

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP



Pós Graduação em Direito Contratual

***DAS VERBAS LOCATÍCIAS NOS CONTRATOS DE
SHOPPING CENTER E A INCIDÊNCIA DA
CLÁUSULA DE RAI0***

GEORGIA MORAES DE SOUZA

**São Paulo
2013**

GEORGIA MORAES DE SOUZA

***DAS VERBAS LOCATÍCIAS NOS CONTRATOS DE
SHOPPING CENTER E A INCIDÊNCIA DA
CLÁUSULA DE RAI0***

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Contratual.

Orientadora: Profa.: Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim

**São Paulo
2013**

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)

Souza, Georgia Moraes de.
Das Verbas Locatícias nos Contratos de Shopping Center e a Incidência da Cláusula de Raio / Georgia Moraes de Souza. São Paulo, 2013.

Orientadora: Profa. Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim.
Monografia (pós-graduação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

1 – Contratos de Shopping Center. 2- Verbas Locatícias nos Contratos de Shopping Center. 3 – Cláusula de Raio. Teses. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

GEORGIA MORAES DE SOUZA

***DAS VERBAS LOCATÍCIAS NOS CONTRATOS DE SHOPPING CENTER E A
INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA DE RAI0***

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Contratual.

Comissão examinadora:

Orientador: Profa. Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim

São Paulo, _____ de _____ de 2013.

***Dedico este trabalho aos meus pais,
Moraes e Jamile, que com amor e
dedicação me deram a estrutura
necessária para a vida e a inspiração
para concluir essa trajetória.***

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus familiares que me acompanharam nesta jornada e sempre torceram pelo meu sucesso.

Agradeço ainda aos meus amigos Angélica e Marcelo Dornellas que sempre participaram e me incentivaram para que este trabalho fosse finalizado com dedicação e amor.

À Professora Luciana que, com muita paciência, me orientou neste trabalho me ajudou para que ele fosse finalizado.

“Maior que a tristeza de não haver vencido é a vergonha de não ter lutado!”
(Rui Barbosa)

RESUMO

Este trabalho visa demonstrar a importância que ganhou o relacionamento entre empreendedores e lojistas, e a necessidade de se estabelecer normas que regulem o equilíbrio desta relação. Os *Shopping Centers* representam o grande pólo de concentração das atividades varejistas em nosso país, fato que revela a importância sócio-econômica do setor. A análise dos contratos de *Shopping Centers* conduz a sua complexidade jurídica, suas características especiais e o equilíbrio da relação, com destaque às verbas locatícias e a inclusão da cláusula de raio. Para tanto, busca-se analisar a origem do estabelecimento *Shopping Center*, passando pela natureza jurídica, formação, características e peculiaridades presentes neste empreendimento, compreendendo o instituto da locação até se chegar ao ponto mais polêmico que envolve esse negócio jurídico: as verbas incidentes sobre os contratos de locação, com ênfase na cláusula de raio, também chamada de cláusula de exclusividade territorial e o equilíbrio entre as partes. Com o advento do Novo Código Civil houve sensível alteração nas regras de interpretação do direito contratual, no sentido de se garantir, através dos princípios e cláusulas gerais, o equilíbrio nas relações privadas em detrimento da absoluta liberdade negocial. A Lei de Locação nº 8.245/91 legitima as relações entre lojistas e empreendedores e o emprego de seus procedimentos para fins de avaliação do locativo. Através de fundamentos principiológicos, doutrinários, legais e jurisprudenciais enfrenta-se o tema, apresentando corrente que defende a legitimidade da remuneração estudada, sob argumentos amparados na preponderância da livre pactuação, como também àqueles que entendem pela possibilidade de sua modificação. Por intermédio das pesquisas realizadas, foi possível avaliar que, inobstante a discussão se ver presente, a incondicional liberdade ainda vista nos contratos de *Shopping Centers* carece ser restringida em benefício da possibilidade de intervenção estatal para se atingir o equilíbrio contratual. Isso porque, a sistemática pertence ao universo contratual, não devendo autorizar qualquer exceção alheia ao objetivo de se tutelar o equilíbrio entre os contratantes.

Palavras-chave: *Shopping Centers*. Contrato. Verbas Locatícias. Aluguel. Equilíbrio. Cláusula de raio.

ABSTRACT

This paper demonstrates the importance of the relationship between entrepreneurs and shopkeepers, and the need to establish standards governing the balance of this relationship. The malls represent the great center of concentration regarding retail activities in our country, a fact that reveals the importance of socio-economic sector. The analysis of Shopping Centers' contracts conducts its legal complexity, its special characteristics and the balance in the relationship, especially the funding and the inclusion of radius clauses. Therefore, it seeks to analyze the origin of the establishment of Shopping Centers, through legal characteristics and peculiarities present in this enterprise, ranging from the Lease Agreements to the most controversial aspect involving such legal business: the money levied on lease agreements, with emphasis on the radius clause, also called territorial exclusivity clause and the balance between the parties. With the advent of the New Civil Code there was a significant change in the rules of interpretation of contract law, in order to ensure, through the principles and general terms, the balance in private affairs rather than the absolute freedom of negotiation. The Lease Law No. 8.245/91 legitimizes relations between shopkeepers and entrepreneurs and employment of its procedures for evaluation of the rental. The theme is hereby studied and based on principles, doctrines and jurisprudences facing the subject, presenting insights favoring the legitimacy of the studied compensation, supported under the preponderance of free pact, and also to those who understand the possibility of its modification. Through the research conducted, it was possible to infer that, notwithstanding the fact that the discussion is ongoing, the unconditional freedom inherent to Shopping Center contracts needs to be curtailed in favor of the possibility of state intervention to achieve the contractual balance. This is because the systematic belongs to the contractual universe and must not admit any exceptions if not the goal to protect the balance between contractors.

Keywords: *Shopping Centers. Contract. Lease funds. Rent. Balance. Radius Clause*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. SHOPPING CENTER	14
1.1.Aspectos Históricos do Empreendimento Shopping Center.....	14
1.2.Conceito e Finalidade.....	19
1.3.Características.....	24
1.4.Natureza Jurídica do Contrato de Locação em <i>Shopping Center</i>	29
1.5.Formação do Shopping Center.....	36
1.5.1. Estrutura.....	36
1.5.2. Estrutura Jurídica.....	38
1.5.3. Lojas Âncoras.....	48
1.5.4. Lojas Satélites.....	49
1.5.5. Praça de Alimentação.....	50
1.5.6. Lazer.....	50
1.5.7. Estacionamento.....	52
1.6.Partes.....	55
1.6.1. Empreendedor.....	56
1.6.2. Lojista.....	57
1.6.3. Administrador.....	58
1.7. <i>Tenant Mix</i>	59
2. VERBAS INCIDENTES NA LOCAÇÃO DE SHOPPING CENTER	63
2.1.Aluguel na Locação de <i>Shopping Center</i>	63
2.1.1. Reajuste do Aluguel.....	66
2.1.2. Ação Renovatória de Aluguel.....	67
2.1.3. Ação Revisional de Aluguel.....	71
2.2.Cessão e Direito de Preferência.....	77
2.3. <i>Res Sperata</i>	79
2.4.Taxas Condominiais.....	84
2.4.1. Fração Ideal.....	86
2.4.2. Critério de Rateio de Despesas ou Coeficiente de Rateio de Despesas (CRD).....	87

2.5. Fundo de Promoção e Associação de Lojista.....	93
2.6. Cobrança do Aluguel.....	97
2.6.1. Aluguel Percentual.....	97
2.6.2. Aluguel Mínimo.....	100
2.6.3. Aluguel em Dobro.....	102
3. CLÁUSULA DE RAIO.....	106
3.1. Aspectos e os Princípios da Livre Concorrência.....	107
3.2. Infrações Contra a Ordem Econômica e a Função do CADE.....	111
3.3. Legitimidade da Cláusula de Raio.....	112
3.3.1. Caso Shopping Center Iguatemi	122
3.4. Relativização do “ <i>Pacta Sunt Servanda</i> ”.....	124
CONCLUSÃO.....	127
BIBLIOGRAFIA.....	134

INTRODUÇÃO

O presente estudo, sem pretender esgotar o assunto, visa examinar questões controversas quanto às verbas locatícias e a cláusula de raio que envolve a locação nos contratos de *Shopping Centers*.

É de grande relevância a abordagem do tema proposto neste trabalho, visto que os *Shoppings Centers*, presentes em várias cidades do mundo, oferecem tudo aquilo que o consumidor busca num mesmo lugar: segurança, conforto, variedade e comodidade. Referida modalidade de negócio encontra-se em constante crescimento, conquistando considerada importância por movimentar a economia do País, gerando empregos em diversas áreas e sendo referência nas expectativas de sucesso de vendas do comércio.

O empreendimento *Shopping Center* possui características bastante próprias e cada vez mais adquire usos e costumes diversos daqueles atinentes à locação comercial tradicional.

Diversos são os debates acerca do assunto, principalmente no que se refere à natureza jurídica dos contratos entre empreendedores e lojistas, e à legalidade das cláusulas peculiares, entre elas, as verbas locatícias, incluindo o aluguel percentual, a cobrança do aluguel em dobro, o pagamento da *res sperata*, fundo de promoção e a incidência da cláusula de raio.

É por conta destas cláusulas especiais, que hoje tramita na Câmara dos Deputados, um Projeto de Lei – PL 7137/02¹ que visa alterar a Lei nº 8.245/91², regular alguns aspectos do empreendimento Shopping Center e distinguir o Contrato de Shopping Center do Contrato de Locação, bem como disciplinar a relação específica entre empreendedores e lojistas.

¹ Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a ela pertinentes. DIRETONET – NOTÍCIA. **Projeto de Lei muda regras de contratos de locação comercial**, Agência Câmara, Disponível em <<http://www.diretonet.com.br/noticias/x/40/24/4024/p.shtml>> Acesso em: 28 janeiro 2013.

² Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Em relação à metodologia utilizada neste trabalho, cumpre informar que as fontes citadas fazem parte da doutrina nacional.

Fez-se uso também de artigos obtidos na *internet*, da Lei nº 8.245/91 e de jurisprudências proferidas pelos Tribunais de Justiça.

No decorrer do trabalho, será apresentado um panorama geral do *Shopping Center*, dividido em 3 capítulos, com ênfase para a natureza jurídica e aspectos da locação, as verbas locatícias e ênfase na incidência da cláusula de raio.

Inicialmente, será apresentada introdução a respeito do tema. No primeiro capítulo a exposição acerca dos aspectos históricos desses empreendimentos, o surgimento e a evolução no Brasil. Neste mesmo capítulo será trazido o conceito e a finalidade, além de sua estrutura física e as pessoas que deles fazem parte. Este capítulo introdutório é essencial para que se compreenda as especificidades do comércio de *Shopping Center*.

Feito isso, serão demonstradas peculiaridades quanto à distribuição das lojas e exposição acerca da natureza e classificação jurídica dos contratos de *Shopping Centers*, visto se tratarem de figura complexa que enseja profundo estudo por parte da doutrina.

Já no segundo capítulo encontrar-se-á a abordagem sobre o instituto da locação propriamente dita, reajuste e fundamentos aplicáveis à revisão dos alugueres nos contratos de *Shopping Centers*, ressaltando-se a cessão e o direito de preferência.

O capítulo ainda cuidará das verbas incidentes na locação de *Shopping Center*, em especial do aluguel e seus desdobramentos, com ampla abordagem acerca do tema, objetos deste estudo.

No capítulo 3 será salientada a incidência da cláusula de raio, destacando o equilíbrio na relação contratual.

E, finalmente, será disposta a conclusão a respeito do tema envolvendo a questão objeto deste trabalho e a relação empreendedor e lojistas.

O objetivo deste trabalho é informar que as principais características que fazem parte do relacionamento entre empreendedor e lojistas não podem ser desgastadas pela falta de um tratamento diferenciado.

1. SHOPPING CENTER

1.1. Aspectos Históricos do Empreendimento Shopping Center

O comércio sempre teve seu desenvolvimento no sentido de aprimorar mecanismos para a intermediação de bens de consumo.

Primeiro, tivemos o direito marítimo passando pela formação de mercados e feiras, centro de realização de negócios, até a fase pós - revolução industrial, quando a grande urbanização fez surgir um comércio mais atento à população.

A cultura de consumo surgida na Europa no século XIX trouxe a evolução do comércio e a reformulação das áreas urbanas, com a implementação de lojas de departamento e outros salões voltados ao atacado e varejo.

A partir da segunda guerra mundial, na década de 50, os EUA começam a implementar a noção de *Shopping Center* (*shopping = malls ou shopping mall*) com a finalidade de servir para atração para o desenvolvimento imobiliário de alguma região à pequena distância de um centro urbano, todavia, dotada de boas estradas e oferecendo serviços e benefícios fiscais. Surge ainda, como nova conotação de urbanização, para se racionalizar tempo na compra e associar ao lazer e demais “*necessidades*” do homem moderno.

O *Shopping Center*, a despeito da iniciativa Européia quanto aos centros de comércio, surgiram então, nos Estados Unidos da América, na época em que o país despontava economicamente, opinião esta compartilhada por MARIA ELISA GUALANDI VERRI³:

Os shopping centers surgiram na década de 50, após a Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos da América, por ter havido ‘aumento no poder aquisitivo da população, o desenvolvimento da indústria automobilística e a descentralização da população nas zonas periféricas’, dentre outros fatores.

³ VERRI, Maria Elisa Gualandi. **Shopping Centers Aspectos Jurídicos e Suas Origens**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 23.

A ideia era de um planejamento centralizado para atrair uma clientela para consumir o lazer, em lugar seguro, agradável e de fácil acesso.

Em momento anterior, entretanto, já havia essa noção de centro de compras, onde o proprietário de uma vasta área de terra localizada próxima a uma cidade de médio ou grande porte, antes de lotear suas terras, decidiu implantar um centro comercial, iniciando por um supermercado ou uma loja de departamento, um posto de gasolina e lojas de conveniência em volta, ou ao lado de um amplo estacionamento.

Esse tipo de negócio era bastante atrativo por ter baixo valor locatício e de impostos fora da cidade, o que possibilitava reduzir o preço das mercadorias. Naquela ocasião, o baixo custo do combustível e as boas estradas norte americanas eram praticamente um convite para as pessoas irem às compras, como se fosse um passeio que também oferecia vantagens. O empresário, por seu turno, atingia seu objetivo que não era lucras com os produtos, mas sim atrair a freguesia para vender lotes de terras.

Desse pequeno centro de compras nasceu a idéia de criar um “*Shopping Center*” com a concepção que até hoje prevalece, cujas características são:

- i) Centro de compras planejado, com uma ou mais lojas “âncoras”, que são atrativas por si só, e com uma variedade de comércio suficiente para atender às necessidades principais de compra e serviços do público alvo;
- ii) Pertencer ou ser dirigido por uma só pessoa (física ou jurídica), responsável por controlar a locação, distribuição e atuação desse comércio, bem ter capacidade econômica para o desenvolvimento do negócio, com a ampliação do espaço e quantidade lojas a serem oferecidas, tudo de acordo com o crescimento da demanda;

iii) Localização em região próxima aos centros urbanos e com facilidade de acesso rodoviário e provido de estacionamento farto e confortável.

No Brasil, surgem num contexto de urbanização e concentração na capital de São Paulo. O Brasil não copiou fielmente as características do modelo norte americano, especialmente no que diz respeito à localização, já que seu primeiro *shopping* foi planejado em região importante da maior capital.

O modelo brasileiro tem uma característica essencialmente urbana. O primeiro *Shopping Center*⁴ foi implantado no Brasil em meados da década de 60, precisamente em 1966, com o Shopping Iguatemi, em São Paulo, seguindo o padrão norte-americano, revolucionando a atividade comercial local. Os lojistas que estavam acostumados com o mercado nos locais determinados para cada tipo de comércio, num primeiro momento, ficaram arredios a integrarem este novo sistema.

Nesse sentido, João Augusto Basílio⁵, afirma que:

Esse novo fenômeno revolucionou por completo a prática do comércio unitário e trouxe uma grande esperança de lucros a alguns privilegiados comerciantes, que tiveram a oportunidade de aderir aos primeiros centros estabelecidos no país.

O setor varejista mudou a partir da década de 60, no país, utilizando-se da nova noção de comércio para alcançar de forma mais eficiente o consumidor. Mas, a criação do shopping no Brasil se deu mais por uma questão de adoção do modelo internacional ao invés da necessidade.

A partir do final da década de 70 se verifica o desenvolvimento desta atividade e na década de 80 e 90 houve um período de grande expansão nas construções de *Shopping Centers* no Brasil.

⁴ Conforme informações obtidas no site www.iguatemisaopaulo.com.br, o "Shopping Iguatemi" em São Paulo foi o primeiro do gênero a ser construído no Brasil em 1966 – acesso – 04/11/12.

⁵ BASÍLIO, João Augusto Basílio. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 1.

A experiência nacional, como já mencionado, teve imenso sucesso e evolução, sendo que em 1976 o setor buscou a profissionalização e foi constituída a ABRASCE – Associação Brasileira de *Shopping Centers* – que agrega a maioria dos empreendedores de *shoppings* do Brasil, e a quem cabe a emissão de certificados aos empreendimentos que satisfaçam os seguintes requisitos⁶:

- i) Sejam constituídas por um conjunto planejado de lojas, operando de forma integrada, sob denominação única e centralizada;
- ii) Sejam compostos de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados ou especializados de comércio e prestação de serviços;
- iii) Estejam os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas, permanecendo a maioria das lojas objeto de locação cujo preço varie, ao menos em parte de acordo com o faturamento dos lojistas;
- iv) Possuam lojas âncoras ou características estruturais e mercadológicas especiais, que funcionem com força de atração e assegurem ao *shopping center* o tráfego de consumidores essencial ao bom desempenho do empreendimento;
- v) Ofereçam estacionamento compatível com a área de lojas e correspondente afluência de veículos ao *shopping center*;
- iv) Estejam sob o controle acionário e administrativo de pessoas ou grupos de comprovada idoneidade e reconhecida capacidade empresarial

Segundo a ABRASCE⁷, atualmente o Brasil possui 458 centros de compras, empregando 877 mil pessoas, sendo o setor considerado propulsor de desenvolvimento, mediante a promoção do crescimento urbano, valorização imobiliária, aprimoramento do comércio local e gerando empregos. Sendo 165 só em São Paulo.

⁶ ABRASCE: <http://www.portaldoshopping.com.br/sobreosetor>.> Acesso em 04 de abril de 2013.

⁷ ABRASCE: <http://www.portaldoshopping.com.br/sobreosetor>.> Acesso em 04 de abril de 2013.

O maior *Shopping Center* e de maior movimento é considerado o: *Shopping Aricanduva*. O *Shopping Center* de maior rendimento/faturamento: *Shopping Center Norte*.

O mercado de *Shopping Centers* é responsável por 19% do varejo nacional e por 2,7% do PIB. Esses números comprovam a importância do setor, que entre 2006 e 2008 cresceu 28%.

Grandes Números: Brasil Abril 2013	
Número Total de Shoppings	458
A inaugurar em 2013 ⁽¹⁾	45
Número Previsto para Dez. 2013	503
Área Bruta Locável (Em milhões de m ²)	11,42
Área Construída (Em milhões de m ²)	28,92
Vagas para Carros	694.043
Lojas Total	83.631
Lojas Âncoras	2.509
Megalojas	1.673
Lojas Satélites	71.923
Lazer	836
Lojas de Serviços	6.690
Salas de Cinema	2.587
Empregos Gerados em 2012	877.000
Faturamento Estimado 2012 (Em R\$ bilhões)	119,50
Tráfego de Pessoas (milhões por mês)	398
Vendas em Relação ao Varejo Nacional ⁽²⁾	19,0%
(1) Número Previsto de Inaugurações	
(2) Exclui vendas de combustíveis e GLP; Critério: Consideram-se aqui shoppings com lojas locadas, lojas âncoras e vagas de estacionamento, com área igual ou superior a 5.000m². A informação sobre faturamento é estimada e pode ser alterada.	

⁸ ABRASCE: <http://www.portaldoshopping.com.br/sobreosetor>.> Acesso em 04 de abril de 2013.

1.2. Conceito e Finalidade

O *Shopping Center* significa lugar de compras, centro de compras. O empreendimento do *Shopping Center* não é apenas um acúmulo de lojas para atender o consumidor.

Maria Elisa Gualandi Verri⁹, traz em sua obra a definição de *Shopping Center* formulada pela ABRASCE, apresentando-o como um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composto por lojas e atividades destinadas aos diversos ramos do comércio e serviços, sujeitos a normas padronizadas com o objetivo de manter o equilíbrio, oferta e funcionalidade, mediante remuneração com base no faturamento do lojista, tudo para assegurar a convivência integrada e o sucesso de todos que o integrem.

A professora Maria Helena Diniz¹⁰ explora o conceito deste instituto:

“O *shopping center* envolve um complexo organizacional relativo a sua localização, a sua viabilidade econômica, à captação de recursos, à adesão ao *tenant mix* por parte dos lojistas, que se subordinarão a um contrato normativo, que traça normas para seu bom funcionamento e sucesso comercial”.

Por sua vez, *Washington de Barros Monteiro*¹¹ entende ser o *Shopping Center* como um complexo de relações internas entre o incorporador e os lojistas e prestadores de serviços, estabelecendo diversas obrigações entre ambos.

Dinah Sonia Renault entende que “o *Shopping Center* encerra um grupo de lojas que obedeceram a um planejamento prévio e são unificadas não só pela arquitetura como também por uma administração única, sujeita a normas contratuais padronizadas. As lojas devem obedecer a uma distribuição no

⁹VERRI Maria Elisa Gualandi. **Shopping center** - aspectos jurídicos e suas origens. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996. p. 21, (Apud ABRASCE – Shopping Center e desenvolvimento econômico e social, p.34).

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, vol 3, 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 33.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros apud FERREIRA, Pinto, op. cit., p. 166.

estabelecimento global, de acordo não só com o tamanho e tipos de loja (*tenant mix*) como a exploração de ramos diversificados”¹².

LADISLAU KARPAT¹³ demonstra um conceito simplista e bem humorado a respeito dos *Shopping Centers*:

O Centro Comercial permite uma conjugação de utilidade e lazer. Pode se fazer um rápido lanche na hora do almoço e aproveitar o restante do tempo para se comprar um sapato. É possível ir ao cinema, e depois, no local jantar, sem a necessidade do incômodo de se locomover para outro lugar, apenas para comer. Não resta dúvida, que pelas razões apontadas, às quais ainda acresço o fator segurança hoje de extrema importância, os Centros Comerciais são verdadeiros núcleos de utilidade destinados à servir a população.

Segundo LADISLAU KARPAT, o Centro Comercial, é um local que transmite prazer ao frequentador que ora faz um lanche, ora faz compras, e tudo isso agregado à segurança que se faz necessária nas grandes cidades.

O *Shopping Center* está longe de ser apenas um projeto arquitetônico que reúne lojas e serviços que atraem clientes interessados em seus produtos. Na verdade, a sua principal característica é atender aos interesses dos empreendedores e lojistas que têm como principal objetivo angariar lucros.

Como resultado, o empreendedor espera que o seu negócio seja referência para outros centros comerciais, de forma que possa também passar para os lojistas e frequentadores a segurança de que o seu *Shopping Center* é sinônimo de sucesso.

A Associação Brasileira de *Shopping Centers* (ABRASCE) define da seguinte forma, por força do art. 4º do seu Estatuto.

“Art. 4: Para os efeitos deste Estatuto, define-se **shopping center** como um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada e que:

¹² PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping Center uma nova era empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991. p. 2.

¹³ KARPAT, Ladislau. *Locação e Aluguéis em Shopping Centers*, São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, p. 174.

- I - seja composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados ou especializados de comércio e prestação de serviços, e que permanece, em sua maior parte, objeto da locação;
- II - estejam os locatários sujeitos às normas contratuais padronizadas, visando à manutenção do equilíbrio de oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada;
- III - varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários;
- IV - ofereça a seus usuários estacionamento permanente e tecnicamente bastante”.

Portanto, a simples concentração de lojas ou estabelecimentos para prestação de serviços em um só edifício, ou em um conjunto de edifícios, por si só, não caracteriza um *Shopping Center*, como, igualmente não o caracteriza o fato de pertencerem todas as lojas ou estabelecimento a um só proprietário.

Há diferenças entre o verdadeiro *Shopping Center* e os diversos estabelecimentos denominados como tal (lojas agrupadas – Galerias – Promocenters).

Para se empreender um *shopping* deve ser verificado¹⁴:

a) a localização do empreendimento – deve-se estruturar um bom lugar, se haverá estacionamento amplo etc.

b) o prédio a ser instalado o *Shopping Center* – o local deve ser agradável e seguro, a fim de deixar o consumidor mais tempo dentro do estabelecimento.

c) a escolha das lojas.

A Associação Brasileira de Shopping Centers, ainda classifica os empreendimentos do gênero *shopping centers* em 06 (seis) tipos¹⁵:

¹⁴ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; SZTAJN, Rachel; FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. Participação em banca de Rodrigo Arantes Barcellos Correa. Os contratos atípicos interempresariais e os contratos de shopping center. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo.

¹⁵ www.abrasce.com.br. Acesso em 04/11/2012.

1. SHOPPING REGIONAL – este tipo de shopping fornece mercadorias em geral (uma boa porcentagem de vestuário) e serviços completos e variados. Suas atrações principais são âncoras tradicionais, lojas de departamento de desconto ou hipermercado. Um shopping regional típico é geralmente fechado, com as lojas voltadas para um mall interno;

2. SHOPPING COMUNITÁRIO – o shopping comunitário geralmente oferece um sortimento amplo de vestuário e outras mercadorias. Entre âncoras mais comuns estão os supermercados e lojas de departamentos de descontos. Entre os lojistas do shopping comunitário, algumas vezes encontram-se varejistas de “off-price” vendendo itens como roupas, objetos e móveis para casa, brinquedos, artigos eletrônicos ou para esporte;

3. SHOPPING DE VIZINHANÇA – é projetado para fornecer conveniência na compra das necessidades do dia-a-dia dos consumidores. Tem como âncora um supermercado. A âncora tem apoio de lojas oferecendo outros artigos de conveniência;

4. SHOPPING ESPECIALIZADO – voltado para um mix específico de lojas de um determinado grupo de atividades, tais como decoração, náutica, esportes e automóveis;

5. OUTLET CENTER – consiste em sua maior parte de lojas de fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de varejistas de “off-price; e

6. FESTIVAL CENTER – está quase sempre localizado em áreas turísticas e é basicamente voltado para atividades de lazer, com restaurantes, fast-food, cinemas e outras diversões.

O conceito de *Shopping Center* que vem sendo largamente utilizado é o descrito pela ABRASCE, que o define como:¹⁶

¹⁶ AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário, Renovar, 2009, p.667.

“um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio, e que permaneçam, na maior parte, objeto de locação, ficando os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico a convivência integrada e que varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários – centro que ofereça aos usuários estacionamento permanente e tecnicamente bastante.”

O objetivo do *Shopping Center* é integrar lojas em centros comerciais, o que difere da locação comercial na qual o objeto é pura e simplesmente a loja, independentemente dos demais imóveis e espaços públicos que se avizinham.

A diferença fica acentuada se for levado em conta que os lojistas têm uma relação horizontal entre si e uma relação vertical com o empreendedor.

Necessário pontuar que além do valor pago mensalmente, as múltiplas obrigações contratuais assumidas pelos lojistas, vistas de forma global, resumem-se na criação e manutenção de seu estabelecimento, nos termos do que foi previamente contratado. O lojista desenvolverá sua atividade mediante a observância de restrições estabelecidas para preservar a harmonia do conjunto de lojas e a unidade da imagem do *Shopping Center* perante o público consumidor, sendo de responsabilidade do empreendedor zelar pelo conjunto.

Por outro lado, os lojistas utilizam serviços comuns, como segurança, limpeza, rede de saneamento, energia e publicidade, e recebem atribuições patrimoniais, o que decorre da boa imagem do *shopping*, da organização de seu *mix*, que envolve diversos atrativos aos consumidores, como por exemplo, estacionamento, áreas de lazer e alimentação. Além disso, os lojistas se beneficiam do atrativo gerado por marcas famosas de outras lojas, em especial pelas chamadas lojas âncoras.

