



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC/SP - COGEAE

Patrícia Martins de Castro

**ALGUNS ASPECTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO
INSUCESSO DO EMPREENDIMENTO NOS CONTRATOS DE
SHOPPING CENTER**

São Paulo

2015

Patrícia Martins de Castro

**ALGUNS ASPECTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO
INSUCESSO DO EMPREENDIMENTO NOS CONTRATOS DE
SHOPPING CENTER**

Monografia submetida a análise da banca examinadora da COGEAE da Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP, como exigência para obtenção do título de especialista em Direito Contratual, sob orientação do Professora Mestre Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim.

São Paulo

2015

Patrícia Martins de Castro

**ALGUNS ASPECTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO
INSUCESSO DO EMPREENDIMENTO NOS CONTRATOS DE
SHOPPING CENTER**

Local, ____ de _____ de ____.

EXAMINADORES

Professora Mestre Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim

Prof. (Nome do professor avaliador)

Porque Dele e por Ele, e para Ele, são todas as coisas;
glória, pois, a Ele eternamente. Amém.

Romanos 11:36

Agradeço primeiro a Deus, por todo o cuidado e carinho em todos os momentos da minha vida, e por permitir mais uma realização.

Agradeço ao meu pai Eugênio e minha mãe Ana por tudo que representam em minha vida, meus exemplos, meu porto seguro emocional e financeiro, e, por sempre acreditarem que eu seria capaz de alcançar todos os meus sonhos.

Agradeço ao meu namorado e futuro marido Augusto, pelo incondicional amor e paciência durante a execução do presente trabalho. Mesmo sem perceber, acalmou minhas inseguranças e ansiedades.

Muito obrigado por tudo.

Eu amo vocês.

RESUMO

Com o avançado crescimento de Shopping Centers em território nacional, estão surgindo novas situações de conflitos, e, por consequência, a necessidade do Direito de amparar todas as situações e dar resposta ao cidadão sobre a ocorrência vivenciada. Tomando por base tal situação, o presente trabalho tem por objetivo descrever algumas situações que devem ser observadas na formalização de contratos de Shopping Center, destacando ainda, os problemas que podem surgir em tal relação, que poderão levar ao insucesso do empreendimento e apuração das responsabilidades. Da análise dos estudos apresentados por militantes na área, e julgados proferidos em território nacional, destacamos algumas situações corriqueiras em Shopping Centers, demonstrando algumas ações que poderão ser ajuizadas, nas fases pré-negocial, na execução do contrato e no momento da rescisão, com a aplicação conjunta de diplomas legais, ante a inexistência de legislação específica para abarcar o tema.

ABSTRACT

With the advanced growth of Shopping Centers in the national territory, are emerging new situations of conflict, and, consequently, the necessity of the right to sustain all situations and to respond to citizens on the occurrence experienced. Based on this situation, this work has for objective to describe some situations that should be observed in formalizing contracts of Shopping Center, while highlighting the problems that can arise in such a relation, which may lead to the failure of the joint venture and calculation of responsibilities. The analysis of the studies presented by militants in the area, and judged judgments delivered in national territory, highlighted some routine situations in Shopping Centers, showing some actions that may be claimed in the phases pre-ins in the execution of the contract and at the time of termination, with the joint application of legal diplomas, compared to the lack of specific legislation to encompass the theme.

SUMÁRIO

1	Introdução	10
2	Alguns aspectos dos contratos de shopping center	12
2.1	Como definir um shopping center?	12
2.2	Do contrato: conceito, natureza jurídica, sujeitos e características	13
2.2.1	Conceito	15
2.2.2	Características básicas	16
2.3	Das cláusulas e funções inerentes a tal contrato.....	17
2.3.1	Da <i>res sperata</i>	18
2.3.2	Do <i>tenant mix</i>	19
2.3.3	Da cláusula raio.....	21
2.3.4	Da administradora do Shopping Center	23
2.3.5	Demais cláusulas aplicáveis aos Contratos de Shopping Centers.....	25
2.3.5.1	Da fixação do aluguel	25
2.3.5.2	Do condomínio.....	27
2.3.5.3	Da associação de lojistas e fundo de promoção.....	28
3	Responsabilidade civil pelo insucesso no empreendimento	31
3.1	Da forma de composição do tenant mix	33
3.1.1	Da loja âncora	33
3.1.2	Da loja satélite.....	36
3.1.3	Outras lojas	36
3.2	Da possibilidade de alteração unilateral do tenant mix por parte da incorporadora/administradora do shopping center	38
3.2.1	A consequência da alteração unilateral do mix que leva ao insucesso do empreendimento	40
3.3	Outras situações que levam ao insucesso do empreendimento.....	44

3.3.1	Falha no estudo da viabilidade econômica	44
3.3.2	Ausência de transparência na negociação e abusividade nas contratações	47
3.4	Da apuração da responsabilidade civil nos contratos de shopping center decorrente do insucesso do empreendimento	51
3.4.1	Responsabilidade pelo insucesso nas tratativas preliminares	51
3.4.2	Responsabilidade pelo insucesso após a inauguração do shopping center	59
3.4.3	Das medidas processuais	64
3.4.3.1	Insucesso nas tratativas preliminares	64
3.4.3.2	Insucesso no curso do contrato	66
3.4.3.3	Insucesso na fase rescisória.....	76
4	Breve análise do Recurso Especial nº 1.259.210/RJ.....	82
5	Conclusão	86
	REFERÊNCIAS.....	88
	LISTA DE ANEXOS	93
	ANEXO A – Apelação nº 9000060-80.2011.8.26.0405 32ª Câmara de Direito Privado – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	94
	ANEXO B – Recurso Especial nº 1.259.210/RJ – Superior Tribunal de Justiça.....	98

1 Introdução

No presente trabalho serão abordadas algumas situações relacionadas a aplicação da responsabilidade civil, em decorrência do insucesso de um Shopping Center, destacando não apenas as consequências jurídicas da apuração de tal responsabilidade, mas também as situações que se não forem observadas desde o início do projeto, poderão levar a quebra do empreendimento.

Para uma melhor compreensão do tema, serão apresentados, inicialmente, alguns aspectos do Contrato formalizado entre os lojistas e o empreendedor, que dada a especificidade do Contrato Comercial, deve prever situações específicas que contornarão a negociação desde seu início.

Após os destaques iniciais do Contrato, serão relacionadas situações presentes no cotidiano, envolvendo a fase pré-negocial, a execução do contrato propriamente dita, e as consequências da rescisão do contrato, que no caso de ocorrência de prejuízos, poderá ensejar demandas judiciais para a recomposição dos danos.

No presente trabalho, será levada em consideração a aplicação conjunta de princípios de Direito e ainda de leis especiais, na tentativa de suprir a ausência de lei específica sobre o assunto, norteadas as possibilidades de defesas tanto dos lojistas, como dos empreendedores, neste campo negocial tão diferente de um simples contrato comercial, pois no Shopping Center uma rede de contratações será instalada, onde a natureza essencial de tal negócio jurídico é o equilíbrio necessário para a saúde financeira do empreendimento, pois lojistas devem trabalhar conjuntamente para o sucesso do empreendimento.

A importância da análise de tais situações se justifica pelo forte crescimento de tais centros empresariais em território nacional, e a necessidade dos profissionais em orientar os futuros empresários sobre as implicações de tal modalidade contratual, centralizando o presente trabalho, na possibilidade de se apurar uma eventual responsabilidade civil, tanto para quantificar danos, como para afastá-los.

Para a execução do trabalho e melhor compreensão do tema, foram levados em consideração os estudos apresentados por profissionais militantes da área, e acompanhados de decisões proferidas pelos tribunais nacionais, na tentativa de harmonizar as relações.

Em razão da necessidade de o ordenamento jurídico solucionar toda e qualquer

demanda que surge na execução contratual, ainda foram utilizadas doutrinas de outras ramificações do Direito, como consumidor, empresarial, entre outras, suprimindo eventuais lacunas do Direito Civil, ainda, apoiando-se em estudos estrangeiros, como o Norte Americano, sobre o tema.

Depois de percorridas as situações centrais, o trabalho é finalizado com uma breve exposição das medidas judiciais possíveis e destaque e considerações do Acórdão - Recurso Especial nº 1.259.210/RJ.

2 Alguns aspectos dos contratos de shopping center

2.1 Como definir um shopping center?

Em virtude da grande aglomeração de pessoas nas cidades, e com a finalidade de oferecer conforto em tais regiões, muitos empreendedores buscam instalar grandes centros comerciais, popularmente conhecidos como shopping centers. Entretanto, não basta a simples construção e instalação de um grupo de lojas, para que o centro empresarial seja reconhecido como shopping center, sendo necessário atender alguns aspectos conceituais e práticos para adequação de tal instituto.

Tomando por base tal situação, e levando em consideração que o shopping center surgiu na década de 50, nos Estados Unidos¹, para melhor compreensão do tema, nos servimos dos conceitos apresentados pelo *International Council of Shopping Centers*.

A Corte Internacional define o shopping center como sendo,

a group of unified commercial establishments architecturally and built on land planned and developed. The shopping center should be administered as an operating unit, and the size and type of existing stores Related directly to the area of influence trade to which the unit serves. The mall center will also offer parking compatible with all existing stores in the project².

Além disso, contextualizando o tema para a realidade brasileira, um empreendimento será reconhecido como um shopping center quando,

A Abrasce considera shopping center os empreendimentos com Área Bruta Locável (ABL), normalmente, superior a 5 mil m², formados por diversas unidades comerciais, com administração única e centralizada, que pratica aluguel fixo e percentual. Na maioria das vezes, dispõe de lojas âncoras e vagas de estacionamento compatível com a legislação da região onde está instalado³.

¹ MOACYR, Gustavo Bueno. Shopping Centers: Atualidade Brasileira da Tendência Mundial. Disponível em < <http://www.senac.br/informativo/bts/232/boltec232e.htm>>. Acesso em 17 de maio de 2015.

² Disponível em <<http://www.shoppingcouncil.com.br/>>. Acesso em 21 de junho de 2015.

³ ABRASCE – Associação Brasileira de Shopping Center (São Paulo, SP). Disponível em < http://www.portaldoshopping.com.br/uploads/temp/PlanodeMix_FinalDez2009_NOVO.pdf> Acesso em 21 de junho de 2015. Disponível em < <http://www.portaldoshopping.com.br/site/monitoramento/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em 24 de maio de 2015.

Desta forma, não basta a organização de um *mall* com inúmeras lojas, estacionamento e praça de alimentação - como costumamos presenciar - para início de um shopping center, é necessário que todos os requisitos mencionados acima estejam presentes, para nascimento de tal empreendimento, acompanhado de todas as obrigações e benefícios atinentes a matéria.

2.2 Do contrato: conceito, natureza jurídica, sujeitos e características

Antes de discorrer sobre o tema propriamente dito, acerca das conceituações e características dos contratos de shopping center, impõe-se a necessidade de apresentar a discussão doutrinária existente sobre a natureza jurídica de tal contrato, ante a ausência de legislação própria que o defina.

Ante a previsão contida no artigo 54 da Lei do Inquilinato, e as características da instituição do empreendimento, que envolverão o pagamento de cotas condominiais, a doutrina têm se manifestado sobre a possibilidade de enquadrá-lo como um condomínio ou uma locação comercial.

Destaca-se, neste momento, a ideia apresentada pelo professor mineiro Marcos Cláudio Acquaviva, ao qual menciona que "o shopping center ou centro comercial constitui um condomínio imobiliário que tem por objetivo o exercício do comércio pelos condôminos"⁴.

Por outro lado, o professor Caio Mário da Silva Pereira, defende que:

nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping centers (art. 54) o contrato entre eles celebrado é o de locação, prevalecendo, no entanto, a livre contratação. A lei estabelece apenas algumas restrições quanto às cobranças que o empreendedor do shopping pode realizar do locatário, a fim de evitar abusos nas contribuições condominiais⁵.

Contudo, ressaltamos que o contrato celebrado entre o empreendedor e os lojistas vai muito além de simples instituição de condomínio e contrato de locação. Na

⁴ Novas figuras contratuais: homenagem ao professor Washington Luiz da Trindade/Rodolfo Pamplona Filho, Laurício Alves Carvalho Pedrosa, coordenadores - São Paulo: Ltr., 2010, p. 42.

⁵ *ibidem*, p. 48.

realidade, têm-se o encontro de ambos os institutos em uma única relação, onde a exclusão de um sistema impediria a ampla execução do contrato.

Exatamente nesse sentido, necessário é destacar algumas situações apresentadas pela professora Dinah Pinto⁶, onde há destaque de situações específicas que pontuam as relações dos lojistas e empreendedor, e as diferenças entre o contrato de condomínio e locação:

- a) shopping center, antes de tudo, é um empreendimento empresarial com a finalidade precípua de lucro do empreendedor e dos lojistas. Já o condomínio edilício, por sua vez, tem em vista a moradia, instalação de escritórios ou lojas, gozando cada unidade autônoma de relativa independência, ou seja, desde que obedecida sua destinação e não contrarie a convenção; e
- b) no shopping center há a fiscalização do administrador nos lucros, na decoração e intervenção direta na maioria dos assuntos inerentes ao desenvolvimento das atividades dos lojistas.

Valendo-se da explicação da professora Dinah Pinto, e levando em consideração as peculiaridades de tais contratos, a múltipla existência dos contratos de locação e condomínio, nos valem da conclusão da professora Maria Helena Diniz, que parece melhor definir a natureza jurídica de tais contratos:

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

O contrato de shopping 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.

(...)

O contrato de shopping, privado de *nomen juris*, encerra portanto inúmeras peculiaridades não encontradas em nenhum outro contrato, constituindo uma nova figura contratual, que se regerá pelas normas ditadas pelo empreendedor, com adesão dos lojistas. Apenas por falta de regulamentação legal própria, aplicar-se-lhe-á, enquanto esta não for promulgada, a Lei 8.245/91, com as alterações da Lei n. 12.112/2009, por imposição legal, somente para proteger o fundo de comércio, desde que não conflitante com as cláusulas normativo-contratuais atinentes ao uso das lojas e ao funcionamento do centro comercial, atendendo o disposto nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁷.

