

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

MARIA MALZONI MONTEIRO

CONTRATO DE SHOPPING CENTER

SÃO PAULO

2014

MARIA MALZONI MONTEIRO

CONTRATO DE SHOPPING CENTER

Trabalho de Pós-Graduação apresentado à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP da Pontifícia Universidade Católica como requisito à obtenção do grau de especialista em Direito Contratual.

Orientadora: Profa. Ms. Vivien Lys Porto Ferreira

SÃO PAULO
2014

MARIA MALZONI MONTEIRO

CONTRATO DE SHOPPING CENTER

Trabalho de Pós-Graduação apresentado à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP da Pontifícia Universidade Católica como requisito à obtenção do grau de especialista em Direito Contratual.

Orientadora: Profa. Ms. Vivien Lys Porto Ferreira

Aprovada em ____ de _____ de 2014

Profa. Ms. Vivien Lys Porto Ferreira

Dedicatória

Aos meus pais queridos, que muito me incentivaram.

RESUMO

Palavras-Chave:

O presente trabalho tem por objetivo apresentar um estudo completo sobre os contratos de shopping center, sempre sobre a ótica jurídica.

Assim, primeiramente destacaremos o contexto e o surgimento desses estabelecimentos, apresentando conceitos e definições, uma visão histórica e as diversas modalidades, além de sua natureza jurídica.

Após esses conceitos introdutórios, desenvolveremos o estudo através da análise da legislação aplicável, verificando a questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e os projetos de lei em andamento, além da comparação da legislação com outros países.

A seguir, iremos trabalhar as características do contrato, destacando as partes envolvidas e os instrumentos relacionados, assim como as cláusulas polêmicas e os aspectos peculiares dos contratos de locação em shopping centers.

Por último, abordaremos o posicionamento do Judiciário, analisando ações judiciais cabíveis, a responsabilidade civil e as jurisprudências relevantes dessa matéria.

ABSTRACT

Keywords:

This paper aims to present a complete study of the contracts shopping center, always on the legal perspective.

So, first we will outline the context and emergence of these establishments, with concepts and definitions, a historical view and the different modalities, in addition to its legal nature.

After these introductory concepts, develop study by analyzing the applicable law, verifying the applicability of the Code of Consumer Rights and the bills in progress , as well as comparisons with other countries of the legislation .

Next, we will work the contract characteristics, highlighting the parties involved and the related instruments, as well as the controversial clauses and the peculiar aspects of leases in shopping centers.

Finally, we discuss the position of the judiciary, analyzing appropriate legal actions , civil liability and the relevant case law in this matter.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	9
2.	CONTRATO DE SHOPPING CENTER: NOÇÕES GERAIS: DEFINIÇÃO E FINALIDADE.....	11
2.1.	CONTEXTO HISTÓRICO E MODALIDADES	13
2.2.	NATUREZA JURÍDICA.....	14
2.3.	CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS.....	17
2.4.	INSTRUMENTOS FORMADORES DO CONTRATO.....	25
2.4.1.	Escritura Declaratória de Normas Gerais E Complementares.....	25
2.4.2.	Regimento Interno.....	26
2.4.3.	Estatuto da Associação de Lojistas.....	27
2.5.	CLÁUSULAS POLÊMICAS DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTERS	27
2.5.1.	res sperata.....	27
2.5.2.	Cobrança do Aluguel Dobrado no Mês de Dezembro.....	29
2.5.3.	Aluguel mínimo e percentual e possibilidade de fiscalização do caixa do lojista por parte do empreendedor.....	31
2.5.4.	A validade da cobrança do Fundo de Promoção.....	33
2.5.5.	Cláusula de Raio e Cláusula de Exclusividade.....	34
3.	LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.....	38
3.1	APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	40
3.2	PROJETO DE LEI Nº 7137/2002	42
3.3	LEGISLAÇÃO COMPARADA COM OUTROS PAÍSES.....	43
4.	AÇÕES JUDICIAIS CABÍVEIS	45
4.1.	Da Ação Renovatória.....	47
4.2.	Da Ação Revisional.....	50
5.	RESPONSABILIDADE CIVIL DO SHOPPING	53
5.1.	Em Relação ao Lojista.....	53
5.2.	Em relação ao Cliente.....	55
6.	JURISPRUDÊNCIA	57

6.1.	Garoto morto por leão de circo instalado no estacionamento do shopping.....	57
6.2.	Disparos de arma de fogo no cinema do Shopping Morumbi.....	58
7.	CONCLUSÃO.....	59
8.	BIBLIOGRAFIA.....	60

1. INTRODUÇÃO

Shopping Center vem do verbo na língua inglesa “to shop”, que significa comprar, sendo que shopping center poderia ser traduzido como um centro de compras, um centro comercial.

Ao longo do trabalho utilizaremos a expressão shopping center, primeiro porque essa palavra já está prevista em nossos dicionários, e segundo porque a própria Lei 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos, prevê, em seu artigo 54, essa expressão, conforme destacado abaixo:

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

Esclarecido esse ponto, destacamos que o presente trabalho tem por objetivo apresentar um panorama completo sobre os contratos de shopping center, sempre sobre a ótica jurídica.

Desta forma, primeiramente destacaremos o contexto e o surgimento desses estabelecimentos, apresentando conceitos e definições, uma visão histórica e as diversas modalidades, além de sua natureza jurídica.

Após esses conceitos introdutórios, desenvolveremos o estudo através da análise da legislação aplicável, verificando a questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e os projetos de lei em andamento, além da comparação da legislação com outros países.

A seguir, iremos trabalhar as características do contrato, destacando as partes envolvidas e os instrumentos relacionados, assim como as cláusulas polêmicas e os aspectos peculiares dos contratos de locação em shopping centers.

Por último, abordaremos o posicionamento do Judiciário, analisando ações judiciais cabíveis, a responsabilidade civil e as jurisprudências relevantes dessa matéria.

2. CONTRATO DE SHOPPING CENTER: NOÇÕES GERAIS: DEFINIÇÃO E FINALIDADE

O Dicionário Michaelis define shopping center como “reunião, em um único conjunto arquitetônico, de lojas comerciais, casas de espetáculo, serviços de utilidade pública etc.”

Por sua vez, a ABRASCE, Associação Brasileira de *Shopping Centers* define esses estabelecimentos como:

“um centro comercial planejado sob administração única e centralizada e que:

- 1) seja composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio e prestação de serviços, e que permanecem em maior parte, objeto de locação;
- 2) estejam os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas, visando a manutenção do equilíbrio de oferta da funcionalidade para, como objetivo básico, a convivência integrada;
- 3) varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento permanente e tecnicamente bastante.”

Segundo o International Council of Shopping Center (ICSC) o shopping center seria um grupo de estabelecimentos empresariais unificados arquitetonicamente e construído em terreno planejado e desenvolvido, que deverá ser administrado como uma unidade operacional, sendo o tamanho e tipo de lojas existentes relacionados diretamente com a área de influência empresarial a que essa unidade serve. Deverá também oferecer estacionamento compatível com todas as lojas existentes no projeto.

Do ponto de vista jurídico, destacamos os ensinamentos de João Carlos Pestana de Aguiar:

o shopping center, anglicanismo de origem norte americana, consiste num empreendimento de construção dispendiosa, destinada a um conjunto comercial composto de várias lojas de maior (âncoras)

e de menor dimensão (satélites), todas voltadas para galerias internas confortáveis, sendo as lojas logicamente localizadas quanto aos negócios nela explorados (tenant mix), fornecendo ao consumidor facilidade de acesso (estacionamento), requintes na apresentação do conjunto, qualidade dos produtos, segurança, conforto e lazer, atrativos que sustentam o sucesso do empreendimento.¹

Para complementar este conceito, Maria Helena Diniz, estabelece que *shopping center* é:

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.²

Devemos distinguir os *shopping centers* dos centros comerciais que existiam antigamente, vez que se trata de um novo conceito de comércio, com maior dinamismo, em que os proprietários poderão ser considerados verdadeiros empresários, pois são titulares de uma sociedade empresária de shopping center, ao contrário daqueles que no passado apenas alugavam certo espaço com a finalidade de explorar atividade econômica no local, e que não podiam ser considerados empresários.³ Apesar de anteriormente existir a tendência ao agrupamento, essas lojas não possuíam um planejamento estruturado, que visasse uma atuação integrada com as outras lojas.

Podemos afirmar ainda que a finalidade principal do contrato de shopping center não é a cessão das unidades para locação, mas a de aproveitar a organização do empreendimento, participando dos lucros obtidos por cada loja. Segundo Maria Helena Diniz: “*concede-se o uso ao lojista para que este pratique atos de comércio,*

¹ AGUIAR, João Pestana de. *Nova lei de locações comentadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1992, p. 96.

² DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39.

³ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112-113.

distribuindo o lucro obtido com seu sucesso comercial, pagando percentual correspondente ao faturamento bruto.”⁴

2.1. Contexto Histórico e Modalidades

Os shopping centers surgiram nos EUA na década de 50, em um momento em que o poder aquisitivo da população estava em alta. Eles buscavam suprir a demanda desses clientes que desejavam um lugar em que pudessem encontrar diversos itens de consumo, de forma fácil, segura e confortável.

Essa idéia mostrou-se além de uma conveniente necessidade, uma excelente oportunidade de negócio, vez que diversos grupos empresariais vislumbraram a oportunidade de se aglomerarem vários ramos de negócios, tais como os de compra e venda, prestação de serviços, lazer e alimentação, fazendo com que as pessoas circulassem bastante tempo dentro desse local, gerando um excepcional foco atrativo de riquezas.

No Brasil os *shopping centers* se desenvolveram nas principais cidades, a partir da década de 60.

Diversos fatores contribuíram para a criação e desenvolvimento desses estabelecimentos no país, tais como a descentralização para a periferia, em consequência do aumento e concentração da população nas áreas urbanas; a facilidade de estacionamento de automóveis; e a idéia de segurança que oferece, tanto para os consumidores, quanto para os lojistas.

Os *shopping centers* desenvolveram-se em três diferentes categorias:

(i) Shopping Center de Vizinhança

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 3.5ª ed.* rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

Modelo mais comum nos EUA, que visa principalmente à venda de bens e serviços pessoais, para as necessidades corriqueiras. Esse modelo normalmente possui uma loja âncora que atrai os consumidores.

(ii) Shopping Center de Comunidade

Maior em área disponível, trata-se de um tipo intermediário que geralmente possui uma loja de departamento e um supermercado como lojas âncoras, vendendo uma maior diversidade de produtos, inclusive com áreas de lazer e de alimentação.