Em vista de todas as circunstâncias decorrentes da finalidade do *shopping*, em geral, há a expressiva valorização da região onde foi projetado,

pois haverá fomento de outras áreas não abrangidas pelo negócio à medida que haverá uma maior circulação de pessoas.

Em razão de sua importância, necessário mencionar, neste tópico, por ser um dos elementos essenciais e fundamentais para o sucesso de um *shopping* é o seu *tenant mix*, ou seja, a capacidade do empreendedor alocar, em função de razões mercadológicas, os espaços a partir do grupamento de terminados ramos de comércio, o que não ocorre em um empreendimento em que cada lojista, sendo dono de sua loja, nela poderá comercializar o produto que bem entender.

O *Shopping Center* envolve um complexo organizacional relativo a sua localização, a sua viabilidade econômica, à captação de recursos, à adesão ao *tenant mix* por parte dos lojistas, que se subordinarão a um contrato normativo que traça as normas para o seu bom funcionamento e sucesso comercial.

Em suma, o *Shopping Center* um conjunto planejado de lojas, sob administração centralizada (próprio empreendedor ou administração terceirizada), locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas, com lojas destinadas à exploração de ramos diversificados ou especializados de comércio, características que atraíam consumidores; e ainda ofereçam local seguro e estacionamento compatível, num local de fácil acesso. A idéia é sempre suprir diversas necessidades dos clientes em um único local.

1.3. Características

O contrato de *Shopping Center*, é um contrato atípico, oneroso, sinalagmático, comutativo, consensual, não solene, principal, de duração, *intuitu personae*, interempresarial, normativo (quanto à escritura de normas gerais) e causal¹⁷.

¹⁷ Maria Helena Diniz, Tratado Prático e Teórico dos Contratos. 3º Vol. Ed. Saraiva. São Paulo: 2003. p. 42/43.

Comutativo, pois, as prestações pagas pelo lojista correspondem ao “bloco incindível de vantagens” a que está obrigado o empreendedor.

Consensual uma vez que não depende da entrega do espaço físico da loja para se tornar perfeito e acabado.

Apesar de o contrato de *shopping* não ser solene, existe uma forma interna característica, qual seja, a escritura de normas gerais que é espécie de contrato normativo, no qual o empreendedor define as normas que deverão ser obedecidas por todos os integrantes do *shopping*, viabilizando a prática das atividades empresariais de maneira integrada no centro.

Ademais é de duração, por prazo longo, uma vez que o contrato de *shopping* é firmado, em geral, por prazo determinado de 5 (cinco) anos, tendo o lojista, com base na Lei de Locações, direito à ação renovatória, a execução das prestações é por trato sucessivo, quanto ao pagamento mensal e é continuada, quanto às diversas obrigações de fazer e não fazer.

Por fim, o contrato de *shopping* é *intuitu personae*, tendo em vista que o empreendedor, para incluir a loja no *mix*, leva em consideração a atividade empresarial praticada e a pessoa do empresário ou sociedade empresária para contratar. Por conseguinte, sem autorização do empreendedor, não poderá ser cedida a posição contratual, mesmo que indiretamente alterado o ramo de atividade.

Contrato sujeito às normas impostas pelo empreendedor (proprietário). O empreendedor, antes de firmar os contratos com os lojistas, elabora as normas gerais e o regulamento interno, em instrumento único ou separado, que pode ser tanto um instrumento particular ou lavrado por escritura pública.

Segundo Maria Helena Diniz¹⁸, o empreendedor elabora as normas gerais, com o objetivo de preservar o bom nome do *shopping* e salvaguardar

¹⁸ Tratado Prático e Teórico dos Contratos. 3º Vol. Ed. Saraiva. São Paulo: 2003. p. 42/43.

padrão de comércio dos demais lojistas, sendo assim, por este instrumento o empreendedor impõe determinadas normas que regerão o comportamento do próprio empreendedor, de todos os lojistas, bem como disciplinarão o uso das lojas, das áreas de circulação, o aproveitamento dos serviços pela clientela, visitantes, fornecedores e empregados.

Além disso, as normas gerais estabelecem o objetivo comum entre os lojistas e o empreendedor, que é fazer existir e funcionar a empresa de conjunto e, que o conjunto alcance o sucesso.

Sendo assim, ao firmar o contrato com o *shopping*, o lojista adere às normas gerais, que preveem a maioria das obrigações dos contratantes, de forma quem o contrato firmado entre cada lojista e o empreendedor que é um instrumento particular, torna-se um instrumento simples com poucas cláusulas.

Tais normas impõem, por exemplo, que o lojista permita que o administrador do *shopping* ingresse em sua loja para fazer reparos nas instalações gerais, mantenha em estoque mercadorias de qualidade, peso e espécie que concorram para o faturamento e atendam a demanda da clientela do *shopping*, contribua para o pagamento das despesas com o consumo e a manutenção da aparelhagem de ar condicionado, com as promoções coletivas, respeite os padrões arquitetônicos do *shopping*, mantenha a vitrine organizada e bem apresentada, filie-se obrigatoriamente à associação de lojistas, bem como as sanções especiais como o pagamento em dobro do aluguel mínimo, etc.

Ademais, as normas gerais, com o fito de salvaguardar o padrão de comércio de comércio dos demais lojistas proíbe que os lojistas¹⁹:

- Vendam artigos de segunda mão;

¹⁹ Maria Helena Diniz, Tratado Prático e Teórico dos Contratos. 3º Vol. Ed. Saraiva. São Paulo: 2003. p. 42/43.

- Promovam vendas, ainda que por meio de catálogos ou simples mostruários, de mercadorias não incluídas no ramo do comércio específico, destinado à sua loja;
- Interrompam suas atividades, fechando as portas em horário de funcionamento do *shopping*, exceto por força maior e com autorização da administradora, que pode negar o pedido de paralisação e aplicar multa diária;
- Façam propostas comerciais, distribuindo peças promocionais ou panfletos nas áreas comuns;
- Alterem o ramo de comércio;
- Cedam, direta ou indiretamente, os direitos contratuais, para que seja mantido o *mix* planejado pelo empreendedor, que em tese, deve beneficiar todos os lojistas;
- Instalem sua loja em estabelecimento concorrente, evitando a concorrência predatória, denominada “cláusula de raio”.

Sendo assim, as normas gerais, serão normas comuns para todos os lojistas e, regerão a relação entre o empreendedor do *shopping* e os lojistas, vejamos no próximo ponto as demais relações que abrangem o contrato firmado entre o empreendedor e o lojista.

Constituirão parte integrante do contrato firmado entre proprietário e lojista, o contrato firmado entre lojista e administradora e entre lojista e associação.

Com o escopo de obter o bom funcionamento do empreendimento, o empreendedor do *shopping* celebrará contrato com uma administradora, especializada em serviços de planejamento, organização e administração de centros comerciais, contrato de prestação de serviços de seu *know how*.

Por sua vez, o lojista, com a intervenção do empreendedor do *shopping* e de seu fiador, pactuará também com essa administradora. Cada lojista

pagará à administradora uma contribuição correspondente à metade do valor da maior mensalidade de uma loja.

Ademais, para exercer sua atividade, o lojista deverá filiar-se à associação de lojistas do *shopping*, constituída por um órgão colegiado, que refletirá a vontade dos associados, nas relações jurídicas em que participarem, tomando as decisões necessárias.

Dessa forma, serão firmados quatro contratos interligados, que regulamentarão relações e obrigações distintas, quais sejam, entre lojista e empreendedor, entre empreendedor e administradora, entre lojista e administradora e entre lojista e associação.

Segundo Barcellos, “Os múltiplos contratos estão ligados pelo objetivo comum, que somente pode ser alcançado se forem respeitados os procedimentos comportamentais estabelecidos nas normas gerais. O vínculo existente entre os integrantes da rede deve ser de confiança e colaboração”²⁰.

A Administradora

A administradora, que será mandatária do empreendedor do *shopping* realizará os deveres relativos ao funcionamento do centro empresarial²¹.

Tais deveres englobam:

- Fiscalização das obras executadas pelos empreiteiros indicados pelos lojistas;
- Introdução aos lojistas das alterações no projeto estrutural da edificação, nas obras e decoração das lojas;
- Fiscalização das dependências de uso comum;
- Autorização de qualquer benfeitoria;

²⁰ BARCELLOS, Rodrigo, O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais, ed. Atlas, 2009 – São Paulo, P. 92.

²¹ KARPAT, Ladislau. Shopping Centers: Manual Jurídico .1.ed.Sao Paulo: Hemus,1993.

- Autorização do uso da marca ou logotipo do shopping Center;
- Estabelecimento do regimento interno, contendo normas necessárias ao bom funcionamento do *shopping*;
- Fiscalização das vendas e do faturamento das lojas, por meio do exame de seus representantes, procuradores e auditores, a escrituração contábil, balanço, inventário dos lojistas, com o objetivo de apurar a receita bruta da loja, para calcular o preço móvel da remuneração pelo uso da unidade.

A administradora é a empresa contratada para exercer a administração total ou parcial, e que pode exercer sua atividade dissociada do empreendedor, a administração interveem em cada loja.

1.4. Natureza Jurídica do Contrato de Locação em Shopping Center

O surgimento dos *shoppings* no Brasil gerou na doutrina e jurisprudência um enorme interesse no exame da natureza jurídica das relações que envolvem empreendedores e os lojistas nesses centros modernos de comércio.

Com efeito, a natureza jurídica do contrato de *Shopping Center* é questão que gera muitas controvérsias entre os estudiosos do tema, notadamente pelas inúmeras questões que influenciam, não só a economia do país, como próprio regime político e as instituições na época de sua implantação e disseminação.

À época de sua implantação no Brasil, os empreendedores não queriam subordinar o novo negócio ao regime da locação comercial, pois iria desnaturar inteiramente as principais características do *shopping*. Ou seja, não seria possível manter a organização, distribuição, fiscalização e controle de todas as atividades exercidas dentro do estabelecimento, segundo rígidos critérios técnicos mercadológicos e a rápida adaptação às inovações e avanços tecnológicos surgidos, principalmente na área de *marketing*.

Não há na doutrina posicionamento pacífico em relação à natureza jurídica dos contratos nos *Shopping Centers*. Muitas são as correntes que

determinam diversas teorias sobre esse negócio jurídico tão peculiar, talvez seja por isso que ele necessite de um regramento específico em nossa legislação.

Existe corrente no sentido de considerá-lo pacto atípico misto, sob o argumento da ausência de regramento legal específico e em razão de estar sob a influência de diversos modelos contratuais.

Por outro lado, destacam-se entendimentos no sentido de que os contratos de *Shopping Centers* representam contratos de locação, dotados, entretanto, de certas peculiaridades.

A corrente defensora da natureza mista e atípica do contrato de *shopping* é composta por inúmeros juristas. Antunes Varela entende que:

A única conclusão que pode assim extrair-se da análise do conteúdo do contrato para instalação do lojista no centro e do seu confronto com os contratos típicos regulados na lei civil é o de que se trata de um contrato atípico ou inominado.²²

O professor Orlando Gomes sempre manteve sua posição em considerar os contratos de *Shopping Center* como atípicos, resistindo bravamente em tratá-los como pactos locatícios.²³

A doutrina ampara-se nas peculiaridades dos contratos de *Shopping Centers*, para buscar afastá-los do âmbito locacional e tê-los como pactos atípicos mistos. Maria Elisa Gualandi Verri, segue no mesmo sentido, ao afirmar que nas relações entre lojistas e empreendedores existem elementos de obrigação de fazer e outros diversos previstos não só nos contratos como em seus anexos de forma a caracterizar o contrato de *Shopping Center* como atípico misto.²⁴

²² BASÍLIO, 2005, p. 3-5. (Apud VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**, v. 1. 7 ed. Portugal: Editora Almedina, 1993. p.283).

²³ BASÍLIO, 2005, p. 23, (Apud, GOMES, Orlando. **Contratos**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987).

²⁴ VERRI Maria Elisa Gualandi. **Shopping center** - aspectos jurídicos e suas origens. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996. p. 68, (Apud ABRASCE – Shopping Center e desenvolvimento econômico e social, p.34).

Fortalecendo a mesma corrente, a ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz, assevera que a moldura do contrato de locação não se presta para os contratos de *Shopping Centers*.²⁵ De forma a sintetizar todo seu pensamento, define:

O contrato de shopping é atípico por conter elementos de vários contratos, de sorte que não se possa dizer que pertença a qualquer dos tipos, embora apresente caracteres de várias figuras contratuais, sendo a transação nele contida estranha aos tipos legais.

Em sentido contrário despontam os posicionamentos que concedem aos contratos de *Shopping Centers* natureza locacional, dotados, evidentemente, de certas peculiaridades²⁶.

Washington de Barros Monteiro²⁷, ao ser citado em obra específica sobre as questões jurídicas atinentes aos contratos de *Shopping Centers* afirma:

Não ousou asseverar seja atípico o contrato celebrado entre o incorporador e os lojistas ou prestadores de serviços. Esse contrato é, desenganadamente, o de locação, embora com algumas peculiaridades que, todavia, não chegam a descaracterizá-lo.

Completa seu posicionamento determinando que a modalidade de contrato sob estudo, apesar de possuir os traços essenciais da locação, “apresenta, no entanto, peculiaridades que o diferenciam de um contrato de locação normal”, entendendo-o como “um contrato de locação com cláusulas atípicas”²⁸.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**, vol 3, 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 42 e 44.

²⁶ Embora já esteja superada a discussão doutrinária quanto a natureza jurídica do contrato celebrado entre o empreendedor e o lojista de um *shopping center*, agora definido pela lei como sendo de locação, é inegável que ele se reveste de peculiaridades, que decorrem da própria técnica de venda ali desenvolvida. (SOUZA, Sylvio Capanema de. **Da Locação do Imóvel Urbano** - Direito e Processo. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 2001. p. 361).

²⁷ PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping Center uma nova era empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, p. 42- 43.

²⁸ PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping Center uma nova era empresarial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, p. 42- 43.

Na mesma direção, Fábio Ulhoa Coelho²⁹ garante que, além da discussão doutrinária, que apesar de existente conduz a natureza locatícia dos contratos de *Shopping Centers*, o próprio legislador teria abraçado o mesmo posicionamento do qual comunga:

Penso que é acertada a opção do legislador, neste aspecto. Embora tenha tratado o tema de forma muito simplista, ignorando a complexidade das questões nele emergentes, a lei andou bem ao prestigiar o entendimento doutrinário que reputa de natureza locatícia a relação entre lojistas e empreendedores de shopping center.

Modesto Carvalhosa³⁰ também entende estar-se diante de um contrato de locação com cláusulas especiais. De forma objetiva apresenta seus pensamentos asseverando que o contrato de *Shopping Center*: "Trata-se, pois, de um contrato de locação com cláusulas atípicas".

De forma a procurar colocar fim a discussão doutrinária, Sylvio Capanema de Souza³¹, foi pontual ao afirmar que a lei do inquilinato (Lei. 8.245/91) teria enfrentado a questão sobre os contratos de *Shopping Center*, tendo em vista:

[...] a nova Lei do Inquilinato sepultou, para sempre, as angustiantes e intermináveis discussões doutrinárias quanto à natureza jurídica do contrato de autorização de uso de espaços em shopping centers. Certa ou errada, a nova lei espancou as dúvidas e pacificou o dissídio, não deixando margem a qualquer divergência quanto à natureza jurídica do contrato, que é de locação. E isto porque, além de se referir expressamente à relação jurídica criada entre empreendedores e lojistas, como sendo 'locação', incluiu-a entre aquelas que ficam abrangidas pelas suas regras, que, como se sabe, disciplinam 'a locação de imóvel urbano.

Referido entendimento, também seguido por Fabio Ulhoa Coelho, baseia-se no fato de que a Lei 8.245/91, no seu artigo 54³² faz referência aos *Shopping Centers* (portanto, assim, regidos), como, inclusive, dispõe de texto reputando ao lojista a qualidade de locatário e ao contrato a natureza de locação.

²⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p. 344.

³⁰ BASÍLIO, 2005, p. 12. (Apud CARVALHOSA, Modesto. **Shopping Centers** (questões Jurídicas). São Paulo: Editora Saraiva, 1991. pg. 168).

³¹ SOUZA, Sylvio Capanema. **A Nova Lei do Inquilinato Comentada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993. p. 198.

³² 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

A inquietante discussão acerca da natureza jurídica dos contratos de *Shopping Centers* não possui apenas repercussão teórica, mas sim, tem impacto agudo nas relações entre as partes, mormente ante a necessidade de verificação do regimento legal aplicável a matéria.

Com efeito, independente da discussão doutrinária, pende-se a considerar o contrato de *Shopping Center* como pacto de natureza locacional, dotado, entretanto, de certas peculiaridades.

Quanto ao regime legal aplicável, vislumbra-se que, não obstante a discussão sobre a natureza jurídica do instituto e da existência ou não de legislação própria para a matéria, a doutrina e jurisprudência têm aplicado a lei 8.245/91 nas relações e controvérsias oriundas de contratos de *Shopping Center*.

Modesto Carvalhosa³³ entende que para caracterizar *Shopping Center* deve-se basear em dois elementos: o planejamento e a eficiência econômica decorrente da lucratividade e rentabilidade do conjunto.

Há ainda, quem diga que o contrato de locação em *Shopping Center* possui características de contrato de adesão, devido a imutabilidade da Escritura Declaratória de Normas Complementares ao Contrato, do Estatuto da Associação dos Lojistas e do Regimento Interno.

Nos contratos em geral é possível, em uma determinada fase, haver o debate das cláusulas da avença, em contrapartida, nos contratos de adesão, todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, cabendo à outra apenas aceitá-las, sem introduzir modificações.

Nota-se que a locação aqui tratada não está atrelada a uma simples adesão, visto que, na locação, ainda que na fase preliminar, há o debate de ideias e tratativas comerciais que interessarem para ambas as partes. Isso não

³³ BASÍLIO, 2005, p. 12. (Apud CARVALHOSA, Modesto. **Shopping Centers** (questões Jurídicas). São Paulo: Editora Saraiva, 1991. pg. 168).

acontece no contrato de adesão, já que não existe discussão em fase alguma, o que ocorre é a imposição das cláusulas do contrato para quem quer contratar determinado serviço.

Para MARIA ELISA GUALANDI VERRI³⁴ pouco pode ser negociado entre lojista e empreendedor, mas admite que o contrato de locação nos *Shopping Centers* representa um contrato atípico misto com características de contrato de adesão.

A corrente acima será afastada, pois na relação em questão constam situações atípicas materializadas no contrato de locação que não as tipificam como contrato de adesão. Apenas para que não restem dúvidas, observemos o seguinte acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, *in verbis*:

Apelações cíveis. Shopping Center. Despejo. Rescisão contratual c/c indenização por danos morais e materiais. Preliminares rejeitadas. Mérito. Aplicação do art. 54 da lei nº 8.245/91. Inaplicabilidade do CDC na espécie diante da relação travada entre agentes exploradores de atividade econômica. **Não caracterizado contrato de adesão por falta de inevitabilidade.** Ausência de violação da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Indenização por danos materiais referentes às benfeitorias definitivamente incorporadas ao imóvel e passíveis de utilização pelos ulteriores locatários e às despesas efetivadas a título de *res sperata*. Princípio que veda o enriquecimento sem causa. Danos morais descaracterizados. O insucesso do negócio é risco inerente ao comércio, assumido pelo empresário." Conhecimento e improvemento do recurso interposto na ação de despejo e parcial provimento do apelo manejado na ação de rescisão contratual. decisão unânime (grifo nosso)³⁵.

Por outro lado, a tais obrigações correspondem deveres e direitos do empreendedor, que também não são comuns. Direitos e obrigações, reciprocamente assumidos, que resultam de contratação complexa, difusa e atípica. Note-se que todas as regras são impostas pelo empreendedor; porém, não se caracteriza contrato de adesão por faltar o requisito da inevitabilidade. O interessado em ser lojista não está obrigado a sê-lo, ou pelo menos não está obrigado a tornar-se lojista naquele empreendimento, o que já não acontece com o interessado no fornecimento de água, energia elétrica, transporte coletivo, etc.

³⁴ VERRI, Maria Elisa Gualandi, *Op. Cit.*, p. 92.

³⁵ Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Cível nº 3771/2007. Relator: Desembargadora Clara Leite de Rezende. DJ: 10/03/2008. Disponível em <http://www.cjo.tj.se.gov.br/tjnet/jurisprudencia/processo_prod.wsp> Acesso em: 31 outubro 2012.

A doutrina majoritária também milita na atipicidade mista desta relação contratual, no entanto, há opiniões curiosas como a de RUBENS REQUIÃO³⁶, por exemplo, que não vê no centro comercial uma figura modelada por um contrato, mas a coordenação ou coligação de vários contratos, que juridicamente estruturam a organização e a atividade.

Por sua vez, Washington de Barros Monteiro³⁷ entende ser o *Shopping Center* como um complexo de relações internas entre o incorporador e os lojistas e prestadores de serviços, estabelecendo diversas obrigações entre ambos. É ainda categórico ao afirmar que “esse contrato é, desenganadamente, o de locação, embora com algumas peculiaridades que, todavia, não chegam a descaracterizá-lo”.

Ora, por este raciocínio, o contrato de *Shopping Center*, sendo simplesmente de locação seria um contrato tipificado, não haveria, portanto, a necessidade de receber um tratamento especial da legislação.

É respeitável a opinião deste professor, mas esta postura vai contra a teoria moderna apresentada majoritariamente pela nossa doutrina, que sempre buscou normalizar a relação contratual do negócio jurídico aqui explorado, de forma que sejam respeitados os princípios gerais e fundamentais que regulam o nosso ordenamento jurídico.

Na atualidade, o contrato de *Shopping Center* é tido com um negócio que se tornou típico, já que possui condições que o distinguem das demais espécies, mesmo ainda sendo inominado, como tal entendido o que não se acha regulado em lei.

Não obstante, poderia se considerado uma locação atípica, pois é bastante estreita a semelhança com esse instituto, todavia, quando se

³⁶ REQUIÃO, Rubens, Considerações Jurídicas sobre os Centros Comerciais (“*Shopping Centers*”) no Brasil, p. 142.

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, *Op. Cit. in: “Shopping Centers”, Aspectos Jurídicos*, p. 160.

combinam as peculiaridades, como, por exemplo, a indispensável prestação de serviços, resta cristalina a diferenciações próprias, que já o distinguem como espécie contratual.

É incontroverso, por outro lado, que enquanto não for legalmente caracterizado como contrato nominado, necessário considerar o contrato de *shopping*, como tendo por objetivo primeiro uma locação atípica, além de outros possíveis contratos coligados, conexos, acessórios, complementares ou que outra classificação tenha.

Assim, o contrato de *Shopping* é um contrato atípico por conter elementos de vários contratos, de sorte que não se pode dizer que pertença a qualquer dos tipos, embora apresente caracteres de muitas figuras contratuais, sendo a transação nele contida estranha aos tipos legais.

Apenas por falta de regulamentação legal própria, utilizar-se-á a Lei n. 8.245/91, para proteger o fundo do comércio, desde que não conflitante com as cláusulas normativo-contratuais atinentes ao uso das lojas e ao funcionamento do centro comercial, atendendo o disposto nos artigos 4º e 5º de lei de Introdução ao Código Civil.

Há um *modus vivendi* peculiar no *Shopping Center* que não terá personalidade jurídica, por ser uma organização resultante de atos e ideias, que redundam em contratos diversificados, que, por sua vez, se fundem numa unidade econômica e jurídica, transformando-se num só contrato *sui generis*, atípico e misto.

1.5. Formação do Shopping Center

1.5.1. Estrutura

A estrutura física dos *Shoppings Centers* costuma ter uma padronização composta por lojas âncoras, lojas satélites, praça de alimentação, lazer e estacionamento.

O *Shopping Center* necessita, desde sua concepção, passando pela fase de edificação até seu efetivo funcionamento, de um empreendedor, executor e alguém responsável por sua operação.

Tem-se por empreendedor, em geral, uma pessoa jurídica especializada ou dedicada a esta atividade. Pode acontecer, ainda, que um empresário com experiência nesse tipo de negócio, reúna um grupo de empresas com o objetivo comum de promover a empreendimento caracterizado como *Shopping Center*.

Essa reunião de pessoas em torno do mesmo fim específico, costuma ser viabilizada pela organização de sociedade empresária, geralmente anônima, que será substituída pela formação de um condômino *pro-indiviso*, sob a liderança daquela que reúna mais experiência e dedicação a esse tipo de atividade empresarial.

A implantação e o funcionamento compete ao empreendedor, custear a obra, buscar financiamentos, e, ainda na fase de construção, iniciar a divulgação, preparar os contratos e promover as locações. Ao contrário do que acontece na incorporação imobiliária, com a finalização da construção não se encerra a tarefa do empreendedor, na verdade, inicia-se uma nova etapa.

O empreendedor passa a administrar o funcionamento do *shopping*, que em geral se dá por um administrador, pessoa física ou jurídica, ou pela sociedade que é dono do empreendimento. Em se tratando de *shopping* estruturado sob condomínio *pro indiviso* haverá a criação de uma empresa com a finalidade específica de administrar o *Shopping Center* como um todo.

É por meio da administradora que o empreendedor estabelece os modelos de contratos de locação e dos demais instrumentos contratuais que irão presidir as relações jurídicas entre elas e os lojistas, fixam o *tenant mix*, que é o critério de seleção, localização e distribuição das atividades dos lojistas dentro dos espaços físicos do *shopping*. Além disso, fixam os valores locatícios e a *res sperata*,

uma espécie de adiantamento de alugueis que será tratado mais adiante neste trabalho.

Após a inauguração do *shopping* a administradora serve de canal para o relacionamento entre o empreendedor e os lojistas, ficando responsável pela administração dos contratos, mantém a conservação, promove sua modernização mediante a aplicação de novas tecnologias em matéria de *marketing* e de funcionamento imobiliário. Também compete à administração afastar os lojistas improdutivos e buscar outras empresas que tenham revelado, em outros pontos, êxito em suas atividades. De forma geral, orienta o empreendedor para o redirecionamento do negócio, o que pode significar um plano de expansão.

Além do quanto já exposto, para o sucesso do negócio é fundamental que os negócios desenvolvidos pelos lojistas, que se denomina operação, tenham sido selecionados de acordo com a categoria que se pretendeu imprimir e ao nível de procura do mercado a ser atingido.

Para os fins aqui propostos, necessário registrar que lojista é a designação dada ao empresário, pessoa física ou jurídica, que desenvolve alguma atividade comercial dentro do shopping, independente de seu porte econômico.

O entusiasmo, a confiança e o empenho do comerciante que se estabelece dentro do *shopping* são requisitos que vão orientar o seu próprio sucesso e do empreendimento como um todo.

1.5.2. Estrutura Jurídica

Para se constituir um *Shopping Center* deve ser elaborado instrumento jurídico para estabelecer direitos e obrigações daqueles que farão parte do empreendimento. Pode ser elaborada uma Incorporação constituindo um condomínio contendo convenção condominial e regulamento interno, que estipulará as obrigações e deveres dos condôminos, com base na Lei n. 4.591/64.

Porém, a incorporação não é o meio mais correto de se fazer o *Shopping Center*, pois com a incorporação traduz um negócio jurídico que tem o intuito de promover e realizar a construção para a alienação total ou parcial de edificações compostas de unidades autônomas.

A estrutura do *Shopping Center*, não se vislumbra a existência de unidades autônomas reguladas por uma convenção de condomínio. A estrutura do *Shopping Center* é voltada pela constituição de um empreendedor e os lojistas locam seus espaços para exercerem suas atividades, pagando um *plus* a mais ao empreendedor em razão do seu negócio.

Portanto, não se admite pela doutrina ser constituída como incorporação porque o dono é único e os lojistas são apenas usuários da coisa de propriedade única e exclusiva do organizador.

A escritura pública é a forma mais utilizada para a estipulação das regras que regerão o empreendimento. O documento se denomina - Escritura Declaratória de Normas Gerais de Funcionamento e de Locações, documento que será a base jurídica do *Shopping Center*. Neste documento, terão as disposições sobre o empreendimento, os deveres e direitos do empreendedor e dos lojistas.

Quando da construção, o empreendedor poderá optar pelo tipo de estrutura jurídica do *shopping* planejado.

Uma das formas adotadas pelos empreendedores é do condomínio *pro indiviso*. Recaindo o direito de propriedade sobre frações ideais do todo, os condôminos tornam-se titulares de frações ideais do imóvel. Dessa forma, os proprietários do *shopping* cedem, mediante remuneração, a posse de espaços determinados aos lojistas.

