usual, nas locações de *shopping centers*, que o empreendedor se oponha à cessão da locação, ou à venda das cotas do fundo de estabelecimento comercial, sempre de maneira fundamentada. Ressalte-se que essa restrição não elide o direito relativo ao fundo de estabelecimento comercial do lojista, apenas o limita, por ser assim necessário à “saúde” do empreendimento e sucesso dos demais lojistas, coletivamente considerados.

3.3. Aluguel percentual

Conforme já mencionado neste trabalho, os contratos de locação em *shopping center*, diferentemente das outras espécies de locação, apresentam aluguel variável, baseado sobre um percentual do faturamento do lojista, com um mínimo fixo garantido.

Assim, geralmente, o aluguel é determinado por um montante fixo e um montante variável, este último calculado sobre o faturamento. O que ocorre é um sistema de aluguel participativo, tendo, ao lado do aluguel fixo previsto entre as partes, um percentual do faturamento.¹²⁴

Miguel afirma que a fixação do valor o aluguel é dúplice: poderá ser cobrado em observância a uma quantia fixa ou por uma quantia variável. No primeiro caso, calcula-se com base na localização e tamanho da loja. No segundo, a remuneração é calculada tendo por base o faturamento do locatário, sendo devido ao empreendedor certo percentual deste – um percentual fixo, previamente determinado pelo contrato. A autora ainda esclarece o seguinte:

Destaca-se que há apenas duas formas de se fixar o aluguel, não representando, porém, uma dupla cobrança. Não será efetuado pelo locatário o pagamento nas duas formas estabelecidas. O aluguel calculado sobre o faturamento do lojista é a regra nos *shopping centers*. O aluguel fixo é apenas uma forma de garantir ao empreendedor uma receita mínima, suficiente para a manutenção da estrutura do empreendimento.¹²⁵

¹²⁴ FERREIRA, Pinto. *Op. cit.*, p. 231.

¹²⁵ MIGUEL, Paulo Castello. *Op. cit.*, p. 159.

Andrade leciona que isto ocorre porque, nestes empreendimentos, a manutenção do sistema do aluguel em percentual é fundamental. Caso contrário, poderiam ser inviabilizadas as locações das lojas menos lucrativas e comprometido todo o sistema que inspirou a formação do conjunto.¹²⁶

Karpát ensina que, resumidamente, quando as vendas forem consideradas fracas em um determinado mês, não atingindo o movimento desejável, o lojista pagará apenas a parte fixa do aluguel, chamado usualmente de aluguel mínimo.¹²⁷

A legalidade desta forma de fixação foi, por muito tempo, questionada, devido ao caráter variável que possui. A doutrina e jurisprudência, no entanto, têm sido unânimes ao opinar pela legalidade da cobrança, com base nos requisitos do art. 1.188 do Código Civil, que define a locação de coisas como o contrato pelo qual uma das partes se obriga a ceder a outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa infungível, mediante certa retribuição.

Analisando a questão, Maria Helena Diniz estabelece:

O aluguel deverá ser certo e determinado ou pelo menos determinável, podendo, algumas vezes, revestir-se de cunho mais ou menos aleatório, como, p. ex., se se estipular que o locador receberá 50% da arrecadação.¹²⁸

Miguel destaca, além do disposto do citado artigo do Código Civil, que as próprias características dos *shopping centers* justificam a sistemática adotada:

Esta forma inovadora de fixação da remuneração do locador vem embasar toda a estrutura do *shopping center*. A relação entre a lucratividade do lojista e do empreendedor viabiliza a concepção do empreendimento. O interesse do empreendedor em manter uma estrutura eficiente de atração de clientela está assegurada na sua forma de remuneração. A estrutura organizacional oferecida pelo empreendedor é a chave do sucesso do lojista. O sucesso do lojista é o sucesso do empreendedor.¹²⁹

Portanto, a existência de aluguel variável, sendo, em parte, com base em percentual sobre faturamento, não prejudica a validade do contrato. Apesar de não

¹²⁶ ANDRADE, Luiz Antônio. *Op. cit.*, p. 17.

¹²⁷ KARPAT, Ladislau. *Op. cit.*, p. 22.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 96.

¹²⁹ MIGUEL, Paula Castello. *Op. cit.*, p. 159.

ser certo e determinado, é determinável: o próprio contrato traz critérios capazes de tornar possível a apuração do aluguel, sendo isto suficiente.

3.4. Fiscalização do faturamento do lojista

Os contratos de *shopping center* trazem, comumente, a possibilidade de o empreendedor fiscalizar, por conta própria, ou através de preposto, o movimento das vendas do lojista. Este direito de acesso ao movimento contábil do lojista decorre do tipo de contrato que é celebrado.