Superada a natureza jurídica dos contratos de shopping center, serão destacados alguns aspectos, como conceito, características, entre outros.

⁶ Novas figuras contratuais: homenagem ao professor Washington Luiz da Trindade/Rodolfo Pamplona Filho, Laurício Alves Carvalho Pedrosa, coordenadores - São Paulo: Ltr., 2010, p. 42-43.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos, volume 3 - 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

2.2.1 Conceito

Mesmo com a discussão existente sobre a natureza jurídica de tal contrato, é possível verificar que tal instituo engloba inúmeras peculiaridades - que serão melhor abordadas, dificultando a apresentação de definição exata dos contratos de shopping center.

Independente de ser contrato de locação ou atípico misto, a doutrina segue no mesmo sentido, quando entende a amplitude de tais contratos, que envolvem aspectos próprios.

O professor César Fiuza indica que:

O que habitualmente se denomina contrato de shopping center é, na realidade, contrato entre lojistas, empreendedor e administrador, contendo normas gerais e específicas sobre a utilização do shopping, direitos e deveres das partes⁸.

Já a professora Maria Helena Diniz:

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

O contrato firmado é, portanto, normativo e não por adesão, embora seja *standard*, contrato tipo, com cláusulas e condições impressas, por conter normas atinentes aos direitos e deveres dos contraentes, à ocupação de um espaço, à estruturação de um negócio organizado e complexo. Tais normas gerais regedoras do funcionamento e das locações do *shopping center* constituem contrato normativo declaratório ou *contractus master*, estabelecido pelo empreendedor⁹.

Assim, não há dúvidas que tais contratos carregam condições extremamente particulares, necessitando de um olhar clínico para análise das situações que permeiam tais relações, e sempre se utilizando do brilhante estudo da professora

⁸ FIUZA, César. Direito civil: curso completo - 17. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014, p. 851.

⁹ DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos, volume 3 - 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83.

Cláudia Lima Marques, acerca do Diálogo das Fontes¹⁰, para melhor interpretar e reger o funcionamento de tais contratos.

Superada a definição jurídica dos contratos de shopping center, antes de adentrar no tema da aplicação da responsabilidade civil nas relações envolvendo shopping centers, necessário é trazer à baila alguns aspectos sobre tais contratos, como partes, características básicas e cláusulas específicas, como será abordado a seguir.

2.2.2 Características básicas

Como em qualquer relação negocial, para melhor compreender a relação jurídica de determinado contrato, necessária é a identificação das partes contratantes.

Não há dúvidas que os contratos de shopping centers envolvem relações mais complexas, com diversas partes envolvidas¹¹, dentre as tais, o empreendedor ou o "dono" do shopping center, os diversos lojistas ocupantes de determinadas áreas e a administradora do shopping, com função de extrema importância

Desnecessária é a conceituação de cada contratante, vez que é de fácil compreensão a função de cada um no desenvolvimento do negócio.

Frisa-se que cada parte desenvolverá sua função, dentro dos estritos limites que serão impostos, sendo que a falha de qualquer uma poderá levar ao insucesso do empreendimento, com a consequente responsabilização de cada um dos envolvidos.

Além disso, para o desenvolvimento de tal contratação, é necessário o atendimento de algumas características por parte dos contratantes, dentre as quais:

Os lojistas devem pagar um aluguel ao empreendedor, além da taxa de utilização e administração, equivalente a taxa de condomínio, para cobrir despesas comuns. Este aluguel é fixado em bases mínimas, sendo acrescido de um percentual sobre o faturamento de cada loja.

(...)

Por fim, os lojistas serão obrigatoriamente membros da Associação de Lojistas, pessoas jurídicas de Direito Privado, sem intuito lucrativo, que tem

¹⁰ "Diálogo" porque há influências recíprocas, "diálogo" porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção por uma das leis pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma lei em conflito abstrato - uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes), em, MARQUES, Claudia Lima. Manual de direito do consumidor, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013, p. 123.

¹¹ FIUZA, César. Direito civil: curso completo - 17. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014, p. 851.

por finalidade dar o necessário suporte aos associados, no referente a troca de informações, normatização das atividades comerciais, a fim de evitar a concorrência desleal, por exemplo¹².

O desenvolvimento da atividade de shopping center não se limita aos aspectos destacados acima, mas envolve ainda a correta disposição do *tenant mix*, o pagamento da *res sperata*, a função da administradora, situações que dada a sua importância técnica da matéria, serão desenvolvidas em tópico próprios no presente estudo.

Além disso, na relação dos contratos de shopping center, necessária é a presença de inúmeros requisitos e documentos que serão utilizados ao longo das contratações, dentre os quais:

(i) o contrato propriamente dito, com as estipulações individuais de cada lojista/locatário; (ii) as "normas gerais" ou "cláusulas comuns", que são um conjunto de regras para todos; (iii) o regimento interno, que estipula sobre o funcionamento do empreendimento; e (iv) o estatuto da associação dos lojistas (é condição para firmar a locação que o lojista se filie à associação dos lojistas do shopping), que, dentre outras funções, trata da arrecadação e gerência do fundo de promoção e publicidade¹³.

Respeitando-se os conceitos de shopping center apresentados no começo, a atendendo as peculiaridades que envolvem tais contratações, de melhor maneira será identificado um shopping center, que poderá chegar ao sucesso.

2.3 Das cláusulas e funções inerentes a tal contrato

Como já destacado nos tópicos anteriores, um shopping center é formado por um complexo empresarial, com a presença de diversos lojistas, instalados de maneira estratégica para atender o público e a região, tudo proveniente de breve estudo das preferências e poder aquisitivo do local de instalação no empreendimento.

Com base em tal situação, algumas peculiaridades devem ser observadas para o sucesso do empreendimento. Situações que serão a seguir abordadas.

¹² FIUZA, César. Direito civil: curso completo - 17. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014, p. 851.

¹³ CERVEIRA, Daniel Alcântara Nostri e DE SOUZA, Marcelo Dornella. Shopping Center: limites na liberdade de contratar. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

2.3.1 Da *res sperata*

Na criação de um projeto para a instalação de um shopping center, vários estudos são realizados, especialmente para compor corretamente o *tenant mix* de lojas - que será abordado no próximo tópico.

Com base em tais situações, e ante as próprias campanhas publicitárias que são lançadas antes da inauguração do empreendimento, com grande apelo comercial, a chance de sucesso em tais empreendimentos é muito maior, e atrai uma maior quantidade de consumidores que buscam o conforto do complexo empresarial.

Em razão da criação de tal cenário, e o interesse dos lojistas em participar do empreendimento, inclusive garantindo seu espaço de instalação, surge o conceito da *res sperata*, ou seja, paga-se um valor esperado pela possibilidade de usufruir de tal espaço.

Sobre o assunto, a professora Maria Helena Diniz, nos explica que:

Será preciso ressaltar que, antes da construção do *shopping center*, o proprietário firma com o futuro lojista um contrato a título de reserva de 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 etc, estaria assegurando a reserva da unidade que previamente escolheu. Com o pagamento desse capital que será restituído após a conclusão da obra, o lojista passa a ter o direito de reserva da localização ou garantia de entrega do local que ingressará o fundo de comércio. Esse contrato, se perfaz na fase de construção do shopping, não se confunde com o que vigorará, após sua edificação, para o uso das lojas. Isso é assim porque o lojista, ao ingressar no empreendimento tem por escopo o fundo de comércio do empreendedor e em contrapartida vem a remunerá-lo por meio da *res sperata*¹⁴.

Como destacado pela professora Diniz, a *res sperata* é forma de remuneração, fixada através de contrato prévio, em que o lojista interessado contribuirá para o acesso ao empreendimento.

A quantia tem lógica e correta aplicação, na medida em que o empreendedor deve ser corretamente remunerado pelo projeto que está criando, e necessário é o custeio da própria obra em si, pois tais complexos compreender valores mais consideráveis, ante a necessidade de instalação moderna, e sempre com os padrões

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos, volume 3 - 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 89.

exigidos para a área escolhida. Com o correto pagamento, surgirá ao lojista, o direito de ingressar no shopping center.

2.3.2 Do *tenant mix*

Para garantir o sucesso na instalação e implantação de um shopping center, necessária é a correta distribuição do espaço, lojas, áreas de lazer e etc, dentro do empreendimento.

O estudo de viabilidade e organização de tais lojas, é tecnicamente conhecido como *tenant mix*. Sobre o assunto, o professor Fábio Ulhôa Coelho assevera que:

A ideia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, em um mesmo local, de cômodo acesso e segura, a mais ampla gama de produtos e serviços. Em outros termos, deve haver um planejamento da distribuição da oferta, uma relativa organização da competição interna. Assim, as locações dos espaços devem atender às múltiplas necessidades do consumidor, de sorte que não falem certos tipos de serviço (banco, correio, cinema, lazer, etc.), mesmo quando há uma atividade central desenvolvida pelo shopping center (moda, utilidades domésticas, material de construção etc.)¹⁵.

Assim, na instalação do empreendimento, o "dono" do shopping deve se dedicar a estudos prévios acerca da região que será instalado o comércio, para que as necessidades da população periférica sejam atendidas, garantindo-se o sucesso do empreendimento.

Contudo, não basta o simples estudo para instalação e construção do local, o empreendedor deve preocupar-se em manter atualizado o *tenant mix*, tendo em vista que ao longo do tempo podem ocorrer desvalorizações ou valorizações das áreas, o que impactarão o prosseguimento do negócio.

O já citado professor Ulhôa¹⁶ indica que o grupo administrativo do shopping center deve ficar atento as modificações do mercado, sobre o que mais atrairá ou não o consumidor, envolvendo as novidades tecnológicas, marketing, moda e etc.

Para compor corretamente o *tenant mix* do empreendimento, os incorporadores devem atentar-se a duas modalidades de lojas, que por si só são capazes de atrair a clientela, as lojas âncoras e as lojas satélite.

De acordo com o "Plano de Mix" elaborado pela Associação Brasileira de

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

¹⁶ *ibidem*, p. 66.

Shopping Centers¹⁷, a loja âncora vem a ser:

O enquadramento de uma operação nessa categoria se deve à área locada (normalmente mais de 1.000 m) e ao fluxo de pessoas que ela atrai para o Shopping Center. Podem ser operações varejistas dos seguintes segmentos:

- 1.1 - Loja de Departamentos
- 1.2 - Hipermercado
- 1.3 - Supermercado
- 1.4 - Construção e Decoração (Novo)
- 1.5 - Eletrodomésticos e Eletroeletrônicos (Novo)
- 1.6 - Outros

Já a loja satélite:

Engloba todas as lojas que vendem itens do vestuário e acessórios.

- 3.1.1 - Vestuário Geral
- 3.1.2 - Moda Jovem (Unisex)
- 3.1.3 - Vestuário Masculino
- 3.1.4 - Vestuário Feminino
- 3.1.5 - Vestuário Infantil
- 3.1.6 - Moda Praia e Fitness (Biquínis, Maiôs, Sungas, Roupas para ginástica)
- 3.1.7 - Surfwear (Novo)
- 3.1.8 - Moda Íntima (Lingerie e Meias)
- 3.1.9 - Acessórios para Vestuário (Bolsas, Cintos e outros quando forem vendidos junto com vestuário)
- 3.1.10 - Outros (Gestantes, Noivas, Tecidos, Moda Étnica, Exótica e Regional, além de Roupas Profissionais, etc).

O "Plano de Mix" ainda menciona que poderão ser lojas satélites, as lojas de calçados, artigos do lar, telefonia e acessórios, artigos diversos (informática, papelaria, brinquedos), óticas, joalheira e relógios, perfumaria e cosméticos e alimentação.

Além disso, o "Plano de Mix" indica várias outras lojas que poderão compor um shopping center, como as megalojas, conveniência e serviços, lazer (cinema, teatro, etc).

Atentos na instalação de tais modalidades, e complementando o local com outros pequenos lojista, *bomboneries* e etc. mais fácil será atrair o público a que se destina a instalação do shopping center, e como consequência, a possibilidade de lucros de todos os envolvidos será constante e crescente.

¹⁷ ABRASCE – Associação Brasileira de Shopping Center (São Paulo, SP). Disponível em < http://www.portaldoshopping.com.br/uploads/temp/PlanodeMix_FinalDez2009_NOVO.pdf> Acesso em 21 de junho de 2015.

2.3.3 Da cláusula raio

Com base no breve estudo apresentado sobre a composição do *tenant mix* no desenvolvimento dos shopping centers, outro assunto que deve ser considerado é a instituição das denominadas "cláusula raio" nos contratos de locação/cessão de uso em shopping center.

A cláusula raio vem a ser:

disposição contratual (normalmente em contratos de locação) em que o lojista, enquanto perdurar o pacto locatício, compromete-se a não abrir outra loja num raio predeterminado do centro de compras, cuja extensão gira em torno de 2.000 metros, tendo-se notícia de até 6.000 metros.

A vedação não inclui somente a instalação de loja sob a mesma bandeira, haja vista que, além da locatária (em geral pessoa jurídica), seus sócios, acionistas, quotistas, franqueados e parceiros comerciais em geral usualmente também ficam impedidos de implementar outro estabelecimento no mesmo ramo de comércio, o que demonstrar sua excessiva abrangência¹⁸.

Como destacado pelo professor citado, a cláusula raio impõe limitações quanto a inauguração de novas lojas nos arredores do empreendimento. De tal situação, discute-se sobre a validade jurídica da manutenção de tais cláusulas nos contratos de locação em shopping center, tendo em vista o excesso contido em sua previsão o que poderia inclusive propiciar uma concorrência desleal em tais empreendimentos¹⁹.