Condomínio edifício

Outra forma usada por empreendedores é a técnica do condomínio edilício, onde são vendidas unidades ou andares corridos, conforme previsto nos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil. Nessa modalidade, a relação jurídica existente entre os empreendedores é regulada por meio da convenção do condomínio.

Nos termos já mencionados, na modalidade condomínio edilício verifica-se a existência de duas propriedades distintas, quais seja, propriedade individual (única e exclusiva) sobre determinado bem imóvel e a propriedade comum das partes fundamentais à solidificação da comunhão dominial, sendo certo que a primeira é divisível e a segunda indivisível.

Não obstante as particularidades legais do condomínio edilício, não há óbice para que o *shopping* seja estruturado mediante a adoção de um condomínio especial entre empreendedores, ou até entre empreendedores e alguns lojistas. Isto porque o que importa, nessa hipótese, não é a estruturação do condomínio imobiliário que tem suas normas legais tipificadas, mas sim a constituição de um sistema comercial moderno, que decorre da exploração do comércio pelas lojas integradas individualmente, cada uma delas, no centro comercial.

Independente da estrutura jurídica escolhida, o importante é estabelecer as relações dominiais entre os empreendedores, pois se houver, em maioria, a alienação de espaços para lojistas, não se estará mais a tratar de *Shopping Center*, e sim de um simples centro comercial ou galeria de lojas, o que se distancia, em muito, da definição da ABRASCE, que é considerada a mais completa até o momento.

O sistema de condomínio horizontal somente tem eficiência naqueles casos em que a quase totalidade das unidades pertençam a um mesmo dono, pois este poderá das às unidades que lhe forem atribuídas a planificação própria de um shopping, como é o caso, por exemplo, do *Shopping Center*

Ibirapuera, onde à exceção de uma unidade, a totalidade do empreendimento pertence a um empreendedor.

Considera-se uma vantagem na escolha do condomínio especial a possibilidade de indivisão *ad eternum* do empreendimento, já que nessa modalidade não há limite temporal de estipulação contratual de indivisão da coisa, sendo esta uma característica da propriedade horizontal.

Condomínio Ordinário do Código Civil

Essa modalidade de estrutura será regulada pelos artigos 1.314 a 1.326 do Código Civil, sendo certo que não haverá coexistência de duas formas distintas de propriedade, recaindo o domínio dos titulares sobre frações ideais do empreendimento, em maior ou menor proporção.

O grande desafio na adoção desta estrutura é o limite temporal de cinco anos estabelecido no parágrafo primeiro do artigo 1.320 do Código Civil, já que pelas proporções do empreendimento necessário a construção de um *shopping*, os empreendedores ficarão sempre intranquilos em razão da possibilidade da divisão da coisa após o decurso do prazo legal de indivisão, pois tal instituto tem como natureza transitória do condomínio pro indiviso.

Sociedade

Embora atualmente grande parte dos *Shopping Centers* adote a forma condominial com sua estrutura jurídica, não há nenhum impedimento prático ou legal que inviabilize a criação sob a forma de uma sociedade empresária.

Neste sentido, existem inconvenientes para que se adote uma sociedade por ações, vez os obstáculos legais em relação à distribuição imediata de lucros aos empreendedores. Assim, é preferível o regime condominial na estrutura do empreendimento.

A constituição de uma sociedade empresária foi muito utilizada pelos empreendedores para figurar como titular do empreendimento. As quotas ou ações de referida sociedade, por óbvio, eram de titularidade dos empreendedores. Vantagens acerca dessa modalidade de concepção do empreendimento: administração não estaria concentrada no que se equivaleria ao síndico nos condomínios; os acionistas ou cotistas teriam os seus direitos assegurados; haveria um maior controle de deliberações referente a questões mais delicadas; haveria a possibilidade de efetivar-se um acordo de acionistas ou cotistas regulando a compra e venda de ações ou cotas. Em suma, o controle estaria na mão dos acionistas, e a administração seria exercida de forma mais difusa, menos concentrada.

A escritura pública é a forma mais utilizada para a estipulação das regras que regerão o empreendimento.

Ao empreendedor, independente da forma tratada no tópico anterior, algumas medidas preliminares, a saber³⁸:

1. Destacar as regiões onde haveria a possibilidade de se construir um *shopping*, evidentemente, como base em dados concretos de viabilidade;
2. Identificar dentre de cada região a disponibilidade de terrenos com capacidade para abrigar o empreendimento e também as possíveis e futuras expansões. Dentro desse estudo, também haveria a necessidade de realizar estudos prévios com objetivo de se verificar se empreendimento poderia ser edificado;
3. Reunir grupo de empreendedores, organizar estatutos, se em sociedade, ou o acordo entre condôminos que regerá as reações do “condomínio pro-indiviso”;
4. Elaborar projetos, levantamentos, especificações e características do futuro *shopping*, com orientação de todos os detalhes quanto às áreas em construção, acabamentos, elementos construtivos e dados técnicos, vias de acesso, tráfego e

³⁸ MENDES, Leonardo Jorge. Aspectos Jurídicos destacados dos shopping centers. Florianópolis. 2008, pág. 10.

estacionamento de veículos. Ou seja, tudo o quanto necessário para o que for necessário para o sucesso do negócio.

As relações contratuais estabelecidas entre o lojista e o empreendedor do *Shopping Center* baseiam-se em quatro instrumentos básicos:

- A) A Escritura de Normas Gerais;
- B) O Contrato de Locação de unidade comercial;
- C) A Associação de Lojistas; e,
- D) O Contrato com a Administradora.

A) A Escritura de Normas Gerais

É a lei do *Shopping Center*. É uma escritura pública que estabelece as normas gerais que regulam a organização e o funcionamento do *Shopping Center*. É elaborada pelo empreendedor do shopping e o lojista ao assinar esta escritura estará aderindo aos termos constantes nela.

Esta escritura é denominada de Escritura de Normas Complementares do Contrato de Locação, Escritura Declaratória de Normas Gerais Regedoras do funcionamento e das Locações do *Shopping* ou semelhantes.

A escritura é um complemento ao contrato de locação a ser firmado entre o empreendedor e o lojista. A adesão do lojista à escritura de normas gerais é feita através do contrato de locação.

A escritura trará todas as informações que regerão o empreendimento e os direitos e deveres dos lojistas e do empreendedor.

Se excepcionalmente, o shopping for constituído por meio de incorporação, as regras contidas na escritura de normas gerais devem constar da Convenção do Condomínio e Regulamento Interno nos termos da Lei n. 4.591/64.

B) O Contrato de Locação de Unidade Comercial

A ocupação dos lojistas dentro do *Shopping* se dá pelo contrato de locação. Nas locações dos espaços em *shoppings* devem atender às múltiplas necessidades do consumidor de sorte que não faltem certos tipos de serviços (bancos, correios, cinema, lazer) ou de comércio (restaurantes), mesmo quando há uma atividade central desenvolvida pelos *Shopping Centers* (moda, utilidades domésticas etc...).

O contrato de locação é peculiar em se tratando de locação em *shopping*, e nem o empreendedor e nem o lojista são locador e locatário comuns. É especial a situação das partes no contato entre o empreendedor do *Shopping Center* e o lojista.

Entre o empreendedor e o lojista existe um contrato de locação, embora revestido de cláusulas especiais com vistas ao atendimento das características próprias do *Shopping Center*.

A primeira peculiaridade neste contrato é a Dúplice Fixação do Aluguel, ou seja, a existência de uma parte fixa, reajustável segundo índice e periodicidades contratadas e, uma parte variável, proporcional ao faturamento do locatário no mês.

Aluguel mínimo ou fixo é baseado nos metros quadrados que a loja possuir, representado por uma prestação pecuniária reajustável periodicamente com indexação preestabelecida. Aluguel móvel ou percentual é calculado sobre a percentagem na receita bruta efetuada pela loja, consistindo numa prestação pecuniária proporcional ao faturamento bruto mensal da atividade comercial do lojista.

Além do aluguel, há outras obrigações de natureza pecuniária assumidas pelo locatário de loja em *Shopping Center*, que pode ser: uma prestação denominada *res sperata*, retributiva das vantagens de se estabelecer num complexo comercial que já uma clientela constituída, conforme já vimos acima.

Também há o pagamento do 13º salário. No mês de dezembro é cobrado o valor do aluguel em dobro.

Desta feita, é cabível a cobrança dos alugueis desta forma, pois a lei do inquilinato não veda esta prática, pois o artigo 54 da Lei 8245/91 admite aos contratantes a liberdade ao contratar.

Além da imposição quanto aos valores a serem arcados pelos lojistas. O lojista não pode alterar o seu ramo do negócio, ou alterar a mercadoria proposta para colocar na loja, pois poderia afetar a harmonia estabelecida pelo empreendedor (*tenant mix*).

O lojista também não poderá ceder a terceiros, bem como sublocar, sob pena de quebra contratual.

Ainda, o empreendedor tem o direito de supervisionar o lojista e suas atividades dentro do empreendimento. Em decorrência do cálculo do aluguel basear-se no faturamento do lojista, o contrato firmado entre as partes garante ao empreendedor o direito de fiscalizar a contabilidade do lojista. Esta fiscalização tem a finalidade de verificar qual é o lucro obtido da loja em questão.

O empreendedor tem direito a verificar sua contabilidade, seus livros fiscais, permanecer por meio de um preposto a lucratividade e a procura pela loja pelos consumidores etc.

Com relação aos livros e balanços contábeis o empresário lojista não é obrigado a mostrar ao empreendedor, em razão do sigilo dos documentos. Porém se aceitou desta forma no contrato de locação anuindo a escritura, deve mostrar como solicitado pelo empreendedor.

O empreendedor deverá supervisionar as obras executadas pelo lojista, dentro de sua loja e poderá impugná-las.

C) Associação de Lojistas

Também devem os locatários se filiar à associação dos lojistas, pagando a mensalidade de associados correspondentes. É parte integrante do contrato de locação.

A Associação dos Lojistas é uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos formada pelos lojistas de um mesmo *Shopping Center*. Possui personalidade jurídica própria.

As associações têm por objetivo amparar os interesses dos associados perante terceiros, podendo representá-los, cultivar relações entre os associados locatários, promovendo intercâmbio de informações e experiências, estabelecer normas éticas e regulamentos disciplinadores das atividades de seus associados e como objetivo maior destaca-se promover a divulgação do *Shopping Center*.

Portanto, caberá à associação custear despesas de interesse comum, notadamente com publicidade.

Porém a Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991 – Artigo 54, parágrafo 1º, impede sejam cobrados dos lojistas as despesas com:

- a) Obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel;
- b) Pintura das fachadas, esquadrias externas, empenas, poços de areação e iluminação;
- c) Indenização trabalhista e previdenciária pela dispensa de empregados, anteriores ao início da locação;
- d) Obras ou substituição de equipamentos que impliquem na modificação do projeto original;
- e) Obras de paisagismo.

O lojista, assim, fica obrigado a contribuir mensalmente para a formação do fundo promocional, para custear os gastos com publicidade. A participação é obrigatória e se não o fizer pode dar ensejo a rescisão unilateral do contrato por inexecução de obrigações.

Ante o exposto, as obrigações do locatário encontram-se na Lei das Locações. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991 – Artigo 54 *caput*.

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

As despesas de manutenção das partes comuns do shopping podem ser carreadas aos lojistas pelo contrato de locação, desde que constem do orçamento.

D) O Contrato com a Administradora

A administração do shopping é tarefa do empreendedor que pode contratar uma administradora especializada em serviços de planejamento, organização e administração de centros empresariais. É parte integrante do contrato de locação.

Havendo a administradora, o lojista deverá celebrar contrato específico com ela, como parte integrante do contrato de locação.

O lojista pagará à administradora pelos serviços prestados além de contribuir com o rateio das despesas de manutenção do *shopping*. Este valor será igual à metade do valor da maior mensalidade de uma loja.

A administradora terá os mais amplos poderes que vão desde a possibilidade de introduzir modificações no projeto estrutural da edificação passando pela fiscalização dos atos do lojista até o controle e manutenção das dependências de uso comum.

Cabe a administradora elaborar o regimento interno do shopping para o perfeito funcionamento do empreendimento. (Ex. horário de funcionamento e de entrada de funcionários etc).

O lojista deverá submeter o projeto de instalação da loja à aprovação do dono do *shopping*.

Ao empreendedor, cabem algumas medidas preliminares, a saber³⁹:

- a) Destacar as regiões onde haveria a possibilidade de se construir um *shopping*, evidentemente, como base em dados concretos de viabilidade;
- b) Identificar dentre de cada região a disponibilidade de terrenos com capacidade para abrigar o empreendimento e também as possíveis e futuras expansões. Dentro desse estudo, também haveria a necessidade de realizar estudos prévios com objetivo de se verificar se empreendimento poderia ser edificado;
- c) Reunir grupo de empreendedores, organizar estatutos, se em sociedade, ou o acordo entre condôminos que regerá as reações do "condomínio pro-indiviso";
- v) Elaborar projetos, levantamentos, especificações e características do futuro *shopping*, com orientação de todos os detalhes quanto às áreas em construção, acabamentos, elementos construtivos e dados técnicos, vias de acesso, tráfego e estacionamento de veículos. Ou seja, tudo o quanto necessário para o que for necessário para o sucesso do negócio.

1.5.3. Lojas Âncoras

Temos dois tipos de lojas, as lojas-âncoras, que são os grandes departamentos e magazines, por si só, valorizam o shopping, dão-lhe o suporte de uma clientela "cativa" e as lojas magnéticas ou satélite que são os

³⁹ FILHO, Mário Cerveira. Shopping Center: direitos dos lojistas. 3.Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 107.

comerciantes de sucesso nos diferentes ramos de negócio, os quais, em menor escala, prestigiam o shopping, pois obtiveram êxito em seu setor. Por último, preenchem-se os espaços restantes com pequenos comerciantes, os quais são mais dependentes do shopping do que este, deles.

As lojas âncoras são os grandes magazines ou lojas de departamento, que tem a função de atrair a clientela pelo nome que possuem no mercado.

As lojas-âncora procurarão favorecer as lojas menores (magnéticas) que usufruirão dos benefícios de seu aviamento e dos excessos de sua expansão.

São as lojas de grande porte muito conhecidas pelo público. Geralmente, são os magazines ou lojas de departamentos que vendem vários tipos de produtos, tais como: cama, mesa, banho, moda feminina, masculina e infantil, e algumas delas ampliam ainda mais o seu leque de mercadorias vendendo eletroeletrônicos, eletroportáteis, móveis, entre outros.

As lojas âncoras costumam atrair grande parte dos consumidores aos *Shopping Centers*, e em geral, ficam dispostas em lugares estratégicos onde há a grande circulação de pessoas pelo *mall* (corredor)⁴⁰.

1.5.4. Lojas Satélites

São as lojas menores compostas por grifes e por outras marcas um pouco menos conhecidas pelo público em geral. As lojas satélites ou magnéticas são as lojas de menor porte que completam os espaços alcançando o oferecimento da diversidade de produtos e serviços objetivados pelo empreendimento.

⁴⁰ VERRI, Maria Elisa Gualandi Verri. *Op. Cit.*, p. 27.

O site “LEXTEC” define loja satélite como “loja de pequenas dimensões que não possui a capacidade de atrair um grande número de pessoas e que por essa razão se situa perto de uma lojas-âncoras”⁴¹.

Embora essa definição seja respeitável, não se pode desprezar o fato de que existem lojas satélites que atraem o público consumista de determinadas grifes.

MARIA HELENA DINIZ afirma que:

“Os grandes departamentos que constituem as lojas-âncoras procurarão favorecer as lojas menores, designadas “magnéticas”, que usufruirão dos benefícios de seu aviamento e dos excessos de sua expansão. Assim enquanto as lojas-âncoras trazem para o shopping a clientela que constituíram, as lojas satélites, ou magnéticas, passarão a atrair para si a clientela. Com isso todas auferirão lucros e vantagens”⁴².

Com esse posicionamento, fica claro que lojas âncoras e lojas satélites terão suas vantagens e lucros assegurados.

Sendo assim, as lojas-âncora trazem ao *shopping* a clientela e as lojas satélite passam a atrair para si tal clientela.

1.5.5. Praça de Alimentação

É a área onde se concentram os restaurantes e as lanchonetes. Não há como ir a um *Shopping Center* e encontrar esses estabelecimentos em locais separados, já que existe uma área destinada especificamente para eles, o que de certa forma, aumenta a concorrência entre esses comerciantes e os frequentadores têm um variado cardápio à sua escolha.

1.5.6. Lazer

⁴¹ LEXTEC, Disponível em <http://www.instituto-camoes.pt/lextec/por/domain_3index/17802.html - 4k ->Acesso em: 06 set. 2012.

⁴² DINIZ, Maria Helena. DINIZ, Maria Helena. **Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada**, 10 ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2009. p. 56).

Uma peculiaridade especial no Shopping Center se refere à reunião de pontos recreativos de atração: cinemas, teatros, restaurantes, lanchonetes, sorveterias, patinação, diversão infantil reunidos num único local, atingindo diversos consumidores.

É um *mix* de atrações formado por cinemas, parques, área de jogos, enfim, atividades que antes eram encontradas apenas em parques de diversões e nas ruas podem facilmente ser encontradas nos *Shopping Centers*.

O empresário que projeta a implantação de um *Shopping Center*, não se cinge a definir as linhas arquitetônicas do Edifício, a demarcar as áreas onde se estabelecerão os comerciantes, a determinar a largura dos corredores, a funcionalidade da circulação, a distribuição racional das lojas, a contratar funcionários, a manter a ordem, o asseio e a segurança dentro e fora do edifício. A organização de um *Shopping Center* é uma atividade muito complexa, porque requer uma clara visão do empresário, na escolha e seleção de unidades, no equilíbrio da competição, no esmero, na decoração e no estilo. O estabelecimento comercial, que nele se instala, já deve estar em harmonia e correspondência com a alta clientela que frequenta o *Shopping Center*.

Os *Shoppings Centers*, são no campo das compras e do lazer, o resultado do planejamento do empresário, que procura conciliar num grande centro empresarial, o conforto e rapidez de locomoção, mais necessários, a vida de cada um dos habitantes da cidade.

Dentre as vantagens do *Shopping Center*, podemos ressaltar: segurança, garantia de uma clientela de alto nível, amplo estacionamento, lazer, aumento do poder de escolha, maior motivação às compras, associação entre o empreendedor e o comerciante, controle centralizado, força de conjunto e maior produtividade.

Neste sentido, pode-se considerar que os *Shopping Centers* são “pequenas cidades” que oferecem tudo o que o consumidor procura: artigos de

necessidade, lazer, diversão, alimentação, segurança, enfim, uma série de facilidades que estão à disposição da população que faz desses empreendimentos sucesso onde quer que se localizem.

1.5.7. Estacionamento

É comum os *Shopping Centers* disporem de estacionamentos amplos que procuram dar comodidade àqueles que frequentam os centros comerciais para fazer compras, almoçar, divertir-se, ou simplesmente, passear.

Essas são as características físicas fundamentais de um *Shopping Center*, porém, é necessário haver um planejamento da disposição das lojas e, principalmente, do *mix* de produtos que serão oferecidos aos seus frequentadores, como bem define a Revista SEMMA⁴³:

“O *tenant mix* do shopping center é planejado com base nos dados do estudo de mercado, a fim de oferecer ao público freqüentador o perfil de lojas, serviços e demais operações desejadas, visando também gerar uma circulação adequada entre todas as áreas do empreendimento.

Esse planejamento cabe ao empreendedor que deverá objetivar a conveniência entre os tipos e tamanhos de lojas e a sua perspectiva de lucro e dos lojistas. Além das características físicas citadas acima, há ainda espaços para banheiros e telefones públicos. É importante salientar que há outras vantagens atrativas aos consumidores, tais como a segurança e o horário de funcionamento, conforme ilustra MARIA ELISA GUALANDI VERRI⁴⁴: *Há vantagens, principalmente com relação a estacionamento, horário de funcionamento e segurança, além da reunião em um mesmo espaço de uma pluralidade de opções comerciais, tudo aliado a um ambiente normalmente agradável.*

⁴³ SEMMA – Desenvolvimento e Viabilização do Varejo. Disponível em <http://www.semma.com.br/semma_shopping.pdf> Acesso em: 06 jan. 2012.

⁴⁴ VERRI, Maria Elisa Gualandi Verri. *Op. Cit.*, p. 27.

Neste sentido, pode-se considerar que os *Shopping Centers* são “pequenas cidades” que oferecem tudo o que o consumidor procura: artigos de necessidade, lazer, diversão, alimentação, segurança, enfim, uma série de facilidades que estão à disposição da população que faz desses empreendimentos sucesso onde quer que se localizem.

Acrescenta-se ainda que, atualmente, um aspecto polêmico a ser suscitado refere-se à questão da responsabilidade civil do shopping Center, quanto a furtos de veículos em estacionamento.

A doutrina majoritária entende que se o estacionamento for totalmente gratuito, não em havendo qualquer espécie de controle de entrada e saída de veículos, nem vigilantes no local, não há como responsabilizar o *Shopping Center*, por eventuais sinistros. Não há, nesse caso, qualquer relação jurídica que vincule o usuário do estacionamento ao empreendedor. Parte do pressuposto que indiretamente o cliente está remunerando a empresa mantenedora do estacionamento, através do lucro auferido com a venda das mercadorias ali transacionadas.

Já se o fluxo de veículos do estacionamento do *shopping* é controlado por meio de ticket, comprovante ou cartão, e cobra-se pela permanência do veículo no pátio, há, sem dúvida, uma relação contratual em que o shopping assume um dever de vigilância. Sendo remunerado o estacionamento, sempre haverá responsabilidade na medida em que o dever de vigilância do veículo significa uma contraprestação devida em razão do pagamento recebido.

Entretanto, muito discutida também é a questão acerca da existência de estacionamento configurar ou não um contrato de depósito entre o usuário e o empreendedor do *Shopping Center*, nos termos do artigo 627 e seguintes do Código Civil.

Entretanto, os Tribunais têm entendido contrariamente a doutrina, que se trata de questão em torno da qual se pacificou a jurisprudência da seção especializada, consoante filtra inúmeros precedentes, os quais timbram em

remarcar o dever de guarda e vigilância da empresa, dado o interesse do estabelecimento em dispor da clientela independente, seja estacionamento gratuito ou oneroso.

No caso de comércios, o fundamento da responsabilidade por fatos ocorridos em seus estacionamentos vem da colocação à disposição do cliente um serviço que, pela lógica, deve ser efetivo e eficiente, de modo que qualquer dano ali causado ao usuário deve ser reparado.

A jurisprudência pátria é assente nesse sentido, o entendimento é a da responsabilidade objetiva, trata-se de uma relação consumeirista entre o estacionamento e o cliente do shopping, independentemente se configurado contrato de depósito, ou não.

Responsabilidade civil. Estacionamento. Supermercado. Furto. Ante o interesse da empresa em dispor de estacionamento para angariar clientela é de presumir-se seu **dever de guarda** dos veículos ali estacionados, sendo indenizável o prejuízo decorrente de furto. Recurso especial conhecido pelo dissídio porém desprovido. (STJ - Ac. Unân. da 3ª Turma de 28/05/1991-RESP 9022 / RJ - Rel. Ministro Cláudio Santos).⁴⁵

Civil. Responsabilidade. Furto em estacionamento de supermercado. A empresa que explora supermercado e responsável pela indenização de furto de automóvel, verificado em estacionamento que mantém, ainda que não cobre por esse serviço destinado a atrair clientela, por falta ao seu **dever de vigilância**. (stj - ac. Unân. Da 3ª Turma de 12/03/1991- REsp 7134 / SP - Rel. Ministro Dias Trindade.)⁴⁶

Responsabilidade civil. Estacionamento em supermercado. Furto de automóvel. A empresa que, visando a atrair clientes, põe a disposição destes estacionamentos de veículos, responde pelos prejuízos sofridos em caso de furto da coisa depositada. Precedentes do STJ. Recurso Especial conhecido, mas improvido. (STJ - Ac. Unân. da 4ª Turma de 21/08/1991-REsp 7901 / SP - Rel. Ministro Barros Monteiro)⁴⁷.

Vale citar a súmula 130 do STJ: *"A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento"*.

⁴⁵ http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=378&pagina=8&id_titulo=4566

⁴⁶ http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=378&pagina=6&id_titulo=4566

⁴⁷ http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=378&pagina=7&id_titulo=4566

A responsabilidade existe. O Estabelecimento responsável, seja ele supermercado, shopping, ou qualquer outro estabelecimento que forneça o serviço de guarda de veículos, pago ou não, terá o dever de reparação proporcional ao prejuízo que se consolide, bastando para tanto que se comprove o dano e o nexo de causalidade.

Entrou em vigor a Lei 13.872/2009 em março do corrente ano, dispõe acerca da proteção e segurança dos consumidores nos estacionamentos públicos e privados. A lei estadual, como ponto primordial, veda a proibição de placas que retirem a responsabilidade dos estacionamentos em relação ao veículo ou objeto deixados no interior dele.

Assim sendo verificamos que a nova lei se alinha com direito a informação do consumidor já previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Os estacionamentos estarão forçados a emitir comprovante de entrega do veículo contendo: o preço da tarifa; identificação do modelo e da placa do veículo; prazo de tolerância; horário de funcionamento do estabelecimento; nome e endereço da empresa responsável pelo serviço; CNPJ; dia e horário do recebimento e da entrega do veículo.

Fica previsto também que o estabelecimento deve manter visível o relógio de controle de entrada e saída dos veículos. Portanto a lei reforça o que já é previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, os danos ocasionados ao veículo, na prestação do serviço são de responsabilidade intrínseca do estacionamento, uma vez que nesse serviço está subentendido o dever de guarda, obrigação de vigiar, garantir a incolumidade do veículo contra furtos, colisões e danos provocados por terceiros.

Em suma, mesmo que gratuitos, os estacionamentos podem ser responsabilizados seja com respaldo no Código de Defesa do Consumidor, seja na nova lei que entrará em vigor no estado de São Paulo.

1.6. Partes

Há três figuras que fazem parte da estrutura jurídica dos *Shopping Centers* e ocupam funções variáveis, caso a caso. São elas:

1.6.1. Empreendedor

Trata-se do empresário que patrocina a construção do centro comercial. MARIA ELISA GUALANDI VERRI nos oferece o seu entendimento sobre o empreendedor:

... “é aquele que desenvolve a idéia de criação do shopping center, incluindo o estudo de localização deste, e congrega a forma organizacional do shopping center, visando manter um nível no mínimo satisfatório de resultados econômicos⁴⁸”.

Além de o empreendedor patrocinar a obra do *Shopping Center*, caberá a ele manter a organização e o nível de excelência.

O objetivo do empreendedor é reunir em um mesmo local uma diversidade de produtos e serviços, de qualidade que atenda ao público exigido e estimado por ele, capaz de atender as mais variadas necessidades do consumidor.

Além das lojas que serão analisadas para a constituição do *shopping*, o lojista deverá também atender ao objetivo de atrair o cliente.

O empreendedor de *Shopping Center* organiza a distribuição de ofertas de produtos e serviços e fica atento às evoluções do mercado consumidor, a ascensão ou decadência das marcas, tudo com o objetivo de atrair o consumidor.

O empreendedor deve selecionar as lojas para dar um grande desenvolvimento ao próprio empreendimento. O seu objetivo é formar um centro de

⁴⁸ VERRI, Maria Elisa Gualandi Verri. *Op. Cit.*, p. 29.

compras capaz de atender as necessidades do seu público alvo, incentivando o consumo.

Ao empreendedor cabe verificar os produtos oferecidos pelos lojistas, as tendências de mercado e o marketing para atender a clientela. Além disso, o empreendedor deve promover a administração do *Shopping Center*.

O empreendedor irá participar do faturamento do lojista. Por isso, o sucesso do lojista será fundamental para o empreendedor que receberá um *plus* em razão da lucratividade do lojista.

O empreendedor do *Shopping Center* guarda uma relação direta entre sua receita e o faturamento do lojista. Desta forma preocupa-se aquele em fornecer a este uma estrutura que favorece seu negócio.

O empreendedor é a pessoa física ou jurídica que constrói de acordo com estudos técnicos, visando oferecer ao consumidor adequada e diversificada concentração de serviços e ramos de comércio, distribuídos segundo um plano global por ele estabelecido de forma a abranger as necessidades de seus clientes e frequentadores. É o proprietário do estabelecimento, de todo o complexo, cabendo a ele também toda a administração e gerência do *Shopping*.