Surgem dúvidas acerca da operacionalização desta fiscalização: o empreendedor, ou preposto seu, pode adentrar as lojas a qualquer momento para verificar o que foi vendido, com base nesta cláusula? Pode-se ter acesso aos computadores e outros meios que demonstrem o que efetivamente foi comercializado? É irrestrito ao empreendedor o acesso aos livros contábeis e de registros das lojas?

Para Karpát, o acesso do empreendedor, através de seu preposto, à loja, deve ser livre e o mais amplo possível, objetivando conferir o movimento para fins de ajustamento do valor do aluguel, que, conforme já exposto, pode ser definido com base no percentual do faturamento da loja. Há algumas limitações de ordem legal, no entanto, para o autor: o horário da fiscalização deve ser durante o expediente, e a forma de fiscalização não pode trazer constrangimentos ao lojista.¹³⁰

Pereira entende que o locador não pode exercer a fiscalização compulsando documentos em poder do locatário, ou no escritório da firma especializada. Par ele, a efetividade da fiscalização consiste, precisamente, na apuração acerca do registro de vendas do lojista, para saber se é possível haver a sonegação por meio de um eventual sistema falho de registro de vendas. As operações de venda não seriam alteradas ou perturbadas pelo fato de estar um auditor na loja, observando se o lojista, ou seus prepostos, utilizam normalmente o

¹³⁰ KARPAT, Ladislau. *Op. cit.*, p. 24.

equipamento registrador. Desta forma, indiretamente seria alcançado o objetivo de, efetivamente, ter-se devidamente registradas todas as vendas.¹³¹

Devem ser estimulados, portanto, eficientes métodos de controle e fiscalização do faturamento, de modo que os fiscais que realizam este trabalho devem agir com seriedade e competência, utilizando-se de eficientes e comprovados sistemas de verificação, sem comprometer as atividades cotidianas do lojista.

Karpat acrescenta que a rotina de fiscalização, estabelecida pelo empreendedor no contrato de locação, objetiva verificar o cumprimento do contrato no tocante a pagamento dos aluguéis. O autor aduz que a ação judicial correta a ser proposta, em caso de impedimento de fiscalização por parte do locatário, será a de despejo por infração contratual, pois a cláusula permissiva da fiscalização tem como fundamento o devido cumprimento do contrato.¹³²

Desta forma, é evidente a legitimidade da possibilidade de fiscalização por parte do empreendedor, por ser o único meio capaz de assegurar que nada lhe seja ocultado, através de periódicas verificações dos faturamentos dos lojistas.

3.5. *Res sperata*

Os empreendedores de *shopping center* costumam cobrar dos lojistas, antes de concluído o edifício onde funcionará o empreendimento, ou até mesmo depois de concluído, o pagamento de um valor que a doutrina tem denominado de *res sperata*.

Ferreira diz ser válido, para efeitos de estudo da *res sperata*, distinguir dois institutos do direito romano: a venda de esperança (*emptio spei*), e venda da coisa esperada (*emptio rei speratae*). Na venda da esperança, o adquirente sujeita-se a um risco completo, porque o produto pode vir a não existir, como é o caso da venda prévia de uma safra de produtos agrícolas, ou do resultado de uma pesca. Já na venda da coisa esperada, o adquirente assume o risco de receber a coisa na quantidade que existir, sem a possibilidade de inexistência do bem vendido,

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 193.

¹³² KARPAT, Ladislau. *Op. cit.*, p. 123.

consagrando-se, assim, uma venda de coisa futura em maior ou menor quantidade. É neste tipo de venda da coisa esperada, para o autor, que se baseia o entendimento da *res sperata*.¹³³

A *res sperata* consagra, assim, a ideia da venda de alguma coisa, que não a mera esperança. É um elemento real, existente no *shopping center*, fornecido pelo empreendedor ao lojista, em benefício deste, e dele cobrado no momento de instalação do *shopping*, ou quando vagando o espaço do lojista, for a loja alugada. Desta forma, a *res sperata* não corresponde às luvas, pois o seu elemento objetivo não é a cobrança de certa quantia por compensação de um aluguel baixo, sendo um adiantamento de parcelas de aluguel. Assim, não há, para Ferreira, ilícito algum na cobrança e recebimento de quantia a título de *res sperata*.¹³⁴

A natureza jurídica da *res sperata* é controvertida: alguns entendem tratar-se de reserva ou garantia de locação; outros consideram como retribuição de estudos mercadológicos, marketing, cota de custo do empreendimento ou contrapartida da cessão do fundo de estabelecimento comercial que será formado pelo empreendedor; e há os que acreditam que tem natureza de luvas.