Sobre o assunto, nos valem de discussões jurisprudenciais, que lidarão melhor com o assunto, em especial decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ementado da seguinte forma:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE CONTRATUAL. LOCAÇÃO DE ESPAÇOS EM SHOPPING CENTER. CLÁUSULA DE RAIOS IMPEDINDO QUE LOJISTAS MANTENHAM NEGOCIAÇÃO COM OUTROS EMPREENDIMENTOS (SHOPPINGS), SOB PENA DE SOFRER SEVERAS PENALIDADES. ABUSIVIDADE E ILEGALIDADE DEMONSTRADA.

Agravo retido reiterado na apelação: Empresa que atua como mera mandatária não é parte legítima para responder à demanda, mantendo-se a extinção do processo em relação a ela. Mérito da demanda: Cláusula de raio considerada abusiva e ilegal no caso em concreto pelos seguintes fundamentos: 1) alteração unilateral do raio para 3 km, violando o princípio da boa-fé objetiva; 2) violação da livre concorrência com os outros shoppings; 3) violação da livre iniciativa com a criação de obstáculo aos pequenos e médios empreendedores interessados em locar espaço nos outros shoppings; 4) prejuízos ao consumidor, que serão induzidos e estimulados a frequentarem o Iguatemi (pois vários estabelecimentos comerciais consagrados e de renome somente estarão em funcionamento lá); 5) Cláusula de raio estabelecida "ad eternum", violando regra/princípio/postulado da proporcionalidade e

¹⁸ CERVEIRA, Daniel Alcântara Nostri e DE SOUZA, Marcelo Dornella. Shopping Center: limites na liberdade de contratar. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

¹⁹ *idem*.

razoabilidade. Sentença reformada, julgando-se procedente a demanda. Invertidos os ônus sucumbenciais. Agravos retidos reiterados em contrarrazões: Ilegitimidade ativa do Sindicato. Afastada. Trata-se de hipótese de substituição processual, ou seja, situação pela qual o substituto age em nome próprio defendendo direitos alheios. Jurisprudência do STF consagrou posição no sentido de que é desnecessária autorização específica dos associados/filiados. Ausência de interesse processual. Descabimento. Reconhecimento da invalidade da “cláusula de raio” por diversos fundamentos, inclusive por situações de ilegalidade. Além do mais, uso da terminologia não impediu o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas rés.

NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO DA AUTORA E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, REJEITANDO-SE OS AGRAVOS RETIDOS REITERADOS EM CONTRARRAZÕES. UNÂNIME. (TJ/RS - Apelação nº 0119941-80.2013.8.21.7000 - Desembargador relator Ergio Roque Menine - Julgado em: 28/08/14)²⁰.

De maneira resumida, o acórdão trata da fixação da cláusula raio, pela empreendedora do Shopping Iguatemi de Porto Alegre, ao qual, no começo era ajustada na proibição de inauguração de lojas num raio de 2.000Km, sendo posteriormente alterado para 3.000Km.

Além da vedação territorial, o que levou a Associação de Lojistas a promover ação judicial, consiste na fixação *ad eternum* de tal cláusula, na medida em que não há limitação temporal de sua existência, e também na total má fé perpetrada pela administradora e empreendedores, de alterar a extensão territorial sem conversar com os lojistas, e pior, sem ao menos comunicá-los de tal situação, apenas notificando os proprietários sobre a possibilidade de sanção contratual pelo desrespeito do certame.

Ante a complexidade de matéria discutida nos autos, necessária foi a realização de perícia. Na elaboração do laudo pericial, o *expert* considerou que o shopping réu, com a fixação da cláusula raio, era detentor de mais de 30% (trinta por cento) do comércio regional, e, ainda, que somente em sua unidade estavam situadas diversas lojas exclusivas, que os consumidores só encontrariam determinadas marcas e produtos neste shopping center²¹.

Trazendo um paralelo com o exposto anteriormente, tal situação afronta

²⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0119941-80.2013.8.21.7000, 16ª Câmara Cível, 28 de agosto de 2014. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

²¹ Ademais, constata-se que o Iguatemi exerce posição relevante nesse raio de 03 km apontado pela prova pericial, ou seja, de um universo de 124.605m² da ABL, ocupa o equivalente a 39.306m² da ABL, o que atinge aproximadamente 32% da fatia desse mercado. Significa dizer, em outras palavras, que o Iguatemi exerce posição dominante no mercado, até porque está estabelecido em Porto Alegre desde 1983, sendo que a maioria das lojas âncoras, bem como as lojas de renome nacional e internacional estão estabelecidas (locadas) dentro das suas dependências. BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0119941-80.2013.8.21.7000, 16ª Câmara Cível, 28 de agosto de 2014. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

diretamente a livre concorrência, que traz inúmeros prejuízos ao consumidor, que se vê obrigado a se deslocar para o shopping que possui a loja de seu interesse, mesmo que outro esteja próximo de sua residência. Tal assunto foi sabiamente abordado pelo relator do acórdão, a saber:

De imediato se constata que não somente os lojistas interessados na locação do Shopping Center Wallig estão sendo atingidos pela “cláusula de raio” do Iguatemi, mas, sim, e também, os eventuais lojistas e consumidores dos Bourbon Shopping Country, Lindóia Shopping Center e Boulevard Strip Center, até porque, de acordo com a resposta ao quesito 07 (fl. 1010), vários estabelecimentos comerciais estão presentes tanto no Iguatemi como nos outros shoppings acima referidos, e muitos outros lojistas poderiam fazê-lo de forma semelhante não fosse justamente a restrição unilateralmente imposta pelos réus/apelados.

Percebe-se com facilidade, então, que a “cláusula de raio” em comento é muito mais abrangente do que inicialmente apontado, afetando não somente os lojistas interessados na locação dos outros Shoppings, como também todo o universo de consumidores dessa redondeza, que serão induzidos e estimulados a frequentarem apenas o Iguatemi quando tiveram interesse num estabelecimento comercial específico. Pior ainda quando algum consumidor precisar usufruir de dois estabelecimentos comerciais específicos no mesmo shopping; nesse caso, não havendo tal correspondência, o consumidor terá que frequentar dois shoppings no mesmo dia, perdendo tempo e dinheiro.

Infelizmente, tal situação se estende a outros Estados, mas muitos lojistas por terem medo de perder a locação, situada em local estratégico, com amplo lucro, se submetem a tais abusividades, permanecendo inertes tais imposições arbitrárias dos empreendedores.

2.3.4 Da administradora do Shopping Center

Em razão da instalação do empreendimento, e para assegurar o amplo funcionamento do shopping e atendimento dos lojistas e consumidores que frequentam o local, necessária é a instalação de uma administradora, que desempenhará papel de suma importância para o bom andamento e sucesso do empreendimento.

Dentre tantas funções, compete a administradora (geralmente empresas especializadas) acompanhar o desenvolvimento do empreendimento, observando se o *mix* de lojas atende a finalidade perseguida, ou se há necessidade de remodelar, verificar o faturamento dos lojistas, para a correta aplicação do aluguel, fiscalizar as atividades das empresas contratadas, como por exemplo, equipe de segurança, estacionamento, limpeza, paisagismo, dentre outras.

Situação de suma importância na função da administradora, e que por muitas vezes pode se tornar o centro de preocupações e litígios com os lojistas, envolve a correta apresentação da prestação de contas, pois para o bom andamento de todas as atividades, o lojista é responsável pelo pagamento de taxa condominial, que dependendo do nível do empreendimento apresenta valores consideráveis, que devem necessariamente refletir com a atuação da administradora, com a finalidade precípua de atrair o maior número de consumidores possíveis.

Evidenciando tal cenário, destaca-se estudo apresentado por Mario Cerveira Filho:

Não obstante o lojista estar adstrito à cláusula contratual que dispõe sobre a obrigação de aceitar a orientação que o empreendedor venha a imprimir à administração do shopping, não podemos deixar de levar em consideração que sendo essa obrigação impositiva, responsabiliza o empreendedor a bem administrá-lo, não podendo ser, consequentemente evasivo ou omissor na prestação de contas, no relacionamento com o lojista etc.²²

Concordamos com a opinião apresentada pelo autor acima, na medida em que, infelizmente, inúmeras administradoras têm falhado na correta prestação de contas, e muitas vezes acobertam situações que seriam aptas em demonstrar a má gestão dos recursos, que acaba por afetar o bom andamento do negócio, levando inclusive ao insucesso do empreendimento, e ao inevitável encerramento das atividades, que acaba por abalar todos os lojistas.

Além da falha na prestação de contas, outra situação de suma importância, que deve ser cautelosamente observada pela administradora, é a correta composição do *mix* de lojas.

Tal assunto, dada sua importância, receberá estudo específico no presente trabalho, pois, por muitas vezes a administradora impõe ao lojista alterar sua localização, o que pode ser ou não viável, tendo em vista as possíveis alterações no faturamento, sucesso e divulgação da própria loja.

Infelizmente, a alteração do *mix* acaba por ser uma decisão tomada de maneira unilateral pela administradora e dono do empreendimento, sem se preocupar com os aspectos negativos (ou mesmo positivos) de tais modificações, sendo muitas vezes o cerne na falência de alguns lojistas.

Desta forma, no próximo capítulo trataremos uma discussão mais profunda do

²² CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

tema, inclusive indicando os litígios existentes, e a posição doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto.

Assim, demonstrada a importância da administradora no andamento do empreendimento, bem como, as consequências que a má gestão da mesma poderá trazer, destacamos outras situações peculiares para o entendimento básico dos contratos formalizados em shopping centers.

2.3.5 Demais cláusulas aplicáveis aos Contratos de Shopping Centers

2.3.5.1 *Da fixação do aluguel*

Ponto de suma importância, em questão principal na definição das locações, se concentra na maneira como será fixado o aluguel de cada lojista, tendo em vista, a existência de inúmeros fatores, pois alguns pequenos empresários se beneficiarão diretamente da clientela que o próprio projeto fornece, não tendo muitas vezes que se preocupar com a criação de fundo de comércio, com produções de marketing, dentre outras situações.

Sobre tal aspecto, os empreendimentos têm adotado uma forma de cobrança do aluguel, que de maneira simples será apresentada a seguir.

É comum nas relações locatícias aqui estudadas, a fixação de um aluguel mínimo, e um aluguel percentual sobre o faturamento mensal da loja, que poderá variar em cada empreendimento, e para cada lojista. Tal situação será cobrada de acordo com o faturamento apurado no mês devido, sendo que se a porcentagem sobre as contas for superior ao valor mínimo, somente o aluguel percentual será devido, e se for inferior, o lojista pagará apenas o mínimo fixado.

Tal situação, implica no pagamento variável dos valores locatícios, compatível com a própria estrutura do empreendimento, que devido situações específicas, como datas comemorativas, terão seu faturamento maior ou menor.

Sobre o aluguel mínimo não há maiores situações para exploração. Já o aluguel percentual, merece uma melhor análise.

Ao estudar o tema, o advogado Rodrigo Barcellos, explica que o maior interesse na fixação do aluguel percentual, envolve a manutenção do equilíbrio

econômico-financeiro do contrato²³, pois não seria justo ao empreendedor receber aluguel baixo quando o lojista que usa toda a estrutura recebe apenas os lucros em suas vendas, sem repassar quantias significativas ao "dono".

Aduz ainda o autor que:

O empreendedor tem a obrigação de zelar pelo equilíbrio global do sistema por ele projetado e executado. Não deveria interessar ao empreendedor cobrar mais do que o razoável do lojista, por ser a presença deste último importante para a composição do *mix* projetado e, por conseguinte, para o sucesso da empresa de conjunto²⁴.

A situação é muito bem pontuada pelo advogado, na medida em que como em várias outras contratações, o pleno desenvolvimento do negócio implica na realização de esforços e sacrifícios de ambas as partes, que por consequência, trarão benefícios para ambas, estampadas nos lucros alcançados ao longo da execução contratual.

Outra situação importante na fixação de aluguel percentual, engloba a mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* em tais modalidades contratuais.

Tal tese é defendida pelo advogado Mario Cerveira Filho, onde em sua obra sobre ações renovatórias em shopping centers, defende que tais contratos devem acompanhar a situação econômica do país, que dadas suas circunstâncias oscilam de ano para o ano. O autor indica:

(...) a atual estabilização da economia não permite fazer projeções impensadas sobre o consumo da sociedade brasileira nos próximos anos, de modo que é incorreto, tanto para o lojista quanto para o Poder Judiciário (em ações renovatórias), aceitar a fixação ou a manutenção do aluguel percentual em níveis incompatíveis com o histórico da economia nacional²⁵.

Logo, na manutenção de tal contrato, e seguindo o estudo também apresentado pelo advogado Rodrigo Barcellos, há de se buscar constante equilíbrio na execução contratual, para que a prestação de uma parte nunca fique desproporcional a outra, implicando concluir que o aluguel percentual deverá acompanhar o próprio sucesso do empreendimento, que dadas situações específicas poderá oscilar para fixação de valores maiores, ou mesmo revisão para percentagens menores. Cada situação deverá ser estudada e aplicada caso a caso.

²³ BARCELLOS, Rodrigo. O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais. São Paulo: Atlas, 2009, p. 121.

²⁴ *idem*.

²⁵ CERVEIRA FILHO, Mario. Ações renovatórias e revisionais em shopping centers. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

Além da fixação do aluguel em valores mínimos e variáveis, muito comum em tais contratos, a fixação também do aluguel em dobro, cobrado no final do ano, especificamente referente ao mês de dezembro, que em decorrência das festividades de final de ano, o movimento e faturamento dos lojistas sobe demasiadamente, pois é maior a quantidade de pessoas comprando produtos, presente, decorações e etc., ante a própria cultura entabulada, onde acompanhada da celebração do Natal e Ano Novo, há o pagamento do 13º salário, que faz com que o consumo aumente, ante a própria existência de renda superior, se comparada com os meses anteriores.