1.6.2. Lojista

O lojista é a pessoa física ou jurídica que tiver sob o contrato ou acordo, remunerado ou não, explorando qualquer espaço nas dependências internas ou externas do shopping.

É o comerciante que se dispõe em manter sua loja em um *Shopping Center*, mas que ao mesmo tempo, se submete às regras por ele impostas.

Citando MARIA ELISA GUALANDI VERRI, o lojista “*estará sujeito a regulamentos tendentes a uniformizar as práticas do shopping center do*

qual participa. É esta característica que faz do lojista de shopping center uma figura diferente do lojista do chamado 'comércio de rua'⁴⁹.

Observando de forma panorâmica, o lojista de rua não tem que se submeter às mesmas obrigações que o lojista de *Shopping Center*, visto que este deverá seguir todos os regramentos peculiares a este tipo de empreendimento, enquanto que aquele tem independência total na atividade que comercial que exerce.

1.6.3. Administrador

É a terceira figura que eventualmente poderá ser contratada pelo empreendedor para administrar o centro comercial, tendo em vista que muitos *Shopping Centers* são administrados pelos próprios empreendedores.

MARIA ELISA GUALANDI VERRI enumera as principais funções do administrador que deverá:

“definir o horário e funcionamento do shopping center”, embora em nosso país haja uma padronização em relação aos horários de funcionamento dos shoppings, além de regular o fornecimento de água, luz e gás, o serviço de carga e descarga, bem como de recolhimento de lixo; manter a estrutura de pessoal para os serviços comuns, tais como limpeza, manutenção e segurança, fiscalizar os comerciantes, seja no âmbito fiscal, seja no âmbito da apresentação do estabelecimento, representar o empreendedor extrajudicial e judicialmente, etc⁵⁰.

Diante de tanta responsabilidade, é evidente que o administrador tem liberdade para cuidar do empreendimento, e cabe a ele fiscalizar todas as tarefas e conservar o alto nível de prestação de serviços que o *shopping* se propõe a oferecer.

Principais diferenças entre o Locador e o empreendedor do *Shopping Center*:

Na locação imobiliária: O locador (empreendedor) preocupa-se apenas com:

⁴⁹VERRI, Maria Elisa Gualandi Verri. *Op. Cit.*, p. 30 e 31.

⁵⁰VERRI, Maria Elisa Gualandi Verri. *Op. Cit.*, p. 30.

- O valor locativo de mercado do seu imóvel; e
- Quanto à solvência do locatário.

Na locação de Shopping Center: O empreendedor de shopping deve estar atento:

- À evolução do mercado consumidor;
- À ascensão ou decadência das marcas;
- À novidades tecnológicas e de marketing.

1.7. *Tenant Mix*

Tenant mix é uma expressão inglesa que dá nome a técnica utilizada pelo empreendedor do *Shopping Center* na escolha da localização das lojas dentro de seu prédio, para realizar a estruturação do empreendimento⁵¹.

Mais do que um mero centro onde se dispõem lojas de diferentes espécies, o *Shopping Center* possui características que o peculiarizam, como a sua estrutura logística e o *tenant mix*, planejamento de distribuição do espaço de maneira a otimizar a concorrência.

É a combinação de diversidades comerciais, de modo que o público desfrute de opções variadas, sem que falte uma especialidade, mas também que não haja saturação de outras.

A estruturação do *Shopping Center* baseada no *tenant mix* tem por objeto proporcionar a maior lucratividade para o lojista e para o próprio empreendedor.

A participação nos lucros do lojista pelo empreendedor é a base de todas as peculiaridades encontradas na relação obrigacional estabelecida entre eles. A estrutura organizacional do *Shopping Center* está apoiada em bases contratuais, que conciliam interesses do empreendedor e do lojista.

⁵¹ LEMKE, Nardim Darcy. **Shopping center**. questões jurídicas e contratuais. Blumenau: Acadêmica, 1999, p. 27.

Além do mais, o empreendedor deve ficar atento às evoluções do mercado consumidor, às novidades tecnológicas e de marketing, bem como ao potencial econômico de cada negociante instalado no seu complexo.

O *tenant mix* é a planta do Centro Comercial. O plano de distribuição dos tipos de lojas pelo edifício de modo a gerar uma convivência lucrativa tanto para os lojistas quanto para o dono do *shopping*. Este, após terminada a obra, mantém-se como proprietário do imóvel como um todo e percebe mensalmente de cada um dos lojistas ali instalados um valor que varia de acordo com o faturamento bruto destes últimos, apelidado de aluguel mínimo.

O *tenant mix* é o resultado inexorável de um planejamento mercadológico prévia e continuamente elaborado pelo empreendedor, atrelado a uma estrutura logística peculiar, que distingue tais empreendimentos de um mero agregado de lojas. O *tenant mix* do *Shopping Center* é planejado e elaborado pelo empreendedor, com base nos dados do estudo de mercado, a fim de oferecer ao público freqüentador o perfil de lojas, serviços e demais operações desejadas, visando também gerar uma circulação adequada entre todas as áreas do empreendimento.

A manutenção de um *tenant mix* harmonioso é vista como uma obrigação bilateral entre lojista e empreendedor. Na medida em que o *shopping* possui a obrigação de alcançar um arranjo ideal da localização e distribuição de atividades dos lojistas, estes têm a contrapartida de respeitar a ordenação existente. Paralelamente, em face da destinação comercial imposta ao espaço locado, o lojista se arvora no direito de exigir do empreendedor o perfeito equilíbrio de mercado prometido. Tudo para o alcance da finalidade econômica precípua do centro de compras: potencializar a geração de lucros das empresas ali estabelecidas, a partir de um planejamento mercadológico ininterrupto.

Neste diapasão, o mercado é prospectado a fim de identificar prontamente ameaças e oportunidades. Com base nestes estudos são cunhados

planos de marketing e reformulações das estratégias no *tenant mix*, tudo visando a maximização dos lucros.

Em suma, o *tenant mix* é a distribuição das lojas de acordo com o planejamento feito pelo empreendedor, já traçado desde a construção, indicando a localização das lojas, de conformidade com o ramo do negócio, o tamanho e a importância do estabelecimento. Visa especialmente, a disposição das lojas, à qualidade do ramo comercial, à capacidade e idoneidade do comerciante pretendente ao uso da loja, à decoração, à administração do shopping, à fiscalização e à percentagem no lucro bruto da loja.

Fábio Ulhoa Coelho define:

De fato, o empreendimento denominado shopping center é mais complexo. Além da construção do prédio, propriamente dita, o empresário deve organizar os gêneros de atividade econômica que nele se instalarão. A idéia básica do negócio é por à disposição dos consumidores, em um local único, de cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços. Assim, as locações devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Geralmente, não podem faltar em um shopping center certos tipos de serviços (correios, bancos, cinemas, lazer, etc.) ou comércios (restaurantes, lanchonetes, papelarias, etc.), mesmo que a principal atividade comercial seja estritamente definida (utilidades domésticas, moda, material de construção, etc.), pois o objetivo do empreendimento volta-se a atender muitas das necessidades do consumidor. É esta concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maiores contingentes de consumidores, redundando em benefício para todos os negociantes⁵².

Ementa: "Comercial. Shopping Center. Cláusula de Exclusividade na Comercialização de Produto Pelo Lojista (mix). Desrespeito Pelo Incorporador-administrador. Desvirtuamento do Objeto do Contrato (res Sperata). Pagamento Parcial do Preço de Compra da Loja. Exceção de Contrato... Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI - Julgamento: 09/10/2006 - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA"⁵³.

Distribuição de lojas – O empreendedor deve adequar as lojas para comporem o estabelecimento. As lojas devem ser distribuídas racionalmente a fim de favorecer uma maior circulação dos frequentadores nas áreas do *Shopping*.

⁵² COELHO, Fábio Ulhoa, Comentários a Lei de Locação de Imóveis Urbanos), Ed. Saraiva, 2005, pág.67.

⁵³ STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 764901 RJ 2005/0110738-7.

As lojas âncoras são colocadas em locais estratégicos para que os consumidores possam circular e ver as demais lojas.

A distribuição estratégica tem a finalidade de evitar também a concorrência direta entre as lojas, ou mesmo, criar áreas específicas para exploração de determinada atividade (alimentação e lazer).

A ideia básica do negocio é pôr à disposição dos consumidores, em um mesmo local, de cômodo acesso e seguro, a mais ampla gama de produtos e serviços. Assim, deve haver um planejamento da distribuição da oferta, uma organização da competição interna.

Neste sentido, o lojista, deverá apresentar, previamente, o projeto de instalação de sua loja, com estudos sobre a configuração interna, decoração e o *mix* de produtos a serem comercializados, cabendo ao empreendedor concordar ou não com o projeto.

Sendo aceito seu projeto, o lojista terá ciência de que não poderá modificar a disposição de sua loja, tampouco o *mix* de produtos que comercializa, salvo se houver a anuência do locador.

O Professor RUBENS REQUIÃO justifica essa imposição da seguinte maneira:

Assim como o locador, nos contratos de locação comum, pode destinar o uso da locação para determinado fim – locação residencial ou locação comercial – a mesma faculdade se arroga o empreendedor, distribuindo os planos de lojas em função dos ramos de negócios. Estabelece-se, dessa forma, no contrato de locação, a cláusula que os locatários não poderão variar de ramo de negócio, no curso do empreendimento, cingindo-se àquele a que a loja foi destinada. Por esse meio o “centro comercial” consegue manter imutavelmente diversificado o empreendimento original planejado, sem desagregá-lo⁵⁴.

De fato é conveniente estabelecer essa proibição nos contratos, pois seria imaginável que os lojistas, insatisfeitos com suas atividades ou

⁵⁴ REQUIÃO, Rubens. Considerações Jurídicas sobre os Centros Comerciais no Brasil, p. 153.

rendimentos, ficassem livres para mudar os seus produtos de forma que, inevitavelmente, ficaria prejudicada a diversidade de lojas e serviços do *shopping*.

Destarte, observemos o julgado dos Embargos proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. LOCAÇÃO. INSUCESO DO EMPREENDIMENTO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO NEXO. IMPROCEDÊNCIA A SER RECONHECIDA RECURSO IMPROVIDO. É direito e faculdade do Empreendedor estabelecer da melhor forma o "Tenant-Mix", como bem demonstrou a Requerida, para benefício dos comerciantes e consumidores⁵⁵.

A proibição que afronta o *tenant mix* não está só restrita ao ramo de atividade dos locatários, mas também à disposição das lojas, que devem ficar localizadas de acordo com o projeto inicial, desta forma, evita-se, por exemplo, que uma loja de calçados se instale no local destinado à área de alimentação.

Nada impede, porém, que ao fazer o planejamento, o empreendedor disponibilize espaços para lojas que atuam no mesmo segmento. Isso não quer dizer que essas lojas sejam instaladas em locais muito próximos, já que nesses casos, ocorre um estudo arquitetônico milimetricamente calculado, com o objetivo de manter a concorrência saudável e evitar um entrelaçamento de interesses comerciais.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência se mostram favoráveis à cláusula de imutabilidade do ramo de atividade dos locatários, já que a intenção é manter a qualidade do ramo comercial, a capacidade e idoneidade dos comerciantes, a fiscalização e os lucros.

2. VERBAS INCIDENTES NA LOCAÇÃO DE *SHOPPING CENTER*

2.1. Aluguel na Locação de *Shopping Center*

⁵⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Seção de Direito Privado – 31ª Câmara. Apelação com Revisão nº 1035133-0/3. Relator: Desembargador Armando Toledo. DJ: 15/08/2006. Disponível em <<http://www.cjo.tj.sp.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 23 jan. 2012.

Nos contratos de *Shopping Center*, a remuneração do empreendedor é intitulada, tal qual nas locações em geral, como aluguel. Configurando mais uma de suas peculiaridades, tal remuneração é feita através de sistema alternativo de cobrança, no qual são previstos o aluguel variável ou percentual e o aluguel mínimo ou fixo, onde o primeiro incide sobre as vendas brutas do lojista e o segundo presta-se como garantia mínima ao não se atingir valor variável mais elevado⁵⁶.

Em decorrência da forma peculiar do *Shopping Center*, o seu aluguel se difere do aluguel do comércio de rua. Em lugar do aluguel fixo mensal tem-se o aluguel diferenciado, cobrado de forma variável, ajustável de acordo com o faturamento obtido pelo lojista (aluguel sobre faturamento ou aluguel percentual). Esta é uma das características essenciais dos *Shopping Centers*.

Em 18 de outubro de 1991 foi publicada a Lei Federal nº 8.245/91- Lei de Locações de Imóveis Urbanos que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

A Lei de Locações nº 8.245/1991 contempla regra específica para regular a relação jurídica entre locador e locatário em um *Shopping Center*, encerrada em seu artigo 54 abaixo transcrito:

“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.

2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas,

⁵⁶ O “aluguel percentual” é calculado de conformidade com a percentagem da receita bruta da loja. Prevalecerá o que alcançar maior índice. Se for o percentual o mais alto, este será o devido; se for o mínimo, este prevalecerá. (DINIZ, Maria Helena. **Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada**, 10 ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2009. p. 249).

podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.”

Da leitura do artigo acima transcrito verifica-se que nas relações entre lojistas e empreendedores de *Shoppings Center* aplicam-se as condições livremente ajustadas pelas partes nos contratos, limitadas pelas disposições procedimentais da Lei de Locações e da legislação civil aplicável.

Desta forma, embora os proprietários de *Shopping Centers* possuam obrigações de pagamento relativas às despesas condominiais, o rol de despesas sob sua responsabilidade é muito inferior àquela suportada pelo proprietário de um imóvel localizado fora de um *Shopping Center*.

O contrato de locação de locação de *Shopping Center* é aquele, que vem a ser firmado entre empreendedor e lojista, e costuma ser um contrato bem simples, que se refere aos instrumentos que a ele estão anexados (Estatuto da Associação dos Lojistas, Regimento Interno e Escritura Declaratória de Normas Gerais Complementares) como sua parte integrante.

É comum, inclusive, a estipulação no sentido de os instrumentos anexados ao contrato assinado pelo lojista poderem ser alterados sem que seja necessário seu consentimento. Dessa forma, não resta dúvida que pouca coisa poderá ser negociada pelo lojista, que terá de aceitar, no mínimo, o quanto estipulado pelos instrumentos anexados ao contrato que assina.

Assim, o contrato firmado entre o empreendedor e lojista representa um contrato misto, que costuma apresentar entre suas características aquelas de um contrato de adesão. O lojista adere às normas impostas pela estrutura do *Shopping Center*, que detém o monopólio oferecido à coletividade dos lojistas.

Os contratos entre empreendedores de *Shopping Centers* e lojistas deverão atender à sua natureza dúplice: no âmbito em que expressam a locação de um espaço comercial, regem-se pela Lei nº 8.245/91. No âmbito em que

expressam o fornecimento de serviços administrativos (serviços de engenharia de consumo, mercadologia ou, para os que preferem o anglicismo, de "marketing"), abre-se em relação à Lei nº 8.245/91, uma liberdade de contratar, permitindo serem satisfeitos os requisitos próprios dos negócios dessa natureza.

2.1.1. Reajuste do Aluguel

Os contratos de centros comerciais oferecem um exemplo de desequilíbrios que, não raro, levam os lojistas a situações financeiras bem difíceis. Esta realidade se mostra já na definição do aluguel que, como visto, diz respeito à parte locativa do negócio. E sob este ângulo dois elementos se relacionam: a posse da loja (um espaço físico determinado) como prestação e o valor do aluguel como contraprestação, sendo necessário um equilíbrio justo a entre os mesmos, com equivalente correspondência, sob pena de inviabilizar o equilíbrio pactual.

Esclarece-se que existe previsão do procedimento revisional em matéria relacionada ao contrato de locação em casos da presente natureza, tendo, inclusive, o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo decidido na direção de que o lojista possui direito à ação revisional (AI 378.136 – 7a. Câmara - Rel. Juiz Garrido de Paula – j. 09.03.93).

Os contratos de *Shopping Center*, no entanto, normalmente revelam mecanismos diversos para romper essa relação entre prestação e contraprestação, aumentando a obrigação pecuniária do lojista no que pertine ao aluguel mínimo.

Encontram-se, por exemplo, contratos em que se utiliza de um artifício curioso. Define-se um valor para o aluguel que é superior àquele que locatário efetivamente irá pagar; prevê-se, então, um desconto com validade por certo tempo, sendo reduzido periodicamente. Dessa forma, consegue-se determinar aumentos locativos periódicos, mascarando-os sob a forma de uma fictícia redução de desconto. Em contratos, encontram-se previsões de incidência de índices variados, de indexadores, moeda estrangeira, etc. revisional (AI 378.136 – 7a. Câmara - Rel. Juiz Garrido de Paula – j. 09.03.93).

Não obstante essa prática de desmesura há regras que devem ser respeitadas, e os organizadores dos centros comerciais não se eximem destas. E entre essas regras, destaca-se o princípio do equilíbrio contratual, a impedir que qualquer das partes tome posição excessivamente vantajosa – dita leonina – na relação contratual. O valor locativo deve ser certo, obedecendo a parâmetros econômicos entre as partes que negociam revisional (AI 378.136 – 7a. Câmara - Rel. Juiz Garrido de Paula – j. 09.03.93).

Verifica-se inclusive que os contratos de centros comerciais chegam a prever uma renúncia às normas de Direito Público, pretendendo, de forma não-jurídica, uma declaração da predominância da *pacta sunt servanda* sobre quaisquer atos normativos ou institucionais supervenientes que porventura venham determinar qualquer alteração na relação obrigacional original, dispondo, ademais, que não se aplicariam deflatores, redutores ou similares. Todavia, essa renúncia não possui validade, pois, por meio das leis de ordem pública, o legislador desvia o contrato de seu leito natural dentro das normas comuns dispositivas, para conduzi-lo ao comando daquilo que a moderna doutrina chama de 'dirigismo contratual, onde as imposições e vedações são categóricas, não admitindo possam as partes revogá-las ou modificá-las.

O Judiciário brasileiro, aliás, já repeliu a tese de prevalência do *pacta sunt servanda* sobre as normas de ordem pública. Um exemplo está no Superior Tribunal de Justiça; através do acórdão que examinou o Recurso Especial 202.555/SP. Afirmou o Min. Felix Fischer que "conquanto por princípio a lei que rege o contrato é a da época da sua celebração, a norma de ordem pública – no caso modificação do padrão monetário – tem incidência imediata, alcançando, inclusive, relações estabelecidas antes da sua edição".

2.1.2. Ação Renovatória de Aluguel

Primeiramente cabe esclarecer que a renovação contratual é o simples aditamento do contrato com a prorrogação do seu prazo de vigência. É

sempre amigável, firmado por instrumento particular, sem maiores formalidades legais. As demais cláusulas contratuais permanecem imutáveis, há não ser que ambas as partes acordem na modificação de alguma cláusula, o que é perfeitamente aceitável.

A renovatória é a ação judicial, na qual o locatário, cumpridos os pressupostos legais, pede ao juiz a renovação compulsória do contrato por igual período e condições.

O Lojista tem a opção de assinar dois tipos de contrato de locação em *Shopping Center*⁵⁷:

- 1) com prazo inferior a cinco anos, sem direito a ação renovatória, e,
- 2) com prazo igual ou superior a cinco anos – terá direito a ação renovatória e ao “ponto comercial”. Em outras palavras, poderá renovar seu contrato compulsoriamente, por direito, por mais cinco anos e assim sucessivamente.

A Lei de Locações, visando à proteção do fundo de comércio do locatário de loja ou espaço, garante a renovação compulsória da locação caso ele preencha todos os seguintes requisitos:

- 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.

Do direito a renovação decai o locatário que não propuser a ação no prazo de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor. Assim, caso locatário e locador não tenham chegado a um acordo sobre as condições do novo contrato, o locatário deverá pleitear em juízo no mencionado prazo a renovação compulsória do pacto,

⁵⁷ REQUIÃO, Rubens, *Op. Cit. in: “Shopping Centers”, Aspectos Jurídicos*, p. 149.

oferecendo as condições para tanto e provando o adimplemento de todas as suas obrigações contratuais e legais no contrato vigente e o cumprimento dos requisitos legais para a renovação.

O locador, por sua vez, poderá rejeitar o pedido de renovação compulsória baseado nos seguintes argumentos:

- I - não preencher o locatário os requisitos estabelecidos nesta lei;
- II - ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores;
- III - não estar obrigado a renovar a locação porque, por determinação do Poder Público, terá que realizar no imóvel obras que importam na sua radical transformação;
- IV - não estar obrigado a renovar a locação porque pretende fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade.

O locador poderá ainda aceitar a renovação em condições comerciais diversas, sustentando não atender a proposta do locatário o valor locativo real do imóvel na época da renovação. Nesse caso, o locador deverá apresentar, em contraproposta, as condições de locação que entenda compatível com o valor locativo real e atual do imóvel.

O juiz decidirá pela rejeição da renovação, caso em que o locador poderá retomar o imóvel, ou pela renovação, fixando as condições em que vigorará o novo contrato.

O ponto empresarial é elemento incorpóreo integrante do fundo empresarial. Com relação à renovação da locação, admite-se a renovação compulsória do contrato de locação de espaços em *Shopping Center* (Lei das Locações, Artigo. 52, §2)⁵⁸, desde que, se a renovação importar prejuízo ao

⁵⁸ Lei de Locação, Artigo 52, § 2º Nas locações de espaço em *shopping centers*, o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo. (II – o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de 1 (um) ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente).

empreendimento, caberá a exceção de retomada. Esta questão deve ser provada pelo empresário, titular do shopping.

A Lei de Locações, ao incluir o parágrafo segundo no artigo 52, eliminou uma lacuna existente no antigo sistema que não protegia as relações entre empreendedor e lojista, principalmente no que tangia ao fundo de comércio.

Embora a intenção do legislador tenha sido dar proteção à ambas as partes, é inegável que para o lojista essa conquista teve um alcance maior, já que com sua adesão ao empreendimento, o seu fundo de comércio ficou preservado. Neste sentido já se posicionava RUBENS REQUIÃO⁵⁹:

Na ação renovatória comum, que leva em consideração a locação isolada, em que o locatário atua em todo o processo de criação do fundo de comércio que é seu, decorrente de sua atividade, e se integra em parte no valor do imóvel, torna-se justo que ele usufrua essa propriedade individual, que o Direito passa a proteger e, em certos casos, a indenizar.

Para exercer o direito da renovatória, é necessário que o locatário preencha os mesmos requisitos legais que os demais locatários nas locações comerciais, a saber: contrato originário por escrito e com prazo determinado, o prazo mínimo do contrato ou a soma dos prazos deve ser de no mínimo cinco anos ininterruptos, a exploração do ramo de atividade do locatário deve ter no mínimo três anos, também ininterruptos.

Além dos requisitos acima, deve-se respeitar os requisitos processuais descritos no artigo 282 do Código de Processo Civil, e propor a ação no prazo interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do contrato, juntada de provas dos requisitos mencionados no parágrafo anterior, indicação das condições para renovação e apresentação de fiador idôneo e solvente.

⁵⁹ REQUIÃO, Rubens, *Op. Cit in: "Shopping Centers", Aspectos Jurídicos*, p. 142.

Alguns doutrinadores consideram discriminatória a remuneração percentual diferenciada entre lojistas que exploram a mesma atividade comercial, o que é bastante compreensível.

MARIA HELENA DINIZ⁶⁰ justifica seu posicionamento ao mencionar que o empreendedor deve participar dos lucros, por isso, é lícita a cláusula de renúncia à renovação, tão comum a esse tipo de contrato, afinal, o lojista é beneficiado pelos serviços que o empreendedor patrocina e o protege da concorrência quando limita um determinado número de lojas com a mesma atividade.

Permitida estará a retomada da loja para uso do proprietário do shopping desde que obedeça aos prazos legais, apresente justos motivos e utilize a loja no mesmo ramo de comércio do lojista, pois a organização do shopping deverá obedecer ao *tenant mix*, que é uma das principais preocupações do planejamento do centro empresarial.

Neste caso, traduzido pela faculdade de reorganizar a oferta dos produtos e serviços, no interior do complexo – para fins de ajustar a exploração econômica do seu bem às demandas dos consumidores.

O direito de retomada pelo empreendedor não admite a justificativa para uso próprio e nem de familiares, nos termos do artigo 52, §2º da Lei 8.245/91. Assim, permanecerá no shopping o lojista que realmente traga lucratividade ao shopping e cumpra o objetivo do *tenant mix*.

É necessário, porém, no momento da renovatória, analisar a situação econômica do país, o movimento do comércio e os resultados obtidos ao longo da relação contratual. Nenhuma das partes, em detrimento da outra, pode ficar vantajosamente superior.

2.1.3. Ação Revisional de Aluguel

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena, Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada (Lei nº 8.245/91), *Op. Cit.*, p. 307-314

A ação revisional de aluguel foi o maior benefício, em matéria de *Shopping Center*, trazido pela Lei do Inquilinato.

Trata-se do direito facultado às partes de pleitear em juízo uma revisão contratual, especialmente no que tange ao valor do aluguel, corrigindo as distorções existentes em virtude da liberdade contratual, conferida aos empreendedores, na cobrança dos aluguéis em *Shopping Center*.

A ação revisional de aluguel é prevista nos artigos 19, 68, 69 e 70 da lei do Inquilinato, e por consequência, absolutamente admissível nas relações de *Shopping Centers*:

Especificamente em relação aos *shopping centers*, dúvida não há quanto a aplicação dos artigos 19 e 68 da lei. 8.245/91 às ações revisionais de aluguel, já que em se tratando de ocupação remunerada de espaços de *shoppings* em locação, tais ações deverão respeitar os textos normativos acima referidos⁶¹.

Da leitura do artigo 19 da Lei 8.245/91, já se pode constatar o objetivo crucial deste remédio processual, qual seja, a manutenção do equilíbrio dos alugueres através de seu ajuste ao valor de mercado.

Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

Sylvio Capanema de Souza enfrenta a matéria ressaltando a questão acerca da necessidade de se impor o aluguel ao seu valor de mercado:

Nada mais necessário, portanto, que, após certo tempo, se corrijam os desvios de rumo do contrato, preservando-se seu equilíbrio inicial, para compatibilizar o aluguel com o mercado. Esse é o objetivo precípua da ação revisional, que constitui, como é fácil perceber, um dos mais poderosos instrumentos que dispõem os contratantes, para que defendam das oscilações da economia e de seus reflexos no comportamento do mercado⁶².

⁶¹ BASÍLIO, João Augusto Basílio. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 178.

⁶² SOUZA, Sylvio Capanema. **A Nova Lei do Inquilinato Comentada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993. p. 198.

Procedimentalmente, tem-se que a ação revisional de aluguel só pode ser proposta após decorrido o prazo trienal contado a partir do início de vigência do contrato, ajuste realizado entre as partes ou decisão judicial⁶³. Nesse sentido, será carecedor de ação aquele que intentá-la sem observar o lapso mínimo.

Importante ressaltar, que o triênio mencionado apenas interrompe-se a partir de novo contrato, acordo ou decisão judicial que implique na modificação do aluguel, não representando qualquer óbice a ação revisional, a simples aplicação do indexador previsto, conforme bem asseverado por José Guy de Carvalho Pinto⁶⁴: “Requisito fundamental da ação é o decurso do triênio do ajuste inicial ou de acordo posterior. Acordo de revisão, não de reajuste”.

Prestigiando-se o princípio da igualdade entre as partes, tanto o locador como o locatário são partes legítimas para intentar ação revisional de aluguel⁶⁵, conforme aponta José Guy de Carvalho Pinto⁶⁶: “A demanda é do locador ou do locatário, ou de seus sucessores, sempre obedecida a intercorrência do período trienal”.