Cabe esclarecer que luvas, para Lemke, designam “a quantia que o inquilino paga ao locador, independentemente do aluguel, a fim de conseguir um contrato de locação ou a sua prorrogação”.¹³⁵

Santos considera tal exigência de pagamento, a qualquer título que lhe seja atribuído, legítima e lícita, por se tratar de uma fase pré-locatícia, quando ainda não há locador e locatário.¹³⁶

Karpát esclarece que esta importância pode ser paga tanto na fase de construção do empreendimento, quanto após sua inauguração. De qualquer forma, o lojista que vem a aderir ao contrato que estabelece o pagamento da *res sperata*, terá de cumprir o pacto sob pena de perda do fundo de estabelecimento comercial.¹³⁷

¹³³ FERREITA, Pinto. *Op. cit.*, p. 244.

¹³⁴ Idem. *Ibidem*, p. 243.

¹³⁵ LEMKE, Nardim Darcy. *Op. cit.*, p. 144.

¹³⁶ SANTOS, Ulderico Pires dos. *Op. cit.*, p. 121.

¹³⁷ KARPAT, Ladislau. *Op. cit.*, p. 118.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem o entendimento pacífico no sentido da legalidade da cobrança. Veja-se:

AÇÃO ORDINÁRIA. LOCACÃO NÃO RESIDENCIAL. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA E JULGAMENTO EXTRA PETITA, AFASTADAS. ALEGACÃO DE QUITAÇÃO DO CONTRATO POR MEIO DE ACORDO REALIZADO EM AÇÃO MONITÓRIA. INOCORRÊNCIA. TRANSAÇÃO RESTRITA AOS ALUGUÉIS ATRASADOS E ENCARGOS DE INADIMPLÊNCIA. PREJUDICIAL DE MÉRITO INACOLHIDA. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE E RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE "LUVAS". CONTRATO INICIAL. EMPREENDIMENTO CONSIDERADO *SHOPPING CENTER*. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE "LUVAS" A TÍTULO DE RESPERATA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA INVERTIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.¹³⁸

Assim, pode-se classificar a *res sperata* como um preço de reserva de uma loja do empreendimento *shopping center*, ou, de outro modo, uma contra-prestação ao fundo de estabelecimento comercial do empreendedor que será oferecido ao lojista, que deverá pagar pelas vantagens obtidas de ingressar no referido empreendimento, sendo amplamente aceito como legítimo e lícito, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2008.042567-7**, Relator: Des. Ronei Danielli. Disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico edição n. 1244, de 20/09/2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho definiu, inicialmente, que os *shopping centers* são, em sua essência, mais do que meros centros de consumo: eles trazem a ideia de um empreendimento peculiar, que é planejado estrategicamente para bem atender aos mais diversos anseios do mercado consumidor. A aplicação prática deste planejamento mercadológico se dá através do *tenant mix*, que é a combinação de diversificações comerciais, de modo que o público desfrute de opções variadas, sem que falte uma especialidade, e sem o saturamento de outras.

Em sua estrutura jurídica, o *shopping center* apresenta, como figuras jurídicas principais, usualmente, duas formas concomitantes de condomínios: o condomínio edilício, que é entidade balizadora da relação dos lojistas com o funcionamento operacional do empreendimento; e o condomínio voluntário, que, presente na hipótese de haver mais de um empreendedor proprietário do negócio, regula os interesses dos condôminos/proprietários do próprio negócio, sendo gestor das questões atinentes à parte negocial do empreendimento. Há ainda o Fundo de Promoção e Propaganda, que é extremamente importante aos *shoppings*, pois, em que pese ser instituído pelo empreendedor, é de contribuição compulsória de todos os lojistas, e é voltado exclusivamente à promoção mercadológica do empreendimento, sendo determinante para seu sucesso.

Estabelecida a base jurídica dos *shopping centers*, o trabalho tratou então da teoria dos contratos, área do direito civil eminentemente importante ao estudo das relações havidas entre os empreendedores e lojistas nesta modalidade de empreendimentos – eis que estas relações ocorrem sempre em bases contratuais.

Ainda referente aos contratos, estudaram-se as características dos contratos de locação, e analisaram-se as nuances dos contratos empreendedores-lojistas em *shopping centers*, definindo-se que, muito embora eles tragam em seu bojo características ímpares – que não há em contratos locatícios típicos puros – é inegável e inafastável o seu caráter locatício. Aplica-se-lhes, desta maneira, a Lei do Inquilinato (lei n. 8.245/91), em especial nos seus artigos 52 e 54, que, por sua vez, permitem a existência das referidas particularidades destes contratos.

Por último, foram abordados os aspectos peculiares dos contratos de locação nos *shoppings*, que diferenciam estes contratos daqueles típicos de locação, sem, contudo, caracterizar ilegalidades. Os aspectos estudados foram os seguintes: ação renovatória de locação, aluguel variável, possibilidade de fiscalização do faturamento do lojista pelo empreendedor, condicionamento da cessão da locação ao consentimento do locador, e *res sperata*.