(iii) Shopping Center Regional

Modelo mais difundido no Brasil, com maior área de locação disponível, composto, normalmente, por duas grandes lojas âncoras, bem como lojas de departamento completas, com mercadorias diversas, disponibilizando uma grande variedade de comércio ao comprador. Encontramos além da venda de bens e serviços pessoais, áreas de lazer e restaurantes, e ainda área para estacionamento de automóveis

2.2. Natureza Jurídica

O contrato de shopping center carece de previsão legal específica, razão pela qual alguns aspectos de sua natureza são controversos.

Primeiramente destacamos aqueles que o assemelha à figura do condomínio, como, por exemplo, Marcus Cláudio Acquaviva, para quem “*o shopping center ou centro comercial constitui um condomínio imobiliário que tem por objetivo o exercício do comércio pelo condôminos.*”⁵

Apesar de haver semelhanças entre o condomínio e o shopping center, entendemos que esses dois institutos não se confundem, pois o shopping é um empreendimento comercial, que tem por finalidade o lucro do empreendedor, sendo os lojistas meros locatários.

⁵ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Comentários à nova lei do inquilinato. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 89.

No condomínio, o proprietário ou locatário de cada unidade autônoma goza de independência, desde que obedeça à sua destinação e à Convenção. Por sua vez, no shopping existe fiscalização constante da administradora nos lucros, no ramo comercial e até na decoração, sendo que aqui não há que se falar em unidades autônomas, pois no shopping as lojas pertencerão a um só proprietário.

Nesse mesmo sentido Maria Helena Diniz estabelece que

“se a edificação do shopping center fosse decorrente de condomínio, rege-se-ia pelo Código Civil, arts. 1.331 a 1.358, mas isso não é usual, pois as lojas pertencem a um só proprietário; logo não há unidades autônomas, nem se conjugam partes privativas e partes comuns.”⁶

Outro entendimento que merece ser destacado é daqueles que entendem o shopping center como uma sociedade em conta de participação. Entendemos novamente que esse posicionamento está equivocado, vez que faltaria ao shopping center a *affectio societatis*, pois o pagamento de aluguel e de porcentagem do lucro bruto, não confere ao lojista a condição de sócio do empreendimento.

Mais uma vez nos valem dos ensinamentos de Maria Helena Diniz ao afirmar que:

“o lojista não será sócio do shopping center pelo simples fato de pagar renda correlata ao uso da loja sob a forma de porcentagem sobre o lucro bruto, da mesma maneira convém lembrar que o empregado não se tornará sócio se seu salário se completar com a participação nos lucros da empresa.”⁷

Não há que comparar também os shopping centers às joint-ventures, que são associações de empresas com o objetivo principalmente de incentivar a formação de companhias tripartidas, isto porque esse modelo apresenta relações pessoais entre

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48.

os sócios, mas perante terceiros terá personalidade jurídica, o que não acontece com os shopping centers, que são desprovidos de personalidade jurídica.

Desta forma, apenas nos resta analisar se os contratos de shopping centers se constituem como um típico contrato de locação, nos moldes da Lei 8.245/91, ou se seria um contrato de natureza diversa.

Destacamos inicialmente que o contrato de shopping center possui certa autonomia do contrato de locação em razão de certas peculiaridades, como a forma de remuneração do uso da loja e o reajustamento trimestral do aluguel mínimo, a fixação da contabilidade da loja pelo concedente do seu uso para verificar a exatidão do aluguel percentual e a sua incidência para a cobrança da diferença no caso do seu valor ser superior ao aluguel mínimo; a fixação uniforme e antecipada do critério a ser observado para determinar a majoração do aluguel mínimo no tempo da renovação contratual; incompatibilidade entre o critério de arbitramento do aluguel na verdadeira locação comercial, aplicado na renovatória e o denominado aluguel percentual; cunho mercantil do aluguel como suporte da lucratividade do empreendimento; desvinculação entre a atividade comercial e o uso efetivo da loja para efeito de remuneração deste, exigível antes de ser iniciada aquela; existência de proibições e práticas ligadas ao uso da loja, decorrentes do fato de se integrarem ao sistema; permissão da cessão do contrato; intromissão de terceiro no exercício do direito de usar a loja, pois a obrigação de filiar-se à associação gerará o efeito de que sua exclusão rescindir o contrato; cooperação do empreendedor nas promoções para ativar as vendas e nas campanhas publicitárias; convergência de interesses no contrato; imutabilidade orgânica do gênero de atividade do lojista.

Conforme nos ensina Maria Helena Diniz “o contrato efetivado entre o proprietário do shopping center e o lojista não se enquadra, portanto, em nenhuma das modalidades contratuais conhecidas, devido às suas peculiaridades:

- aluguel percentual;
- contrato estabelecido entre o lojista e a administradora, contendo as normas gerais complementares que integram o contrato principal e tendo como interveniente anuente o empreendedor;

- associação de lojistas e o fundo de promoções;
- regimento interno;
- cessão do uso da loja para que se pratique o comércio;
- normas gerais complementares;
- administração do shopping;
- renovatória do contrato;
- retomada da loja pelo proprietário, continuando no mesmo ramo de negócio explorado pelo lojista;
- o chamado 13º aluguel, ou melhor o dobro da remuneração no mês de dezembro;
- o tenant mix ou distribuição planejada das lojas;
- as lojas-âncoras e as lojas satélites;
- fiscalização severa da administradora sobre as lojas na sua renda bruta, na decoração, na qualidade das mercadorias, etc.”⁸

Nesse sentido, verificamos que o contrato de shopping center é atípico, pois possui elementos de vários contratos, sem pertencer a qualquer dos tipos, embora apresente características de várias figuras contratuais.

Diante disso, verificamos que se trata de um “contrato atípico misto e não de contrato coligado, pois se houvesse coligação, a sua disciplina jurídica não seria unitária.”⁹ Constitui, portanto, uma nova figura contratual, que será regido pelas normas estabelecidas pelo empreendedor, com adesão dos lojistas, sendo que apenas por falta de regulamentação própria é que será aplicada a lei 8.245/91.

2.3. Características Específicas

Ricardo César Pereira Lira ressalta a existência dos diversos contratos coligados ao contrato de *shopping center*, afirmando que:

⁸ DINZI, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 3.5ª ed.* rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50,51

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 3.5ª ed.* rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 51.

Estão presentes, em princípio, os seguintes tipos de avença: Contrato contendo as normas disciplinadoras das participações no empreendimento, contrato de associação dos lojistas, contrato entre o dono do shopping e uma empresa incumbida de administrar o empreendimento, contrato entre o empreendedor e cada lojista tendo por objeto a ocupação remunerada do espaço-loja¹⁰

Destaca-se que na fase pré-contratual dos contratos de locação em *shopping center*, o lojista decide se vai aderir ao *shopping center* após a análise das informações recebidas pelo empreendimento.

Importante que se verifiquem nesta fase pré-contratual, todos os princípios reguladores do contrato de locação, tais como função social do contrato e equilíbrio contratual.

O contrato de *shopping center*, pode ser considerado como um contrato de adesão, pois o lojista, no momento de sua assinatura adere diversas condições preestabelecidas pelo empreendedor constituídas na escritura declaratória de normas complementares.

No entanto, é importante que se analisem as características específicas do contrato de *Shopping Center*, destacadas por Maria Helena Diniz, da seguinte forma¹¹:

- (i) O contrato é sujeito às normas regidas pelo empreendedor;

Tal característica se justifica, pois o empreendedor é o proprietário do *shopping*. As normas por ele impostas no contrato disciplinam não apenas o comportamento do lojista e seu próprio, como também quanto ao funcionamento das lojas, áreas de circulação aproveitamento dos serviços pela clientela, visitantes, fornecedores e empregados.¹²

¹⁰ LIRA, Ricardo César Pereira. Breves Considerações sobre o Negócio Jurídico "Shopping Center" in Revista Forense, volume 337, ano 1997, páginas 397-400.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos*, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43

¹² DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos*, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43

Por meio destas normas é que se prevê os deveres conforme as necessidades de organização do *shopping*, impondo ao lojista sanções normativo-contratuais que têm por finalidade preservar o bom nome do *shopping* e salvaguardar o padrão do comércio dos demais lojistas.

(ii) o contrato entre lojista e administradora e o entre lojista e associação são partes integrantes do contrato entre empreendedor e lojista;

É necessária a existência de um contrato entre uma Administradora especializada em serviços necessários ao bom funcionamento do *shopping*, sua organização e administração de centros comerciais.

Ademais, o lojista também firmará um contrato com esta Administradora, o que será feito com intervenção do proprietário, integrando este contrato àquele de locação realizado com o empreendedor.

O lojista é obrigado à afiliar-se à associação de lojistas do *shopping*, que será constituída por um órgão colegiado e sempre tomará as decisões necessárias visando os interesses destes lojistas.

(iii) a Administradora possui poderes específicos, pois se qualifica como mandatária do empreendedor;

Em razão da qualidade de mandatária da Administradora, ela fiscaliza as obras do *shopping*, podendo até mesmo fazer alterações no projeto inicial de edificação, na disposição das lojas, enfim, todos os aspectos necessários para seu correto funcionamento.

(iv) filiação obrigatória à associação de lojistas;

Tal cláusula é de tamanha obrigatoriedade que, caso o lojista não efetue a referida filiação, estará sujeito à rescisão do contrato, com suspensão de suas atividades,

até mesmo sem direito de receber quaisquer indenizações por parte do proprietário do *shopping*.

Maria Helena Diniz define associação de lojistas como:

[...] pessoa jurídica de direito privado, sem intuito lucrativo, que tem por finalidade: cultivar relações entre pessoas físicas e jurídicas locatárias de lojas de shopping, promovendo entre elas um intercâmbio de informações e experiências; estabelecer normas disciplinadoras das atividades comerciais de seus associados; realizar estudo ou pesquisa e serviço de utilidade para os associados; praticar atos que beneficiem os interesses dos associados; amparar os interesses dos associados perante os órgãos públicos ou entidades de direito privado; cooperar com órgãos de identidades afins para obtenção de maior unidade de ação no tratamento dos assuntos relativos à comercialização em shopping center; promover a divulgação das atividades do shopping, utilizando para tanto os recursos referentes ao Fundo de Promoção do Shopping Center.¹³

Frise-se que os lojistas possuem deveres de associar-se obrigatoriamente, pagar mensalmente uma espécie de taxa de associação e contribuições para o Fundo de Promoção do shopping.

(v) distribuição das lojas (tenant mix) de acordo com planejamento já traçado desde a construção do shopping, indicando a localização das lojas, de conformidade com o ramo do negócio, o tamanho e a importância do estabelecimento;

O diferencial do shopping, aquilo que o põe efetivamente como revolução da tecnologia de vendas no varejo, é justamente o planejamento estratégico anterior e posterior à construção.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos*, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44

São feitos estudos para determinar a viabilidade técnico-econômica, donde se destacam a pesquisa do mercado consumidor potencial e da localização ideal para o empreendimento. Também, ainda na fase da construção, é feito o tenant mix 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.