Isso porque, a necessidade de intervenção judicial para a preservação do equilíbrio do aluguel, pode advir de inúmeras situações que possam tê-lo desbalanceado para valores abusivos ou defasados, impondo-se tanto o aumento como a redução do aluguel, como na hipótese de valorização da região que implique na conseqüente necessidade de majoração do aluguel, como de fato

⁶³ I – omissis, II – omissis - III –O triênio ensejador de pedido revisional, previsto no art. 19, da Lei 8.245/91, encontra seu termo inicial no início de vigência do contrato. Todavia, havendo posterior acordo entre as partes, ou, como na espécie, atualização judicial do aluguel, por força de ação revisional, há que se ter como interrompido aquele prazo aquisitivo original, contando-se, então, da última atualização do aluguel, o curso do triênio autorizativo de novo pleito revisor, IV – omissis; V – É certo, na espécie, que a finalidade do art. 19, da Lei 8.245/91, encontra-se plenamente atendida, porquanto havendo a revisão do valor do aluguel, seja por acordo, seja, com muito mais razão, por provimento judicial, é desse evento que deve se iniciar o transcurso do novo triênio..(STJ - REsp 276270 / RJ RECURSO ESPECIAL 2000/0090532-1 - Ministro GILSON DIPP – T5 - DJ 04/06/2001 p. 225 – www.stj.gov.br)

⁶⁴ PINTO, José Guy de Carvalho. *Locação e Ações Locativas*. São Paulo: Ed.Saraiva, 1997. p. 688.

⁶⁵ Legitimado ativo para ação revisional tanto pode ser o locador como o inquilino (ou, em caso de sublocação, o sublocador e o subinquilino, mas o juiz deverá ficar atento ao disposto no art. 21), pois a lei, em nenhum momento, apresenta alguma restrição sobre tal condição de ação. (FILHO, Nagib Slaibi. *Comentários a Nova Lei do Inquilinato*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 477).

⁶⁶ PINTO, 1997, p. 688

reverso, caracterizado pela região decadente, onde o valor de oferta é inferior ao pago por determinado locatário de antiga presença no local⁶⁷.

Ladislau Karpát⁶⁸ destaca a possibilidade de redução do aluguel: “Também poderá o locatário ajuizar a ação, para reduzir o aluguel, que, por qualquer circunstância superveniente, tenha ultrapassado o nível de mercado”.

Na ocasião da audiência⁶⁹ prevista no inciso II, do artigo 68, “o juiz, se houver pedido e com base nos elementos fornecidos pelo autor ou nos que indicar, fixará aluguel provisório, não excedente a oitenta por cento do pedido, que será devido desde a citação”.

O intuito da possibilidade de fixação de aluguel provisório, certamente, decorre da necessidade em se trazer equilíbrio imediato, de forma que uma das partes não seja compelida a sofrer prejuízos por longo tempo, até o trânsito em julgado da lide.

Conforme texto legal, não basta haver requerimento para se obter o aluguel provisório, mas sim, é fundamental que o autor traga elementos que embasem seu pedido, os quais não estão tipificados na lei. Tais elementos são, normalmente, representados por: avaliações, pesquisas de mercado, contratos similares, entre outros que o autor entender relevantes. O aluguel provisório, uma vez fixado, deve manter-se reajustado na periodicidade pactuada ou na fixada em lei (artigo 68, IV, § 2º, lei 8.245/91).

⁶⁷ O novo preço da locação deriva não apenas da desvalorização da moeda, mas se compõe de fatores outros ligados à conjuntura, tal a desvalorização histórica do imóvel. Nada está a impedir, no campo das hipóteses, a redução do valor comercial de determinado local, quer motivada por circunstâncias ligadas ao interesse do público consumidor, quer por razões de deslocamento do centro comercial para outra área, quer em função de obras públicas e outras mais, não dificilmente imagináveis, que possam levar a uma minimização dos negócios, que deverá ser considerada na estimação do valor da locação.” (SALLES, José Carlos de Moraes. **Ação Renovatória de Locação Empresarial**. 2. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 92-93, em citação acórdão proferido pelo 4.º Grupo de Câmaras do 2.º TACSP (RT 568/115).

⁶⁸ Já a revisão judicial, objetiva ajustar o aluguel ao valor mercado, o que significa que pode tanto se pedir o aumento como a redução do mesmo. (KARPAT, 1997, p. 129).

⁶⁹ É comum se deparar com juízes que têm imprimido o rito ordinário às ações revisionais.

Não obstante ainda residir infundada discussão sobre o assunto, o pleito de aluguel provisório, obviamente, é cabível a qualquer dos contratantes, locador ou locatário, tal qual já consolidado pela jurisprudência.⁷⁰

Entretanto, verifica-se que o texto legal, ao delimitar o aluguel provisório em até 80% (oitenta por cento) do pedido, parece não ter levado em conta a possibilidade de revisão do aluguel para fins de redução. Enxerga-se desta forma, pois o aluguel, se pleiteado em patamar abaixo do vigente (hipótese de redução), não deveria ser fixado, a título provisório, em percentual inferior a sua totalidade (80%), sob pena de se impor locativo inferior ao próprio pedido do locatário, ora autor.

Nesse passo, o mais razoável seria, desconsiderar o patamar legal (80%) quando se tratar de pedido redução, relegando à livre convicção do juiz, baseado nos elementos existentes, o valor a ser determinado provisoriamente.

Como se depreende do próprio vocábulo, o aluguel *provisório* pode ser revisto a qualquer momento, a pedido do réu, que deverá, tal qual o autor, fornecer elementos de convicção que autorizem a sua revogação ou modificação.

Finalizando essa sucinta explanação acerca deste procedimento, enquanto forma de fundamento para revisão dos alugueres em *Shopping Centers*, há que, não alcançando as partes consenso sobre o valor do aluguel, o juiz determinará a instrução respectiva, realizada através da perícia judicial a fim de aferir o justo e real locativo⁷¹.

Um lojista que ingressa na inauguração de um *Shopping Center* passa por várias fases de vendas, reajustes e degraus incidentes sobre o aluguel durante os anos. A partir do terceiro ano de contrato, situação pode não ser

⁷⁰ Se a atual Lei do Inquilinato confere tanto ao locador como ao locatário o direito à ação revisional e prevê, sem restrição alguma a qualquer dos contratantes, a possibilidade de fixação de aluguel provisório, não pode o interprete restringi-la, conferindo o benefício da antecipação do título apenas ao locador. (AI 466.416, 11ª Câm., rel. Juiz José Malerbi, j. 12-8-1996).

⁷¹ Art. 68, IV – na audiência de instrução e julgamento, apresentada a contestação, que deverá conter contraproposta se houver discordância quanto ao valor pretendido, o juiz tentará a conciliação e, não sendo esta possível, suspenderá o ato para a realização de perícia, se necessária, designando, desde logo, audiência em continuação.

a mesma do início dele, principalmente se ocorreram fatores econômicos e políticos que levaram a economia a momentos de instabilidade.

Nesse contexto, o contrato apresenta desequilíbrio, motivo pelo qual, o legislador previu a possibilidade de trazer o valor do aluguel para o valor atual de mercado, através da ação revisional.

Art. 19 da Lei nº 8.245/91, *in verbis*: “*Não havendo acordo, o locador ou o locatário após 3 (três) anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir a revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado*”.

Denota-se, do artigo supracitado, a exigência de um pré-requisito: a inalterabilidade do valor do aluguel durante esses três anos. Caso as partes tenham realizado algum tipo de acordo, reduzindo ou aumentando o valor estipulado no contrato, o prazo de três anos passa a fluir a partir deste novo ajuste.

Os eventuais descontos no valor do aluguel porventura concedidos pelo empreendedor a um lojista, em apenas alguns meses do ano, não configuram essa repactuação. Mas, tão somente uma mera liberalidade, um reconhecimento de que o valor vendido pela loja, naqueles meses, é muito inferior ao valor do aluguel mínimo.

Na prática, algumas situações justificam descontos, como por exemplo, a existência de tapumes nas lojas vizinhas. O fechamento de algumas lojas prejudica o movimento de vendas nas lojas que permaneceram.

A mudança de fluxo de clientes gerada por algumas modificações que os empreendedores fazem no *mix* do shopping, destacando-se, no caso, aquelas, por exemplo, que fecham um acesso de clientes, transformando-o em final de corredor; mudança da praça de alimentação de lugar; mudança dos cinemas de piso.

Nestes casos, a ação revisional é a solução para equilibrar o contrato ao longo dos anos seguintes, porém, lembrando que a referida ação é um direito que deve ser exercido, no caso evidente de distorção, comprovada por perícia técnica.

Finalizando, enquanto forma de fundamento para revisão dos alugueres em *Shopping Centers*, há que, não alcançando as partes consenso sobre o valor do aluguel, o juiz determinará a instrução respectiva, realizada através da perícia judicial a fim de aferir o justo e real locativo⁷².

Vale ressaltar ainda que os lojistas preferem a realização de acordos e composições, a fim de viabilizar a sua atividade, sendo esse o motivo pelo qual existem poucas demandas em andamento nos fóruns de todo o país. Entretanto, o número é crescente, haja vista que, além das situações descritas, os valores dos aluguéis mínimos estão ultrapassando, em muito, o valor do aluguel percentual.

O lapso temporal dos três anos pode ser desconsiderado, na ocorrência de um fato imprevisível, em que não é possível o cumprimento do contrato. Caso em que se aplica a clássica cláusula *rebus sic stantibus*, também conhecida como Teoria da Imprevisão, aplicável a todos os contratos de uma maneira geral.

A revisão pode ser requerida em juízo depois de decorridos três anos do último ajuste, esse entendido como a última fixação do valor locativo, seja pelo início do contrato, por um aditamento ou mesmo por uma decisão judicial numa ação renovatória.

A ação revisional tem caráter dúplice, o que significa que qualquer das partes, uma vez acionada, pode não apenas se defender, mas também pleitear a fixação de um novo valor de seu interesse. Dessa forma, a sentença que

⁷² Art. 68, IV – na audiência de instrução e julgamento, apresentada a contestação, que deverá conter contraproposta se houver discordância quanto ao valor pretendido, o juiz tentará a conciliação e, não sendo esta possível, suspenderá o ato para a realização de perícia, se necessária, designando, desde logo, audiência em continuação.

decidir a demanda poderá fixar um valor maior, igual ou menor ao que vinha sendo praticado.

2.2. Cessão e Direito de Preferência

A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador. Como não há vedação legal, havendo previsão contratual o locador poderá condicionar a aprovação da cessão da locação ou mesmo a sublocação ao pagamento de taxa de transferência.

Na hipótese de o empreendedor não oferecer o imóvel ao lojista no curso da locação (por prazo determinado ou indeterminado), este poderá reclamar do primeiro as perdas e danos correspondentes, ou se desejar, depositar o preço em juízo e demais despesas do ato de transferência, objetivando a sua aquisição (artigo 33 da Lei nº 8.245).

O prazo de o lojista pleitear esses direitos não poderá ultrapassar seis meses, contados do registro da venda no Cartório de Registro de Imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado nesse cartório, junto a sua matrícula, pelo menos trinta dias antes da alienação. Os termos do parágrafo único desse artigo completam: “A averbação far-se-á à vista de qualquer das vias do contrato de locação, desde que subscrito também por duas testemunhas”.

Os danos que o locatário poderá pleitear em juízo são os danos emergentes e lucros cessantes.

Atualmente, muitos empreendedores de *Shopping Centers*, com o objetivo de burlar a lei e induzindo os lojistas a erro, têm consignado cláusula onde estes últimos renunciam, expressa e antecipadamente, de eventual direito de preferência, no próprio ato da assinatura do contrato de locação. Assim, comumente nos contratos de adesão apresentados aos lojistas que pretendem alugar lojas em *Shopping Centers* e simultaneamente, por necessário, consumir os serviços

mercadológicos oferecidos pelas empreendedoras, impõe-se a renúncia a esse direito de preferência, o que constitui um abuso de direito.

Ora, esta cláusula é nula de pleno direito, conforme preceitua o artigo 45 da Lei nº 8.245/1991, uma vez que traduz, na verdade, evidente propósito de elidir os objetivos da Lei Inquilinária. O direito de preferência deverá ser contemporâneo à alienação do bem. Nenhuma validade possui uma renúncia de direito que não seja objeto de ato voluntário e livre, refletindo a efetiva vontade daquele que possui a faculdade em seu patrimônio jurídico e deseja dela abrir mão. A renúncia imposta no contrato de adesão, via de consequência, não produz efeito.

Esta pode ser aceita diante do fato concreto. A lei veda apenas que o locatário, por antecipação e sem qualquer motivo racional despoje-se desse direito. De outra face, emenda considerar nula tal cláusula serve, ademais, para preservar os interesses do fisco. Se o locador pudesse dispor do imóvel livremente, sem consultar o inquilino, nada o impediria de celebrar negócio simulando preço inferior ao realmente recebido.

Para garantir a predominância de tal regra, o legislador estipulou no art. 33 do mesmo diploma, que se o locatário for preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, bastando requerê-lo no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Imóveis.

Têm-se, portanto, que a faculdade de adquirir, com preferência, o imóvel é, no Direito brasileiro, direito subjetivo que socorre a todos os inquilinos.

2.3. *Res Sperata*

A *res sperata* se insere na esfera de liberdade de pactuar prevista pela Lei do Inquilinato para as relações entre lojista e empreendedor.

É um contrato firmado ainda na fase de construção do prédio onde se estabelecerá o *shopping*, em que o lojista se obrigará, para com o dono do empreendimento, a adiantar parte das despesas com a construção, através de quantias periódicas até a final construção das obras. Em troca, o lojista receberá a reserva da localização da unidade.

Entendem alguns doutrinadores que a *res sperata* trata-se de uma reserva ou garantia de locação, para outros, também se trata de uma contribuição paga pelo lojista em retribuição à parcela do fundo de comércio colocada à disposição do lojista pelo empreendedor.

Trata-se a *res sperata* de valioso investimento e que, independentemente dos instrumentos firmados entre as partes, obriga a ambos, lojistas e empreendedor, a unirem esforços para um mútuo e eficaz aproveitamento, seja do local a ser instalado, seja pelo nível de qualidade das mercadorias e produtos a serem ofertados ao futuro consumidor.

Assim, antes da construção do Shopping, ou mesmo após a sua implementação, o proprietário firma com o futuro lojista um contrato a título de reserva da localização (*res sperata*), para obter recursos, pois cada lojista contribuirá periodicamente com certa quantia até que a edificação se complete.

Com isso, o futuro usuário, como contraprestação das despesas com projeto, construção, estaria assegurando a reserva da unidade que previamente escolheu. Com o pagamento desse capital, que não será restituído após a conclusão da obra, o lojista passa a ter o direito de reserva da localização ou de garantia de entrega do local que integrará o fundo de comércio. Isto porque o lojista, ao ingressar no empreendimento, tem por escopo o fundo de comércio do empreendedor e em contrapartida, vem a remunerá-lo por meio da *res sperata*.

Embora não haja um conceito uniforme de fundo de comércio, tem-se reconhecido, segundo consenso geral, que é ele composto de um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos de valor econômico, inclusive, a clientela,

considerada o maior patrimônio do comerciante, que apresentam um caráter instrumental e patrimonial, em relação à atividade do comerciante.

Desta feita, esse patrimônio do locatário vai além de um sobrefundo comercial, constituindo-se num bem alienável, cuja valorização está na razão direta do desenvolvimento do Shopping, podendo este ser alienado por ocasião de eventual cessão da locação ou ser objeto da indenização em casos de rescisão desta.

Outrossim, o lojista tem a justa expectativa de permanecer como integrante do Shopping, usufruindo as vantagens inerentes por um longo período. Assim, aceita, em momento inicial, pagar, a título de *res sperata* quantia considerável ao empreendedor, cuja contraprestação do empreendedor é de execução continuada e somente será inteiramente cumprida findo o prazo contratualmente estabelecido.

Assim, se houver a resolução do contrato pelo não fiel cumprimento das obrigações do empreendedor, antes de findo o prazo estabelecido, conclui-se que o lojista deverá receber de volta parte do valor pago a título de *res sperata* para reestabelecer o equilíbrio econômico do contrato e não frustrar a justa expectativa, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, que tinha o lojista ao cumprir a prestação, evitando o enriquecimento sem causa do empreendedor.

Maria Helena Diniz adverte⁷³:

“Antes da entrega da loja, os lojistas terão o ônus de pagar uma quantia, que não será certamente “luvas”, visto que não há ainda contrato de locação. Trata-se de uma quantia paga à título de reserva ou de garantia, devida na fase de construção do empreendimento e também quando já está concluído e em funcionamento. A administradora do shopping poderá fiscalizar o faturamento bruto da loja, averiguando os livros e registros que contenham a escrituração contábil, balanços e estoques de mercadorias, registro de vendas à vista e a crédito e o movimento diário das operações mercantis. Essa intromissão na contabilidade de cada loja terá por escopo apurar, em operação de sindicância, o valor percentual do aluguel participativo, de tal sorte que o lojista não poderá negar, se solicitado, a apresentação desses livros de registros. Tal sindicância não haverá num contrato de locação, sendo até mesmo incompatível com ele”. (DINIZ, Maria

⁷³ DINIZ, Maria Helena, Tratado Teórico e Prático dos Contratos, *Op. Cit.*, p. 63.

Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos – 3 – 2ª Ed.*, 1996, pg. 33, Ed. Saraiva).

Comentando a Lei do Inquilinato, Francisco Carlos Rocha de Barros⁷⁴, assevera:

*"Vários são os ajustes dos quais resulta, para o lojista, a imposição de deveres singulares, tais como: pagamento do direito de reserva (res sperata), pagamento de um aluguel mínimo fixo e um variável (percentual sobre o valor do faturamento bruto), contribuição para o fundo de promoções e pagamento de aluguel em dobro no mês de dezembro, entre outros. A tais obrigações correspondem direitos do empreendedor, que também não são comuns. Direitos e Obrigações, reciprocamente assumidos, que resultam de contratação complexa, difusa e atípica" (BARROS, Francisco Carlos Rocha de. *Comentários à Lei do Inquilinato*, Ed. Saraiva, 1995, pg. 295/297).*

EMENTA: "(TARS, ACrim 197029622, 9. Câmara Cível, rel. Juíza Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 6-5-1997). Legítimo é o pagamento da res sperata por ser remuneração pela cessão ao lojista de parcela do fundo de comércio do empreendedor".

"TJRJ. Locação comercial. Empreendimento Imobiliário. Shopping Center. Centro Comercial. Despejo por falta de pagamento das parcelas relativas à res sperata. Cobrança. Possibilidade. Pacta sun servanda. Lei 8.245/91, art. 54. Locatário/apelante que não conseguiu fazer prova nos autos, de que o imóvel locado não foi entregue em condições de utilização. As justificativas apresentadas nas razões de apelação não são suficientes para ilidir a responsabilidade do locatário de arcar com o pagamento das parcelas relativas à res sperata na forma como acordado no contrato de locação. Problemas externos com a reforma da loja que não dizem respeito ao locador".

Portanto, a *res sperata* é o direito que o lojista tem de integrar o complexo mercadológico desenvolvido pelo empreendedor. A *res sperata* é um bem incorpóreo que se traduzirá no fornecimento de uma estrutura dispendiosa e dinâmica posta à disposição do locatário. É uma forma de captação de recursos para a construção do shopping ou mesmo a sua manutenção.

Vários autores admitem que a *res sperata* seja cobrada por meio de contrato, mesmo após a construção do *Shopping* e a entrada posterior do lojista, pois será uma forma de retribuição ao uso do fundo do comércio elaborado pelo empreendedor, compensação da vantagem do lojista não precisar formar, com suas próprias forças, a clientela, seu fundo de comércio.

⁷⁴ BARROS, Francisco Carlos Rocha de. *Comentários à Lei do Inquilinato*, Ed. Saraiva, 1995, pg. 295/297

A *res sperata* tem o sentido de se pagar um valor para poder participar do *mix* e aproveitar-se do fundo de comércio criado pelo empreendedor do *Shopping Center*.

Uma grande parte da doutrina entende que a natureza jurídica da *res sperata* é se tratar de um fundo de comércio. Para estes, o consumidor muitas vezes procura o shopping e não especificamente um de seus lojistas. Esta doutrina entende que as lojas âncoras não ficam obrigadas a pagar a *res sperata* porque elas são importantes para a constituição do próprio fundo, em razão de sua estrutura e notoriedade.

Para MARIA HELENA DINIZ⁷⁵ a *res sperata* servirá para integrar o fundo de comércio do empreendimento:

Esse contrato, que se perfaz na fase da construção do shopping, não se confunde com o que vigorará, após a sua edificação, para o uso das lojas. Isto é assim porque o lojista, ao ingressar no empreendimento, tem por escopo o fundo de comércio do empreendedor e em contrapartida vem a remunerá-lo por meio da *res sperata*.

Opinião contrária apresenta ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO⁷⁶:

Não me parece que a “*res sperata*” seja a construção do centro comercial, ou a formação do seu fundo de empresa, tanto que a utilizadora, mesmo durante a construção do “shopping”, não espera o empreendimento ou o fundo deste, como coisa a ser adquirida, mas, de futuro, espera, sim, auferir lucros, em face de toda a promoção levada a efeito.

Independente das opiniões dos doutrinadores, a jurisprudência tem se posicionado favorável à cobrança da “*res sperata*” como é possível observar na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*⁷⁷:

- Locação - embargos à execução - ação direcionada contra empresa locatária e sua fiadora embargos a execução ofertados por sócia da locatária – ilegitimidade reconhecida - extinção devida dos embargos em

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena, Tratado Teórico e Prático dos Contratos. *Op. Cit.*, p. 61.

⁷⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros Comerciais e seus aspectos fundamentais, Jus Navengandi, Set. 1989, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=405> > Acesso em: 14 dez. 2012.

⁷⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Seção de Direito Privado – 28ª Câmara. Apelação com Revisão nº 641467/00. Relator: Desembargador César Lacerda. DJ: 12/07/2005. Disponível em <<http://www.cjo.tj.sp.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 08 jan. 2009.

relação à parte ilegítima - a exigência da chamada '*res sperata*', nos contratos de reserva de espaço em '*shopping centers*', não é nula nem ofende o artigo 29 do decreto nº 24150/34 (que foi revogado pela lei 8245/91), posto tratar-se da remuneração pela cessão ao lojista da parcela do fundo de comércio pertencente ao empreendedor - a solidariedade entre fiadora e locatária afiançada e a renúncia da primeira ao benefício de ordem determina a legitimidade de ambas 54 na execução de dívida proveniente da locação recurso não provido. (grifo nosso). Na verdade, este Tribunal tem considerado "lícito e legítimo o pagamento do valor correspondente à chamada '*res sperata*', nos contratos de reserva de espaço em '*shopping centers*', posto tratar-se da remuneração pela cessão ao lojista da parcela do fundo de comércio pertencente ao empreendedor, essa exigência não é nula nem ofende o artigo 29 do Decreto nº 24150/34 (que foi revogado pela Lei 8245/91).

De fato, a *res sperata* dá subsídio ao lojista para garantir a ocupação de seu espaço ao empreendimento, no entanto, é necessário mencionar que a finalidade da *res sperata* vai além desses conceitos.

Ao aderir ao empreendimento com o pagamento da *res sperata*, o locatário estará fazendo valer o seu direito de continuar no espaço locado e pedir a renovação de seu contrato de locação após o prazo de cinco anos, no mínimo, como citado anteriormente no artigo 51 da Lei nº 8.245/91.

2.4. Taxas Condominiais

As despesas condominiais têm como finalidade a manutenção e reparação da coisa tida em comum pelos proprietários (condôminos), sendo rateadas entre eles na forma definida na convenção de condomínio ou, não havendo previsão condominial, de acordo com a fração ideal de terreno atribuída a sua unidade autônoma, na hipótese de condomínio edilício, ou seu percentual de participação (quinhão) no todo, no caso de condomínio voluntário (também denominado condomínio *pro indiviso* ou *indiviso*).

Dessa forma, qualquer que seja a modalidade do condomínio, a obrigação de pagar as despesas condominiais deriva do direito real de propriedade, ou seja, só existe porque o bem existe, sendo classificada no direito brasileiro como uma obrigação real, ou *propter rem*.

Valendo-se da lição de Silvio de Salvo Venosa, destaca-se que as obrigações *propter rem* “são as que estão a cargo de um sujeito, à medida que este é **proprietário de uma coisa, ou titular de um direito real de uso e gozo dela.**” (In: Direito Civil, 3ª Ed., Volume II, pág. 59).

Neste sentido, o Contrato de locação traz diversos deveres tanto para o locador quanto para o locatário. Um dos deveres do locatário é pagar as quotas de condomínio. Compete ao locatário pagar as despesas ordinárias do condomínio advindas no curso da locação. As despesas extraordinárias de condomínio são de responsabilidade do locador.

Tem-se, expressamente regulado na atual lei de Inquilinato (Lei 8.245/1991, artigos 52 § 2º e 54), a locação, como sendo, uma das facetas, desse contrato atípico misto, que envolve a cessão do uso de espaço em Shopping Centers.

Os aspectos controvertidos do disposto nesse diploma legal, apenas, vem reforçar a teoria de existência, de um atipicidade contratual, pois, do direito positivado nessas normas verifica-se, a existência de preceitos efetivamente locatícios, ao lado de outros que não guardam similitude com a locação, mas com o condomínio, em acepção ampla, em especial:

A impossibilidade de cobrança pelo empreendedor, do locatário, de valores destinados aos pagamentos de despesas extraordinárias, que não visem a manutenção do prédio, especialmente:

As previstas na Lei 8.245/1991, no artigo 54 § 1º, alíneas a) e b), que são:

1. obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel (artº 22, parágrafo único, alínea a).

2. pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como esquadrias externas (artº 22, parágrafo único, alínea b).

3. indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação (artº 22, parágrafo único, alínea d).

4. 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.

Neste sentido, em consonância com o disposto no § 2º do artº 54, entende-se que todas as despesas, não expressamente proibidas e tidas por extraordinárias, são ordinárias e necessárias a manutenção do prédio, e que, portanto, podem ser cobradas do locatário, desde que, com previsão orçamentária, salvo os casos de urgência ou força maior, devidamente demonstrados. Sendo facultado ao locatário ou a entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.

“Art. 54, Lei 8.245/1991: 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 partir da leitura dos dispositivos legais aplicáveis, pode-se concluir que a regra geral de rateio das despesas condominiais é por fração ideal, salvo quando outra forma for eleita na convenção de condomínio ou nos instrumentos regulatórios dos empreendimentos imobiliários.

As duas formas de rateio dos encargos condominiais mais utilizadas pelo mercado atualmente são a fração ideal e o Critério de Rateio de Despesas.

2.4.1. Fração Ideal

A fração ideal é a proporção de participação de cada unidade no total da construção/edificação, computadas as áreas privativas, cobertas e descobertas, área real e área equivalente de construção, parcela das dependências e instalações de uso comum.

O rateio das despesas condominiais pelo critério de fração ideal se apresenta como mais seguro juridicamente para qualquer empreendimento, pois a sua apuração se dá através de cálculo objetivo, elimina a subjetividade e as discussões decorrentes acerca da validade e justiça do critério aplicado.

Entretanto, da definição de fração ideal se verifica que nem sempre convém que as despesas condominiais de um Shopping Center sejam rateadas pura e simplesmente de acordo com esse critério, vez que a instalação de lojas de grande porte poderia restar inviabilizada por sua significativa participação no rateio das despesas condominiais, e não haveria possibilidade de aplicação de critérios diferenciados de acordo com as atividades desenvolvidas pelas operações.

Como no direito brasileiro a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais compete originalmente ao proprietário, que transfere por contrato esta obrigação ao locatário, a aplicação pura e simples do critério de fração ideal poderia acarretar redução significativa no resultado obtido pelo empreendedor, que se veria obrigado a sacrificar parte de sua receita de aluguel para fazer frente a tais despesas.

Considerando que a participação de uma operação nas despesas condominiais não é diretamente proporcional ao seu tamanho, é possível juridicamente relativizar a utilização do critério de fração ideal com a aplicação de redutores proporcionalmente ao tamanho da área de cada loja.

Esta solução, entretanto, não solucionaria a ausência de critérios diferenciados de acordo com as atividades desenvolvidas pelas operações e que interferem diretamente na composição das despesas condominiais.

Assim, embora o critério de fração ideal para rateio das despesas condominiais se apresente como sendo aquele mais seguro sob o aspecto jurídico, a sua aplicação, mesmo com a adoção de redutores proporcionais para

compensar as maiores áreas, dependerá da viabilidade econômica de sua implantação.

2.4.2. Critério de Rateio de Despesas ou Coeficiente de Rateio de Despesas (CRD).

Inicialmente vale registrar que a sigla CRD é largamente utilizada para definir dois aspectos distintos, o Critério de Rateio de Despesas e o Coeficiente de Rateio de Despesas.