Visando também equilibrar o contrato, e levando em consideração o benefício do lojista de estar localizado em posição privilegiada, em espaço organizado, com grande campanha publicitária, pois existentes sorteios de automóveis, brindes, prêmios em dinheiro, acompanhado da comodidade da realização de comprar em local estruturado com estacionamento, banheiros e praças de alimentação, justa é a fixação de quantia que também remunere o empreendedor por todo o esforço praticado em tal período.

Assim, necessário é observar a forma de fixação e cobrança do aluguel, para que não haja desproporção no relacionamento financeiro entre os lojistas e o dono do empreendimento.

2.3.5.2 Do condomínio

Tendo em vista a relação *sui generis* formada entre o empreendedor e o lojista, no qual mantém conjuntamente um centro comercial estruturado, necessária é a instituição de quota condominial, para manter as atividades de shopping center.

Com base em tal situação, e defendendo que a relação vai além da forma de condomínio prevista no Código Civil, e ante a ausência de legislação específica sobre o tema, necessária é a aplicação da Lei do Inquilinato (8.245/91), especialmente em seu artigo 54, onde disciplina que:

Artigo 54 - Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping centers, 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 dos locatários 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 mesmas²⁶.

Com base na previsão legal, o valor do condomínio deverá ser instituído e cobrado enquanto da execução do contrato.

Caso o empreendedor, que geralmente na cobrança de condomínio é representado por sua administradora não respeite os termos legais e extrapole a forma de cobrança, caberá ao lojista:

1ª) O lojista ingressa com uma ação declaratória, objetivando a inexistência da relação jurídica concernente a cláusulas contratuais que dispõem sobre cobranças nulas de pleno direito (...)

2ª) As despesas condominiais não foram previstas no orçamento, e apesar disso estão sendo cobradas pelo empreendedor.

Nesse caso, o lojista, em uma eventual ação de despejo por falta de pagamento, interposta pelo empreendedor, poderá contestá-la, uma vez que não houve previsão orçamentária que alude a lei.

3ª) O lojista exigiu a comprovação das despesas de condomínio do empreendedor, por escrito, em razoável prazo determinado (p. ex.: 10 dias), e este se negou a exibi-las, ou o lojista, também de forma escrita, as contestou. Neste caso, entendemos que o lojista poderá defender-se em uma eventual ação de despejo por falta de pagamento, interposta pelo empreendedor, calcando-se na prova da recusa ou exibição incorreta das despesas condominiais²⁷.

Com base em tais situações, e exercendo ativamente seu papel, o lojista contribuirá corretamente com as despesas condominiais, e ainda fiscalizará a atuação da administradora, visando a plena manutenção e sucesso do empreendimento.

2.3.5.3 Da associação de lojistas e fundo de promoção

Com a instalação do shopping center, e visando manter o melhor funcionamento das atividades, os lojistas podem se organizar, e, em conjunto criação uma associação de lojistas, para aquele determinado empreendimento.

Sinteticamente, a professora Dinah Pinto, indica algumas atividades de responsabilidade da associação de lojistas:

²⁶ CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

²⁷ *ibidem*, p. 103-104.

- a) cultivar as relações entre os cessionários de espaços no shopping center, de sorte a promover o intercâmbio de experiências e informações;
 - b) amparar os legítimos interesses dos associados frente ao Poder Público e quaisquer órgãos ou entidades de direito privado;
 - c) realizar, pôr ou mandar que se realize, estudos e serviços de utilidade para os associados;
 - d) estabelecer normas e regulamentos disciplinadores das atividades empresariais de seus associados; e
 - e) promover a ampla divulgação do shopping center como fonte geradora de múltiplas atividades empresariais, como elemento de aprimoramento de mão de obra, como atividade participante do desenvolvimento urbano, como local de melhor conforto e oportunidade para sua potencial clientela, utilizando-se para esse fim os recursos do fundo de promoção do shopping center.
- Por outro lado, cabe aos lojistas, entre outras coisas:
- a) obrigatoriamente associar-se à associação de lojistas;
 - b) pagar mensalmente a taxa de associação, consubstanciada em prestação pecuniária; e
 - c) contribuir para o fundo de promoção do shopping²⁸.

Criada a associação, que acompanhará o desenvolvimento dos trabalhos, a prestação de contas, o pagamento de taxas, situação que deverá ser observada por todos os associados, é a própria atuação do ente em conjunto com o shopping center, pois a ela caberá acompanhar de maneira criteriosa o desenvolvimento das atividades, especialmente no que envolver a aplicação de campanhas publicitárias.

Como indicado no título, comum é a fixação de quantias para remuneração do fundo de promoção, que deverão ser dedicadas única e exclusivamente no empreendimento em questão.

Quanto ao pagamento, recebimento e administração dos recursos do fundo de promoção, poderão existir duas situações: os valores serão administrados pelo próprio empreendedor, ou poderão ser destinados e aplicados pela própria associação de lojistas²⁹.

A forma escolhida para captação e aplicação dos recursos, implicará na forma como a fiscalização será exercida, pois:

Ocorrendo a hipótese de o lojista não estar satisfeito com a destinação dessa verba ou com demonstrativos que lhe estão sendo remetidos, poderá notificar o empreendedor, judicial ou extrajudicialmente, no caso de esses recursos estarem sendo administrados pelo empreendedor, requerendo a comprovação de sua aplicação, como também os resultados que estão sendo obtidos.

A notificação não é obrigatória, mas é uma forma salutar de resolver o impasse, pois o empreendedor pode respondê-la, satisfazendo a pretensão do lojista, sem maiores ônus.

²⁸ Novas figuras contratuais: homenagem ao professor Washington Luiz da Trindade/Rodolfo Pamplona Filho, Laurício Alves Carvalho Pedrosa, coordenadores - São Paulo: Ltr., 2010, p. 46.

²⁹ CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

(...)

Quando a verba do fundo de promoção estiver sendo administrada pela associação de lojistas do empreendimento, o lojista poderá usar dos mesmos meios acima aludidos, como também fazer estudo aprofundado dos Estatutos da Associação, objetivando a sua reforma, que venha ao encontro de suas pretensões³⁰.

Não há dúvidas de que a correta atuação da associação dos lojistas e aplicação do fundo de promoção estão diretamente relacionadas ao sucesso do empreendimento, pois sem a correta campanha publicitária, dificilmente o shopping atrairá clientes, e a falha de atuação em conjunto das partes, fatalmente levará a dificuldade da manutenção do empreendimento.

Encerradas as peculiaridades e situações aplicáveis aos contratos de shopping center, passaremos a lidar com a problemática central do presente trabalho.

³⁰ CERVEIRA FILHO, MARIO. *op. cit.*, pp. 108-109.

3 Responsabilidade civil pelo insucesso no empreendimento

Nesse capítulo, retomaremos alguns aspectos já apontados no capítulo 1 do presente trabalho, relacionados a composição do *mix* de lojas que será instalado no empreendimento.

Como anteriormente destacado, antes da instalação propriamente dita do shopping center, é necessário elaborar estudos sobre a região em que há a pretensão de construção do empreendimento, como localização, quantidade de pessoas, características da cidade, poder aquisitivo dos potenciais frequentadores, dentre outras situações.

Após a realização de tal estudo, e verificada a viabilidade da construção, e a nosso ver, situação mais importante para o sucesso do empreendimento, será necessário definir a estratégia do *mix* de lojas que será instalado no local, o qual definirá e proporcionará o sucesso do empreendimento.

Geralmente, o estudo das lojas que irão compor o shopping center, é definido pelo proprietário que o inicia, muitas vezes acompanhado por empresas especialistas no assunto.

Com a atuação de um profissional, será possível verificar qual a melhor forma que regerá o empreendimento, tendo em vista a necessidade de variedade do *mix* de lojas para alcançar a maior quantidade de consumidores.

Para uma melhor absorção do tema e entendimento da importância do assunto, é importante a busca de ordenamentos estrangeiros, que possuem rica literatura sobre o estudo e composição do *tenant mix*.

A princípio destacamos importante texto sobre a variedade na composição do *mix* de lojas:

A good tenant mix includes a variety of compatible (or complementary) retail/service providers, and an efficient space allocation (both size and number) and proper tenant placement that encourages the interchange of customers and retail activities. In a wider perspective, it should also include sufficient public facilities and services, both in terms of the quality and quantity demanded. The essentials that enhance the quality of the centre's shopping environment, to satisfy shoppers' needs, such as goods and services, convenience, excitement, and amenities, are all part of the elements of an

ideal tenant mix³¹.

E, ainda:

According to Berman and Evans (1995, p. 305), a planned shopping centre consists of a group of architecturally unified commercial establishments built on a site, designed and operated as a unit, based on "balanced tenancy", and surrounded by parking facilities. The size and mix of stores should relate to the trade area being served. Quite simply, a good tenant mix, as explained by McCollum (1988, p. 17), refers to having a variety of stores that work well together to enhance the performance of the entire centre as well as performing successfully as individual businesses (Greenspan, 1987, p. 27). Most shopping centre owners believe that there is an optimum tenant mix of stores for their centre; one that creates synergistic advantages (Silverman, 1992, p. 60). Too often, owners are more concerned with return on investment and which tenant can pay the most rent than on the more important tenant composition and who is the best for the centre (Sullivan & Adcock, 1988, p. 92). Tenant mix is an important key to the success of a shopping centre. Rules dictating the ideal tenant mix are still based on assumptions about consumer preferences and consumer behaviour. However, research into consumers' tenant mix preferences seems to become more prominent in this context (Borgers et al., 2010, p. 377).

According to Bean et al. (1988, p. 2), the concept of the ideal tenant mix has not been formulated, but Greenspan (1987, p. 27) is of the opinion that it can be done through intensive market research and common sense.

According to Kaylin (1973, p. 46), an ideal tenant mix strives to achieve a balanced diversification of shops in the centre by offering a wide range of products and services; a specific image for the centre; maximum sales potential in the set trade area; a synergy between the satellite tenants (tenants other than the anchor tenants); a logical layout of shops; a pleasant shopping environment; enough variety to create the maximum attractiveness to the population of the set trade area and maximum return on investment. Dawson (1983, p. 86) states that tenant mix considerations revolve around two major questions: the number, nature and size of the outlets in the centre, and the placement of these outlets relative to each other and to the points of entry into the complex³².

Conforme acima destacado, o conglomerado além de seguir sua atividade principal de obtenção de lucros, deve buscar uma perspectiva de qualidade e conforto no que será instalado, sem esquecer de incluir em suas instalações as situações comuns, como presença de lojas de conveniência, serviços, e o enfoque principal, satisfazer o consumidor.

Seguindo um certo padrão, e orientado corretamente por profissionais da área, o empreendedor terá uma melhor ideia do que deve estar incluso, e qual será a

³¹ CROSBY. Neil. Tenant Mix Variety in Regional Shopping Centres: Some UK Empirical Analyses. In: Whiteknights, Reading RG6 6AW – UK. Disponível em <<http://www.reading.ac.uk/LM/LM/fulltxt/0204.pdf>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

³² GARG. Ajay K. e STEYN. Stewart. The Ideal Tenant Mix and Shopping Centre Size for the Proposed Thatchfield Convenience Centre. In: International Journal of Business and Management; Vol. 10, No. 1, 2015, South Africa. Disponível em <<http://ccsenet.org/journal/index.php/ijbm/article/viewFile/41230/23842>>. Acesso em 25 de julho de 2015.

estimava de gastos no local.

No capítulo anterior, apenas de maneira superficial, destacamos alguns aspectos que são seguidos na instalação do shopping center, como a necessidade de instalação de lojas âncoras, satélites, e etc. Contudo, tendo em vista a necessidade de aprofundar o assunto, em razão da análise da responsabilidade civil em tais relações, retomaremos o assunto com outro olhar e de maneira mais específica.

3.1 Da forma de composição do *tenant mix*

Tendo em vista a especificidade do assunto, e cunho analítico acadêmico do assunto, para avançar a composição do presente capítulo, tomaremos como norte o explicativo³³ disponível no portal da Associação Brasileira de Shopping Centers, ABRASCE, explicando a existência de cada loja no empreendimento, como poderão feitas, sendo ainda complementado sobre outras explicações do assunto.

3.1.1 Da loja âncora

Comum em toda a instalação de shopping center, é a instalação da conhecida loja âncora, que em razão de sua própria marca, e notório conhecimento no mercado consumidor, é capaz de atrair público no empreendimento.

O Plano de Mix formalizado pela ABRASCE e utilizado no presente trabalho, destaca que a loja âncora alcança um maior espaço de locação (geralmente mais de 1.000 m²), sendo geralmente composta por grandes supermercados, por lojas de departamento, onde no Brasil temos as populares Renner, Riachuelo, C&A, Besni, etc, ou grandes lojas de eletro/eletrônicos, Casas Bahia, Lojas Cem, Ponto Frio, que dadas suas especialidades e propaganda, serão responsáveis por trazer ao shopping um fundo de comércio que já possuem de forma consolidada.

Além da grande área de locação, e do potencial mercado consumidor, por ser de suma importância para o empreendedor, é necessário que a loja âncora seja atraída para o investimento, e por consequência, terá alguns benefícios no curso da locação.

³³ ABRASCE – Associação Brasileira de Shopping Center (São Paulo, SP). Disponível em < http://www.portaldoshopping.com.br/uploads/temp/PlanodeMix_FinalDez2009_NOVO.pdf>. Acesso em 25 de julho de 2015.

Além de conhecer e conquistar a posição de uma loja âncora no estabelecimento é necessário saber qual será a disposição da loja no empreendimento, pois a ideia central é fazer com que o consumidor se desloque no pátio/corredores do shopping center, até chegar em tais lojas, permitindo a visão e acesso a outras lojas que compõe o empreendimento. A situação é didaticamente explicada em um *blog* de marketing mexicano:

En cuanto al espacio físico que ocupan, generalmente están ubicadas en un extremo del centro comercial o alejadas del resto de la edificación para así lograr un mejor flujo de compradores. La idea detrás de esto es que los clientes tengan que recorrer la mayor distancia posible dentro del centro comercial, con lo que se logra que presten atención a tiendas minoristas durante su recorrido.