As lojas são divididas em três espécies: As lojas magnéticas ou "âncoras" (grandes magazines ou supermercados, já consagrados), mini-âncoras (igualmente consagradas, mas de porte menor) e "satélites", que se aproveitam dos clientes potenciais atraídos pelos outros dois tipos de lojas.

O empreendedor ao participar dos lucros das diversas sociedades empresárias situadas no shopping, estabelece com elas uma permanente integração de interesses que gera ganhos de produtividade, os quais, em última análise, são transferidos ao consumidor.

Mesmo após o início das operações continua o planejamento com base na visão do todo. O mercado (ambiente externo) 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.

(vi) forma de remuneração do uso da loja;

Segundo Maria Helena Diniz, o lojista deve pagar aluguel fixo ou mínimo, baseado nos metros quadrados que a loja possui, representado por uma prestação pecuniária reajustável periodicamente com indexação preestabelecida e aluguel móvel ou percentual, calculado sobre a porcentagem na receita bruta efetuada pela loja.

Ressalte-se que o aluguel percentual apenas será exigido se o faturamento da loja permitir que ele ultrapasse a soma representativa do aluguel mínimo, devendo prevalecer o que obtiver o maior índice, ou seja, aquele que predominar valor mais alto.

- (vii) concessão ao lojista do direito à renovação compulsória do contrato de shopping, para amparar o fundo de comércio, valorizado pelo seu trabalho;

A ação renovatória pode ser conceituada como sendo a que possui o locatário para obter a renovação judicial de seu contratante locatício, sempre que verificados os requisitos do artigo 51 da Lei nº 8.245/91.

Em apenas dois artigos as relações entre lojistas e o administrador do estabelecimento comercial foram tratadas, denominando esse tipo de relação de “locações de espaço em *shopping centers*”.

Assim, como característica específica do contrato de shopping center, temos que o o artigo 52 parágrafo 2º, prevê que o locador de espaço em *shopping center* não poderá recusar a renovação do contrato, com fundamento no inciso II do mesmo artigo, qual seja, no caso de utilização por ele próprio do imóvel ou para transferência do fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo ele o detentor da maioria do capital, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

Nesse sentido, é possível perceber que o lojista possui direito à renovação compulsória do contrato de *shopping center*, visando amparar o fundo de comércio valorizado pelo seu trabalho.

Dessa forma, nos termos dos artigos 71 e seguintes da Lei 8.245/91, a ação renovatória será cabível quando presentes os requisitos constantes dos incisos I, II e III do artigo 51 da mesma lei, quais sejam: a) o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; b) o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco

anos; e c) o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

A jurisprudência já se manifestou neste sentido:

SENTENÇA CITRA PETITA. RENOVATÓRIA. REQUISITOS. RETOMADA PARA USO PRÓPRIO. MESMO RAMO DE ATIVIDADE. FUNDO DE COMÉRCIO. FRIGORÍFICO. INSTALAÇÕES DESTINADAS A NEGÓCIOS ESPECÍFICOS. INDENIZAÇÃO AO LOCATÁRIO. ALUGUÉIS. VALOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE FRIGORÍFICO VALE DO PARAÍSO LTDA. CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DE ABATEDOURO DE BOVINOS E SUÍNOS PARAÍSO LTDA. CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I) Não é nula, por citra petita, a sentença que analisa pedido de indenização, deixando de fixá-la fundamentadamente. II) **Demonstrada a existência de contratação do aluguel por escrito e com prazo determinado, havendo renovação por mais de cinco anos ininterruptos, tem o locatário direito à ação renovatória.** III) **Em sede de locação comercial, a exceção que veda o pedido de retomada do imóvel para exploração da mesma atividade comercial do locatário não se aplica aos que possuem instalações destinadas a ramos de negócios específicos, independentemente da preexistência do fundo de comércio.** IV) Cabe indenização ao locatário quando a renovação não ocorre em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar. V) O valor dos aluguéis estipulado para o período de permanência do locatário após o término do contrato deve ser fixado de acordo com o mercado, sendo prudente acolher a quantia constatada pelo perito judicial. VI) Os honorários advocatícios em ação renovatória de locação devem ser fixados com base no § 4º do artigo 20 do CPC, não sendo obrigatória a observância da tabela de honorários da OAB/MG. VII) Recurso de FRIGORÍFICO VALE DO PARAÍSO LTDA.

*conhecido e parcialmente provido. Recurso de ABATEDOURO DE BOVINOS E SUÍNOS PARAÍSO LTDA. conhecido e não provido.*¹⁴

- (viii) cessão de uso da loja que somente será possível se houver autorização expressa do empreendedor, visto que no planejamento do shopping dever-se-á ater ao tenant mix;

Por esta característica específica entende-se que o cessionário deverá ser considerado pelo empreendedor à altura de continuar no ramo do negócio dentro dos padrões previamente estabelecidos.

- (ix) promoção ou publicidade abrangendo todo o *shopping center*;

Trata-se da contribuição ao Fundo de Promoção, que se conceitua por uma taxa mensal cobrada para divulgar o shopping e normalmente corresponde a 20% do valor do aluguel. A taxa mensal de condomínio, por sua vez, cobre despesas com energia, água, limpeza, administração e segurança do shopping.

- (x) estacionamento de veículos;

Segundo Maria Helena Diniz¹⁵, a administradora poderá estabelecer taxas de estacionamento ou expedir e controlar certificados de estacionamento gratuito, e, além disso, haverá responsabilidade da administradora por furtos de veículos, ocorridos nos estacionamento, conforme prevê a súmula 130 do STJ¹⁶.

- (xi) existência pontos recreativos de atração: cinemas, teatros, restaurantes lanchonetes, sorveterias, patinação, diversões infantis.

É necessário no contrato de *shopping center* a previsão de pontos recreativos de atração, tendo em vista que estas provocam justamente o desenvolvimento do

¹⁴ TJMG, Apelação Cível nº 1.0647.05.053732-1/002, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 21/02/2008

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos*, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47

¹⁶ “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.”

comércio pelas vendas em massa, o que certamente é facilitado pela existência destes pontos.

Verifica-se, portanto, que na ausência de legislação específica, é preciso se aplicar no contrato de *shopping center* a essência do contrato de locação comercial.

Assim, conclui-se que o shopping center é um contrato atípico, possuindo cláusulas comuns a outros tipos contratuais, além das específicas acima destacadas.

2.4. Instrumentos Formadores do Contrato

Como dito, o contrato de shopping center é constituído por um conjunto de contratos ou instrumentos que são celebrados pelo empreendedor.

Dentre eles, merecem destaque, os seguintes:

2.4.1 Escritura Declaratória de Normas Gerais e Complementares

Escritura Declaratória de Normas Gerais e Complementares é um instrumento no qual estão encerradas todas as normas de funcionamento do empreendimento, de utilização das lojas e das áreas comuns, da forma de cobrança e reajuste de aluguéis e demais encargos da locação, bem como as penalidades pelo não pagamento ou pela infração de quaisquer dispositivos contratuais.

Referido instrumento é registrado no Cartório de Registro de Notas, motivo pelo qual recebe a denominação de escritura.

Além disso, pode ser considerado como um manual de normas, que impõe deveres aos lojistas, que deverão obedecer seus dispositivos editados pelo empreendedor.

J. A Penalva Santos ao tratar da Escritura de Normas gerais e Complementares afirma que:

Das normas gerais defluem todas as relações jurídicas surgidas na vida do *shopping center* por constituírem elas fontes de contratos celebrados sob sua égide, dentro da sua estrutura, pelo princípio da subordinação destes ao contrato normativo ou ato-regra que lhes fundamenta a razão de existir, uma vez que dentro dos limites do contrato normativo se inserem os citados contratos, por ele balizados.¹⁷

Denota-se que a Escritura Declaratória de Normas Gerais e Complementares é, portanto, um instrumento de livre disposição do empreendedor em controlar todos os aspectos do *shopping center* a exemplo das obrigações do lojista, funcionamento do *shopping*.

Dessa forma, o lojista adere seus dispositivos quando assina o contrato de locação, tendo em vista que a Escritura é parte integrante do contrato sendo anexo a este.

Não há, portanto, qualquer liberdade contratual pelo lojista, que é obrigado a aderir às normas da Escritura caso realmente tenha interesse no contrato de locação. No entanto, caso o lojista enfrente problemas relacionados à alguma das normas previstas na Escritura, pode-se utilizar por analogia o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, discutindo-se judicialmente a abusividade da cláusula.

Isto porque, o Código de Defesa do Consumidor é uma norma de ordem pública podendo ser utilizada para a proteção de direitos individuais e coletivos, sendo aplicável à Escritura Declaratória de Normas Gerais e Complementares em razão da falta de regulamentação especial.

2.4.2. Regimento Interno

O regimento interno contém as normas do dia-a-dia do shopping, estando subordinado à Escritura Declaratória de Normas Gerais e Complementares.

Destinam-se aos lojistas, empregados, prepostos, dependentes, fornecedores, prestadores de serviços, usuários da lojas, clientes e público em geral, podendo a

¹⁷ SANTOS, J. A. Penalva, Regulamentação jurídica do *shopping center*, 1991, p. 100

associação de lojistas completa-lo ou modifica-lo, se necessário, sempre em conjunto com a Administradora.

2.4.3. Estatuto da Associação de Lojistas

A associação de lojistas, como dito anteriormente, é de filiação obrigatória pelos lojistas. Referida associação possui estatuto próprio, sendo o empreendedor também associado que participa de todas as reuniões e ações.

Todos os associados devem respeitar as disposições do Estatuto, sendo este também parte integrante do contrato de locação.

2.5. Cláusulas Polêmicas dos Contratos de Locação em Shopping Centers

Como se sabe, os instrumentos de locação em Shopping Centers, ainda que tenham natureza jurídica empresarial e decorram da manifestação livre das partes (afinal lojista algum tem a “necessidade” premente de se instalar nesses centros e o fazem por uma série de conveniências), muitas vezes têm características típicas dos contratos de adesão. É que os empreendedores, principalmente, quando se trata de locação das chamadas “lojas satélites”, ou seja, aquelas que por sua característica e dimensão compõem a maioria das lojas instaladas e se diferem das chamadas “lojas âncoras” que, por sua vez, são normalmente lojas maiores e com grande potencial de atração de consumidores, impõem as condições básicas e fundamentais, e elaboram a redação geral dos instrumentos.

Inclusive é muito comum que parte do conteúdo dos contratos figurem em normas gerais aplicáveis a todos os lojistas e que são declaradas por instrumento público e apresentadas para adesão dos interessados. Com isso, após a realização dos negócios e, principalmente em função do eventual insucesso dos resultados comerciais de certos lojistas, esses acabam se socorrendo da justiça pugnando pela eventual ilegalidade dessas cláusulas.