Conforme se previu na introdução do presente estudo monográfico, as questões ensejam ricas discussões doutrinárias, e apresentam diferenciadas aplicações jurisprudenciais. Desta forma, foi inviável a abordagem de todos esses vieses neste trabalho. Inobstante o exposto, crê-se que foi logrado êxito na consecução do objetivo de demonstrar a natureza das problemáticas envolvidas e, sempre que possível, posicionar-se frente a elas.

REFERÊNCIAS

- ABRASCE – **Associação Brasileira de Shopping center**. Disponível em <www.abrasce.com.br>. Acesso em 4 nov. 2011.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Locação comercial: fundo de comércio, estabelecimento comercial, ação renovatória**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- ALVES, Geraldo Magela; MILHOMENS, Jônatas. **Manual prático dos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ANDRADE, Luís Antônio de. Considerações sobre o aluguel em “*shopping centers*”. **Revista dos Tribunais**, v. 572, jun. 1983.
- ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Coordenação de Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. V.
- BAPTISTA, Joaquim de Almeida. **Código das locações urbanas**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.
- BELMONTE, Alexandre de S. Angra. **Aspectos jurídicos: shopping center**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989.
- BESSONE, Darci. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BRASIL. **Código civil de 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 15 nov. 2011.
- _____. **Lei de incorporação**. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm> Acesso em 15 nov. 2011.
- _____. **Lei do inquilinato**. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm> Acesso em 15 nov. 2011.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 706211 / RS**. Relator: Min. Paulo Gallotti. DJ: 05/11/2007.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência no recurso especial 331365 / MG**. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. DJe: 06/08/2008.
- _____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 98.010692-3**. Relator: Juiz Torres Marques. DJ: 25.11.1999.
- _____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2008.042567-7**, Relator: Des. Ronei Danielli. Disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico edição n. 1244, de 20/09/2011.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 9186298-11.2004.8.26.0000**. Relator: Des. Rocha de Souza. Publicado no DJ de: 11/03/2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 9221736-30.2006.8.26.0000**. Relator: Des. Sá Moreira de Oliveira. Publicado no DJ de: 02/08/2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70014930598**. Relator: Des. Ergio Roque Menine. Publicado no DJ de: 16/05/2006.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n. 70008723892**. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Publicado no DJ de 25/08/2004.

BUSHATSKY, Jaques. Os *shopping centers* na lei 8.245/91. **Revista dos Tribunais**, v. 699, jan. 1994.

BUZAID, Alfredo. Da ação renovatória. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1981, p. 218.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

FÉRES, Marcelo Andrade. Locação em “*shopping center*” no direito brasileiro. **Repertório de jurisprudência IOB**. nº 24/2002.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à lei do inquilinato: lei 8.245, de 18-10-1991**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “*shopping center*”. **Revista dos Tribunais**, v. 576, outubro de 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume III: contratos e atos unilaterais. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KARPAT, Ladislau. **Shopping center – Manual Jurídico**. São Paulo: Hemus, 1993.

LEMKE, Nardim Darcy. **Shopping center: questões jurídicas e contratuais**. Blumenau: Acadêmica, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Direitos das Coisas e Direitos Intelectuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, v. I. São Paulo: Atlas, 2004.

- MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MENDES, Leonardo Jorge. **Aspectos jurídicos destacados dos shopping centers**. Florianópolis, 2008.
- MENDES, Osvaldo. Cartilha do IAUD – Instituto de auditoria e perícias – **Estrutura jurídica e aspectos relevantes dos condomínios em shopping centers**. São Paulo, 2003.
- MIGUEL, Paula Castello. *Contratos de shopping center*. **Revista de Direito Mercantil**, v. 36, n. 107, jul-set. 1997.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Locação de imóveis urbanos: comentários à lei n. 8.245, de 18-10-1991**. São Paulo: Atlas, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito predial**. v. IV. Rio de Janeiro: José Konfino, 1952.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: aspectos jurídicos*. **Revista dos Tribunais**, 1984.
- REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. v. 1. Rio de Janeiro: Aide, 1988.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.
- SANTOS, Cláudio. A locação de espaços de *shopping center*. **Revista dos Tribunais**, n. 680.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. **Teoria e prática da locação imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense: 1995.
- SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O *shopping center* e o abuso do poder econômico. *in*: Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III.
- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Anotações sobre o mundo jurídico dos *shopping centers*. *In*: **Shopping centers (questões jurídicas)**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TUCCI, Rogério Lauria; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Tratado de locação predial e urbana**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.