De acuerdo con el Consejo Internacional de Centros Comerciales, las tiendas ancla se han convertido en una de las principales características de los centros comerciales.

Según el volumen de población del área en que se encuentran, las tiendas tipo “ancla” pueden variar de una a cuatro o cinco por centro comercial. Por ejemplo, mientras que en un centro regional que tenga entre 25.000 y 50.000 m² de superficie bruta alquilable probablemente encontremos entre una y dos tiendas ancla, en un centro súper-regional con una superficie de más de 50.000 m² alquilables podremos encontrar tres o más. Con estas cifras las mismas terminan abarcando entre un 50 y 70% del área comercial del local.

El beneficio que traen a los centros de compras ha sido comprobado, tanto es así que los centros que poseen este tipo de edificaciones han demostrado tener mucha más ganancia y éxito que aquellos que no las poseen³⁴.

Assim, de suma importância formalizar contratos com as mencionadas lojas âncoras, que trarão impacto direto ao faturamento das lojas, e por consequência ao proprietário do empreendimento, como avaliar de forma estudada em qual local a loja deverá ser instalada, qual a necessidade de contratar com apenas uma âncora ou mais, situação que como destacado no início, poderá ser estudada com empresas especializadas no seguimento comercial.

Importante ressaltar ainda, que a formalização de negócio jurídico em shopping center é tão específica, que quando envolve o relacionamento com lojas âncora assume grau de importância diferenciado, com situações particulares de negociação em cada empreendimento, situação inclusive reconhecida pela jurisprudência, que apenas a título ilustrativo, destacamos situação apresentada pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.413.818/DF,

³⁴FRISA – Constructora de Ciudades (México). Disponível em <<http://centroscomerciales.grupofrisa.com/locales-comerciales/que-son-las-tiendas-ancla-y-que-beneficios-dan-a-los-negocios-pequenos.html>>. Acesso em 25 de julho de 2015.

Sob outra perspectiva, considerando-se, como consignado no acórdão recorrido (fl. 968 e-STJ), que a empresa recorrente é loja âncora, espécie que exerce maior força atrativa sobre os consumidores, valorizando o empreendimento e criando a chamada clientela de corredor, possui um tratamento diferenciado no que diz respeito à fixação do valor do aluguel, de modo que os investidores, em sua maioria, oferecem vantagens para que a loja âncora se instale no shopping center em virtude da sua capacidade de atrair outros lojistas e fortalecer o mix do empreendimento. Devido a tais circunstâncias é que se afigura temerária a intervenção judicial nas estipulações contratuais celebradas entre as partes, tendo em vista que todas essas particularidades dificilmente aparecem nos autos, ou são de difícil comprovação³⁵.

No mais, dada a importância da instalação da loja âncora, o empreendedor deve ter em mente que sua presença poderá aumentar o fluxo de vendas, e manter o estabelecimento, devendo ainda compreender, que a saída de tal loja pode abalar diretamente os lucros do local, sendo necessária a rápida instalação de outra, pois:

Yeates, Charles and Jones (2001, p. 466) show that the closure of a department store, a typical anchor tenant in a shopping centre, usually has a negative impact on, especially, the performance of the stores located closest to it. In addition, Mejia and Eppli (1999, p. 23) conclude from their analysis of retail sales in a large number of shopping centres that large speciality retailers may increase the sales of small speciality retailers selling similar merchandise³⁶.

Importante ressaltar que o abalo ou saída da loja âncora pode atingir todo o estabelecimento, prejudicando o fluxo de caixa de todos os lojistas, e ainda mais grave, o descumprimento de promessa de instalação de tais lojas, poderá levar a rescisão dos contratos de locação, por justo motivo, com a possibilidade de

³⁵ EMENTA - RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. CLÁUSULA CONTRATUAL LIMITADORA DO VALOR DA REVISÃO JUDICIAL DO ALUGUEL MENSAL MÍNIMO. RENÚNCIA PARCIAL. VALIDADE. PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. 1. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com pedido revisional do valor do aluguel mensal mínimo. 2. Recurso especial que veicula a pretensão de que seja reconhecida a validade de cláusula de contrato de locação de imóvel situado em shopping center que estabelece critérios para a revisão judicial do aluguel mensal mínimo. 3. O princípio do pacta sunt servanda, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, especialmente no âmbito das relações empresariais, deve prevalecer. 4. A cláusula que institui parâmetros para a revisão judicial do aluguel mínimo visa a estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e viabilizar a continuidade da relação negocial firmada, além de derivar da forma organizacional dos shoppings centers, que têm como uma de suas características a intensa cooperação entre os empreendedores e os lojistas. 5. A renúncia parcial ao direito de revisão é compatível com a legislação pertinente, os princípios e as particularidades aplicáveis à complexa modalidade de locação de espaço em shopping center. 6. Recurso especial provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.413.818/DF - Ministro Ricardo Villa Boas Cuêva. Julgado em: 14 de outubro de 2014).

³⁶ GARG. Ajay K. e STEYN. Stewart. The Ideal Tenant Mix and Shopping Centre Size for the Proposed Thatchfield Convenience Centre. In: International Journal of Business and Management; Vol. 10, No. 1, 2015, South Africa. Disponível em <<http://ccsenet.org/journal/index.php/ijbm/article/viewFile/41230/23842>>. Acesso em 25/06/15.

condenação em ação de indenização, para recompor o prejuízo financeiro sofrido pelos pequenos ou médios empresários, assunto que dada a sua importância receberá tratamento especial em capítulo próprio.

3.1.2 Da loja satélite

Na instalação do shopping center, o empreendedor em conjunto com empresa administradora especializada na área, também precisa considerar a contratação com as denominadas lojas satélites, que de acordo com o plano de *mix* da ABRASCE, também assume relevante grau de importância.

As lojas satélites, costumam ficar ao redor das grandes lojas, e geralmente são marcas conceituadas no mercado, sendo lojas conhecidas como:

As lojas conhecidas por lojas satélites são lojas com áreas menores, moduladas das quais normalmente se completa o mix do Shopping Center. Normalmente são lojas que oferecem produtos específicos, como roupas, calçados, chocolates entre outros. Muitas vezes essas lojas são ocupadas por franquias especializadas em comercializar certos tipos de mercadorias ou serviços.

As lojas-satélites podem possuir uma frente (vitrine), ou duas quando se tratar de lojas de esquinas. Esta por sua vez, se apresenta normalmente com uma área maior. É importante ressaltar que os módulos das lojas-satélites podem vez ou outra se unificar dando origem a lojas maiores.

Quanto ao aluguel, as lojas-satélites possuem valores diferenciados de acordo com sua área, localização, frente, entre outras características³⁷.

Tais lojas também possuem grau de importância significativo, e costuma trazer consigo seu público consumidor, sendo relevante a formalização de contratos e instalação no empreendimento.

3.1.3 Outras lojas

Conforme destacado nos capítulos anteriores, as lojas âncoras e satélites assumem caráter importante nos shopping centers, pois muitas vezes são as responsáveis por atrair público ao local, tendo em vista sua marca já consolidada no

³⁷ VIEIRA, Jucélia Kuchla, BERTONCELO, Lígia Maria, RILLO, Gislene Maria Nerone, FONDAZZI, Anna Paula. Determinação de valores locativos de lojas em shopping center. IV - ENCONTRO TECNOLÓGICO DA ENGENHARIA CIVIL E ARQUITETURA, Universidade Filadélfia de Londrina, PR. Disponível em <http://www.dec.uem.br/eventos/enteca_2003/Temas/tema1/014.PDF>. Acesso em 11 de setembro de 2015.

mercado, e os próprios anúncios publicitários que de grande renome são conhecidos pela população em geral.

Contudo, o empreendedor não pode se limitar apenas a instalação de tais lojas, pois a real intenção da construção de estabelecimentos de tal porte, é garantir conforto, tranquilidade e segurança para o consumidor que o frequentará, pois em um único local deve encontrar tudo que precisa, desde vestuário, até lazer, alimentação e turismo.

Como seguimos a ideia de *mix* apresentada pela Associação de Shopping Centers, julgamos importante, mesmo que de maneira resumida, destacar outras lojas indicadas no documento, que terão suma importância para o empreendedor, e por consequência, no alcance de sucesso do local.

Em primeiro momento, destacamos as conhecidas lojas de conveniência/serviços, que geralmente estão localizadas em pisos específicos do empreendimento. Como exemplo, citamos o Shopping Eldorado localizado na Cidade de São Paulo, onde o subsolo conta com segmentos diversos, como serviços de alfaiate, sapataria, lavanderia, chaveiro, corte e costura, salão de beleza, loterias, e etc.

A instalação de tais lojas facilita a vida dos consumidores, que em um único lugar encontram o que precisam, além de ser uma forma de atrair pessoas ao local, pois muitas vezes após terminar a tarefa, ainda encontram tempo para uma refeição ou lazer, colaborando com o andamento e faturamento do shopping center.

Outro ponto de suma importância, é a instalação de áreas de lazer, que dada a localização do empreendimento - muitas vezes no centro de grandes cidades - deve atender a vários gostos e idades.

Como opções populares, encontramos cinemas, casas de teatros, espaço para boliche e pequenos parques, com brinquedos para todas as idades.

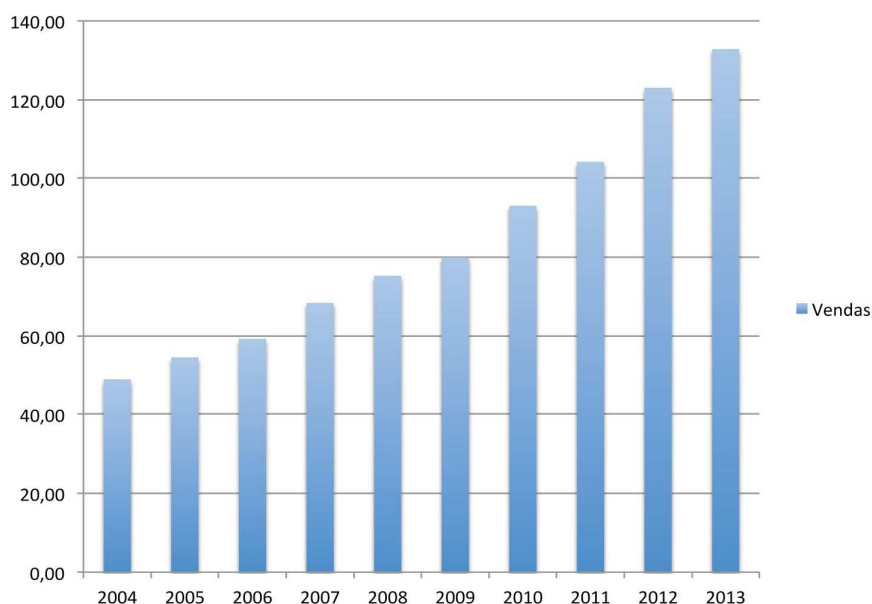
Em certas épocas do ano, como Natal e Dia Das Crianças, a instalação de pontos de lazer estratégicos é importante para uma melhor captação de público, pois atrairá diversas pessoas para o evento/promoção, aumentando de maneira demasiada o fluxo de pessoas.

Com a correta composição do *mix* de lojas, e estratégias de vendas e publicidade realizadas pelos empreendimentos do setor, é possível verificar que ao longo dos anos - ressalvadas algumas exceções, como no ano de 2015 em que o país passa por uma crise financeira - os shoppings foram bem recepcionados pelo público, e segundo pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Lojistas Shopping -

ALSHOP, os empreendimentos têm se desenvolvido melhor a cada ano³⁸:

Shoppings

Evolução de Vendas Anuais em R\$ Bilhões



No gráfico acima demonstrado, verificamos o grande crescimento das vendas apuradas pelos lojistas brasileiros e a boa aceitação do público consumidor, para este modelo de comércio.

Desta forma, demonstradas as possibilidades de instalação de lojas diferentes, com o *mix* sempre atualizado e dinâmico, e a grande aceitação do público, representada pelo crescimento dos valores de vendas do setor, é possível perceber que o sucesso do empreendimento está relacionado com as estratégias definidas pela administradora, que impactarão diretamente no sucesso ou insucesso do empreendimento, situação destacada e analisada a seguir.

3.2 Da possibilidade de alteração unilateral do tenant mix por parte da incorporadora/administradora do shopping center

Encerrada a explanação sobre os aspectos da formação do contrato, e maneiras de compor o empreendimento, iniciaremos a discussão de uma das

³⁸ ALSHOP – Associação Brasileira de Lojistas em Shopping (São Paulo, SP). Disponível em <<http://www.alshop.com.br/industria-de-shoppings-no-brasil.php>>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

problemáticas centrais do trabalho, o insucesso do empreendimento.

Antes de adentrar ao campo específico da responsabilidade civil, um assunto que merece atenção, está relacionado com a composição e alteração do *mix* de lojas a qualquer tempo. Isso porquê, logo na formalização das tratativas e ingresso no setor, é comum que a administradora tome atitudes para melhorar o desempenho dos lojistas, envolvendo a troca da posição das lojas, que poderá refletir diretamente no sucesso do empreendimento como um todo.

Como mencionado anteriormente, muitas vezes a desativação de uma loja âncora pode abalar o empreendimento como um todo, que perde clientela, e por consequência, leva ao abalo financeiro.

Para uma melhor forma de introduzir o assunto, julgamos interessante destacar cláusula comum em tais contratações, que autorizam a adequação do ponto, em qualquer momento:

O locatário declara conhecer e aceitar, tal como o locador os concebeu, os princípios específicos que regem o funcionamento do shopping, entre os quais, o direito que, neste ato, este último **expressa ostensivamente e se reserva de estabelecer ou alterar, sempre que julgar necessário, a distribuição das atividades do empreendimento**³⁹. Grifamos.