2.5.1. Res Sperata

Na relação jurídica que se estabelece entre os empreendedores do Shopping e os lojistas, não apenas é celebrado um contrato de locação mas também outros instrumentos agregados e, entre esses, o mais importante é o contrato de Cessão de Direito de Uso ou simplesmente “res sperata”. Esse instrumento tem por finalidade “reservar” o espaço comercial no empreendimento ao lojista e de garantir uma remuneração ao Empreendedor pela formação do fundo de comércio (do Shopping como um todo) e a capacidade de atrair o público consumidor que foi implementado.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

“Além do aluguel, há outras obrigações de natureza pecuniária assumidas pelo locatário de loja em Shopping Center. Em geral, paga-se uma prestação conhecida por res sperata, retributiva das vantagens de se estabelecer em um complexo comercial que já possui clientela própria. O consumidor, por certo, muitas vezes procura o shopping e não especificamente um de seus lojistas.”¹⁸

Maria Helena Diniz ensina:

“Antes da construção do shopping center, 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 e etc., 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 a garantia de entrega do local que integrará o fundo de comércio. Isto é assim porque o lojista, ao ingressar no empreendimento, tem por escopo o fundo de comércio do empreendedor e em contrapartida vem remunerá-lo por meio das res sperata.

(...)

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol.1. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 69.

Legítimo é o pagamento das res sperata, por ser remuneração pela cessão ao lojista de parcela do fundo de comércio do empreendedor”¹⁹

Evidentemente que a presença dos lojistas também é relevante e quanto maior a concentração de marcas conhecidas e de bom apelo no público alvo, melhor será a composição possível do denominado “*tenant mix*” que, como dito acima, diferencia um empreendimento de outro (e o adequa, justamente, ao público alvo).

Mas, não há como se negar que em se tratando de Shopping Center o lojista irá aproveitar da estrutura instalada e o fato de que diante da entrada de sua loja irão transitar muitos consumidores (que ali estão não necessariamente em razão daquela lojas mas que acabam gerando um potencial de consumo que é traduzido em resultados).

Sobre o tema, Maria Elisa Gualandi Verry, em excelente estudo, aborda com bastante clareza a estrutura dessa modalidade de contrato, apontando que:

"A 'res sperata' de que tratamos constitui como que uma garantia de que o futuro lojista terá seu lugar assegurado em uma das unidades do 'shopping center'. Referida garantia representada por um pagamento feito ao empreendedor pelo lojista, normalmente anterior à efetivação da relação entre eles. No entanto, é também bastante comum a situação onde a 'res sperata' é contratada concomitantemente com a assinatura do instrumento firmado entre empreendedor e lojista para a utilização da unidade do 'shopping center' o que normalmente ocorre quando este último instrumento é firmado antes da inauguração do 'shopping center'.²⁰

2.5.2. Cobrança do Aluguel Dobrado no Mês de Dezembro

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Lei de Locações Imóveis Urbanos Comentada. 8ª ed. rev atual, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 61.

²⁰ VERRI, Maria Elisa Gualandi. Shopping Centers – aspectos jurídicos e suas origens. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

Uma das principais peculiaridades dos contratos de locação celebrados nos shopping centers é a obrigatoriedade do pagamento por parte dos lojistas de um aluguel em dobro no mês de dezembro de cada ano, muitas vezes denominado 13º aluguel.

Conforme dita Maria Elisa Gualandi Verri, *é comum a estipulação de que caberá ao lojista o pagamento de remuneração em dobro no último mês do ano, como se um décimo terceiro fosse.*²¹

Para Nardym Darcy Lemke:

“Nenhuma anomalia pode ser detectada nessa cláusula. É frequente o seu uso na locação de shopping center. A justificativa que se oferece é a de que, em dezembro, existem maiores despesas com a administração, como o pagamento de 13. Salário aos empregados da empresa administradora e maiores despesas com promoções de Natal”²²

Para analisarmos a legalidade ou não desta cláusula, devemos considerar que nos shopping centers os empreendedores não alugam simplesmente espaços, mas sim conferem ao locatário toda uma gama de outros serviços complementares às lojas, tendentes a atrair o maior público possível ao local, serviços estes que incluem a facilidade de estacionamento, segurança, cinemas, praça de alimentação, dentre outros serviços, cuja implantação dos mesmos exige do empreendedor um investimento vultoso, diante da complexidade do empreendimento em si.

Nas locações comerciais comuns, o locador não prepara toda uma infra-estrutura complementar de pesado investimento financeiro a justificar, ou mesmo a possibilitar a cobrança do aluguel dobrado nos meses de dezembro, justificável somente nas locações de lojas em shopping centers.

Além disso, é de conhecimento público e notório, o fato de que o comércio varejista

²¹ VERRI, Maria Elisa Gualandi. Op. Cit. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.58.

²² LEMKE, Nardim Darcy. Shopping Center – questões jurídicas e contratuais. Blumenau: Acadêmica, 1999, p.135.

tem um movimento muito maior nos meses de dezembro (época de Natal), quando os empregados recebem o 13º salário.

Logo, por não esbarrar em nenhum preceito legal, protegido pela lei do inquilinato, é legal e devido o aluguel em dobro no mês de dezembro nas locações de shopping center. O artigo 54 da Lei de Locação 8.245/91 estabelece que:

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 em lei.

Tal determinação, não obstante sofrer pesados ataques por parte dos lojistas, encontra suficiente respaldo, mormente em nossa jurisprudência. Vejamos:

“LOCAÇÃO COMERCIAL - CONTRATO - CLÁUSULA - PAGAMENTO EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO - IMÓVEL SITUADO EM "SHOPPING CENTER" – ADMISSIBILIDADE. Não é nula a cláusula contratual que, em locação de loja em "shopping center", prevê pagamento do aluguel mínimo em dobro no mês de dezembro de cada ano”. (Ap. s/ Rev. 436.421 - 4ª Câmara - Rel. Juiz CELSO PIMENTEL - J. 8.8.95).

2.5.3. Aluguel mínimo e percentual e possibilidade de fiscalização do caixa do lojista por parte do empreendedor

Outro ponto que merece destaque com relação às cláusulas específicas e polêmicas do contrato de shopping center, é o que determina o pagamento de um aluguel mensal mínimo, somado a um aluguel a mais, um *plus* adicional em contrapartida à infra-estrutura que se coloca à disposição do lojista, que é o denominado aluguel percentual calculado sobre as vendas brutas mensais dos lojistas, já citado anteriormente.

Mensalmente o locatário deverá pagar ao empreendedor pela locação do espaço comercial um montante fixo (aluguel mínimo), corrigido anualmente por um índice de

reajuste eleito entre as partes; e mais um montante variável (aluguel percentual) calculado pela aplicação de um determinado percentual estabelecido contratualmente, incidente sobre o valor total das vendas brutas, apurado pelo total diário das negociações realizadas nas caixas registradoras, nos recibos, nos talões, nas notas fiscais e nos livros de registro de vendas, tendo os locadores livre acesso a toda essa documentação.

Assim nos ensina Maria Helena Diniz:

“Com isso o empreendedor compensa o que deixa de ganhar das lojas menos rentáveis com o que perceber a mais no aluguel das que têm atividades mais lucrativas. O empreendedor visa alcançar maiores lucros para obter retorno do capital investido e por essa razão procura uma remuneração proporcional. Se os aluguéis fossem fixos, só haveria no shopping lojas com o mesmo nível de lucratividade e, portanto, ter-se-ia o fracasso do sistema implantado.”²³

A respeito desta modalidade de cobrança de aluguel (mínimo e percentual) no âmbito de shopping center, vejamos o que dispõe a jurisprudência:

“Shopping centers. Cláusulas contratuais. Código do Consumidor. Inaplicabilidade. São legítimas as cláusulas de aluguel percentual e em dobro no mês de dezembro, que somente poderão ser modificadas com acordo das partes. Os lojistas dos shopping centers não gozam da proteção do Código de Defesa do Consumidor, por sua capacidade empresarial”. (TACRJ - Ap. 8569/95 – Reg. 58-1 – 7ª câmara cível – Relator Gualberto Gonçalves de Miranda – 13-12-95).

Na prática, esta atividade de apuração das vendas brutas mensais dos lojistas, desenvolve-se, via de regra, pela "auditoria em boca de caixa", onde o empreendedor disponibiliza um preposto que passa a auditar as vendas efetuadas em determinado período, diretamente no caixa do lojista.

Como de hábito, também neste tópico, muita polêmica foi criada, restando, pois, aos

magistrados a tarefa de pacificá-la, como vemos:

“FATURAMENTO – Fiscalização – Recusa do Locatário – Infração Contratual – Rescisão do Contrato – Despejo decretado. *Constitui infração contratual ensejadora de rescisão do ajuste locatício a recusa do locatário em permitir a fiscalização do faturamento pelos locadores no interior do estabelecimento em face da presença de clientes, se o aluguel foi fixado com base na aplicação de percentual sobre o faturamento bruto. Tal sistema de controle, além de estar previsto contratualmente, não fere as operações de venda, possibilitando ao locador apurar se o lojista, na realidade, registra os negócios que efetua”.*

De toda forma, essa fiscalização na boca do caixa para não configurar abuso, deve ser de maneira discreta, sobretudo, para que não exista impedimento à atividade comercial do lojista.

2.5.4. A validade da cobrança do Fundo de Promoção

Esta cláusula determina a obrigação do lojista em contribuir mensalmente com uma determinada quantia (normalmente estipulada através de um percentual incidente sobre o aluguel mensal mínimo) para o fundo de promoções coletivas do empreendimento, sendo certo que os empreendedores igualmente também devem contribuir para o Fundo Promocional.

Tem como objetivo planejar e executar a publicidade e a promoção institucional do shopping, como pólo de atração e desenvolvimento comercial, suas características de conforto, facilidade e segurança e de ofertas que ofereçam melhor confronto de oportunidades e seleção para o consumidor, e, também, sua atuação como participante do desenvolvimento urbano, investindo, portanto, na imagem e propaganda do shopping center.

Pelo menos em tese, boa propaganda atrairá mais pessoas ao shopping, aumentando o volume de vendas, o faturamento do locatário, e conseqüentemente,

a renda do locador. As verbas arrecadadas através do Fundo Promocional irão financiar eventos e comemorações especiais, tais como a decoração natalina, sorteios no Dia das Mães, Dia das Crianças, Dia dos Namorados, Páscoa, etc.