O Critério de Rateio de Despesas é um sistema desenvolvido com o objetivo de proporcionar maior equilíbrio ao rateio das despesas condominiais, pois contempla as características das operações instaladas no empreendimento, dentre elas a área ocupada, mas não se limitando exclusivamente a esta como ocorre no rateio pela fração ideal.

O Coeficiente de Rateio de Despesas é o número atribuído a cada operação instalada no empreendimento e que será utilizado para rateio de sua participação nas despesas condominiais em relação ao número total de Coeficientes de Rateio de Despesas de todas as operações instaladas no empreendimento.

Desta forma, o Critério de Rateio de Despesas é o sistema, são os parâmetros pré-definidos de forma genérica, e o Coeficiente de Rateio de Despesas é a aplicação no contrato de locação do Critério de Rateio de Despesas de acordo com a condição real do espaço comercial e da atividade nele desenvolvida.

O rateio das despesas condominiais com base no Coeficiente de Rateio de Despesas, diferentemente do critério de fração ideal, adota parâmetros que levam em consideração não apenas a área ocupada, mas características do espaço comercial locado e do tipo de operação a ser instalada que interferem diretamente na composição dos custos.

Dentre os fatores considerados na formação do Critério de Rateio de Despesas, os mais utilizados são os seguintes:

Fator tipo de operação ou atividade: considera as atividades desenvolvidas pelos operadores instalados no Empreendimento e as características físicas dos espaços que ocupam. De acordo com este fator as atividades mais poluidoras ou que demandam maior manutenção, como as operações da área de alimentação, possuem uma participação mais significativa no rateio das despesas.

Fator área: relativiza o custo por metro quadrado de cada operação instalada no Empreendimento em função de sua área, pois a participação efetiva da operação no custo de manutenção e conservação do Empreendimento não é diretamente proporcional a área por ela ocupada. Este fator considera que (i) as áreas maiores devem necessariamente contribuir mais do que as áreas inferiores e (ii) quanto maior a área ocupada menor será o valor por metro quadrado, pois a agregação da área proporciona a redução do custo de manutenção e administração do Empreendimento face à redução de áreas comuns e operações. No critério ideal a influência deste fator assegurará que nenhuma loja com área maior pague menos nominalmente que uma loja com área menor. Este é o fator preponderante na composição do Critério de Rateio de Despesas.

Fator frente: proporciona o equilíbrio das diferenças entre as possibilidades de exposição das operações instaladas no Empreendimento, considerando a extensão de sua vitrine. Este fator pressupõe que maiores vitrines atraem maior tráfego para frente da operação, portanto, aumentam o custo indireto de manutenção e conservação do Empreendimento. Quando uma loja possui duas ou mais frentes, elas são somadas linearmente.

Fator localização: adotado para equilibrar as diferenças entre pisos ou entre áreas diversas localizadas no mesmo piso por força da proximidade com entradas, elevadores, escadas rolantes etc. Na composição deste fator são observadas suas características físicas e tráfego específico, proporcionando uma adequação na distribuição das despesas entre as operações de acordo com o custo

de conservação e manutenção mais próximo daquele gerado pelo local no qual se encontra.

A participação dos fatores e o peso atribuído a cada um deles variará de acordo com o planejamento e as condições específicas de cada empreendimento. O Critério de Rateio de Despesas definido na concepção do empreendimento permanecerá imutável e o Coeficiente de Rateio de Despesas será definido quando da instalação de cada operação, acompanhando a evolução do empreendimento e do mercado.

A imutabilidade do Critério de Rateio de Despesas não é absoluta porque ele poderá sofrer alterações por necessidade de criação de novos fatores ou de novos pesos para determinados fatores por força de expansões e a inclusão de novas atividades não previstas originalmente.

O Critério de Rateio de Despesas deverá contemplar ainda se alguma operação não terá o Coeficiente de Rateio de Despesas e contribuirá de acordo com um valor fixo ou outra forma definida em seu contrato de locação.

Em regra são excetuadas as lojas âncoras, semi-âncoras e mega lojas, as locações temporárias, os espaços comerciais não caracterizados como lojas (balcões, quiosques), espaços para exposições de produtos e serviços e outras operações especiais definidas pela Administração do Empreendimento.

Considerando a grande área ocupada pelas lojas âncoras, bem como, a importância delas para a empresa de conjunto, o empreendedor pode estabelecer a desigual divisão dos encargos comuns. Os empreendedores costumam utilizar o Coeficiente de Rateio de Despesas, por meio do qual as lojas âncoras, em geral, pagam um percentual menor sobre a área ocupada, se comparado ao percentual arcado pelas demais lojas.

O CRD é, portanto, o método de cálculo utilizado para os encargos condominiais de *Shopping Center* para efeito de rateio. Diferentemente de outros tipos de locação, cuja cobrança é calculada tendo por base a fração ideal de

terreno ou metragem quadrada ocupada, nesta forma de cálculo entram outras variáveis como a localização do ponto de venda, sua atividade, o tamanho da frente da loja.

O Critério de Rateio de Despesas se apresenta como uma evolução em relação ao critério de rateio de despesas condominiais pela fração ideal, pois procura atender as peculiaridades das relações jurídicas e comerciais travadas em um Shopping Center e possibilita manter o empreendimento atualizado.

Dispõe o artigo 12 da Lei de Condomínios e Incorporações que cada condômino deve contribuir para as despesas do condomínio na proporção de suas frações ideais, salvo se de outra forma for estipulado na convenção de condomínio: *“Art. 12. Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio. § 1º Salvo disposição em contrário na Convenção, a fixação da quota no rateio corresponderá à fração ideal de terreno de cada unidade”*.

Nesse mesmo sentido é o que dispõe o artigo 1336, I, do Código Civil:

“Artigo 1.336 – São deveres do condômino:I – Contribuir para as despesas do condomínio na proporção de suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção.”

Contudo, as taxas condominiais são as referidas no artigo 54 da Lei 8.245/91, consistindo em extraordinárias, aquelas de responsabilidade exclusiva do empreendedor e ordinárias as que têm por escopo a manutenção do prédio, de responsabilidade dos lojistas e empreendedor.

A jurisprudência de nosso Tribunal, acompanhando a orientação dominante do País, estabelece que:

"Previstos expressamente em dispositivo processual, podem ser cobrados, via execução extrajudicial, aluguéis e encargos contratualmente previstos,

tais como quotas de condomínio e impostos... (AC nº 191.134.569, da 5ª Câmara. Cível julgada em 17.09.91, RP, 6/313). Ou, ainda: "A executividade dos créditos representados por acessórios contratuais de aluguel, como multas, despesas de condomínio e atributos, está comprometida no art. 585, IV, do CPC" (RT, 554/174; 524/173; 487/119 e 479/135. JTASP, 100/347)".

Na Lei de Locação, 8.245/91: "Art. 22. O locador é obrigado a:

(...)

X - pagar as despesas extraordinárias de condomínio.

Parágrafo único. Por despesas extraordinárias de condomínio se entendem aquelas que não se refiram aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, especialmente:

- a) obras de reforma ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel;*
- b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas;*
- c) obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício;*
- d) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação;*
- e) instalação de equipamentos de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer;*
- f) despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum;*
- g) constituição de fundo de reserva.*

Art. 23. O locatário é obrigado a:

(...)

XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.

§ 1º Por despesas ordinárias de condomínio se entendem as necessárias à administração respectiva, especialmente:

- a) salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio;*
- b) consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum;*
- c) limpeza, conservação e pintura das instalações e dependências de uso comum;*
- d) manutenção e conservação das instalações e equipamentos hidráulicos, elétricos, mecânicos e de segurança, de uso comum;*
- e) manutenção e conservação das instalações e equipamentos de uso comum destinados à prática de esportes e lazer;*
- f) manutenção e conservação de elevadores, porteiro eletrônico e antenas coletivas;*
- g) pequenos reparos nas dependências e instalações elétricas e hidráulicas de uso comum;*
- h) rateios de saldo devedor, salvo se referentes a período anterior ao início da locação;*
- i) reposição do fundo de reserva, total ou parcialmente utilizado no custeio ou complementação das despesas referidas nas alíneas anteriores, salvo se referentes a período anterior ao início da locação".*

"RECURSO ESPECIAL - DESPESAS CONDOMINIAIS - CRITÉRIO DE RATEIO-CONDÔMINOS PROPRIETÁRIOS E LOCATÁRIOS- PRETENSÃO DE REVISÃO DA INTERPRETAÇÃO CONFERIDA A CLÁUSULAS DE CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO - Imposição do Óbice Sumular n.º05/STJ 1. Não raramente, na formação de um Shopping, ao condomínio pro indiviso, superpõe-se um condomínio por unidades autônomas, regulado pela Lei nº 4.591/64, hipótese em que a implantação reclama máxima cautela na definição e regulamentação da amplitude das respectivas áreas de uso comum e forma de sua utilização pelos condôminos, bem como no

tocante ao rateamento de despesas, a fim de impedir o surgimento de graves dificuldades operacionais, neste contexto, a Convenção de Condomínio visa estabelecer definições, firmar diretrizes administrativas e fixar as regras de custeio dos encargos condominiais, obrigando a todos condôminos, nos termos do art. 9º, da Lei nº 4.591/64. 2. In casu, o cerne da contenda reside em responder se é possível extrair das cláusulas da Convenção de Condomínio a previsão de um critério, distinto do legal (art. 12, § 1º, da Lei n.º 4.591/64) de fixação da quota para o rateio das despesas do condomínio aplicável aos proprietários de unidades autônomas. Tal questionamento foi respondido tanto pelo Juízo singular quanto pelo Colegiado de apelação, que concluíram, de forma unânime, a partir de uma interpretação conjugada das cláusulas 11 e 75 da Convenção condominial, que os proprietários de unidades autônomas são definidos como condôminos, estando, deste modo, sujeitos, tal como os locatários, à previsão do rateio das despesas do condomínio com base no CRD (coeficiente de rateio de despesas). 3. Conferir solução diversa à causa demandaria a realização de outra exegese do pactuado, com cuidadosa análise das cláusulas da Convenção condominial a fim de averiguar a possibilidade de se extrair entendimento no sentido de que o critério de divisão de encargos previsto é adstrito, unicamente, aos locatários. Logo, há de se reconhecer que o conhecimento do especial, na espécie, implica na análise do acerto de decisão lastreada puramente em interpretação de cláusulas contratuais, esbarrando, portanto, no enunciado da Súmula nº 05/STJ. 4. Recurso especial não conhecido.” (REsp 493.723/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 19/03/2007 p. 354).

2.5. Fundo de Promoção e Associação de Lojista

A associação tem a finalidade de cultivar relações entre pessoas física e jurídica locatárias de lojas do *shopping*, promovendo troca de informações e experiências. Ademais, as associações estabelecem normas disciplinadoras das atividades comerciais, realiza estudos e pesquisas de serviço de utilidade para os associados, pratica atos em benefício do interesse dos associados, representa os associados perante órgãos públicos ou entidades privadas, defendendo os interesses da coletividade, o que acontece, por exemplo, com as promoções organizadas pela associação, em datas festivas (Natal, Dia dos Pais, Dia das Mães, Dia dos Namorados), bem como as liquidações de fim de estação.

O fundo de contribuição se forma pela contribuição dos lojistas e do empreendedor e tem a finalidade precípua de promover as ações e estratégias de *marketing*. O mesmo é criado e administrado pela Associação dos lojistas, mas segue o que determina o Estatuto ou Escritura Declaratória de Normas Gerais Complementares do *Shopping Center*.

Destarte, destaca-se, portanto, a finalidade principal do fundo de promoção que é promover o empreendimento e conseqüentemente as lojas que dele fazem parte.

Com as campanhas publicitárias, ações de *marketing* e outras promoções ganha o empreendedor que terá aumento da frequência do público nos corredores e o prestígio do *shopping*; ganha o lojista que com o aumento do movimento refletirá no aumento de sua clientela; e ganha até o consumidor que poderá ter um atendimento personalizado e produtos de melhor qualidade.

Segundo esse acordo o utilizador (lojista) é obrigado, por cláusula específica, no contrato atípico, com vistas a cessão de uso em *Shopping Center*, a contribuir ao Fundo de Promoções Coletivas, para ensejar a realização de campanhas promocionais do Shopping Center.

O empreendedor também concorrerá com a contribuição ao fundo de promoção, pagando importância proporcional às contribuições dos lojistas, porém, compete à Associação dos Lojistas administrar esse fundo em proveito coletivo dos próprios lojistas.

Esse fundo é administrado pela Associação de lojistas, de que deve fazer parte o utilizador, enquanto durar o seu contrato de utilização de sua unidade.

O valor dessa contribuição é de geralmente, uma porcentagem, em torno de 10%, dez por cento, sobre o aluguel que paga, percentual esse que é variável de um empreendimento para outro. Poderá ainda, ser calculada com base na área bruta locável.

Por outro lado, o empreendedor deverá, também, contribuir com a manutenção desse fundo, geralmente com importância proporcional às contribuições dos utilizadores.

Resta evidente que, a referida associação, administrando esse fundo, deve preocupar-se em manter sólida propaganda e promoções que, realmente, solidifiquem o prestígio do centro comercial e aumentem o desejo de sua freqüência pelos seus clientes.

A promoção ou publicidade abrange todo o *Shopping Center*, é conjuntural, pois todos os lojistas participam dos gastos com propaganda, análise de mercado, treinamento de empregados ao contribuírem para tal Fundo.

Portanto, cabe ao lojista pagar mensalmente contribuições para o Fundo de Promoção do Shopping cuja verba destinar-se-á à campanha promocional coletiva, à propaganda e à publicidade, beneficiando, sem qualquer distinção, todos os lojistas.

A Associação de Lojistas tem a finalidade essencialmente de promover a divulgação do Shopping, despertando nas pessoas a vontade de ir ao empreendimento, lá realizando suas compras.

O fundo de contribuição que se forma pela contribuição obrigatória dos lojistas e do empreendedor tem a finalidade precípua de promover estas ações e estratégias de marketing.

No mesmo sentido RUBENS REQUIÃO⁷⁸:

“a referida associação não é o centro comercial, mas um dos elementos que integram sua organização e que tem por objeto coletar fundos a serem empregados no custeio da publicidade e da promoção do shopping como um todo, o que convém à coletividade de lojistas e ao próprio empreendedor, ele também associado e contribuinte obrigatório do mencionado fundo”.

RUBENS REQUIÃO⁷⁹ destaca ainda a importância de ter o empreendedor como membro da Associação dos Lojistas:

⁷⁸ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.v.I.

⁷⁹ REQUIÃO, Rubens. *Op. Cit. in: “Shopping Centers”, Aspectos Jurídicos*, p. 149.

Daí por que também o empreendedor deve para ele contribuir, pois as atividades decorrentes da propaganda e das promoções vão se refletir no prestígio do nome do “centro comercial”, aumentando sua produção, da qual participa o locador.

Como se trata de uma contribuição obrigatória, LADISLAU KARPAT⁸⁰ questiona se o locatário pode ser despejado pelo não pagamento do fundo de promoção, apresentando dois posicionamentos:

(...) a Associação dos Lojistas é a destinatária da importância arrecadada a título de fundo promocional. Por tal circunstância, retira do empreendedor, a legitimidade de promover o despejo por falta de pagamento, exclusivamente no tocante a esta verba. Por outro lado, o lojista, que ao aderir ao empreendimento, se comprometera a pagar esta despesa, e não esteja cumprindo esta, infringindo o contrato de locação, como as demais disposições nas quais conste a obrigatoriedade desta contribuição. Nesta conformidade, a locatária pode sofrer ação de despejo, tendo como fundamento infração contratual.

Ora, se da locação de *Shopping Center* fazem parte o Contrato de Locação, a Escritura Declaratória de Normas Complementares ao Contrato de Locação e o Estatuto da Associação dos Lojistas, parece claro que o empreendedor tem legitimidade ativa para ingressar com uma eventual ação de despejo em face do locatário que não contribui com o fundo de promoção.

De qualquer forma, empreendedor e lojista devem atentar para as vantagens que o fundo de promoção promoverá aos seus negócios.

Filiação à Associação dos Lojistas

Para MARIA HELENA DINIZ⁸¹, a Associação dos Lojistas é pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e cabe a ela cultivar as relações entre os lojistas, promovendo-lhes intercâmbio de informações e experiências; praticar atos que beneficiam os interesses dos associados; e promover a divulgação das atividades do *shopping* utilizando os recursos do fundo de promoção.

⁸⁰ KARPAT, Ladislau, *Op. Cit.*, p. 188 e 189.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, *Op. Cit.*, p. 60.

A filiação do lojista à sua associação é obrigatória, sob pena de suspensão temporária das atividades sociais, de expulsão da associação e rescisão do contrato firmado entre o empreendedor do *Shopping* e o lojista infrator, sem direito de receber indenizações por parte do proprietário do *Shopping*.

Os lojistas deverão associar-se e pagar mensalmente uma contribuição pecuniária ou taxa de associação, pagar contribuições para o Fundo de Promoção do *shopping*, cujas verbas serão aplicadas à propaganda e à publicidade, beneficiando as lojas-âncoras e satélites.

2.6. Cobrança do Aluguel

Uma das mais importantes peculiaridades do contrato de locação de *Shopping Center* é a dúplice fixação do aluguel. Diferentemente das locações tradicionais, o aluguel no *shopping* é cobrado em observância a uma quantia fixa ou por uma quantia variável.

O aluguel, na locação em *Shopping Center* é o pagamento ao empreendedor, por parte do lojista, de uma remuneração que, normalmente, é calculada na forma de um percentual sobre a receita mensal do lojista (remuneração variável), sendo estabelecido um montante mínimo, caso a receita não atinja o padrão preestabelecido no contrato.

Diante disso, vale dizer que o aluguel consiste na reunião de duas modalidades de pagamento, não representando, porém, uma dupla cobrança.

2.6.1. Aluguel Percentual

O Aluguel móvel ou percentual é calculado sobre a percentagem na receita bruta efetuada pela loja, consistindo numa prestação pecuniária proporcional ao faturamento bruto mensal da atividade comercial do lojista.

O aluguel calculado sobre o faturamento é a regra, sendo que o aluguel fixo é apenas uma forma de garantir ao empreendedor uma receita mínima, suficiente para a manutenção da estrutura do empreendimento.

O lojista paga um determinado percentual, por exemplo, 6% sobre as vendas realizadas no mês e pagará o valor do aluguel mínimo quando o valor apurado pelo percentual for inferior.

Segundo Rubens Requião⁸², este sistema de pagamento de aluguel é a grande peculiaridade do *Shopping Center*.

Como se percebe, o sistema de locação, substitutivo do aluguel mínimo e do aluguel percentual sobre a renda bruta constitui um sistema integrado na organização do centro comercial. O aluguel programado no planejamento deste não se determina, vale insistir, pelos parâmetros tradicionais das leis civis, mas, constitui elemento integrante da organização tecnológica moderna destes centros comerciais. E tanto isso é verdade que entre os mecanismos peculiares deste tipo de empreendimento figura como ponto dos mais relevantes a estipulação do aluguel em bases percentuais, garantido por um aluguel mínimo. Esse é antes de tudo um dos requisitos fundamentais para a associação brasileira de Shopping Center – ABRASCE reconhecer e admitir no seu âmbito associativo um centro comercial.

A questão dessa combinação de aluguéis é amplamente aceita pelos tribunais, porque a lei não há proíbe. Apenas é necessário que o aluguel seja determinável.

Segundo Maria Helena Diniz⁸³:

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

E plenamente aceitável que nas locações comerciais se estipule uma renda, de forma diversa da comumente adotada, e, esta remuneração

⁸² REQUIÃO, Rubens. *Considerações Jurídicas sobre os Centros Comerciais (Shopping Centers)* no Brasil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 571, 1983, p. 18.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1999.v. 2. p. 92.

sui generis possa ser mais abrangente nas lojas de centros comerciais como os *Shoppings Centers*, que possuem cunho preponderante de investimento.

Assim, o aluguel variável ou percentual é calculado sobre a percentagem na receita bruta sobre as vendas da loja, resultando em uma prestação pecuniária proporcional ao faturamento mensal da atividade comercial do lojista.

Desta forma, se o valor do aluguel percentual apurado suplantar o valor do aluguel mínimo, o lojista pagará ao empreendedor a quantia correspondente à diferença entre os dois. O aluguel percentual apenas será exigido se o faturamento da loja permitir que ele ultrapasse a soma representativa do aluguel mínimo.

De acordo com a MARIA HELENA DINIZ⁸⁴, esta maneira de cobrar o aluguel dos lojistas de *Shopping Center* é válida, pois o empreendedor compensa o que deixa de ganhar em lojas menos rentáveis, além de alcançar lucros e obter retorno do capital investido no empreendimento.

A propósito, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu um acórdão, concordando com a posição dos doutrinadores acima, com votação unânime, conforme é possível verificar *in verbis*⁸⁵:

LOCAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO CONTRATUAL. (...) **POSSIBILIDADE DE PACTUAÇÃO DE ALUGUEL MÍNIMO E EM PERCENTUAL.** POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE ALUGUEL EM DOBRO. CLÁUSULAS PREVIAMENTE ACORDADAS. CONTRATO QUE SE SUBMETE AO ARTIGO 54 DA LEI INQUILINÁRIA. (...) OBSERVÂNCIA DA REGRA DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO IMPROVIDO. (grifo nosso).

(...) Não existe ilegalidade na cobrança de aluguel mínimo reajustável e aluguel em percentual sobre o faturamento. A doutrina mostra que não existe abusividade nesse procedimento.

(...) Ora, essa estipulação de aluguel dentre dois parâmetros, um variável e dependente do faturamento bruto e outro fixo e mínimo, nada tem de abusividade e é corriqueira em locações em shopping centers.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena, Tratado Teórico e Prático dos Contratos. *Op. Cit.*, p. 62.

⁸⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Seção de Direito Privado – 32ª Câmara. Apelação com Revisão nº 1186802-0/5. Relator: Desembargador Ruy Coppola. DJ: 13/11/2008. Disponível em <<http://www.cjo.tj.sp.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 30 dez. 2012.

Demonstra-se aqui, portanto, que não há abusos por parte do empreendedor em fixar um valor mínimo de aluguel e outro variável. Existe, porém, uma preocupação em relação à forma de apuração das vendas efetuadas pelo lojista, já que esta apuração é feita na “boca do caixa”, como se diz comumente, de modo que, o empreendedor ou seus prepostos fazem a fiscalização no horário de funcionamento das lojas, mas é preciso estabelecer que essa fiscalização deve ser discreta e comedida.

Assim, considerando que o aluguel percentual é aferido de acordo com o faturamento do lojista, torna-se fundamental a existência de mecanismos que viabilizem a averiguação pelo empreendedor acerca da veracidade dos resultados financeiros informados pelo locatário.

Atualmente, o advento da informatização do sistema de fiscalização dos dados financeiros das empresas, trouxe maior eficiência ao poder público em coibir a omissão de receita, situação que funciona a favor do empreendedor.

De qualquer forma, é lícito ao empreendedor, sob o manto de previsão contratual plenamente válida, fiscalizar o faturamento da loja. Esta fiscalização pode ser efetuada desde a análise e auditoria dos livros e documentos contábeis do inquilino, até a própria permanência de preposto do locador no interior da loja, contabilizando cada venda realizada. Evidente que, no momento da fiscalização, todo qualquer abuso de direito ou ato que extrapole o bom senso e a razoabilidade deve ser evitado, sob pena de representar constrangimento vedado pelo nosso sistema legal.

Maria Elisa Gualandi Verri⁸⁶ procura justificar a razão do aluguel percentual, assim se manifestando:

O estabelecimento de uma remuneração fixa e variável é uma forma de estimular as partes integrantes da estrutura do *shopping center* – o empreendedor procurará fazer com que o *shopping center* se torne o mais atrativo possível, com conseqüente aumento do movimento nas lojas e, por

⁸⁶ VERRI, Maria Elisa Gualandi. *Shopping Centers: aspectos jurídicos e suas origens*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 56.

consequente, do valor da remuneração paga pelos lojistas; e o lojista procurará se estimular para não ter a obrigação de pagar um aluguel mínimo (o que significa a não-obtenção do volume de vendas em nível satisfatório).

2.6.2. Aluguel Mínimo

O aluguel mínimo mensal, como o próprio nome já diz, é fixado com o objetivo de garantir rentabilidade mínima estipulada pelo empreendedor para determinado salão comercial. O empreendedor, em estudos de viabilidade, já estipulou os valores mínimos a serem arbitrados para este ou aquele salão comercial, de acordo com o tamanho e localização da loja.

Aluguel mínimo ou fixo é baseado nos metros quadrados que a loja possuir, representado por uma prestação pecuniária reajustável periodicamente com indexação preestabelecida, podendo, inclusive, ser objeto de revisional caso se mostre defasado com o mercado, e desde que decorrido prazo trienal exigido em lei.

Como citado, o sistema adotado nos *shoppings* comumente, como valor locativo, é o de se estabelecer um aluguel fixo, denominado mínimo, e outro variável, que resulta da aplicação de um determinado percentual sobre as vendas, mensalmente apuradas.

A forma de pagamento do aluguel não traz maiores dificuldades. Na prática, a questão conflitante reside quando o aluguel mínimo previsto no contrato é muito elevado, ultrapassando todos os meses o valor do aluguel percentual.

O critério para se reajustar o aluguel mínimo é o trimestral e será em dobro em dezembro. Para mensurar o valor da parcela variável do aluguel, o contrato autoriza o locador proceder à auditoria das contas do locatário, à vistoria das instalações, à fiscalização do movimento econômico ou à adoção de outras providências úteis à exata definição do seu faturamento.

Neste caso, o valor que for maior, apurado ou do valor fixado ou do variável, deverá este valor ser pago em favor do empreendedor. Portanto, não há dois pagamentos, mas dois cálculos, sendo o maior valor é o que deverá ser pago.

Nesses casos existe a indeterminabilidade do aluguel, fixando-se um valor mensal mínimo e uma parcela variável, que será a diferença entre o aluguel mínimo avençado e o valor representativo de um percentual sobre o faturamento bruto do lojista, sendo 6% em regra.

Uma das regras entre lojistas e empreendedores que deve ser respeitada é o princípio do equilíbrio contratual nessa relação, e, para tal, o valor do locativo deve ser certo e obedecer aos parâmetros econômicos e jurídicos que mantenham o equilíbrio econômico entre as partes envolvidas nesse negócio.

Para se sustentar o equilíbrio contratual e evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes, o aluguel mínimo (ou fixo) deve manter-se em valor de mercado. Em havendo o seu distanciamento ao que se entende como justa remuneração será lícito a qualquer dos contratantes, através dos fundamentos e mecanismos citados anteriormente, buscar a intervenção do estado para restabelecer o equilíbrio. Nesse sentido, vale a transcrição de trecho de ementa proferida pelo Superior Tribunal de Justiça⁸⁷.

PROCESSUAL E CIVIL - LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL – AÇÃO RENOVATÓRIA - RETOMADA PARA USO PRÓPRIO - APELAÇÃO – INSINCERIDADE DO PEDIDO - JULGAMENTO EXTRA PETITA - RECURSO ESPECIAL – VALORAÇÃO DA PROVA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. I Omissis -II – Omissis. III - É DEVER DO MAGISTRADO, ADEQUAR OS ALUGUEIS AOS VALORES DE MERCADO, COM VISTAS A EVITAR QUE UMA DAS PARTES SE LOCUPLETE AS CUSTAS DA OUTRA. IV Omissis.

2.6.3. Aluguel em Dobro

A obrigatoriedade de pagar o aluguel em dobro no mês de dezembro foi criada para custear as despesas extras, como o décimo terceiro salário dos funcionários da administração do *Shopping*.

⁸⁷ STJ - REsp 47766 / RS recurso especial 1994/0012905-0, Ministro Anselmo Santiago (1100), T6 - Sexta Turma, DJ 16.06.1997 p. 27409) extraído do site – www.stj.gov.br

Seu contexto no Brasil vem de uma economia movida pela inflação em que os valores dos aluguéis se defasavam durante o ano e o aluguel em dobro no último mês do ano servia como compensação. Outra justificativa se originava na crença de que o faturamento no mês de dezembro dobrava em relação aos demais meses do ano.

Por fim, como há liberdade de pactuação permitida pela lei de locação, em seu art. 54 da 8245/91 prevalece essa condição prevista no contrato.