Da análise de tal ponto, é possível verificar que toda e qualquer alteração, já previamente autorizada, será de responsabilidade do empreendedor, representado ou não por sua administradora, que detém autonomia na composição e adequação do *mix* de lojas, cláusula válida, operante e aceita pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ementa: LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - SHOPPING CENTER - ALTERAÇÃO DO 'MLX' DE LOJAS - CONDUTA ILÍCITA - INOCORRÊNCIA. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping centers, prevalecem as disposições livremente pactuadas nos contratos de locação (art. 54 da Lei n.º 8.245/91), de forma que a livre alteração do 'mix' de lojas pelo empreendedor, permitida pelo contrato, não pode ser considerada conduta ilícita e não será a responsabilidade, civil de indenizar RECURSO DA RÉ PROVIDO EM PARTE. RECURSO DOS AUTORES IMPROVIDO. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM RELAÇÃO À CO-AUTORA. (TJ/SP - Apelação nº 9196062-55.2003.8.26.0000 - Relator: Carlos Giarusso Santos, Data do julgamento: 10/07/2007, 27ª Câmara de Direito Privado, Data da publicação: 11/07/2007)⁴⁰.

Partindo de tal pressuposto, imperioso destacar que algumas situações de

³⁹ CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

⁴⁰ BRASIL – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 9196062-55.2003.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Data da publicação: 11/07/2007.

alteração do *mix*, como a mudança de uma loja, podem abalar o lojista de maneira individual, que poderá ou não sofrer queda em seu faturamento, prejudicando o empreendimento como um todo, que incorretamente administrado, pode sofrer as consequências da falência.

3.2.1 A consequência da alteração unilateral do mix que leva ao insucesso do empreendimento

Como já demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, é de responsabilidade do empreendedor o estudo e composição do *mix* de lojas que serão agregados ao shopping center, bem como, a continuidade da administração a alteração de tal composição, permitindo a alteração a qualquer tempo e de qualquer forma, ante as obrigações previstas no contrato formalizado entre as partes.

Em razão da forma do negócio jurídico estabelecido, necessário demonstrar peculiaridades da responsabilidade na modalidade contratual que se estabelece entre empreendedora/administradora e lojistas, destacando-se o contido no artigo 422 do Código Civil:

Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé⁴¹.

Da simples análise do artigo acima, de suma importância nas relações cíveis, é possível verificar que em toda e qualquer relação contratual, as partes negociantes devem observar o princípio positivado da boa-fé, contemplando não só o dever precípua de cumprir o pactuado, mas também de observar e evitar a existência de qualquer lesão a parte contrária.

Se temos uma relação completa, como nos contratos de shopping center, que o empreendedor depende do sucesso dos lojistas para alcançar seu lucro, e os lojistas dependem da atuação do shopping para atrair clientela, clara está a obrigatoriedade de execução leal do contrato, buscando sempre agir com transparência em suas negociações e nunca buscar lesar qualquer contratante.

Contudo, atualmente vemos inúmeras situações que fogem da contratação ideal, acabando por macular o positivado princípio da boa-fé. Em razão de tais

⁴¹ BRASIL. Código Civil – Lei nº 10.406/02 – Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 07 de agosto de 2015.

situações, e levando em consideração que o Direito sempre deve estar preparado para regular as situações da vida, quando o shopping center (representado pelo empreendedor ou sua administradora) deixa de cumprir com sua parte, ou o faz de forma errônea, chama-se a aplicação do instituto da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil vem a ser a forma de imputar a uma pessoa o dever de reparar outra, pela prática de uma ação ou omissão capaz de gerar determinado prejuízo.

Da análise da existência ou não de responsabilidade, de maneira inteligente o legislador civilista diferenciou a responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Apenas a título ilustrativo, e para de maneira sintética diferenciar as modalidades de responsabilidade, rapidamente destacamos que a responsabilidade civil extracontratual, está prevista basicamente no artigo 186 e seguintes do Código Civil, o qual impõe o dever de uma pessoa indenizar a outrem, quando causar determinado prejuízo, seja na esfera patrimonial ou moral.

Para a configuração da responsabilidade extracontratual, e, consequente dever de indenizar, necessária é a presença dos requisitos previstos legalmente, quais sejam, a conduta praticada pelo agente, seja comissiva ou omissiva, a existência de culpa (aqui em sentido lato: dolo ou negligência, imprudência e imperícia), o dano propriamente dito e a existência de nexo causal, que ocorre quando aquele determinado ato, causa algum prejuízo, que só ocorreu em virtude da prática ilícita do autor⁴².

Verificadas as existências de tais requisitos, e comprovada a antijuridicidade da conduta, restará a apuração cautelosa dos fatos, para determinar o *quantum* devido, sempre se atendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, eventual condenação e dever de indenizar, respeitará o limite de reparar o dano, sem gerar qualquer tipo de enriquecimento ilícito a vítima e demasiado prejuízo ao agente praticante da conduta.

Outrossim, de forma um pouco diferenciada, e mais importante no presente estudo, existe a responsabilidade civil contratual, que de maneira mais específica, vem positivada no artigo 389 do Código Civil, ao qual impõe ao autor do ato, o dever de indenizar a parte inocente quando descumprir obrigação definida contratualmente (dever contratual).

⁴² Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, Costa Machado, organizador; Silmara Juny Chinellato, coordenadora. 6. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 187.

Em seu magistério, o professor Carlos Roberto Gonçalves, ao estudar tal modalidade de responsabilidade, indica que o descumprimento dos deveres contratuais, atrai a responsabilidade civil na modalidade subjetiva, eis que o inadimplemento se presume sempre culposos, este na modalidade *lato* senso, o qual envolve a presença do dolo propriamente dito, ou as extensões da culpa, negligência, imprudência ou imperícia⁴³.

Sobre a responsabilidade subjetiva, continua o autor ao mencionar que:

A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando esta se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa (em sentido *lato*, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável⁴⁴.

Logo, na avaliação do inadimplemento contratual será necessário identificar os motivos que levaram o agente a descumprir o avençado, para posteriormente avaliar ou não o dever de indenizar, pois na esfera contratual inúmeros são os motivos que impedem o amplo cumprimento da obrigação, como por exemplo, o desequilíbrio contratual, quando de maneira imprevisível a prestação se torna desproporcional ao seguimento da avença, e a outra parte se recusa a buscar o reequilíbrio contratual, o que impede a entrega/execução total da obrigação.

Se apurada a culpa, e voltando a mencionar a previsão legal (artigo 389, CC), a parte inocente deverá ser ressarcida através da apuração de perdas e danos, acrescida de juros, atualização monetária e honorários advocatícios.

Para encerrar a diferenciação sobre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, destacamos explicação prática e objetiva elaborada pelo Professor César Fiuza, sobre os temas:

As diferenças, porém, não são muito significativas, a ponto de alguns, na esteira de Grant Gilmore, defenderem que a solução é idêntica e, por isso, a responsabilidade contratual teria sido absorvida pela delitual. De fato, os estudos aprofundados que se realizaram e se realizam a respeito da responsabilidade aquiliana contribuem para a aplicação da responsabilidade contratual. Apesar disso, são fenômenos distintos.

Uma pressupõe um ilícito contratual, que é o ato antijurídico que diz respeito à celebração ou à execução de um contrato. A outra pressupõe um ato intrinsecamente ilícito, desvinculado de qualquer contrato ou ato unilateral

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado, volume 1, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 390.

⁴⁴ *ibidem*, p. 391.

lícito, ou exercício de direito.

A contratual recebe tratamento genérico, mas também tópico, em cada um dos contratos e em cada modalidade de obrigações (dar coisa certa, dar coisa incerta, restituir coisa certa, fazer, não fazer, alternativas, cumulativas, solidárias etc.), a aquiliana recebe tratamento mais genérico, raramente tópico, pelo menos no Direito Civil.

Na responsabilidade aquiliana, em regra, não interessa a diferença entre dolo e culpa; na contratual a diferença interessa, dependendo de o contrato ser gratuito ou oneroso.

Na responsabilidade contratual, as consequências podem ir além da indenização, abrangendo também a execução específica, quando possível.

Na aquiliana, a consequência quase sempre é a indenização.

O abuso de direito é mais encontrado na responsabilidade contratual.

A responsabilidade contratual pode ser mitigada por eventos futuros e imprevisíveis.

A responsabilidade aquiliana independe de ser a obrigação de meio ou de resultado.

Os fundamentos da responsabilidade contratual são um pouco diferentes dos da responsabilidade aquiliana. Ambas se baseiam no princípio que coíbe a prática da antijuridicidade, por atentar contra os objetivos maiores do Direito, quais sejam a paz, a tranquilidade, a harmonia, a ordem na vida em sociedade. A responsabilidade contratual, além disso se baseia em princípios próprios, como o da obrigatoriedade contratual, o da boa-fé objetiva etc.⁴⁵.

Esclarecidos os motivos da configuração da responsabilidade civil, envolvendo o descumprimento contratual que leva a um determinado dano, passaremos a análise da situação específica de um contrato de shopping center.

Pois bem, não há dúvidas de que o empreendedor do shopping deve sempre buscar situações hábeis a atrair o maior número de pessoas para o local, com propagandas, promoções, semanas de desconto e etc. Além disso, deve sempre estar atento as mudanças regionais, como crescimento populacional, alteração do poder aquisitivo e etc.

Com a visão de manter o empreendimento sempre em atividade, muitas vezes o shopping é obrigado a alterar a composição de sua loja, como por exemplo deslocar uma loja que estava localizada na entrada do shopping para o fundo, obrigando o consumidor a percorrer uma determinada extensão (e ter contato com outros lojistas) para chegar no local desejado.

Porém, importante destacar que tal mudança poderá ser prejudicial a um lojista, pois a remoção de um local privilegiado para outro, poderá afetar diretamente seu faturamento, que será reduzido de forma drástica, podendo inclusive abalar o empreendimento todo.

Como simples exemplo, citamos o deslocamento de um lojista que estava ao

⁴⁵ FIUZA, César. Para uma Releitura da Teoria Geral da Responsabilidade Civil. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/171006q.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2015.

lado de uma loja âncora, que sempre estava com movimento, que se vê obrigado (pois concordou em contrato) a mudar de posição, para um lado do shopping que possa não ter muito movimento, por não ter outras lojas atrativas.

Em tal caso, não há dúvidas que o lojista deverá entrar em contato com a administradora buscando sua recolocação ao local, ou, poderá discutir judicialmente até que ponto a situação foi acertada, se foi exorbitante, ou etc.

Uma simples situação como a acima descrita pode levar a ruína do empreendimento, pois muitas vezes as alterações (e até substituições de lojas antigas por novas marcas do mercado) podem abalar a estrutura do empreendimento, e afastar o público consumidor.

Ora, na composição do *mix* o empreendedor/administradora deve obrigatoriamente observar a condição financeira do local que o shopping center será instalado, pois de nada adianta trazer marcas conceituadas no mercado, destinadas a um público com grande poder aquisitivo, quando a população periférica é considerada de baixa renda.

Da mesma forma, necessário observar a própria cultura da cidade, pois por exemplo, em uma região simples, com valorização da cultura agrícola, com pessoas que não levam em consideração vaidades exageradas, não será viável a instalação de um empreendimento com boutiques, lojas de jóias, no porte de um shopping de grandes cidades luxuosas, quando as pessoas estão mais interessadas em produtos agrícolas, maquinários, roupas simples. A instalação de empreendimento que não guarda similaridade com a região que o recebe, fatalmente está condenada ao insucesso.

Feitas tais considerações, analisaremos as consequências da má gestão da empreendedora/administradora, e as possibilidades de defesa dos lojistas.

3.3 Outras situações que levam ao insucesso do empreendimento

3.3.1 Falha no estudo da viabilidade econômica

Como mencionado em tópicos anteriores, na instalação de um shopping center, o empreendedor deve avaliar todos os custos que envolverão a obra, desde a sua

construção até a sua inauguração.

Tal análise será possível através do estudo da viabilidade econômica do empreendimento, onde serão estudados e destacados todos os pontos financeiros, verificando desde o início o capital investido e faturado.

O estudo é de suma importância, pois impede gastos desnecessários de um negócio, que poderá ou não ter sucesso, destacando-se que o estudo vem a ser:

Un estudio de viabilidad consiste en la recopilación, análisis y evaluación de diferentes tipos de información con el propósito de determinar si se debe establecer o no una empresa que conlleve riesgos económicos. También el estudio de viabilidad resulta útil para evaluar la posible ampliación o expansión de un negocio ya existente. En términos generales, los estudios de viabilidad buscan contestar la pregunta sobre si resulta deseable el establecer o ampliar una empresa a base del rendimiento económico que se obtendría de la misma. Casi siempre la realización del estudio es un esfuerzo de equipo con la participación de especialistas en mercadeo, finanzas, entre otros, pero que necesariamente debe incluir al empresario o proponente de la empresa. La verdad es que este esfuerzo toma tiempo y cuesta dinero, pero es imprescindible si tomamos en cuenta que puede nos puede evitar a que invirtamos mayor tiempo y esfuerzo en una iniciativa con pocas probabilidades de éxito. El estudio de viabilidad es el paso más crítico antes de convertir la idea del negocio en realidad e invertir una cantidad de dinero significativa⁴⁶.

Como base do que deve ser avaliado para construção ou não de um empreendimento, destacamos interessante trabalho acadêmico⁴⁷, que apresenta algumas situações de gastos que devem ser consideradas no estudo, dentre as quais destacamos:

- Abertura da empresa
- Reforma e adequação do ponto (No caso de shopping, construção)
- Aluguel do imóvel
- Taxa de condomínio e outras taxas (caso shopping center)
- Parcela fixa e variável dos custos da operação em shopping center
- Pro labore dos proprietários
- Contador
- Telefone/luz/água/gás
- Higienização de banheiros, limpeza e segurança do local
- Impostos fixos (IPTU)

⁴⁶ VEGA, José I. Los Estudios de Viabilidad Para Negocios. In: Centro de Desarrollo Económico del Recinto Universitario de Mayagüez, Porto Rico. Disponível em <http://www.uprm.edu/cde/public_main/Informes_Articulos/articulos/ArticuloViabilidad.pdf>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

⁴⁷ SANTOS, Givaldo Guilherme. Lojas em Shopping Center: Análise do Custo Ocupacional com Abordagem *Design Science* Referente à Criação de Artefato, Campo Limpo Paulista/SP, 2013. Disponível em <http://www.faccamp.br/madm/Documentos/producao_discente/givaldo_guilherme_dos_santos.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

- Custos de produtos, matérias-primas e embalagens
- Comissões sobre vendas (quando houver)
- Impostos sobre faturamento (ICMS, ISS)

Baseando-se em tal análise, será mais fácil definir o aporte de capital inicial, os custos para manutenção do imóvel, envolvendo as despesas com aluguel, condomínio, fundo de promoção etc., tendo em vista que além dos encargos locatícios já mencionados, o lojista/empresário ainda carregará outros ônus da constituição da empresa.