Vejamos o que dispõe a jurisprudência a respeito do assunto em comento:

“DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C/C COBRANÇA - SHOPPING CENTER - RES SPERATA - É válido e exeqüível o contrato de reserva de uso de área em shopping center (res sperata) quando atender aos requisitos dos contratos em geral, quais sejam, capacidade das partes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. O aluguel, a contribuição condominial e de fundo de promoção são contribuições contratuais do lojista, essenciais para a manutenção do Shopping Center, cuja mora enseja despejo e cobrança. Sentença mantida. Recurso improvido”.(2º TACIVIL - 2ª Câmara; Ap. s/ Rev. nº 523.931-00/1-São Paulo; Rel. Juiz Felipe Ferreira; julgado: 30.07.1998; publicado: 09.11.1998).

2.5.5. Cláusula de Raio e Cláusula de Exclusividade

Por fim, uma das cláusulas mais polêmicas e atuais existentes no âmbito de shopping center, é a conhecida cláusula de raio e cláusula de exclusividade, que não se confundem, pois cada uma delas tem suas particularidades.

É muito comum nos contratos de shopping center estipular-se uma cláusula que proíba o locatário de abrir a mesma loja com a mesma denominação, numa determinada distância do shopping, visando justamente assegurar uma clientela cativa para aquele centro comercial, que consiste na conhecida cláusula de raio.

Esta cláusula é rotineira nesta espécie de contrato porque constitui, efetivamente, uma garantia de competitividade de inserção no mercado varejista aos próprios lojistas que integram o centro comercial. E, esta capacidade competitiva parte da existência de boas operações no interior do empreendimento. Neste sentido, a existência desta cláusula nos contratos é garantia de afluxo de pessoas para todos os lojistas.

Ora, a existência de lojas iguais às constantes do shopping em sua vizinhança é fator de risco para todo o empreendimento e para os próprios lojistas (que sabem que o sucesso de seu negócio dentro do empreendimento passa pela lógica insofismável de que o shopping terá maior sucesso se houver harmonia entre as operações instaladas e a posição destas no mercado de influência).

Vejamos a seguir, o posicionamento dos nossos Tribunais com relação à cláusula de raio inserida nos contratos de shopping center:

*“LOCAÇÃO COMERCIAL - CONTRATO - IMÓVEL SITUADO EM SHOPPING CENTER - CLÁUSULA DE VEDAÇÃO À ABERTURA PELO LOCATÁRIO DE OUTRO ESTABELECIMENTO EM DETERMINADA DISTÂNCIA - VALIDADE. **Se o locatário se compromete a não abrir outro estabelecimento dentro de determinada distância, esta cláusula é perfeitamente válida pois, decorrendo da liberdade de contratar, não elimina a concorrência nem possibilita aumento arbitrário de lucros. (...) Com efeito, numa metrópole como São Paulo, chega a ser risível falar-se que a fixação do limite de 2.000 metros para a abertura de outro estabelecimento se choque, sequer em tese, com aqueles dispositivos constitucionais. Note-se que a restrição se consubstancia na abertura de outro estabelecimento pelo mesmo comerciante ou industrial, o que, dada a maior vênia, já desfigura o conceito de livre concorrência, já que esta pressupõe o exercício de atividade por pessoas diferentes. Daí a inaplicabilidade dos preceitos da Lei nº 8.884/94, já que as figuras típicas (arts. 20 e 21) devem ser interpretadas com o objetivo maior que é impedir a eliminação da concorrência (art. 54, III). (grifamos).***

No entanto, cumpre esclarecer que esta modalidade de cláusula de raio (restrição genérica e protetora dos interesses gerais do empreendimento e dos próprios lojistas), não se confunde com outra prática adotada por shoppings de maior porte e já consolidados no mercado, como por exemplo, o Shopping Center Iguatemi de São

Paulo, que insere em Contratos de Locação firmados com empresas detentoras de marcas notórias e plenamente aceitas no mercado, proibição expressa de abrirem suas lojas em outros shoppings situados na cidade de São Paulo, que são as denominadas cláusulas de exclusividade.

De fato, o caso de maior repercussão diz respeito ao Shopping Iguatemi que, utilizando-se de sua posição privilegiada no mercado (é o shopping mais tradicional da cidade de São Paulo, já que foi inaugurado há mais de quarenta anos), simplesmente impede, nos Contratos com determinados comerciantes consolidados, a abertura de outras lojas em determinados empreendimentos concorrentes, (como os shoppings Jardim Sul, Eldorado, Morumbi, Villa-Lobos e Pátio Higienópolis), deixando claro que a infração desta cláusula de exclusividade por parte dos lojistas implicará na rescisão contratual.

O Shopping Iguatemi procura justificar a cláusula de exclusividade como uma forma de proteção dos investimentos do empreendimento contra uma “popularização” das lojas instaladas pelos demais shoppings da cidade de São Paulo, o que afetaria “o conceito de shopping único e diferenciado”.

O CADE – Conselho Administrativo de Direito Econômico, órgão administrativo responsável pela regulação da livre concorrência no Brasil, no processo administrativo movido pela Participações Morro Vermelho (Shopping Jardim Sul) em face do Shopping Iguatemi, já se manifestou por intermédio de vários de seus conselheiros, emitindo acórdão, no sentido de considerar a conduta do Shopping Iguatemi efetivamente ilícita, imputando a prática de infração à ordem econômica (processo administrativo nº 08012.009991/98-82).

No entanto, em que pese a decisão prolatada pelo CADE na representação movida pelo Shopping Jardim Sul, é certo que o Shopping Iguatemi também ingressou com Ação Ordinária contra referido órgão, visando suspender a eficácia da decisão, (processo nº 2004.34.00.18729-0, perante a 15ª Vara da Justiça Federal de Brasília-DF), onde o juiz deferiu liminarmente a medida cautelar incidental proposta pelo Iguatemi, suspendendo a eficácia do acórdão prolatado pelo CADE.

Assim sendo conclui-se que, enquanto a cláusula de raio trata-se de um mecanismo usualmente aceito, como forma de regular a distribuição ordenada do mercado de shopping center e fortalecer o *mix* das lojas, ampliando sua capacidade de atração do público consumidor, a cláusula de exclusividade implica na infração à ordem econômica e à livre iniciativa.

Com efeito, a imposição da cláusula de exclusividade aos lojistas acaba criando um obstáculo para que outros *shopping centers* reúnam os requisitos mínimos necessários para que possam representar uma alternativa ao consumidor do Shopping Iguatemi, por exemplo, onde já se encontra instalada a maioria das grifes consagradas.

Infelizmente, a indigitada cláusula de exclusividade constitui um empecilho ao desenvolvimento de empreendimentos que possam exercer concorrência efetiva e potencial ao Iguatemi, pois configuram uma barreira à formação de um *mix* de lojas do nível dos shoppings de alto padrão.

Ao lado do direito do shopping de tentar proteger seu investimento, há também o direito dos lojistas de expandir os seus negócios, sendo certo que a imposição da cláusula de exclusividade fere o direito à livre iniciativa, protegido pela Constituição Federal, assim como pela Lei nº 8.884/94.

Logo, conclui-se pela atualidade dos fatos, que a imposição da indigitada cláusula de exclusividade já foi corretamente considerada abusiva, ilegal e inconstitucional pelo CADE, porém, ainda resta aguardar a decisão judicial a ser proferida pelo Juiz Federal de Brasília a respeito da validade ou nulidade dessa cláusula.

3 Legislação aplicável

O Contrato de Shopping Center, firmado entre o proprietário/empreendedor e o lojista, apresenta diversas condições específicas e peculiares, que se relacionam mais aos usos e costumes do que às disposições legais vigentes.

Tomando-se por base o conceito mais simples desta relação jurídica, na qual uma parte cede à outra os direitos sobre o uso de um determinado espaço, considerar-se-ia esta figura contratual como um tipo de locação. No entanto, os aspectos econômicos envolvidos extrapolam o simples conceito de uso e gozo de um imóvel, tendo em vista os interesses comuns das Partes em obter lucro dentro de um centro comercial, composto por uma série de lojas.

Nesse sentido, a legislação atual, com o objetivo de evitar a inexistência de normas pertinentes à matéria, enquadrou a relação jurídica ora estudada no regime das locações. Porém, buscou diferenciá-la, conferindo à vontade das Partes um valor jurídico maior do que as próprias disposições legais vigentes.

Tratando-se da aproximação do Contrato de Shopping Center ao regime das locações, é possível citar o conceito definido pelo artigo 565 do Código Civil (Lei 10.406/2002), que apresenta a seguinte definição:

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

Os demais artigos do mesmo capítulo buscam estabelecer as obrigações gerais de cada Parte integrante da relação jurídica formada, como, por exemplo, a garantia do uso pacífico da coisa alugada e o dever de pagar o aluguel avençado.

Dentro do regime das locações, foi promulgada a Lei n.º 8.245/1991, que disciplinou as locações em imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Foi nesta lei que o ordenamento jurídico tratou dos Contratos de *Shopping Center*, motivo pelo qual a tese de que seria uma espécie de locação é defendida por muitos doutrinadores.

Em seu artigo 52, a Lei em questão buscou tratar dos aspectos que envolvem a renovação do Contrato celebrado, impossibilitando a recusa da renovação, pelo empreendedor, nos casos de retomada para uso próprio.

Porém, foi no artigo 54 que o tema do Contrato de *Shopping Center* foi tratado de forma mais específica, vejamos:

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.

Pela análise do referido dispositivo, nota-se que o legislador pretendeu estabelecer o preavalecimento da autonomia da vontade das Partes sobre qualquer outra disposição legal.

É importante lembrar que tal autonomia de vontade relacionada aos Contratos é permitida pelo próprio Código Civil (Lei 10.406/2002), por meio do seguinte artigo:

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Por trazer diversas condições que extrapolam o simples regime de locação, esta figura contratual deve ser considerada atípica, uma vez que é formado por cláusulas e condições pertencentes, também, a outros regimes. É nesse sentido que os dispositivos acima justificam a liberdade contratual conferida aos envolvidos.

Assim, o que valerá em um Contrato de Shopping Center é aquilo que foi pactuado entre as Partes.

O mesmo artigo da Lei de Locações, por meio de seus respectivos parágrafos, inclui duas únicas regras que devem ser observadas no Contrato ora estudado, no que se refere à proibição da cobrança, ao lojista, das despesas com obras que integrem a estrutura do imóvel, bem como com indenizações trabalhistas de empregados dispensados antes do início do contrato.

Vale ressaltar que a previsão contida no *caput* da cláusula 54 acima teve como consequência principal a formação de contratos muito rígidos e leoninos, prevendo uma série de garantias aos proprietários dos shoppings, bem como colocando os lojistas em uma posição de desvantagem, desaparecendo o equilíbrio contratual das Partes.

Dessa forma, faz-se necessária a modificação da legislação em vigor, com o objetivo de tratar especificamente da figura contratual que envolve o *Shopping Center*, restabelecendo a igualdade das Partes nas prestações a serem cumpridas.