Para Maria Elisa Gualandi Verri, a "referida cláusula se devidamente convencionada pelas partes é válida" pondera que "tal obrigação existe justamente para cobrir o pagamento do décimo terceiro salário devido aos empregados utilizados pela administração do 'shopping center'". (Shopping centers: aspectos jurídicos e suas origens. Belo Horizonte, Del Rey, p. 58).

MARIA HELENA DINIZ⁸⁸ discorda dessa afirmativa. Para ela, o termo "décimo terceiro aluguel" não é apropriado porque não é decorrente de mais um aluguel e sim de uma forma organizacional do *Shopping Center*, já que o objetivo é haver cooperação entre empreendedor e lojistas, e com o aluguel das lojas, o empreendedor participa dos lucros obtidos por elas, e em contrapartida, lhes oferece segurança e publicidade. E como dezembro proporciona maior lucro ante as festas natalinas, o lojista paga remuneração mais alta, podendo ocorrer o mesmo na Páscoa, Dia das Mães, Dia dos Namorados, o que geraria o décimo quarto, décimo quinto ou décimo sexto mês de aluguel.

Porém, é fundamental observar-se a natureza dos negócios jurídicos envolvidos no contrato havido entre o empreendedor e o lojista. São dois aspectos: locação e fornecimento de serviços de administração. A cada qual corresponde uma remuneração específica: à locação corresponde o aluguel (que os contratos denominam 'aluguel mínimo'), calculado sobre a área da loja; aos serviços de administração da área física e de mercadologia corresponde um pagamento variável, estipulado a partir de uma cláusula de sucesso através da qual o

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena, Tratado Teórico e Prático dos Contratos, *Op. Cit.*, p. 63.

empreendedor torna variável sua remuneração em função da competência de seu mister: quanto melhor for o resultado de seu trabalho, maiores serão as vendas do centro de compras e maior será sua remuneração pelos serviços fornecidos.

A pretensão de instituir um 13º locativo rompe, por completo, com esse equilíbrio, vale dizer, é iníqua, no sentido próprio da palavra, certo que não há uma 13ª. utilização e gozo do imóvel, nem uma 13ª prestação de serviços de administração e mercadologia.

Dir-se-á que há, em dezembro, um movimento maior de publicidade; mas as verbas destinadas à publicidade provém de um fundo específico, o fundo de promoção, como se verá, para o qual contribuem todos os lojistas. Não se exige do administrador qualquer desembolso extra para tanto.

Diz-se que há o 13º salário. Porém, é esse ônus do próprio empreendimento e não um serviço extra: todo e qualquer empregador, em virtude da legislação trabalhista, está a ele obrigado, constituindo parte de seus custos. Não é diferente com os centros comerciais, não havendo fundamento para a transferência do ônus; a cláusula é ilegítima, iníqua, e não jurídica, criando, no âmbito de uma relação sinalagmática, um ônus ao qual não corresponde bônus, ou ainda, uma obrigação à qual não corresponde retribuição.

Da mesma forma, qualquer valor de desempenho no tocante ao mês de dezembro desfaz o equilíbrio da relação, drenando recursos do lojista. Com efeito, a posse da loja é remunerada com o aluguel mínimo; os serviços de administração, com o aluguel percentual; as despesas com a manutenção do prédio, através do rateio correspondente.

Não há um espaço jurídico para essa exigência de verba extra, nem corresponde o alegado desempenho uma prestação à qual se pode fazer um equivalente na contraprestação pecuniária, estranhamente calculada sobre o valor do aluguel. Essas normas, portanto, são nulas.

O que ocorre na prática é inicialmente o lojista concordar com esta cláusula, e depois voltar-se contra ela. Sentindo a dificuldade do comércio, depois de um tempo, passa a questionar sua validade, muitas vezes alegando não ter previsão legal.

Em 2002, a então Deputada Federal Zulaiê Cobra apresentou o Projeto de Lei nº 7.137/2002, com o objetivo de “equilibrar a relação contratual de locação de imóveis comerciais, principalmente em shopping centers”, e uma das suas propostas é a proibição da cobrança do décimo terceiro mês de aluguel. Atualmente este projeto encontra-se em fase de tramitação na Câmara dos Deputados⁸⁹.

Respondendo ao questionamento se considera ou não válida tal cláusula, LADISLAU KARPART⁹⁰ defende a cobrança do aluguel em dobro.

Posição semelhante apresentou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao dar provimento parcial aos Embargos à Execução, *in verbis*⁹¹:

Embargos À Execução - Acolhimento Dos Embargos Opostos Pelo Sócio E Rejeição Daqueles Oferecidos Pela Pessoa Jurídica - Tempestividade Dos Embargos Apresentados dentro do prazo do art. 738, i, do CPC - ausência de nulidade da execução que se lastreia em título executivo extrajudicial revestido de liquidez - ausência de nulidade da fiança, não vedada pelo contrato social - fiança, ademais, prestada a outra empresa do mesmo grupo familiar, sendo ambas representadas por um único sócio, a evidenciar o interesse da sociedade em prestar a garantia - juros de 1% ao mês, multa de 10% e **aluguel em dobro no mês de dezembro previstos em contrato** - cláusula contratual dispondo sobre o percentual dos honorários advocatícios somente se aplica aos casos de despejo por falta de pagamento - exclusão do respectivo valor, inserido na planilha de cálculo que instrui a execução – recurso parcialmente PROVIDO PARA ESSE FIM. (...) A irrisignação quanto ao aluguel dobrado do mês de dezembro é improcedente, porque a "Escritura Declaratória de Normas Gerais Regedoras das Locações de salões de uso comercial do Shopping Center Iguatemi Campinas", incorporada ao contrato de locação, estabelece, em sua cláusula 7.8 que "no mês de dezembro de cada ano, o valor mínimo mensal reajustável equivalerá sempre ao dobro de seu valor normal (fls. 46 da execução).

⁸⁹ DIRETONET – NOTÍCIA. Projeto de Lei muda regras de contratos de locação comercial, Agência Câmara, Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/noticias/x/40/24/4024/p.shtml>> Acesso em: 28 dez. 2012.

⁹⁰ KARPAT, Ladislau. *Shopping Centers Manual Jurídico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 181.

⁹¹ Informação fornecida pelo Centro de Documentação e Informação através do e-mail: corpi.cedi@camara.gov.br e pela Seção de Atendimento a População/SECOM, pelo e-mail: cidadao@camara.gov.br.

Como se vê, às vezes os contratos podem não trazer a previsão da cobrança do décimo terceiro mês de aluguel, porém, certamente, esta cláusula estará presente na Escritura Declaratória de Normas Complementares ao Contrato, sendo, portanto, válida a cobrança de tal valor.

Por fim, a adesão do locatário ao empreendimento, e a sua submissão a esta condição, válida e especial, resulta na regra do ato jurídico voluntário e perfeito pelo que obriga as partes. Nem se argumente tratar-se de benefício especial ou extraordinário tal aluguel nestes empreendimentos. O que ocorre é que, tal como o aluguel fixado em percentual, o aluguel em dobro atende as peculiaridades dos empreendimentos denominados *shopping centers*.

Mário Cerveira Filho⁹² observa que, com o ajuste da economia, o consumo tornou-se planejado, e com isso as vendas do mês de dezembro, para a maioria dos lojistas, não tem se realizado com tanta intensidade. Por isso, acredita que o aluguel em dobro deveria ser disciplinado no sentido de cobrá-lo na proporção do crescimento das vendas em relação à média do ano. Seria uma forma de equilibrar a relação contratual.

Conclui-se que o aluguel em dobro decorre do princípio da liberdade nas contratações, incidente sobre as locações não residenciais, e manifesta sua opinião de que é legal e devido, suscitando, inclusive, como argumentação adicional, o considerável aumento das vendas pelos lojistas no mês de dezembro. Contudo, muitas vezes o aluguel em dobro torna-se uma onerosidade excessiva a qual o lojista tem dificuldade de honrar, motivo suficiente para quebrar o sinalagma genético, pois tal obrigação é imposta ao lojista, da qual aceitou no pacote fechado, e que deverá cumprir, caso contrário não participa do empreendimento, ferindo talvez a liberdade contratual. O lojista incorre no estado de perigo, com fundamento no artigo 156 do Código Civil, pois assumiu obrigação excessivamente onerosa.

⁹² CERVEIRA FILHO, Mário. *Shopping Centers – Direitos dos Lojistas*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22.

3. CLÁUSULA DE RAI0

Cláusula que vem sendo objeto de muito debate nos últimos anos, a denominada “cláusula de raio”, é de previsão certa em quase que a totalidade dos empreendimentos. Funciona como limitador de concorrência. A “cláusula de raio” refere-se à cláusula contratual, pela qual o locatário (lojista), obriga-se a não constituir outra atividade idêntica ou congênere a sua (com extensão não só ao locatário, como também aos seus sócios, empresas do grupo e até franquias), enquanto vigorar o pacto, cuja abrangência é fixada em extensão que varia de 1.000 metros a 3.000 metros (tendo-se notícia de até 5.000 metros).

Portanto, cláusulas de raio são aquelas pelas quais o lojista se obriga perante o empreendedor, a não exercer a mesma atividade em outro estabelecimento, dentro de um raio de distância pré-determinado em contrato.

Está prevista na Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

3.1. Aspectos e os Princípios da Livre Concorrência

A denominada cláusula de raio, muito presente nos contratos de *Shopping Center*, tem por objetivo impedir que o lojista-locatário se instale em outro estabelecimento que explore o mesmo ramo de comércio ou marca a uma certa distância do *Shopping Center*.

As cláusulas de raio inseridas nos contratos de locação são como um meio de proteger os empreendedores e garante-lhes a integridade do aluguel percentual contra a probabilidade de desvio dos lucros do locatário para outro estabelecimento semelhante.

Na hipótese de inexistência da cláusula, o comerciante pode instalar outra loja de mesmo ramo em locais próximos, pagar aluguel fixo, desviar sua clientela e concentrar seu faturamento neste segundo estabelecimento, obtendo

lucro maior devido a não existência de aluguel percentual, em contrapartida, o empreendedor seria prejudicado, visto que não estaria auferindo os lucros objetivados pela não dedicação e diminuição das vendas do lojista.

Podemos concluir, portanto, que estaria afrontando um dos elementos fundamentais do contrato de locação a mercê de uma das partes. A característica mais importante da cláusula de raio não seria o amparo do empreendedor, na condição de fornecedor do imóvel, mas sim o amparo de todos os interesses da organização jurídica composto por empreendedores e locatários, ou seja, a proteção do *Shopping Center*.

É no artigo 20 da Lei 8.884/94, conhecida como CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica – que se encontra a apreciação da legalidade de algumas condutas de acordo com a ordem econômica⁹³.

“**Art. 20:** Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Neste sentido, assegura tal norma que o direito anticompetitivo merece correção somente quando for exagerado e indevido⁹⁴.

Referida questão é expressa e sucinta no Anexo II da Resolução 20 do CADE, de 09 de junho de 1999:

⁹³ CRISTÓFARO, Pedro Paulo Salles. **Cláusula de raio em shopping center e a proteção a livre concorrência**. Julho, 1994. Disponível em <http://loboeibeas.com.br/artigos_17.htm>. Acesso em 04 de fevereiro de 2013.

⁹⁴ CRISTÓFARO, Pedro Paulo Salles. **Cláusula de raio em shopping center e a proteção a livre concorrência**. Julho, 1994. Disponível em <http://loboeibeas.com.br/artigos_17.htm>. Acesso em 04 de fevereiro de 2013.

“O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à concorrência, e não apenas a concorrente(s) em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica.

Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los vis à vis seus possíveis benefícios (eficiências) compensatórios”⁹⁵.

Em consonância com a Constituição Federal de 1988, o Estado intervém na economia, sem deixar de assegurar o direito de propriedade e as liberdades de empresa e trabalho, mas repelindo qualquer forma de abuso em seus exercícios.

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência aparecem como mandamentos norteadores da ordem econômica. É certo que “enquanto a livre iniciativa aponta para a liberdade política, que lhe serve de fundamento, a livre concorrência significa a possibilidade de os agentes econômicos poderem atuar sem embaraços juridicamente justificáveis, em um determinado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços”⁹⁶.

Como ensina Luis Roberto Barroso⁹⁷, o princípio da livre iniciativa é composto de vários elementos que se encontram inseridos na própria Constituição Federal, notadamente, a propriedade privada (art. 5º, XXII, e art. 170, II), a liberdade de empresa (art. 170, parágrafo único), a livre concorrência (art. 170, IV) e a liberdade de contratar como corolário do princípio da legalidade (art. 5º, II).

⁹⁵ CRISTÓFARO, Pedro Paulo Salles. **Cláusula de raio em shopping center e a proteção a livre concorrência**. Julho, 1994. Disponível em <http://loboeibeas.com.br/artigos_17.htm>. Acesso em 04 de fevereiro de 2013

⁹⁶ MENDES; Coelho; Branco, Curso de Direito Constitucional, (2008, p. 1358).

⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/junho/julho. 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-LUISROBERTOBARROSO.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

A adoção do princípio da livre concorrência revela a intenção do constituinte originário de permitir que se alcance a melhor qualidade nos produtos e serviços oferecidos no mercado aliado a um preço justo. Para tanto, admite uma economia de mercado baseada na liberdade competitiva entre os atores econômicos e na liberdade de escolha do consumidor.

Neste sentido, se faz imprescindível que as regras sejam ditadas pelo próprio mercado e que a imperatividade estatal seja exceção. Por outro lado, se é garantido o direito à livre concorrência, de outro se sabe que o ordenamento jurídico não tolera qualquer exercício abusivo de direitos. Por isso, a despeito de ter uma atuação reservada no setor privado, é lícito ao Estado, ante a prática de condutas anticoncorrenciais, exercer as suas funções repreensiva e fiscalizatória do comportamento privado.

Daí por que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência sofrem o controle estatal, de modo a evitar qualquer forma de abuso na sua efetivação.

A autorização para tanto advém da própria Constituição Federal, ao estabelecer em seu art. 173, §4º que o abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, será reprimido pela lei.

Em suma, o que se pretende afirmar é que a iniciativa privada, na disputa pelo consumidor, pode licitamente lançar mão das armas de que dispõe, desde que não adote práticas competitivas que restrinjam ou impeçam a livre concorrência, cumprindo ao Estado coibir os abusos praticados.

É com apoio nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (Constituição Federal de 1988) e das normas infraconstitucionais que reprimem o abuso do poder econômico (Lei 8.884/94) que doutrina e jurisprudência, além das autoridades federais que fiscalizam e regulam a concorrência, ainda hoje, travam profunda discussão acerca da validade da indigitada cláusula de raio, ora

entendendo que sua imposição revela uma conduta anticoncorrencial, com manifesta infração à ordem econômica, razão pela qual é cláusula leonina, ora pugnando por sua legalidade, fundados em justificativas econômicas e empresariais e nos princípios da liberdade contratual, da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

3.2. Infrações Contra a Ordem Econômica e a Função do CADE

Visando prevenir e a reprimir as infrações contra a ordem econômica, foi editada a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, a qual também transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, em autarquia.

As situações previstas como infrações à ordem econômica estão listadas nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, dentre as quais, para os fins a que se destina esse trabalho, cumpre citar os atos que, sob qualquer forma, tenham por objeto ou possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (art. 20, I); exercer de forma abusiva posição dominante (art. 20, IV); limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (art. 21, IV) e criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (art. 21, V).

Por sua vez, estabelece o art. 54 da Lei 8.884/94 que os atos que, sob qualquer forma, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com jurisdição em todo o território nacional, instituído pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 com a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e repressão a tais abusos, bem como decidindo sobre a

existência de infração à ordem econômica e aplicação das penalidades previstas na lei (artigos 3º e 7º da Lei 8.884/94).

Funciona o CADE como a última instância, na esfera administrativa, responsável por proferir a decisão final nos processos administrativos que versam sobre matéria concorrencial. Esse processo, em primeiro lugar, é instruído pela Secretaria de Direito Econômico - SDE/MJ - ou pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - Seae/MF -, para, somente após, ser encaminhado para julgamento pelo CADE. Juntas, as Secretarias e o CADE compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Dentro de seu papel maior de tutelador da ordem econômica, cumpre ao CADE desempenhar outros papéis, quais sejam, o de prevenção e de repressão ao abuso do poder econômico e o de educador.

Quanto ao primeiro, compete à autarquia, na forma dos artigos 54 a 57 da Lei 8.884/94, proceder à análise dos atos de concentração, consistentes nos atos de fusão, incorporação e associação de qualquer tipo, promovidos pelos agentes econômicos, a fim de evitar que desses negócios jurídicos possa resultar algum prejuízo à livre concorrência, na forma da lei antitruste.

Para a repressão ao abuso do poder econômico, cumpre ao CADE analisar as condutas anticoncorrenciais, à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, impondo aos agentes econômicos infratores as penalidades previstas em lei.

Por fim, o papel pedagógico do CADE é desempenhado na instrução do público sobre as formas de infração da ordem econômica, conforme determina o art. 7º, XVIII, da Lei 8.884/94. Para tanto, uma série de atividades são desenvolvidas pelo CADE, como parcerias com universidades, realização de seminários e palestras, edição da Revista de Direito da Concorrência, sempre voltadas a inteirar a população sobre a importância do tema, a aprimorar suas

decisões e, acima de tudo, a contribuir para a consolidação das normas protetoras da ordem econômica.

3.3. Legitimidade da Cláusula de Raio

Nos contratos de locação de espaço comercial em *Shopping Center*, é comum a inserção de cláusula de raio, pela via de adesão.

A cláusula de raio é adotada para impedir que o lojista se estabeleça nas imediações do estabelecimento comercial, ou seja, manter outro estabelecimento (sede ou filial) dedicado ao mesmo ramo de atividade por ela exercida no respectivo salão de uso comercial, dentro de certo raio de metros, medidos do centro do terreno do *Shopping Center*.

As inserções destas cláusulas justificam-se para assegurar os recursos e esforços investidos ao empreendedor do estabelecimento comercial - *Shopping Center*, bem como, uma forma de os empreendedores garantirem a diversificação das marcas, dando perfil a um shopping.

Com relação ao contrato de locação celebrado entre empreendedor-locador e lojista-locatário, o art. 54, da Lei 8.245/91, com fundamento na livre iniciativa, permite de forma expressa a autonomia da vontade na definição do conteúdo do contrato, admitindo a licitude de cláusulas que sejam peculiares a esse tipo de pacto, desde que, respeitadas as restrições estabelecidas, dentre outras, pelos artigos 52, §2º e 54, *caput* e §§1º e 2º, todos da Lei 8.245/91.

Neste sentido, somente devem ser consideradas proibidas as cláusulas que atribuam efeitos e fixem critérios por demais favoráveis ao locador, verificáveis através da ausência de justificativa ou de razoabilidade em consideração às peculiaridades na exploração do empreendimento do *Shopping Center*.

Nesse contexto, a validade e eficácia das cláusulas contratuais que estabelecem limites ao exercício empresarial pelos lojistas-locatários nas proximidades do *Shopping Center* é matéria de relevância e vem sendo enfrentada,

caso a caso, tanto pelo CADE como pelo Poder Judiciário, na busca de uma solução para as controvérsias surgidas nas relações de locação de espaço comercial e na pacificação das disputas comerciais de domínio do mercado e da clientela.

Cabe ressaltar até que ponto a existência e execução da cláusula de raio, com fundamento na liberdade contratual, autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*, é lícita ou se a imposição da cláusula se revela como conduta anticoncorrencial por constituir infração à ordem econômica (art. 170, da CRFB/88).

A proibição de abertura de loja próxima imposta ao lojista-locatário se destina a evitar a concorrência predatória na área comercial de influência direta do centro comercial, e, ao fim, o desvio de receita e de clientela em prejuízo do *Shopping Center* e de todos os lojistas que nele se encontram instalados.

Afora a ausência de regulamentação legal específica, as regras de não-concorrência, dentre as quais emerge a cláusula de raio, são frutos da experiência criadora do próprio mercado empresarial, e correspondem a uma limitação convencional indireta de concorrência, isto é, uma obrigação acessória em contrato que não tem por objeto principal a regulação da concorrência. No surgimento de eventual conflito entre os interesses globais do *Shopping Center* e um interesse individual de um lojista-locatário, a solução deve ser pela submissão do interesse particular ao interesse comum.

Outrossim, é concernente aos contratos de locação de espaço em *Shopping Centers* que as partes pactuem, em favor do empreendedor, o pagamento de aluguel em percentual sobre as vendas. Daí por que a instalação, pelo lojista, de outra loja do mesmo ramo nas proximidades do *shopping* significaria desvio do faturamento, em prejuízo do empreendedor.

Ademais, a cláusula de raio representa uma proteção ao investimento feito pelo empreendedor, não só quanto ao *Shopping Center* em si e seu fundo de comércio, mas também quanto ao próprio lojista, que possui direito à

renovação compulsória do contrato. Soma-se a isso que a cláusula de raio funciona como fator impeditivo da conduta oportunista de vários lojistas que se aproveitam da própria infra-estrutura criada pelo *shopping* para instalarem-se na vizinhança.

Aliadas às justificativas econômicas e empresariais, para parcela da doutrina e da jurisprudência, a prevalência dos princípios da liberdade contratual, da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* autorizam a incidência da cláusula de raio nas relações locatícias dos centros comerciais.

Sob o princípio da autonomia da vontade, as pessoas têm ampla liberdade para contratar, bem como podem livremente escolher com quem pretendem contratar e estabelecerem o conteúdo do contrato. Todavia, é certo que os artigos 421 e 425, ambos do Código Civil Brasileiro de 2002, prevêm o princípio da autonomia da vontade estabelecendo que o exercício da liberdade de contratar deve observar a função social do contrato e as normais gerais fixadas pelo Código Civil.

Portanto, sob a influência do princípio da socialidade, a supremacia da ordem pública, o respeito aos bons costumes e a boa-fé objetiva constituem freios e limites à liberdade contratual, mormente quando o contrato é de adesão ou as partes são desiguais.

A matéria é controvertida e o Poder Judiciário pouco teve oportunidade de enfrentar a questão que diz com a validade da cláusula de raio, mas, pelos julgamentos proferidos, vê-se que os Tribunais refletem nas decisões a divergência que se encontra em sede doutrinária.

Da análise dos julgados, verifica-se uma maior tendência pela tese legalista a validar a cláusula pela adoção dos princípios da liberdade contratual, da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, ao argumento da legítima manifestação de vontade de partes capazes no sentido de proibir a abertura de loja similar do mesmo lojista-locatário em área próxima a do estabelecimento central, inexistindo motivos aptos a, por si sós, afastar a prevalência da vontade privada.

Foi a conclusão manifestada nos julgamentos das Apelações Cíveis 465.935-00/0 (5ª Câmara, julgada em 24.09.96, Rel. Laerte Sampaio) e 477.739-00-3 (10ª Câmara Cível, julgada em 13.05.97, Rel. Juiz Adail Moreira), ambas pelo II Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, nas quais o órgão *ad quem* reconheceu a validade da cláusula de raio. Consta da ementa do primeiro julgado que se o locatário se compromete perante o locador a não abrir outro estabelecimento dentro de distância pré-determinada, esta cláusula é perfeitamente válida, porque decorre da liberdade de contratar, razão pela qual não elimina a concorrência nem possibilita aumento arbitrário de lucros⁹⁸.

Recentemente, a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível 546.327-4, Rel. Des. Donegá Morandini (julgada em 10.03.2009), a despeito de entender que aos autores, que não eram locatários, falecia interesse para discutir acerca da validade de cláusula de contrato do qual não tomaram parte, afirmou que a exigibilidade do cumprimento da cláusula de raio pelo empreendedor encerra, de início, simples exercício regular de um direito, sendo lícita sua conduta, e que prévia decisão do CADE, que reconheceu a abusividade da cláusula, não vincula a decisão judicial.

Adotando posição oposta, a Quarta Câmara Cível do col. Tribunal de Justiça da Bahia, no julgamento da Apelação Cível 34216-7/2008 (julgada em 17.09.2008), cuja relatoria ficou a cargo do Des. Antônio Pessoa Cardoso, decidiu pela ilegalidade da cláusula de raio sob a justificativa de que sua imposição contratual unilateral afronta o direito ao livre exercício do comércio lícito, considerando a inexistência de livre manifestação de vontade na formação do pacto por adesão. Nesse julgado, pontuou-se que a fixação de raio pré-determinado que objetive a limitação da concorrência se trata de tentativa de monopólio, por área, da atividade econômica do condômino, o que, em diversas hipóteses já foi proclamada pelo CADE como infração à ordem econômica por afronta aos artigos 170, IV e parágrafo único e 173, §4º, ambos da CRFB/88. Fez-se, por fim, analogia ao verbete 646 da Súmula da jurisprudência do STF para corroborar tal entendimento, já que se

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. Vol. 3. 2006, Pag. 65.

a alegação de interesse público não foi capaz de permitir a regulamentação legislativa, com muito mais razão não se pode dar tamanha atribuição à cláusula de raio.

Da mesma forma, no julgamento, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do Agravo de Instrumento 2008.01.00.024062-2/DF (julgado em 26.09.2008), o Rel. convocado, juiz federal David Wilson de Abreu Pardo, pontuou que, naquele caso concreto, a cláusula de raio imposta nos contratos de locação era prejudicial à livre iniciativa, à livre concorrência e ao consumidor. Isso porque a cláusula foi imposta de forma ilimitada no tempo e no espaço, sem que as partes pudessem denunciar ao contrato, e sem que houvesse qualquer limitação quanto ao objeto da restrição.

Em casos limitados, a cláusula de raio pode ser considerada lícita quando adstrita razoavelmente para prevenir comportamentos oportunistas e garantir o retorno do investimento sem impor limites não razoáveis à concorrência.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, enquanto autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça entende que a **cláusula de raio por si só não é ilícita**, desde que "*adstrita a razoavelmente prevenir comportamentos oportunistas e garantir o retorno do investimento sem impor limites não razoáveis à concorrência no mercado relevante*" (CADE, Processo administrativo nº 08012.002841/2001-13⁹⁹).

Entretanto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça, em duas ocasiões, em 2005 e 2007, decidiu pela exclusão das referidas disposições contratuais, além de penalizar o Shopping com multa de 1% sobre o faturamento bruto; o fundamento reside na Constituição e na Lei 8.884/94 que considera infração à ordem econômica o exercício da atividade de forma abusiva e dominante.

⁹⁹ apud <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=81>

O CADE entendeu que a "cláusula de raio" "configurava irrazoável restrição à livre iniciativa e à livre concorrência e prejudicava não apenas os lojistas e shoppings centers concorrentes, mas principalmente os interesses dos consumidores, que eram privados de escolher o local mais conveniente para realização das compras". Concluiu por assegurar que a manutenção da cláusula causaria prejuízos à expansão das lojas e a geração de empregos¹⁰⁰.

O Judiciário, convocado para se pronunciar sobre a legalidade da cláusula de raio, manifestou-se em algumas ocasiões. Em São Paulo, o juízo da 35ª Vara Cível entendeu que a cláusula de raio fere a Constituição e a Lei de Defesa da Concorrência. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou que o Shopping retirasse do contrato a cláusula de raio, mantendo a exigência do CADE. No mesmo diapasão, recentemente, o Tribunal de Justiça da Bahia considerou abusiva a imposição da cláusula de raio. Trata-se de artifício contratual imposto ao aderente, com claro objetivo de dominar área geográfica de relevante expressão comercial, dificultando a abertura de novas lojas e a livre concorrência, ofendendo o direito constitucionalmente tutelado do exercício pleno da atividade econômica, art. 170, inciso IV, c/c o art. 173, § 4º da Constituição, além de violar o disposto na Lei n. 8.884/94.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula n. 646, já se posicionou, quando não admitiu a vigência de lei municipal, porque ofensiva ao princípio da livre concorrência. Ora, se a alegação de interesse público não foi capaz de autorizar a regulamentação legislativa com maior razão não se pode admitir tal capacidade a uma cláusula, constante de um contrato de adesão, celebrado sem a interferência do Poder Público.

A realidade atual é cruel para os comerciantes, sejam as pequenas, médias ou grandes empresas; submetem-se às imposições dos shoppings centers, instituições que bem traduzem a voracidade e concentração de poder, instalam suas lojas, mediante cláusulas abusivas; trabalham sem condições de honrar até mesmo o valor dos alugueres; ficam endividadas e dependentes. Daí o grande rodízio de lojas nos shoppings.