Este assunto apresenta situação extremamente importante, pois se a saúde financeira do empreendimento se mostrar abalada, dificilmente será possível manter o local em funcionamento.

O advogado Michel Cutait⁴⁸, especialista na área de shopping centers, apresenta interessante cálculo para verificar a saúde do empreendimento e dos lojistas, conforme a seguir:

De uma forma mais objetiva, baseada na experiência de diversos Shopping Centers, pode-se estabelecer níveis para o chamado “custo de ocupação”, que podem identificar se a operação da loja está abaixo ou acima do patamar médio do Shopping, do mercado ou das próprias metas da empresa.

Neste sentido, se a operação de uma loja alcançar um “custo de ocupação” da ordem de 10% (dez por cento), significa que o custo das verbas locatícias representa 10% (dez por cento) daquilo que foi obtido como faturamento bruto da loja, e, neste caso, a operação está no limite máximo desejado para que seu negócio seja considerado como viável.

É importante lembrar que o “custo de ocupação”, assim definido, só está relacionado com os custos das verbas locatícias, exigindo que essa conta seja incluída outras despesas, como despesas de pessoal, encargos sociais, impostos, estoque, etc., o que importa dizer que uma loja que tem 10% das suas receitas alocadas para pagar verbas de locação está no limite máximo de viabilidade para sua operação.

Claro que este limite máximo de viabilidade convencionado em 10% pode ser flexibilizado, especialmente naquelas operações em que há um ganho considerável no custo dos produtos, como por exemplo, uma empresa que além de varejista também tem a produção sob seu controle, e assim, a margem para o produto é maior, e conseqüente, maior pode ser o percentual do “custo de ocupação”.

Outra convenção, e essa ainda mais relevante, pois pode indicar a necessidade de medidas estratégicas como ações comerciais preventivas, é o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) de “custo de ocupação”, porque, neste nível de performance, a loja já pode considerar sua situação como uma situação crítica que merece ser imediatamente reavaliada, seja para rever os todos os custos da operação (verbas locatícias e outras operacionais), seja para reposicionar o produto, a marca ou a atividade, como também, no limite, seja para considerar que é hora de fechar a loja, transferir a operação ou

⁴⁸ MAKE IT WORK – Shopping e Varejo, (São Paulo, SP). Disponível em <<http://makeitwork.com.br/blog/sem-categoria/o-custo-de-ocupacao-em-shopping-centers/>>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

simplesmente rescindir o contrato, pois o prejuízo é provavelmente certo.

Da análise do Dr. Michel Cutait, julgamos interessante a questão de limitação de recursos que provém do faturamento dos próprios lojistas, pois em tais contratos dono e lojistas devem sempre caminhar em conjunto, pois se um não alcançar sucesso/lucro, o outro também será fatalmente abalado.

O controle do faturamento da loja, e a limitação do repasse em até 10% (dez por cento), parece medida interessante, pois como mencionado pelo profissional⁴⁹, servirá como norte para de um lado definir qual o faturamento do lojista e verificar se o repasse ao dono do empreendimento está correto, gerando lucro, e, ainda, avaliar a situação financeira da própria loja, e medir até que ponto o pequeno empresário está ou não tendo sucesso no shopping, e se é saudável mantê-lo no *mix* de lojas, vez que a longo prazo a ruína de um, poderá abalar todos.

Exatamente com base em tal situação, que muitos empreendedores acabam perdendo o controle, pois muitas vezes na busca incessante do lucro, impõem situações que agravam de maneira demasiada a saúde do lojista, que por não dispor de recursos suficientes se torna um inadimplente, podendo trazer inúmeras consequências ao shopping center.

Além do prejuízo que decorre do lojista, há de se ressaltar que os excessos poderão levar ao insucesso do negócio que após determinado tempo não possui mais caixa para conduzir as atividades, sofrendo o prejuízo da perda do próprio negócio, e ainda o risco de responder perante os lojistas prejudicados ações reparatórias de dano, piorando a situação.

Não há dúvidas de que todas as situações deverão ser avaliadas através do estudo da viabilidade econômica do empreendimento, desde o começo, e durante seu funcionamento, onde eventuais falhas, não sanadas de maneira rápida e eficiente (muitas vezes com o necessário apoio de profissionais experientes na área), poderão levar ao insucesso do empreendimento.

3.3.2 Ausência de transparência na negociação e abusividade

⁴⁹ Esses dados podem ser muito úteis para os Shopping Centers, com por exemplo, para traçar estratégias comerciais preventivas, substituindo lojas antes que a situação seja irreversível e para antecipar situações de conflito, como dívidas, despejos, sonegação, e baixa performance da loja. (MAKE IT WORK – Shopping e Varejo, (São Paulo, SP). Disponível em <<http://makeitwork.com.br/blog/sem-categoria/o-custo-de-ocupacao-em-shopping-centers/>> Acesso em 17 de agosto de 2015).

nas contratações

É de notório conhecimento, que toda e qualquer relação contratual mantida sob a égide do ordenamento jurídico em vigor, deve se pautar nos princípios da lealdade, eticidade e boa-fé objetiva, assim:

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem da forma correta não só durante as tratativas como durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé ao contrário, ser provada por quem alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, o de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendida as peculiaridades dos usos e costumes do lugar⁵⁰.

Com muita propriedade o professor Carlos Roberto Gonçalves indica que a boa-fé serve como padrão de conduta, que deve ser guardado pelas partes em todas as fases da negociação.

Infelizmente, quando lidamos com contratação em shopping center, tal princípio muitas vezes não é levado em consideração pelos donos do empreendimento, que impõe situações aos lojistas, que estão divorciadas da realidade.

Desde o começo, e situação muito comum na jurisprudência em vigor, as empresas apresentam propagandas de instalações vultuosas, promessas de lojas âncoras ou grande magazines, atraindo os lojistas pelo apelo público, e quando instalado o empreendimento, tais situações não ocorrem e o lojista, pequeno empresário, e frágil na relação, se vê obrigado a cumprir um contrato, muitas vezes imposto, como verdadeiro contrato de adesão, que dificilmente será rentável e não superará o prazo de cinco anos de vigência.

Ao escrever sobre o tema, o advogado Daniel Alcântara Nastri Cerveira, lista alguns exemplos de cláusulas abusivas que são impostas aos lojistas, que pela forma de contratação afastam-se da lealdade que deveria ser observada pelas partes, conforme a seguir:

SEGUEM ALGUNS EXEMPLOS DE CLÁUSULAS, CUJA LICITUDE SE TORNA QUESTIONÁVEL, PRINCIPALMENTE QUANDO ANALISADOS À

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado, volume 1, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 724.

LUZ DOS PRINCÍPIOS DA BOAFÉ E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, POSITIVADOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002:

- Renúncias: Muitos contratos estipulam, de largada, algumas renúncias, entre elas, ao direito de preferência para aquisição do ponto alugado e ao direito de renovação do contrato de locação;
- Renovação: Imposição de determinadas – e injustificadas – condições para renovação do contrato de locação;
- Associações: Vedação ao lojista de filiar-se a outras associações que não seja aquela criada pelo próprio empreendedor;
- Pré-estipulação de aumentos reais para futura renovação: alguns contratos antecipam o valor real de aumento quando da renovação do contrato, retirando do lojista o direito que teria à livre negociação do aluguel;
- Cláusula de Raio ou Exclusividade: Estipulação de uma reserva de área, dentro da qual o lojista não poderá implantar uma nova operação do mesmo ramo;
- Imposição de multa por rescisão antecipada: a lei estipula que o locatário pode dar por finda a locação antes do prazo, sendo que a multa deverá, obrigatoriamente, ser reduzida proporcionalmente ao tempo de cumprimento do contrato e não poderá ser excessiva (os Tribunais têm entendido que uma multa correspondente a três meses de aluguel mínimo é razoável para estes casos);
- Imposição de multas diárias contra o lojista, caso este permaneça no imóvel depois do término do prazo contratado, medida injustificável, já que a própria lei trata esta hipótese como condução do contrato sem prazo determinado⁵¹.

Veja que a simples possibilidade de renúncia ao direito de renovação contratual, ou imposição de situações abusivas, já prejudica o deslinde da locação, pois por óbvio aquele que ingressa em locação comercial tem o interesse de avançar com sua empresa, e não estabelece limite temporal para encerramento das atividades, e afastamento dos lucros ou mesmo a recomposição dos valores investidos.

Além das imposições contratuais absurdas e abusivas, para assegurar um grupo de lojistas, de acordo com o *mix* de lojas planejado, o empreendedor apresenta várias promessas distantes da realidade, ou muitas vezes, situações que existiam no começo da negociação e mudam antes do ingresso no shopping center, e não se preocupam em ao menos informar a situação ao pretenso lojista.

As promessas podem envolver não apenas a presença de outras lojas com renome no mercado e com público definido, mas também situações da própria estrutura do empreendimento que não são observadas, como por exemplo:

Se um empreendedor promete e divulga que na fase pré-contratual, determinados equipamentos, como, por exemplo: a construção de uma passarela de pedestres interligando a avenida tal ao empreendimento, um elevador panorâmico ou um certo número de lojas, lojas âncora, níveis de

⁵¹UOL – Revista Jurídica (São Paulo, SP). Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/84/artigo290213-2.asp>>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

estacionamento, etc., deverá cumprir com o prometido⁵².

As promessas ainda podem partir do estudo de viabilidade econômica, onde há a previsão de público estimado, que após a inauguração em momento algum é alcançado, e pela lógica, a ausência de pessoas diminui/impede as vendas, que por consequência, acarreta no inadimplemento⁵³.

Sem dúvidas, o descumprimento das promessas contratuais, mantidas desde o começo das tratativas, atrapalha o sucesso dos lojistas, que são induzidos a iniciar seu negócio em local que lamentavelmente só lhe trará prejuízos, que de maneira muito pior, a situação é omitida e distorcida pelo empreendedor, aumentando a perda financeira do lojista, abrindo espaço para ações indenizatórias.

Por fim, julgamos importante frisar, que tal situação e existência de excessos, decorre da própria falha do ramo do Direito, pois a ausência de legislação específica abre espaço para aplicação de várias outras normas, que muitas vezes se distanciam deste contrato tão específico e abrem inúmeras lacunas, onde os lojistas hipossuficientes tornam-se vítimas dos excessos e arbitrariedades cometidas pelos empreendedores/administradoras.

Corroborando com a ausência de legislação específica, ao escrever sobre o assunto, a Associação Comercial e Industrial de Campinas, indica que:

Necessário se faz algumas mudanças na Legislação para que a negociação possa ser menos cruel e que minimize a diferença na negociação do aluguel entre locador e locatário no caso de Shopping Center. Dentre estas mudanças, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas locações entre lojistas e empreendedores de Shopping Center, embasado principalmente no princípio de hipossuficiência financeira, a apresentação das despesas de condomínio e de fundo de promoção, na forma mercantil, e não da forma que vem sendo apresentada, a ilegalidade da cobrança de taxas quando da cessão do ponto comercial, a ilegalidade da cobrança dos aluguéis complementares, desempenho, pré-determinados ou progressivos, a ilegalidade da cobrança de taxas ou percentuais, além do índice estipulado no contrato, a ilegalidade da cobrança de mais de doze aluguéis durante o ano, evitar o aluguel em dobro em dezembro ou 13º aluguel, em dobro em maio (14º aluguel, mês das Mães), em dobro em junho (15º aluguel, mês dos Namorados), a possibilidade do locatário, em sede de ação renovatória requerer o aluguel provisório, a indenização ao locatário no caso do empreendedor não renovar a locação, alegando que necessita fazer obras no imóvel, mesmo que as iniciem três meses após a entrega das chaves, a possibilidade de discussão do indexador de reajuste nas ações revisionais de aluguel, na medida em que a atual Lei do Inquilinato garante apenas ao locador tais direitos, a ilegalidade na cobrança de multa contratual, que venha a ultrapassar o valor de três aluguéis proporcionais ao tempo de ocupação do

⁵² CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49.

⁵³ *idem*.

imóvel, no caso de entrega das chaves antes do prazo contratual. Estas mudanças poderiam minimizar as diferenças na relação entre locador e locatário em Shopping Center, a grande maioria dos Lojistas de Shopping Center são formados por pequenos e médios empresários, do varejo local, que não conseguem passar mais de 05 anos nos shoppings, situação esta provocada, principalmente, pelas atuais regras contratuais e que, ao longo deste período, são obrigados a demitir seus funcionários por não ter condições de continuar com suas operações, gerando um elevado índice anual de desemprego⁵⁴.

Com a devida *vênia* ousamos apenas em discordar quanto da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor em tais relações, pois afastaria a locação comercial de sua real essência ao contemplar regras específicas de sujeitos potencialmente mais sensíveis no campo negocial, além de que, grande confusão poderia ser instalada, pois qual seria o equilíbrio da proteção do lojista e do cliente que adquire produtos/frequenta o estabelecimento? Esperamos que os atuantes do ordenamento jurídico enxerguem tais situações, e deixando de lado as políticas e pressões que certamente existem dos grandes empresários do setor, preocupem-se em legislar a matéria com clara urgência!