3.1. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Muito se discute atualmente sobre a aplicabilidade ou não das disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) aos contratos firmados entre os empreendedores e os lojistas.

Tal discussão tem como motivo uma série de supostos serviços que seriam fornecidos e/ou prestados pelo shopping aos lojistas, como a manutenção dos espaços, por meio da limpeza e segurança.

Em tais casos, não é demais lembrar que inexistente relação de consumo, por dois motivos principais. O primeiro deles é no que se refere à ausência de fornecimento de serviços pelo empreendedor ao lojista. O primeiro contrata serviços para manutenção de seu respectivo empreendimento, o que indiretamente beneficia o locatário que ali está instalado, inclusive pagando um valor a título de condomínio por tais manutenções.

O segundo, por sua vez, trata da capacidade empresarial do lojista, o que afasta a relação de consumo, por não se tratar de parte hipossuficiente, uma vez que tem a liberdade de negociar determinadas cláusulas e condições do Contrato firmado.

Assim, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica à relação jurídica entre lojista e empreendedor, devendo ser observadas apenas as disposições da Lei de Locações, somada às disposições acordadas entre as Partes.

Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência, conforme pode ser observado nos seguintes julgados:

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

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

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

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. Agravo Regimental n.º 706211 RS 2005/0149789-8. Rel.: Min. Paulo Gallotti. Data do julgamento: 20/09/2006. Data da publicação: 05/11/2007.).

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. SHOPPING CENTER. CONTRATO DE ADESÃO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO É APLICÁVEL AOS CONTRATOS LOCATIVOS. AOS CONTRATOS DE SHOPPING CENTER APLICA-SE A LEI DO INQUILINATO (ART. 54 DA LEI Nº 8.245/91) (CF. AGRG NO AG 2005/0149789-8 MINISTRO PAULO GALLOTTI, IN DJ 05.11.2007/P.387). ASSIM, "NAS RELAÇÕES ENTRE LOJISTAS E EMPREENDEDORES DE SHOPPING CENTER, PREVALECERÃO AS CONDIÇÕES LIVREMENTE PACTUADAS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESPECTIVOS E AS CONDIÇÕES PROCEDIMENTAIS PREVISTAS NESTA LEI" (ART. 54 DA LEI Nº 8.245/91). 2. NÃO SE COGITA DA PRESENÇA DE CONTRATO DE ADESÃO QUANDO O AJUSTE NÃO POSSUIR A RIGIDEZ QUE IMPEDE A NEGOCIAÇÃO DAS

P ARTES E A MODIFICAÇÃO DE SUAS CLÁUSULAS. 3. OS CONTRATOS DE LOCAÇÃO E SUBLOCAÇÃO SUBMETEM-SE À UMA ANUALIDADE PARA APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA LOCAÇÃO. 4. PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DA RÉ E IMPROVIDO O DOS AUTORES. (TJDF. Apelação Cível n.º 607307120018070001 DF 0060730-71.2001.807.0001. Rel.: Des. Antoninho Lopes. Data do julgamento: 16/09/2009. Data da publicação: 26/10/2009).

3.2. Projeto de Lei n.º 7137/2002

Diante do acima exposto, tendo em vista a necessidade de adequar a legislação vigente aos contratos ora estudados, foi formulado no ano de 2002 o Projeto de Lei n.º 7.137, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados.

O referido Projeto tem como objetivo trazer novos dispositivos à Lei de Locações (Lei n.º 8.245/1991), introduzindo os regulamentos necessários aos Contratos de *Shopping Center*.

A primeira alteração proposta trata da impossibilidade de cobrança de valores do lojista, caso este ceda a um terceiro os direitos sobre o uso da loja locada, prática que é adotada atualmente pelos grandes centros comerciais, e que impedem o exercício dos direitos sobre o ponto comercial.

Outra alteração é a que coloca fim aos alugueis mensais que ultrapassam o limite dos 12 (doze) meses, como o décimo terceiro, décimo quarto, e assim sucessivamente, normalmente exigidos em datas comemorativas, como natal, dia das mães, dia dos namorados, entre outros. Somado a isso, obriga, também, que os valores a serem pagos sejam atualizados apenas pelos índices oficiais, sem que haja qualquer outro critério de progressividade.

O mencionado Projeto também traz uma inovação, ao vincular expressamente o *Shopping Center* às disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC), no que se refere apenas e tão somente às publicidades que este realizar, sendo obrigado a cumprir com todas as propagandas veiculadas.

No que se refere ao direito de preferência do locatário em caso de venda do imóvel locado, atualmente muitos contratos trazem uma cláusula por meio da qual o locatário renuncia ao referido direito, condição esta que contraria os objetivos da Lei n.º 8.245/1991, devendo ser considerada nula. Nesse sentido, busca-se introduzir uma proibição expressa a tal condição contratual.

Com relação ao direito de renovação contratual, a nova redação proposta menciona a possibilidade de o autor pedir a fixação de aluguel provisório, assim como já ocorre nas ações revisionais, evitando-se assim a atribuição de valores muito superiores àqueles já vigentes.

Ainda no que se refere à renovação ou não do imóvel, propõe-se a inclusão de uma condição que proíbe, expressamente, de o locador de um *Shopping Center* retomar o imóvel, ao final do Contrato, se receber uma proposta de terceiro em condições melhores daquelas atualmente praticadas, dando maior proteção ao inquilino atual.

Por fim, no que se refere à denúncia antecipada do Contrato por parte do Locatário, estabelece o projeto de lei que a multa a ser aplicada não supere o valor de 03 (três) aluguéis, proporcionais até o término do Contrato, coibindo, portanto, a aplicação de multas ilegais e abusivas, muitas vezes de até 10 (dez) aluguéis.

Não há dúvidas, portanto, que o referido projeto de lei garantirá maior igualdade entre as partes, impedindo assim que os empreendedores de *Shopping Center* usem o seu poder econômico contra os lojistas, que dependem da estrutura de um centro comercial para manter seus respectivos negócios.

3.3. Legislação comparada com outros países

Assim como no Brasil, países como Estados Unidos e Argentina também não possuem uma legislação específica que trate dos contratos firmados entre os empreendedores de Shoppings Center e respectivos lojistas.

No caso dos Estados Unidos, entende-se que são aplicáveis as normas gerais que regem os demais contratos civis, sendo conceituados como espécie de contratos de locação. Somado a isso, em grande parte são considerados também como contratos

de adesão, tendo em vista a impossibilidade de negociação de suas cláusulas e condições. Esta última posição, conforme já demonstrado, não é admitida pela jurisprudência brasileira.

Já na Argentina, não obstante ao fato de não haver normas específicas, onde também prevalece a autonomia da vontade entre as Partes, existem normas que regulamentam a relação entre locador e locatário, com o objetivo de conferir maior equilíbrio contratual ao relacionamento comercial e jurídico.

Tais análises são importantes, uma vez que demonstram que o conceito que envolve o Contrato de Shopping Center é comum entre vários países, ou seja, pela dificuldade de haver uma legislação específica sobre o tema, os ordenamentos jurídicos buscam atribuir às Partes a liberdade de estabelecer suas condições.

Pelo exposto, a aprovação do Projeto de Lei em trâmite na Câmara dos Deputados brasileira traria expressiva inovação no regime jurídico que disciplina o Contrato de Shopping Center, sendo pioneira no sentido de se buscar maior equilíbrio contratual entre empreendedor.

4. Ações judiciais cabíveis,

Como já foi possível observar no presente estudo, o contrato de shopping center é atípico, visto que contem elementos de vários contratos, mas sem poder ser definido como um deles apenas.

Neste sentido, a professora Maria Helena Diniz muito bem nos ensina:

"O contrato de shopping center é 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.

Trata-se de um contrato atípico misto e não contrato coligado, pois, se houvesse coligação, a sua disciplina jurídica não seria unitária."²⁴

Ou seja, a aplicação de institutos processuais como a ação renovatória e a revisional, embora regulamentados na Lei nº 8.245/1991, aos contratos de shopping center, deve sempre se ater ao fato de que tais contratos não são puramente de locação comercial.

As mudanças políticas e financeiras que ocorrem no nosso dia a dia podem surtir efeitos nos contratos, tornando-os demasiadamente onerosos para qualquer um dos lados, seja ao lojista ou ao empreendedor. E tendo em vista essas possibilidades, a aplicação da Lei do Inquilinato aos contratos de shopping center, com os institutos da ação renovatória e da ação revisional demonstra-se como um marco para o equilíbrio desses contratos.

O procedimento das ações renovatórias e revisional seguirá o rito sumário, previsto no art. 275 e seguintes do Código de Processo Civil.

²⁴²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual.* São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51

Cabe ressaltar que quando houver identidade entre partes, causa de pedir e o pedido, haverá conexão entre as ações, devendo ser distribuídas por dependência, conforme dispõe o art. 103 do Código de Processo Civil.

Em relação aos efeitos do recurso de Apelação nas ações revisional e renovatória, o art. 58 em seu inciso V da Lei nº 8.245/91 é bem claro:

"Art. 58. Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art.1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar - se - á o seguinte:

[...]

V - os recursos interpostos contra as sentenças **terão efeito somente devolutivo.**" (grifos nossos)

Claramente a intenção do legislador foi a de evitar recursos meramente protelatórios e, neste sentido, colaciona-se julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER- AÇÃO RENOVATÓRIA - DECADÊNCIA RECONHECIDA - RECURSO DE APELAÇÃO RECEBIDO NO EFEITO DEVOLUTIVO - NECESSIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 58, V, DA LEI Nº 8.245/91 - DECISÃO MANTIDA. Agravo de instrumento improvido.(Agravo de Instrumento nº 0030814-15.2011.8.26.0000, Relatora Cristina Zucchi, da 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP, julgado em 04/07/2011)

Mas o que foi descrito acima sobre a ação renovatória pressupõe o cumprimento dos requisitos do art. 51, incisos I, II e III, transcritos a seguir:

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

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

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

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

Ou seja, os contratos firmados por prazo inferior a cinco anos, não terão o direito à renovatória e esta questão será discutida a seguir.

4.1. Da Ação Renovatória

Inicialmente, cabem alguns esclarecimentos. A renovação contratual, por si só, é o simples aditamento do contrato, de forma amigável entre as partes, com a prorrogação do seu prazo de vigência. As demais cláusulas permanecem inalteradas, salvo por acordo mútuo entre as partes.

Por outro lado, a renovatória é ação judicial, de cunho contencioso, no qual o locatário, cumpridos os pressupostos legais, requer ao juiz a renovação compulsória do contrato por igual período e condições.