¹⁰⁰ Apud <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=81>

A lógica conclusão é de que as "atipicidades", constantes do contrato de adesão, prestam-se para propiciar o exercício da dominação de área relevante para o mercado de bens e serviços; os empresários não encontram alternativa que não seja a de aceitarem as cláusulas leoninas, porque a opção é somente aderir ou não abrir o entreposto comercial.

A "cláusula de raio", mesmo que tenha sido em livre expressão da vontade das partes, sempre estará sujeita ao controle da estrita legalidade pelo Poder Judiciário, visto que o decurso do tempo e o natural desenvolvimento da área comercial bem poderão, ao final, resultar em desequilíbrio contratual.

Não deve e não pode prevalecer a imposição desta cláusula, sob pena de o Judiciário cancelar limitações à livre concorrência, permitindo a dominação do mercado por grupos poderosos, violando flagrantemente a ordem econômica.

Assim sendo, a cláusula de raio configura como elemento bloqueador do desenvolvimento da economia, pois possibilita a minoria, pleno desenvolvimento, em detrimento da maioria, prejudicando a expansão de lojas e geração de empregos, ofendendo o direito constitucionalmente tutelado do exercício pleno da atividade econômica.

Assim, muitas, são as divergências acerca do assunto. De um lado, há julgados dos tribunais que têm reconhecido a validade da cláusula de raio e exclusividade. Em contrapartida, há decisões do CADE e algumas decisões judiciais pela sua ilicitude em circunstâncias específicas.

Entretanto, na compatibilização das várias correntes de pensamento que se formaram acerca do tema, não há como conceber a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da cláusula de raio *per se*. É apenas a análise do conjunto de condições do caso concreto que será capaz de levar a uma posição mais ou menos favorável à cláusula de exclusividade territorial. É a análise

casuística, à luz da razão, que permitirá ao operador do direito apreciar sua compatibilidade com a legislação de defesa da concorrência, sem que se possa, com as devidas vênias daqueles que assim pensam, estabelecer um critério absoluto de validade ou de invalidade.

Assim, a licitude da cláusula de raio depende de critérios precisos de objeto, tempo e espaço. A proibição de não-concorrência deve observar, obrigatoriamente, o tipo de atividade empresarial sobre a qual incide, determinante para a fixação de sua abrangência, e, conjunta ou alternativamente, as limitações de tempo e espaço, com o estabelecimento de uma distância mínima entre os concorrentes.

Portanto, a finalidade que se pretende e os impactos peculiares causados no mercado relevante são fundamentais para a investigação acerca da validade da cláusula de raio. A lei não deve coibir práticas empresariais saudáveis, até mesmo porque a concorrência é benéfica a todos - empreendedor, lojista e consumidor.

Da mesma forma, o conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no voto condutor que proferiu no processo administrativo 08012.002841/2001-13, que tramitou perante o CADE, aderiu ao entendimento manifestado por Fábio Comparato elencando como condições à validade das cláusulas de não-concorrência, a acessoriedade, a necessidade de existência de um interesse legítimo (que a cláusula seja imprescindível ao negócio, como no caso de proteção direta ou indireta da clientela e do fundo de comércio), e as limitações temporal e espacial e de objeto à liberdade contratual¹⁰¹.

Em síntese, as cláusulas de raio não são ilícitas *per se*; opostamente, serão válidas respeitando as fronteiras de tempo e espaço e que tenham justificativa econômica, não restringindo de modo não razoável a concorrência no mercado relevante.

¹⁰¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13. Conselheiro-Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Julgado em: 15 dez. 2004.

À luz da razoabilidade, ressalte-se que a validade dos critérios dependerá, sempre, da análise do caso concreto, que deve averiguar o raio fixado, o tempo de duração da cláusula e o modo de sua implementação, além dos efeitos gerados por ela no mercado relevante, levando em conta a posição dos litigantes nesse mercado.

O Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial 123.847/SP (17.06.1997), no voto condutor do acórdão o Min. Rel. Vicente Leal ressaltou a importância da análise razoável do caso concreto em se tratando de apontar a validade da cláusula de raio, aduzindo que se o locatário se comprometeu a não abrir loja na área próxima ao *shopping center*, ao fazê-lo passa a fazer concorrência aos demais. Porém, se a distância relativa à proibição não fosse razoável, como entendeu que seria no caso concreto, a cláusula seria leonina e ilegal, por meramente potestativa.

A Associação Brasileira de Shopping Center - ABRASCE, em seu *site*, apresenta apreciação acerca da análise concorrencial da cláusula de raio. Defende que a ilegalidade da cláusula apenas deve ser proclamada se sua execução importar em prejuízo ao consumidor, até mesmo porque a ausência da estipulação nos contratos de *shopping center*, pode, no caso concreto, desestimular a criação de novos empreendimentos ou a expansão dos já existentes, em prejuízo ao bem estar social.

Neste sentido, não é o fato de um agente econômico exercer sua posição dominante no mercado relevante que, por si só, o torna um infrator às regras de defesa da concorrência, mas o fato de ele utilizar essa posição para interferir no processo concorrencial, seja para limitá-lo, seja para restringi-lo, ainda mais se pratica outros mecanismos válidos de proteção ao seu faturamento, como aluguel mínimo, condomínio e verbas do fundo de promoção.

Ao CADE, enquanto autarquia federal responsável pela fiscalização e regulação da concorrência, cabe, por lei, a atribuição de proferir a

decisão administrativa final nos processos submetidos à sua apreciação após a devida instrução pela SDE.

Há muito a validade da cláusula de raio vem sendo enfrentada pelo CADE, justamente sob a alegação de que sua imposição e execução restringem ou impedem, sobremaneira, o estabelecimento do ambiente concorrencial legítimo e justo almejado pela Constituição Federal. E a jurisprudência do CADE vem se firmando pela apreciação da validade da cláusula de raio à luz do caso concreto, com a adoção dos critérios que se mostrem razoáveis naquele mercado relevante e para aquelas partes especificamente.

3.3.1. Caso - Shopping Center Iguatemi

Decisão proferida pelo CADE no caso do *Shopping Center Iguatemi*, em 04 de setembro de 2007, o CADE manifestou-se a respeito da validade da imposição da cláusula de proibição de abertura de loja próxima a partir de um raio determinado aos locatários de *shopping centers*, por ocasião da análise do processo administrativo 08012.006636/1997-43, cuja relatoria ficou a cargo do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos.

Em síntese, a Associação dos Lojistas do Estado de São Paulo e o *Shopping Center Eldorado* opuseram-se contra a imposição da cláusula de raio pelo *Shopping Center Iguatemi* ao argumento de que se tratava de estipulação ilegal, verdadeira prática anticoncorrencial, já que por prazo indeterminado, importando em barreira à entrada de caráter estrutural, mediante o fechamento ou a elevação dos custos dos empreendimentos concorrentes em potencial ao acesso de lojas nos mais variados setores do mercado varejista.

Em defesa da cláusula de raio, o *Shopping Center Iguatemi* alegou sua imposição como mecanismo de proteção contra a conduta oportunista dos lojistas-locatários, que se aproveitariam dos investimentos realizados pelo empreendedor, além de servir de proteção à manutenção da própria clientela dos lojistas.

Após detida análise do caso concreto, o CADE proferiu decisão final, considerando o *Shopping Center Iguatemi* como incurso nos artigos 20, I, c/c 21, IV e V, da Lei 8.884/94, por conduta tendente ao fechamento do mercado relevante de *shopping centers* de alto padrão, levando em conta que a cláusula de raio, no caso, era utilizada em conjunto com a cláusula de exclusividade, já condenada em decisão administrativa anterior, e que, juntas, impediam a competição dentro e fora do raio. O CADE determinou que o *Shopping Center Iguatemi* se abstivesse de incluir as cláusulas reputadas inválidas nos contratos que viesse a celebrar com os lojistas, além de condená-lo a excluir dos pactos em vigor as indigitadas cláusulas.

Reconheceu-se, no caso, a abrangência da cláusula de raio, porque a restrição de abertura de loja próxima imposta pelos contratos de locação se estendia aos sócios, cotistas e acionistas do locatário, impedindo a abertura de lojas, também por eles, na área de influência pré-determinada pelo empreendimento-locador.

Além disso, entendeu o CADE, que a cláusula de raio funcionava como barreira estratégica ao mercado de segmento de alto padrão, já que limitava a formação do *tenant mix* verticalmente diversificado e que, a depender do raio imposto, todo o mercado relevante geográfico poderia ser atingido, o que afetaria o direito de expandir-se dos lojistas, tanto para os *shoppings*, como para o comércio de rua.

Nesse caso concreto, não se proclamou a ilegalidade da cláusula de raio *per se*. Ao revés, foram consideradas circunstâncias fáticas bastante específicas, reconhecendo-se a invalidade de tal estipulação, sobretudo, porque o *Shopping Center Iguatemi* não logrou demonstrar que os efeitos negativos provocados pela cláusula de raio no ambiente concorrencial fossem compensados por efeitos positivos não restritos à sua esfera privada.

Em síntese, a cláusula de raio "é uma cláusula de exclusividade territorial que impede que um determinado lojista se instaure em outro local dentro de um determinado raio fixado no contrato. Ela pode assim configurar como uma restrição territorial não razoável à concorrência, na medida em que restringe o comércio de rua nas proximidades dos shopping centers e pode dificultar a constituição e o funcionamento de outros shopping concorrentes localizados dentro da área do raio que não podem contar com aquele estabelecimento comercial em seu mix de lojas. Em casos limitados, a cláusula de raio pode ser considerada lícita quando adstrita razoavelmente para prevenir comportamentos oportunistas e garantir o retorno do investimento sem impor limites não razoáveis à concorrência".

3.4. Relativização do “*Pacta Sunt Servanda*”

O termo latim *pacta sunt servanda* significa que os contratos existem para serem cumpridos.

Tal princípio na sua concepção clássica consagra o entendimento de que, uma vez obedecidos os requisitos legais para a existência do contrato, a avença se torna obrigatória entre as partes, que não se podem desligar da relação jurídica senão por outro pacto com esse objetivo. Observa-se assim, a obrigatoriedade dos contratos por determinação legal. Desta forma, o conteúdo do acordo de vontades é irrevogável¹⁰².

O princípio da força obrigatória, manifestado especialmente na imodificabilidade ou intangibilidade dos termos do contrato, tornou-se um instrumento de opressão econômica, que no decorrer do século XX acentuou as desigualdades sociais, facilitando a opressão do fraco pelo forte. Assim, em época como a atual, em que os contratos paritários cedem lugar aos contratos de adesão, a *pacta sunt servanda* é temperada por mecanismos jurídicos de regulação do equilíbrio contratual, a exemplo da teoria da imprevisão.

¹⁰² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Sob a égide do Código Civil, o princípio da força obrigatória, pode ser relativizado se o conteúdo do pacto divergir com os demais princípios gerais do direito contratual.

Nessa égide, há que se respeitar a lei e, sobretudo, outros princípios com os quais o da força obrigatória coexiste como o da Boa-fé, o da Legalidade, o da Igualdade, entre tantos outros; afinal, os princípios gerais do Direito integram um sistema harmônico. Assim, se pode dizer que *pacta sunt servanda* é o princípio segundo o contrato obriga as partes nos limites da lei.

Nota-se assim, que embora sob a nova ótica da justiça e da igualdade, o *pacta sunt servanda*, encontra-se presente na relação contratual, dando garantias as partes do cumprimento do negócio acordado.

Atualmente, os contratos celebrados entre o Shopping Center e os lojistas, em geral, estipulam claramente a cláusula de raio, ou seja, quem abriu loja nele não poderá ter outra loja similar em *Shopping* próximo.

A matéria, como citada anteriormente, é controversa e o Judiciário pouco tem sido acionado para solucionar impasse desta natureza. Há, entretanto, clara tendência de alguns doutrinadores e aplicadores do direito da linha legalista, pela prevalência do princípio secular do *pacta sunt servanda*, ou seja, vale o que está escrito no contrato.

Tal interpretação absolutista, não pode prevalecer, nos tempos modernos, porquanto esses pactos ressentem-se de real expressão da vontade das partes, diante do relativismo da bilateralidade da avença e do princípio do *pacta sunt servanda*; prejudica a livre concorrência e o poder de opção do consumidor. Examinemos a legalidade da exigência, perante o arcabouço legislativo vigente.

A “cláusula de raio”, mesmo que tenha sido em livre expressão da vontade das partes, sempre estará sujeita ao controle da estrita legalidade pelo

Poder Judiciário, visto que o decurso do tempo e o natural desenvolvimento da área comercial bem poderão, ao final, resultar em desequilíbrio contratual.

Não deve e não pode prevalecer a imposição desta cláusula, sem restrições, sob pena de o Judiciário chancelar limitações à livre concorrência, permitindo a dominação do mercado por grupos poderosos, violando flagrantemente a ordem econômica.

Outrossim, a jurisprudência pátria admite a discussão de cláusulas contratuais em ação renovatória de contrato de locação comercial, in verbis:

"LOCAÇÃO COMERCIAL – SHOPPING CENTER – RENOVATÓRIA – CLÁUSULA CONTRATUAL – NAS RELAÇÕES ENTRE LOJISTAS E EMPREENDEDORES DE SHOPPING CENTER, A princípio, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei, nos termos do artigo 54 da Lei do Inquilinato, que consagra o princípio *pacta sunt servanda* nesse tipo de locação. Permite-se, porém, a modificação ou desconsideração das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, pois o direito não da guarida a situações abusivas, injustas ou que firam a isonomia, causando enriquecimento indevido de uma parte em detrimento de outra ..." (Apelação nº 0259657-4, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 1ª Câmara Cível, Relatora Juíza Vanessa Verdolim Andrade, v.u.). "...A Lei 8245/91 estabeleceu que a ação renovatória não se limita à discussão quanto ao valor do aluguel, admitindo-se rever todas as demais cláusulas de conteúdo econômico, como, por exemplo, o índice de correção do aluguel..." (TJ/RJ, Agravo de Instrumento nº 23842-04 – 10ª Câmara Cível – v.u.).

Por fim, conclui-se que em geral, a relação pode se tornar desequilibrada – de um lado os poderosos empreendedores e de outro os lojistas que encaram os *Shopping Centers* como essenciais para escoar os seus produtos e ganhar terreno. Neste sentido, o *pacta sunt servanda* deve ser invocado com ressalvas, até porque sempre deve prevalecer o interesse público.

CONCLUSÃO

Shopping Center é um centro comercial planejado sob administração única, composto de lojas, dedicado a exploração comercial e prestação de serviços, sujeitas a normas contratuais padronizadas.

Assim, os empreendimentos de *Shopping Center* tratam-se da reunião de vários tipos de comércio e prestações de serviços em estrutura física e administração únicas, com a finalidade de proporcionar conforto e comodidade ao consumidor (serviços de lazer, tais como, cinemas, parques, restaurantes ou *fast food*; segurança e estacionamento). Neste objetivo, empreendedor e lojistas trabalham em conjunto, pois querem demonstrar um nível de excelência em seus negócios para assim alcançarem o faturamento, e conseqüentemente, o lucro.

Com tantos comércios e serviços em um único espaço físico, a importância dos *Shopping Centers* não está limitada apenas às relações de consumo, visto que geram o desenvolvimento urbano, a valorização imobiliária e são grandes geradores de empregos, o que contribui com a economia no país. Por outro lado, é preciso garantir a proteção ao ambiente concorrencial, aos interesses do locatário e, em última análise, ao direito do consumidor.

Nos tempos atuais o empreendimento *Shopping Center* se torna cada vez mais atraente ao consumidor, em busca de conforto e facilidades. Esse tipo de estabelecimento vem crescendo rapidamente, entretanto, não há legislação específica para contratos de locação de shopping Center.

Tem-se, todavia, expressamente regulado na atual lei de Inquilinato (Lei 8245/91, artigos 52 § 2º e 54), a locação, como sendo, uma das facetas, desse contrato atípico misto, que envolve a cessão do uso de espaço em shopping centers.

Verifica-se, a existência de preceitos efetivamente locatícios, ao lado de outros que não guardam similitude com a locação, mas com o condomínio, em acepção ampla. Ademais é importante destacar as peculiaridades

deste contrato atípico. Entre elas estão: *res sperata*, *tenant mix*, *fundo de reserva*, *aluguel mínimo*, *percentual e em dobro*, *taxas condominiais*, *associação dos lojistas*, *administração*, lojas âncoras e satélites e cláusula de raio.

As cláusulas que constam na Escritura Declaratória de Normas Complementares ao Contrato de Locação, no Estatuto da Associação dos Lojistas e no Regimento Interno, são complementos ao contrato de locação, o que reforça ainda mais a atipicidade mista desta relação contratual.

A via utilizada é por adesão, prevalece o grau de autonomia contratual, que nem sempre é desejável, possibilitando aos empreendedores do centro comercial ditarem regras a mercê de seus interesses, aproveitando-se da hipossuficiência dos lojistas.

Neste sentido, o *Shopping Center* é um ente despersonalizado que carrega uma complexidade de direitos e deveres. Entretanto reclama a necessidade de legislação específica para maior segurança da relações jurídicas que dele resultarem.

De qualquer forma, há que se preservar nos contratos os princípios gerais e fundamentais que fazem parte de nosso ordenamento jurídico, quais sejam, a autonomia da vontade, as normas de ordem pública, o *pacta sunt servanda*, a boa-fé, os bons costumes e a função social do contrato.

O direito contratual sofreu mudanças principiológicas e normativas, visto que restringiu a absoluta liberdade contratual, em favor da socialidade, boa-fé e probidade, mitigando a rigidez do *pacta sunt servanda* anteriormente exaltada, de forma a admitir, e, inclusive, impor ao Estado sua intervenção para alcançar o equilíbrio nas relações privadas.

Esse novo paradigma deve incidir, indistintamente, sobre todo e qualquer modelo contratual submetido ao direito pátrio, sob pena de se excetuar, indevidamente, determinada relação jurídica.

Os contratos de *Shopping Centers*, também devem se subsumir a esse novo sistema, independente de sua natureza jurídica, posto que, seja qual for seu enquadramento, tratam-se, definitivamente, de contratos. A prevalência da liberdade contratual outorgada às relações entre lojistas e empreendedores de *Shopping Center* deve também estar condicionada aos limites objetivos e subjetivos impostos pelos princípios e cláusulas gerais, até porque, não haveria razão aparente que legitimasse tal liberdade nesta exclusiva modalidade, a despeito de suas características especiais.

Destarte, no que se refere ao aluguel devido nos contratos de *Shopping Centers*, seja sob a modalidade fixa ou percentual, a inobservância aos princípios e cláusulas gerais que resultem no seu desequilíbrio importará em ofensa legal, sujeita a intervenção judicial para atingir o espírito social da nova sistemática privada, de forma a preservar o equilíbrio contratual, coibindo-se o enriquecimento sem causa e o abuso de direito.

A locação está amparada pela Lei nº 8.245/91. No que se refere à locação nos *Shoppings Centers*, o referido diploma legal acima destinou dois artigos que citam este tipo de negócio jurídico: o artigo 52, e de forma um pouco mais ampla, o artigo 54.

Mencionados artigos servem de base para regular as relações entre empreendedor-locador e lojista-locatário. Embora esteja estabelecido que as condições devem ser tratadas livremente, estes artigos estão longe de resolver conflitos, haja vista, que é cada vez mais comum, haver debates mais calorosos ante a hipossuficiência do lojista diante da vontade do economicamente mais forte, o empreendedor.

A Lei n. 8.245/91, por sua vez, garante através de procedimentos aplicáveis às próprias relações entre lojistas e empreendedores de *Shopping Centers*, o direito a revisão do aluguel, sem distinção de modalidade (fixa ou percentual), a fim de se evitar o desequilíbrio financeiro.

As cláusulas atípicas descritas no decorrer deste estudo não demonstram ilegalidade, pelo contrário, essas limitações muitas vezes são necessárias para proteger lojistas e empreendedores, porém, como se busca o equilíbrio nesta relação jurídica, é necessário que haja um enquadramento maior destes contratos no nosso ordenamento jurídico.

A cláusula de raio é uma dessas estipulações restritivas, comumente presente nos contratos de locação de espaço comercial em *Shopping Centers*. Trata-se, em verdade, de uma obrigação de exclusividade que se trava entre cada lojista e o empreendedor do *Shopping Center*, especificamente, uma cláusula de exclusividade territorial, que traz uma restrição ao lojista de explorar outro estabelecimento do mesmo ramo, dentro de certa distância do *Shopping Center*.

O trabalho visa a demonstrar, por fim, que não há como declarar a invalidade da cláusula de raio *per se*, mas que a validade ou invalidade de tal estipulação depende, essencialmente, da finalidade que se busca com ela alcançar, bem como de seus impactos peculiares, em cada caso concreto.

A opção pela melhor corrente de pensamento acerca da validade da cláusula de raio deve, obrigatoriamente, passar pela apreciação de circunstâncias fáticas específicas, tais como o legítimo interesse na execução da cláusula, sua abrangência no caso concreto e a presença ou não de limitação temporal.

A apreciação dos efeitos da cláusula de raio no ambiente concorrencial, apurados em cada caso concreto, é essencial para caracterização da conduta como lícita perante o sistema de defesa da concorrência.

Não se considera a conduta em questão um ilícito *per se* frente às disposições antitrustes brasileiras, aplicando-se para sua análise a chamada regra da razão, que prescinde da apreciação das eficiências geradas pelo ato, em contraposição às restrições que dele decorrem.

Nesse contexto, o legislador brasileiro previu a possibilidade da autoridade antitruste autorizar a prática de atos restritivos da concorrência, desde que sejam atendidas as chamadas eficiências enunciadas nos parágrafos do art. 54 da Lei n. 8.884 de 1994. Assim sendo, a prática de exclusividade, para ser autorizada, deverá ter por objetivo, cumulada ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços ou o aumento da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Com efeito, a restrição em questão será considerada anticompetitiva quando implicar a criação de mecanismos de exclusão dos rivais do empreendedor do *Shopping Center*, seja por aumentar as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevar os custos dos competidores efetivos, ou ainda, quando elevar a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte dos ofertantes.

Neste sentido, pode-se permitir ao Poder Judiciário a tomada de decisões que conciliem todos os interesses antagônicos e propiciem um regime de competição justa, saudável e legal, compondo não só a questão da validade em si da cláusula, mas todas as demais questões advindas daí, notadamente, eventual responsabilidade civil por prática anticoncorrencial.

De todo exposto, muito embora várias decisões administrativas e judiciais tenham proclamado a invalidade da cláusula de raio, por entenderem que a estipulação viola a livre iniciativa e a livre concorrência, a melhor solução, aquela que atende às disposições constitucionais e às necessidades do mercado competitivo, é a que analisa a cláusula de raio pela regra da razão, com os olhos voltados para a realidade concorrencial, sob pena de se aprovar uma conduta que malfere a concorrência, e, em última análise, os lojistas e os consumidores.

Ao final da presente pesquisa, faz-se necessário discordar dos autores que afirmam que a cláusula de raio sempre serve como um mecanismo lícito de garantia da preservação do potencial do empreendimento, criticando-se aqui as situações em que ela é utilizada desarrazoadamente em prejuízo à concorrência.

O simples exercício do poder de mercado, em especial, a cláusula de raio, não configura ilicitude *per se* à luz da análise antitruste. Um agente econômico, ainda que detentor de posição dominante, só será considerado infrator da ordem econômica quando praticar atos que tenham como efeito, real ou potencial, a restrição ao processo concorrencial.

Significa, na verdade, que nenhuma prática de mercado pode ser considerada ilícita *per se*, mas somente diante da comprovação da alegada abusividade.

Por todo exposto, pode-se concluir que a cláusula de raio será considerada uma violação aos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e concorrência se restar caracterizado que ela pretende impedir a concorrência, dificultando o acesso de novas empresas ao mercado ou criando dificuldades ao funcionamento de concorrentes. Dizê-la competitiva significa dizer que seu custo social é inferior ao seu benefício social, no caso materializado na proteção ao investimento realizado pelo *Shopping Center*. Para que seja considerada válida e justa, a cláusula de raio deve conter a possibilidade, limites e fundamentos especificamente delineados.

Pelo exposto, o desequilíbrio de forças, refletido pelo poder econômico do locador em comparação ao locatário, é reforçado pelo desequilíbrio do contrato, justificado e legitimado, por vezes, pela manutenção da ordem e bem estar comum no empreendimento.

Verifica-se, portanto, a grande necessidade de se buscar certo equilíbrio, pautado pela boa-fé, no qual ambos, locador e locatário, buscarão a melhor negociação, sem, contudo, beneficiar-se em prejuízo do outro.

Interessa, enfim, a ambos, que o empreendimento encontre seu sucesso, tornando-se mais que um negócio imobiliário; um centro de convivência onde as relações sociais acolhem e o tornam perene.

No entanto, esses limites devem permitir conciliar a utilização de tal prerrogativa com o respeito à esfera jurídica alheia e ao cumprimento da função social, sendo incumbido o Estado de preservar o ambiente concorrencial para oferecer segurança jurídica aos agentes econômicos que nele atuem.

Por fim, neste trabalho, apresentamos a conclusão, adotando-se posicionamento quanto à liberdade contratual, natureza jurídica dos contratos de locação de *Shopping Centers*, a incidência das verbas locatícias e da cláusula de raio, analisando-se as peculiaridades do contrato de locação em *Shopping Center* e a margem quanto à regulamentação e o equilíbrio econômico entre as partes.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; SZTAJN, Rachel; FONSECA, Priscila Maria Pereira Correa da. Participação em banca de Rodrigo Arantes Barcellos Correa. Os contratos atípicos interempresariais e os contratos de shopping centers. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS – Abrasce. Disponível em <<http://www.abrasce.com.br>. Acesso em 15 out.2012.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**, Renovar, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Atipicidade mista do contrato de utilização em centros comerciais e seus aspectos fundamentais**. Jus Navegandi, set. 1989. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/peças/texto.asp?id=405>>Acesso em: 14 dezembro 2012.

BARCELLOS, Rodrigo, O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais, ed. Atlas, 2009 – São Paulo.

BARROS, Francisco Carlos Rocha de. **Comentários à Lei do Inquilinato**, 2. ed., ver. e atual, São Paulo: Saraiva, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. **A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, maio/junho/julho. 2008.

BASÍLIO, João Augusto. **Shopping Centers**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

BRASIL. Lei n.º 8.245 de 18 de outubro de 1991.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários a Lei de Locação de Imóveis Urbanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. As Cláusulas de Não-Concorrência nos “Shopping Centers”. Revista de Direito Mercantil, Indústria, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 97, p. 23-28, 1995.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 17 janeiro 2013.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.006636/97-43. Conselheiro-Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em: 04 set. 2007.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.002841/2001-13. Conselheiro-Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Julgado em: 15 dez. 2004.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo Salles. **Cláusula de raio em shopping center e a proteção a livre concorrência**. Julho, 1994. Disponível em <http://loboeibeas.com.br/artigos_17.htm>. Acesso em 04 fevereiro de 2013.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada. 8ª Ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. vol. 3, 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

DIREITONET – NOTÍCIA. **Projeto de Lei muda regras de contratos de locação comercial**, Agência Câmara, Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/noticias/x/40/24/4024/p.shtml>> Acesso em: 28 janeiro 2013.

FILHO, Mario Cerveira. **Shopping Centers** Direito dos Lojistas, 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FILHO, Nagib Slaib. **Comentários à Nova Lei do Inquilinato**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

KARPAT, Ladislau. **Locação e Aluguéis em Shopping Center**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1997.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, 2008, Editora Saraiva.

MENDES, Leonardo Jorge. **Aspectos Jurídicos destacados dos shopping centers**. Florianópolis. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros, *in*: "Shopping Centers", Aspectos Jurídicos. Ed. Saraiva. 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping Center - Uma Nova Era Empresarial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

PINTO, José Guy de Carvalho. **Locação & Ações Locativas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

REQUIÃO, Rubens. **Considerações Jurídicas sobre os Centros Comerciais** ("Shopping Centers") no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (Coordenador). "Shopping Center": aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Ação Renovatória de Locação Empresarial**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SEMMA – Desenvolvimento e Viabilização do Varejo. Disponível em <http://www.semma.com.br/semma_shopping.pdf> Acesso em: 06 jan. 2012.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **A Nova Lei do Inquilinato Comentada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

Supremo Tribunal Federal. Súmula 646. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 17 janeiro 2013.

VERRI, Maria Elisa Gualandi. **Shopping Center - Aspectos Jurídicos e Suas Origens**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1996.