Uma das características do contrato de shopping center é a concessão ao lojista do direito à renovação compulsória do contrato para dar suporte ao fundo de comércio que está sendo valorizado também pelos trabalhos e serviços prestados no estabelecimento. Apesar de o contrato de shopping center não consistir numa locação puramente, por possuir peculiaridades próprias, ele implica em uma atividade empresarial do empreendedor que coexiste paralelamente ao exercício de comércio ou de prestação de serviços do lojista, ou seja, a dupla titularidade do fundo de comércio merece proteção legal, que, neste caso, é exercida pela ação renovatória.

Cabe ressaltar também que a Lei nº 8.245/91, em seu art. 52, §2º, dispõe que o locador não poderá recusar a renovação do contrato de locação de espaço em shopping center alegando necessidade de uso próprio ou de transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, se for o detentor da maioria do capital, ou se tal detentor for seu cônjuge, ascendente ou descendente.

Desta forma, podemos observar que o lojista locatário tem resguardado o seu direito à renovação compulsória para assegurar a continuidade negocial e, por outro lado, o empreendedor locador admitirá em seu favor a revisão periódica do aluguel, cujo valor real se busca, visto que, em função da renovatória, o aluguel mínimo mensal também deverá sofrer revisão.

A jurisprudência admite ser o fundo de penhora suscetível à penhora, visto interessar ao lojista e não à administração do shopping, conforme julgado colacionado abaixo:

RESP - COMERCIAL - LOCAÇÃO PREDIAL - SHOPPING CENTER - FUNDO DE COMÉRCIO - O fundo de comércio, instituto judicial no Direito Comercial, representa o produto da atividade do comerciante, que com o passar do tempo, atrai para o local, onde são praticados atos de mercancia, expressão econômica; com isso, o - ponto – para usar nome iuris nascido informalmente nas relações do comércio, confere valor próprio ao local. Evidente, ingressa no patrimônio do comerciante. Aliás, mostram as máximas da experiência, a locação e o valor de venda sofrem alterações conforme a respectiva expressão. Daí, como se repete, há locais nobres e locais de menor expressão econômica. Em regra não sofre exceção quando se passa nas locações em Shopping Center. Sem dúvida, a proximidade do estabelecimento com outro, conforme a vizinhança, repercutirá no respectivo valor. (REsp 189380/SP, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, da 6ª Turma do STJ)

Cabe registrar também a jurisprudência majoritária reza que competirá ao magistrado, na renovatória, apreciar o prazo, mas não proceder à revisão do aluguel fixo.

Neste sentido, colacionam-se os julgados a seguir:

1. Locação - Renovatória - Loja em shopping center - Fixação do locativo mínimo - Valores futuros dos elementos de paradigma - Desconsideração - Método comparativo Adequação -Utilização do valor corrente do aluguel no mês anterior ao do reajuste. 2. Lojas paradigma - Similitude na qualidade das lojas ali existentes - Influência da área por cada uma delas ocupada. 3. Percentual sobre o faturamento - Redução por intervenção judicial - Impossibilidade - Cláusula fixada pelas partes e que somente a elas cabe alterar, mediante acordo. 4. Periodicidade do reajuste - Atualização anual - Lei 9.069/95. 5. Sucumbência - Valor arbitrado muito distante do ofertado pela autora - Responsabilidade da locatária – Recurso provido em parte. (Apelação com revisão nº 9147804-82.2001.8.26.0000, do Relator Vianna Cotrim, da 2ª Câmara do Primeiro Grupo (Extinto 2º TAC) do TJSP, julgado em 06/06/2005)

Ação renovatória c/c revisional de alugueres. Sentença de procedência parcial.Apelações.Requisitos do art. 71 da Lei nº 8.245/91.Manutenção do garantidor do contrato renovando.Presunção de idoneidade financeira do fiador – que expressamente concordou com a prorrogação da locação e comprovou a propriedade de imóvel -- não infirmada pelo réu.Valor do locativo.Imóvel locado situado no 1º piso do Top Shopping de Nova Iguaçu.Método comparativo utilizado pelo laudo pericial (fls. 182/219), tendo por base os valores locativos unitários praticados no empreendimento Aluguel mensal mínimo fixado, com proporcionalidade, no valor de R\$

16.800,00 (dezesesseis mil e oitocentos reais) para a data de renovação - 28 de dezembro de 2006. Índice de reajuste. Pretensão autoral de aplicação do IPCA47 IBGE em substituição ao índice estabelecido no pacto renovando - IGP-DI - que não merece acolhida, por se constituir aquele adotado tanto no pacto renovando (fls. 13), como nos demais contratos de locação de lojas similares do empreendimento. Encargos da locação Observância do critério estabelecido pelo contrato (fls. 22/29), cláusula 4^a, para fixação do limite máximo de "encargos da locação", qual o de 0,5% do montante de vendas líquidas mensais da locatária, observadas as "Normas Gerais de Locação, Administração, Funcionamento, Fiscalização e Outras" da Convenção do "Iguaçu Top Shopping". Juros fixados no julgado de piso, de 1% a.m, a incidir sobre a diferença entre o valor oferecido e pago pelo autor no decorrer da demanda e aquele fixado na sentença a título de aluguel, a contar de cada vencimento até o efetivo pagamento, que não cobram censura qualquer à vista da índole contratual da relação jurídica e da taxa estabelecida pela lei civil. Manutenção das demais cláusulas contratuais que se declara. Recursos não providos. (Apelação nº 0075806-29.2006.8.19.0001, do Relator Maurício Caldas Lopes, da Segunda Câmara Cível do TJRJ, julgado em 21/09/2011)

4.2. Da Ação Revisional

Quanto à ação revisional, cabe esclarecer primeiramente que pelo uso da loja, o lojista deverá pagar ao empreendedor locador (i) o aluguel fixo ou mínimo, cujo valor é baseado nos metros quadrados que a loja possuir, valor este que é reajustável periodicamente pelo índice estabelecido pelas partes; ou (ii) o aluguel móvel ou percentual, cujo valor é calculado como porcentagem na receita bruta da loja, ou seja, trata-se de uma prestação pecuniária proporcional ao faturamento bruto mensal do lojista.

E quanto ao pagamento de um ou outro aluguel, a Professora Maria Helena Diniz muito bem ensina:

"Se o valor do aluguel percentual apurado suplantar o valor do aluguel mínimo, o lojista deverá pagar ao empreendedor do shopping quantia correspondente à diferença entre os dois. Assim o aluguel percentual apenas será exigido se o faturamento da loja permitir que ele ultrapasse a soma representativa do aluguel mínimo. Prevalecerá o que obtiver maior índice, ou seja, aquele em que predominar valor mais alto."²⁵

O critério para reajustamento do aluguel mínimo é, após o advento do Plano Real, anual. Quanto ao aluguel percentual, ele possui indexação preestabelecida, mas nos casos de contratos de longo lapso temporal, haverá necessidade de reajuste pelas vias judiciais.

O art. 68, II, da Lei nº 8.245/91, prevê que o juiz poderá fixar, caso haja pedido para tanto e também elementos fornecidos pelo locador e pelo locatário, ao designar audiência de conciliação, fixar aluguel provisório, que será devido desde a citação, nos moldes previstos nas alíneas "a" e "b" do referido inciso.

O valor do aluguel provisório será corrigido pelo índice contratual, no decurso da ação. Elucidando o quanto explicado acima, colaciona-se julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE ALUGUEL. CONTRATO DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER. ALEGAÇÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. DEMONSTRAÇÃO DA INCIDÊNCIA APENAS DO ALUGUEL MÍNIMO, EM PATAMAR ELEVADO EM RELAÇÃO À RECEITA DA LOCATÁRIA. COMPROVAÇÃO DE OFERTA DE ALUGUEL MENOR, POR LOJA

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual.* São Paulo: Saraiva, 2003. p. 46.

IDÊNTICA. AUSÊNCIA DE REFUTAÇÃO PELAS RÉS/APELADAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL SUSCITADA PELAS APELADAS. DECURSO DE MAIS DE 3 ANOS DA LOCAÇÃO, TORNANDO POSSÍVEL A PROPOSITURA DA REVISIONAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INCOERÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR E PEDIDO QUE SE AFASTAM, REJEITANDO-SE A PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. PROVA DO EXCESSO DO ALUGUEL MÍNIMO QUE DECORRE DE PROPOSTA INFERIOR FEITA POR LOJA SIMILAR, POR PESSOA LIGADA ÀS LOCATÁRIAS. DEFESA DE MÉRITO QUE NÃO COMBATE DE FORMA CONSISTENTE AS ALEGAÇÕES AUTORAIS. INÉRCIA PROBATÓRIA DAS APELADAS. PREVALÊNCIA DO AFIRMADO PELA AUTORA, QUE, ADEMAIS, É VEROSSÍMIL. POSSIBILIDADE DE REVISÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 5º, XXII E XXIII, CRFB, E DOS ARTS. 421 E 478 A 480 DO CÓDIGO CIVIL, MOLDURA NORMATIVA QUE CONDICIONA A INTERPRETAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES, AUTORIZANDO A REVISÃO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ANUÊNCIA PARCIAL COM A ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA ONEROSIDADE. APELO PROVIDO, NOS TERMOS DO PEDIDO, PARA REVISÃO DO ALUGUEL MÍNIMO." (Apelação nº 0015668-12.2005.8.19.0202 (2006.001.55367), do Relator Luiz Fernando de Carvalho, da 3ª Câmara Cível do TJRJ, julgado em 06/02/2007)

5. Responsabilidade civil do shopping center

5.1. Em relação ao lojista

Como já explanado no tópico referente ao assunto, quando da construção do shopping, a fim de reservar certa localidade dentro do empreendimento, o lojista paga ao proprietário o valor denominado de *res sperata*, que serve para obter recursos para completar a edificação.

O lojista possui expectativa de criar um fundo de comércio no novo empreendimento e, portanto, caso haja descumprimento por parte do shopping center em entregar a obra pronta, no prazo acordado, será cabível ação para reparar os danos e até os lucros cessantes.

Vários detalhes devem ser considerados na apuração do valor indenizatório, como o estoque já armazenado e não utilizado em função do atraso, os funcionários que não começarão os trabalhos, os negócios perdidos, o dinheiro gasto com a montagem da loja entre outros.

Colaciona-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROJETO DE CONSTRUÇÃO DE SHOPPING CENTER. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UMA DAS LOJAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA PROMITENTE VENDEDORA, CULMINANDO NA SUA LIQUIDAÇÃO. PARALISAÇÃO DAS 51 OBRAS. POSTERIOR TRANSFERÊNCIA DO EMPREENDIMENTO A TERCEIRO. RETOMADA DA CONSTRUÇÃO. NOVAS EXIGÊNCIAS DO PODER PÚBLICO, CONDUZINDO À ALTERAÇÃO DO PROJETO COM EXCLUSÃO DA LOJA OBJETO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DEVOLUÇÃO DO PREÇO PAGO. PRETENSÃO A QUE SE INDENIZEM OS LUCROS CESSANTES E O DANO MORAL. 1. Não se conhece do recurso pela divergência jurisprudencial nas hipóteses em que o recorrente se limita à transcrição de ementas, sem promover o cotejo analítico a

que se refere o art. 541, parágrafo único, do CPC. 2. Ausente o prequestionamento da norma tida por violada, não é possível conhecer do recurso especial por força dos óbices das Súmulas 282 e 356/STF. 3. A alegação de que a incorporadora, ao alterar o projeto por exigência do Poder Público, foi além do indispensável, implica revolver o substrato fático-probatório do processo, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 4. O dolo não é pressuposto do ilícito gerador da responsabilidade civil subjetiva, salvo hipóteses previstas de maneira expressa na Lei. Em regra, excluídas as hipóteses de responsabilidade civil objetiva ou ato ilícito por abuso de direito, o ilícito, em seu aspecto subjetivo, pressupõe não o dolo, mas a simples culpa do agente para se caracterizar. 5. A exigência do Poder Público que torne impossível o adimplemento da prestação consubstancia hipótese de força maior. Na resolução do contrato por força maior, a parte que deixou de cumprir sua obrigação só responde pelas perdas e danos se estiver em mora (art. 399 do CC/02). Apurar se a empresa que sucedeu a construtora original no adimplemento do contrato pode ser responsabilizada pela já configurada demanda análise dos instrumentos contratuais pelos quais tal sucessão se deu. 6. Se o acórdão recorrido afasta a existência de lucros cessantes por motivos diversos da inexistência de mora, pode-se depreender que o Tribunal a reconheceu. Tendo sido afastada, porém, a obrigatoriedade de indenizar por outros fundamentos, como o de que os lucros cessantes consubstanciarão mera expectativa na hipótese dos autos, o mero pedido de inversão do ônus da prova facultada pelo art. 6º, VIII do CDC não pode infirmar as razões em que se baseou o Tribunal. 7. A sucumbência deve obedecer ao princípio da causalidade. Se o autor tem apenas 52 parte de sua pretensão rejeitada, merece reforma a decisão que impõe a ele, com exclusividade, os ônus pela sucumbência. Para distribuição de tais ônus, considera-se o número de pedidos formulados pela parte, e o número de pedidos acolhidos pelo Tribunal. Precedente. 8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 885119/RJ, da Relatora Ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do STJ, julgado em 14/09/2010).

5.2. Em relação ao cliente

Quando se diz cliente, neste caso, é a pessoa física que fará uso do mix de lojas que o empreendimento oferece. Em relação ao cliente, a responsabilidade do shopping center manifesta-se principalmente pelo estrito cumprimento às orientações do Código de Defesa do Consumidor.

Como já explicado acima, a cessão do espaço do shopping center consiste, na realidade, na junção de diversas figuras contratuais, dentre as quais, a guarda dos veículos, nos espaços destinados aos estacionamentos será descrita a seguir.

Em primeira análise, cabe afirmar que os avisos muito comuns de que o shopping não se responsabiliza pelos danos ou subtrações ocorridos no interior de seu estacionamento são nulos de pleno direito, pois estão em desacordo com a disposição do art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Importante ressaltar que a responsabilidade do shopping como depositária do veículo é igual, seja o estacionamento pago ou gratuito, visto que, caso o mesmo seja gratuito, assim o é para incrementar o atrativo do próprio estabelecimento e isso se dá em razão da necessidade e interesse do próprio lojista. Deverá, portanto, o shopping ter o dever de guarda dos veículos ali deixados, visto que a clientela contará com esta vantagem.

Quem oferece estacionamento ou esquemas de segurança, que possa de alguma forma sugerir ao consumidor confiança para depositar o veículo, deve reparar os prejuízos eventuais decorrentes desta situação. Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pela sua Súmula nº 130: "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estacionamento."

Para dar suporte às afirmações acima, colaciona-se julgado do STJ:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO EM ESTACIONAMENTO. SHOPPING CENTER. VEÍCULO

PERTENCENTE A POSSÍVEL LOCADOR DE UNIDADE COMERCIAL. EXISTÊNCIA DE VIGILÂNCIA NO LOCAL. OBRIGAÇÃO DE GUARDA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - Nos termos do enunciado n. 130/STJ, "a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículos ocorridos em seu estacionamento". II - A jurisprudência deste Tribunal não faz distinção entre o consumidor que efetua compra e aquele que apenas vai ao local sem nada dispende. Em ambos os casos, entende-se pelo cabimento da indenização em decorrência do furto de veículo. III - A responsabilidade pela indenização não decorre de contrato de depósito, mas da obrigação de zelar pela guarda e segurança dos veículos estacionados no local, presumivelmente seguro. (REsp nº 437649/SP, do Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, da 4ª Turma do STJ, julgado em 06/02/2003)

6. Jurisprudência – alguns casos práticos

6.1. Garoto morto por leão de circo instalado no estacionamento do shopping:

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR RECURSO ESPECIAL.ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO JULGADO. ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA.ESPETÁCULO CIRCENSE - MORTE DE CRIANÇA EM DECORRÊNCIA DE ATAQUE DE LEÕES - CIRCO INSTALADO EM ÁREA UTILIZADA COMO ESTACIONAMENTO DE SHOPPING CENTER. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS LOCADORAS. DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE DE ENTRETENIMENTO COM O FIM DE ATRAIR UM MAIOR NÚMERO DE CONSUMIDORES. RESPONSABILIDADE. DEFEITO DO SERVIÇO (VÍCIO DE QUALIDADE POR INSEGURANÇA). DANO MORAL. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. MULTA. ART. 538 DO CPC. AFASTAMENTO. 1- O órgão julgador deve enfrentar as questões relevantes para a solução do litígio, afigurando-se dispensável o exame de todas as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Precedentes. 2- Está presente a legitimidade passiva das litisconsortes, pois o acórdão recorrido afirmou que o circo foi apenas mais um serviço que o condomínio do shopping, juntamente com as sociedades empresárias rés, integrantes de um mesmo grupo societário, colocaram à disposição daqueles que frequentam o local, com o único objetivo de angariar clientes potencialmente consumidores e elevar os lucros. Incidência da Súmula 7/STJ. 3- No caso em julgamento - trágico acidente ocorrido durante apresentação do Circo VostoK, instalado em estacionamento de shopping center, quando menor de idade foi morto após ataque por leões -, o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor estende o conceito de consumidor àqueles que sofrem a consequência de acidente de consumo. Houve vício de qualidade na prestação do serviço, por insegurança, conforme asseverado pelo acórdão recorrido. 4- Ademais, o Código Civil admite a responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para outrem, como exatamente no caso em apreço. 5- O valor da indenização por dano

moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de se mostrar manifestamente exagerado ou irrisório, distanciando-se, assim, das finalidades da lei. O valor estabelecido para indenizar o dano moral experimentado revela-se exorbitante, e deve ser reduzido aos parâmetros adotados pelo STJ. 6- Não cabe multa nos embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionamento. Súmula 98/STJ. 7- Provimento parcial do recurso especial. (REsp nº 1100571/PE, do Ministro Luis Felipe Salomão, da 4ª Turma do STJ, julgado em 07/04/2011)

6.2. Disparos de arma de fogo no cinema do Shopping Morumbi

CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DANO MATERIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CRIME COMETIDO DENTRO DE CINEMA LOCALIZADO NO SHOPPING. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. NEXO CAUSAL. INEXISTÊNCIA. COMPROVAÇÃO. 1. "Para se chegar à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se se reunirem todos os seus elementos essenciais: dano, ilicitude e nexo causal." (Humberto Teodoro Júnior, in *Dano Moral*, Editora Oliveira Mendes, 1998, p.8). 2. Assim sendo, não há como se deferir qualquer pretensão indenizatória sem a comprovação, ao curso da instrução nas instâncias ordinárias, do nexo de causalidade entre os tiros desferidos por Matheus e a responsabilidade do shopping, onde situava-se o cinema. 3. Rompido o nexo de causalidade da obrigação de indenizar, não há falar-se em direito à percepção de indenização por danos morais e materiais. 4. Recurso Especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido inicial. (REsp nº 1164889/SP, do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), da 4ª Turma do STJ

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho se prestou a estudar o contrato de shopping center, cuja natureza jurídica atípica e mista confunde, a princípio, o operador de direito, afinal, tal contrato é relativamente novo e fruto de uma junção de tipos contratuais que se aglomeraram para atender a nossa sociedade baseada em valores capitalistas e extremamente consumista.

Com o desenvolver do estudo, verificamos que a cessão do espaço em shopping center carece de legislação específica, ainda que a doutrina e os tribunais a considerem de forma paritária à locação.

Vimos também que o contrato celebrado entre o empreendedor, dono do shopping center e os lojistas é uma relação contratual complexa, visto que não é simplesmente um negócio imobiliário no qual o investidor aplica o seu dinheiro e é remunerado com base na venda dos imóveis. O fenômeno do shopping center acaba estabelecendo uma relação direta entre a rentabilidade do próprio shopping com o sucesso da atividade de cada um dos lojistas ali alocados, sejam eles âncora ou satélites.

Demonstrou-se ser um contrato com cláusulas diferenciadas e, por muitas vezes, controvertidas, como a cláusula de raio.

O contrato de shopping center clássico se verifica quando há de um lado, grandes investimentos, estudos prévios sobre público alvo, localização, composição e organização das lojas (*tenant mix*) bem determinada e, por outro lado, lojas âncoras ou satélites dispostas a pagar a *res sperata* e os aluguéis previstos, além de filiar-se à associação correspondente para cumprir as suas obrigações.

Apesar da aplicação da Lei do Inquilinato para a solução dos diversos problemas decorrentes desse tipo de contrato, temos que sempre ter em mente não se tratar de uma mera locação. O shopping é uma estrutura física devidamente planejada com estratégia de negócio e mercadológico para garantir aos lojistas o fluxo de clientela.

8. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, João Pestana de. *Nova lei de locações comentadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1992

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Comentários à nova lei do inquilinato*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992

COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Lei de locação de imóveis urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol.1. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de imóveis urbanos comentada*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e prático dos contratos*, volume 3.5ª ed. rev, ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2003

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A natureza das locações comerciais dos shopping centers: questões jurídicas, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1991.

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

SANTOS, J. A. Penalva, *Regulamentação jurídica do shopping center*, 1991, p. 100

SERVEIRA FILHO, Mario. *Shopping Center: Direito dos Lojistas*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

VERRI, Maria Elisa Gualandi. Shopping Centers – aspectos jurídicos e suas origens. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.