3.4 Da apuração da responsabilidade civil nos contratos de shopping center decorrente do insucesso do empreendimento

3.4.1 Responsabilidade pelo insucesso nas tratativas preliminares

Nos tópicos anteriores tratamos das situações que devem ser observadas na formalização de um contrato de shopping center, destacando que caso exista falha em alguma fase do procedimento, ou mesmo após sua inauguração, o local com todos os lojistas envolvidos terá dificuldades em atrair clientela e fatalmente caminharão para a falência.

Entretanto, será necessário apurar os motivos que levaram ao encerramento do negócio, pois as dificuldades poderão surgir por fatores alheios a vontade das partes, em razão do próprio risco da atividade, ou, poderá ocorrer por culpa da administradora e ou lojistas.

⁵⁴ ACIC – Associação Industrial e Comercial de Campinas (Campinas, SP). Disponível em <<http://www.acic.bz/colunas/listar/94>>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

Primeiramente, julgamos importante mencionar que toda e qualquer empresa ao iniciar suas atividades, assume o risco de sua própria função, que poderá seguir consolidada no mercado com recursos, lucro e sucesso, ou infelizmente caminhará com dificuldades, sem conseguir honrar com seus compromissos, fatalmente alcançando a falência.

Em razão do destacado acima, e pensando em um shopping center que sempre teve sucesso, pois tanto os lojistas, como administradora, atuaram positivamente e por circunstâncias alheias, como instabilidade no mercado financeiro, passaram a ter dificuldades de vendas, abalando o faturamento, inclusive, acumulando ônus fiscais, entendemos que não existirá responsabilidade civil a ser apurada, pois mesmo que presente o prejuízo, faltará a existência de culpa, hábil a ensejar o dever de indenizar/recompôr prejuízos.

Diferente do risco da atividade, e como problemática central do presente trabalho, há situações em que uma das partes age com culpa, levando ao insucesso do empreendimento e apuração da responsabilidade civil.

De início, destacamos a posição de um empreendedor, na maioria das vezes auxiliado por uma empresa especializada em administração de shopping center, que no início das tratativas apresenta um projeto fantástico, com conceito atrativo, promessa de lojas âncoras, lojas satélites de renome no mercado e área de lazer incrível, criando expectativa em alguns lojistas que pretendem ingressar no empreendimento.

No desenvolvimento do projeto, poderemos ter três situações distintas: a) o projeto existe de fato; b) o projeto inicialmente existe, mas em determinado momento, durante as negociações, ele é modificado e lojas âncoras que seriam peças chaves, desistem do empreendimento; c) o projeto não existe, nem nunca existiu, sendo apenas mecanismo utilizado em detrimento dos lojistas.

Em ambos os casos, entendemos que o empreendedor é obrigado a apresentar aos futuros parceiros comerciais (lojistas) todas as situações do projeto, principalmente porquê ao demonstrar o interesse de ingresso no centro comercial, o pequeno empresário, como destacado no capítulo anterior, deve iniciar o pagamento da *res sperata*, para a reserva de seu espaço.

Neste momento de negociação, mesmo entendendo ser difícil a aplicação integral do diploma de defesa do consumidor, entendemos que a base principiológica de tal lei deve ser levada em consideração, especialmente no que diz respeito ao princípio da informação.

A informação, ou melhor, o direito de informação, na Constituição Federal pode ser contemplado em três espécies:

- a) o direito de informar;
- b) o direito de se informar;
- c) o direito de ser informado.

O direito de informar é basicamente uma prerrogativa conferida pela Carta Magna; os outros dois são obrigações;

(...). Além disso, como a informação está ligada ao princípio da moralidade, é de extrair daí o conteúdo ético necessário que deve pautar a informação fornecida. E ele é o valor ético fundamental da verdade.

A informação não pode faltar com a verdade daquilo que informa de maneira alguma, quer seja por afirmação quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário da informação⁵⁵.

Entendendo que o lojista deve ser informado sobre o andamento das tratativas, até mesmo porque em todas as fases da negociação a lealdade e boa-fé devem estar presentes, retomaremos ao início do presente tópico, quando apresentamos três situações distintas da discussão do projeto do shopping center.

Uma das situações destacadas, e que não merece maiores comentários, diz respeito a existência de fato do projeto, que prossegue normalmente, caminhando para a inauguração do empreendimento de acordo com os termos inicialmente previstos.

Em tal caso, ante a posição honesta e desenvolvimento regular do negócio jurídico, entendemos que não há quebra da responsabilidade civil.

Uma segunda situação que pode ocorrer, está relacionada com a existência inicial de determinado projeto, que durante as tratativas é modificado, com a desistência de lojas âncoras que seriam peças chaves do empreendimento, podendo, inclusive, inviabilizar o projeto, e o prosseguimento das tratativas iniciais.

Como já destacamos, entendemos que o empreendedor/incorporador ou a administradora que o representa, tem o dever de informar aos pretensos lojistas, modificações de tal esfera, que tornarão o projeto frágil, para que os pequenos empresários possam avaliar o interesse de permanecer ou não no shopping center.

Aqui, verificamos um problema um pouco maior, pois muitas vezes na tentativa de inaugurar o projeto a todo e qualquer custo, ou pensando que em pouco tempo será possível substituir os lojistas iniciais por outros tão bons quanto, suficientes para continuar as tratativas, muitos empresários optam pelo sigilo do andamento das negociações, não comunicando os futuros lojistas, que até então, já estão confirmados

⁵⁵ NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107 e 115.

no shopping center, que continuam com suas expectativas e investimentos em um local, que muitas vezes não terá sucesso desde sua inauguração.

Em tal situação, enxergamos uma situação bem mais séria, que poderá levar a apuração de eventual responsabilidade, até mesmo em razão de conhecido brocado jurídico, onde a proposta inicial, vincula o proponente.

Sobre tal aspecto, não há dúvidas que aquele lojista que desde o início da contratação, respeita sua posição e cumpre com suas obrigações, também poderá fazer valer seus direitos, relacionados com a transparência na negociação, e até mesmo, o dever da parte contrária de cumprir com o inicialmente proposto, sob pena de arcar com as penalidades previstas contratualmente, ou as decorrentes da lei, aplicadas ao caso concreto.

No caso em comento, em razão da natureza das tratativas, estaríamos diante da apuração da responsabilidade civil na fase pré-contratual, pois independente do momento que se fala, para a parte lesada também será possível a apuração de perdas e danos, proporcional ao já realizado.

Ao lidarmos com tal situação, o professor Mario Cerveira nos ensina que:

Quando o proponente não se comporta segundo a boa-fé (p. ex.: não comunique a existência de uma causa de invalidade ou os vícios da coisa), é necessário, para se configurar sua culpa, a concentração de dois elementos conceitualmente separados: a oferta que faz nascer o dever e o silêncio ou a falsa declaração que produz a violação.

(...)

A culpa é uma das características essenciais da responsabilidade pré-contratual, mas não podemos, porém, nos olvidar do dolo.

As negociações dessa fase deverão ser cumpridas integralmente, e tudo aquilo que for estipulado deverá constar no contrato a ser firmado, sob pena de ficar caracterizada a culpa ou dolo, conforme o caso, daquele que romper unilateralmente o que foi combinado. Em ambos os casos a parte prejudicada deverá ser indenizada⁵⁶.

Veja, que as negociações preliminares são tão importantes como a própria execução do contrato, pois é em tal momento que as partes definem suas obrigações, e realizam uma estimativa sobre a viabilidade ou não do negócio e sobre o interesse de prosseguir com o contrato.

Há de se considerar, que mesmo que em tal fase ainda não exista o shopping center propriamente dito, e o ingresso de fato dos lojistas, na fase de negociação existem esforços de ambas as partes, que criam expectativas, realizam reuniões,

⁵⁶ CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27-29.

desenvolvem projetos, contratam especialistas de diversas áreas para auxílio constante, entendendo que em tal momento também foram despendidos valores e esforços múltiplos que devem ser considerados em caso de culpa ou dolo de uma das partes, no caso, do empreendedor que não age com lealdade, ocultando informações de suma importância.

Sem esgotarmos o assunto, e reafirmando a importância da negociação preliminar, destacamos ainda:

16. Boa-fé objetiva. Responsabilidade pré e pós-contratual. As partes devem guardar a boa-fé tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato, e, ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácia das obrigações). Isso decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva, adotada expressamente pelo CC 422⁵⁷.

Logo, não há dúvidas que nas tratativas iniciais, onde pode ocorrer a modificação do projeto inicial, o empreendedor tem o dever de comunicar toda e qualquer situação ao futuro lojista, para que possa avaliar sobre a possibilidade ou não de continuar na negociação.

A terceira e última situação, e muito mais grave ao nosso ponto de vista, está relacionada com o empreendedor que desde o início, julgando ser o mais experiente ou inteligente, ou mesmo por acreditar que por ser o "dono" do negócio assume papel mais importante, distorce as informações ou apresenta um projeto inexistente, ilusório, manipulando um pequeno empresário a ingressar em um estabelecimento de risco, rodeado de mentiras e falhas, condenado desde o seu nascimento, que poderá trazer prejuízos muito mais graves aos ingressantes, que além de dispor de recursos iniciais (que muitas vezes vêm financiados por terceiros, investidores, bancos, etc.), ainda carregarão os ônus de um faturamento deficiente, encargos trabalhistas e previdenciários com funcionários contratados, obrigações tributárias, gastos e despesas com abertura de empresa, etc.

Pela má-fé do empresário, que de maneira maliciosa ilude o pretense lojista, entendemos que a apuração da responsabilidade civil alcança outro patamar, onde a dosimetria da indenização deverá ser agravada em vários aspectos, como no próprio interesse de lesar o lojista inocente, desde o início da avença.

Ao lidarmos com as duas últimas situações discutidas, de alteração do projeto no curso da negociação e antes da inauguração do empreendimento, e com a má-fé

⁵⁷ NERY JÚNIOR. Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 640.

do empreendedor que desde o início não é sincero sobre as tratativas, e muitas vezes apresenta projeto fraudulento, julgamos interessante destacar alguns pontos que devem ser considerados para a apuração da responsabilidade civil propriamente dita.

Como destacado em tópicos anteriores, desde o início das tratativas, as partes são obrigadas a guardar os deveres da lealdade e boa-fé. Além de tal base principiológica, positivada pelo Código Civil de 2002, os contratantes em todas as fases devem observar os deveres anexos que deverão estar presentes em toda e qualquer negociação, e em qualquer fase.

O jurista Clóvis de Couto e Silva, em sua obra “Obrigação Como Processo”, introduz o tema de deveres anexos, aduzindo que:

A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa-fé, não é apenas o fim da atribuição, de que normalmente se fala na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte. Não se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, mas de um plus que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse plus torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito⁵⁸.

Ainda sobre o assunto, de forma muito simples, o acadêmico Gustavo Henrique Schneider Nunes, destaca que os deveres anexos indicam:

O padrão de comportamento a ser cumprido pelo contratante não se estende apenas ao que se encontra estipulado nas cláusulas contratuais. A boa-fé objetiva transfere para os contratantes a obrigação de também cumprirem os deveres implicitamente decorrentes de uma relação contratual. O dever de informar tem de ser exercido da maneira mais abrangente possível, sempre levando em consideração a complexidade técnica, a especialização do negócio, o nível cultural do outro contratante etc., sem perder de vista a possibilidade de a outra parte merecer maior atenção em virtude de sua menoridade, de não dominar o idioma estrangeiro, ser portador de algum defeito físico, dentre outros⁵⁹.

E, ainda, exemplificando o assunto, o professor Flávio Tartuce, citando os exemplos destacados pelo renomado jurista Clóvis e Couto e Silva e Judith Martins Costa, destaca que os deveres anexos seriam basicamente:

⁵⁸ SILVA, Clóvis de Couto e. A Obrigação como Processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 41.

⁵⁹ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Disponível em <
https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0CCUQFjABahUKEwico4LaweLHAhXETZAKHfM7D1E&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fartigosc%2FGustavo._Boafe.doc&usg=AFQjCNGftUUAqoONj3V8g-Psl-xdYjd0Fg&bvm=bv.102022582,d.Y2l> Acesso em 06 de setembro de 2015.

- a) o dever de cuidado em relação à outra parte negocial;
- b) o dever de respeito;
- c) o dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo do negócio;
- d) o dever de agir conforme a confiança depositada;
- e) o dever de lealdade e probidade;
- f) o dever de colaboração e cooperação;
- g) o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão⁶⁰.

Trazendo a situações apresentadas, ao presente trabalho, verificamos que a boa-fé objetiva vai muito além das tratativas confirmadas documentalmente entre as partes, com o modelo final que será seguido, mas atinge desde o início tudo que será discutido, e tudo que é prometido.

Quando o empreendedor falta com sua obrigação de informar sobre o andamento do negócio, ou deixa de apresentar todas as situações que o rodeiam, de maneira grave e desonesta age com seu contratante, indicando também que em tal esfera deve ser responsabilizado pelos seus atos e em caso de prejuízo, deve ser obrigado a ressarcir todos os danos causados a parte lesada.

Como já explanado, e, em decorrência da teoria geral dos contratos, sempre que houver uma violação aos deveres anexos contratuais, mesmo que o objeto principal do contrato aparente seu completo cumprimento, existirá um inadimplemento, decorrente daquele que não observa a real essência da boa-fé objetiva e eticidade contratual.

Em razão da importância que tais princípios representam no vigente Código Civil, a falha na observação de tal regra de conduta, com a lesão da parte contrária, acarreta o dever objetivo de indenizar, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

Enunciados aprovados - I Jornada de Direito Civil
24 - Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa⁶¹.

Tal explanação, decorre da ideia de que o princípio da boa-fé objetiva, em toda sua extensão deve ser rigorosamente observado pelas partes contratantes em todos os momentos vivenciados no curso do negócio jurídico.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense - São Paulo: Método, 2013, p. 92.

⁶¹ Disponível em < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 06 de setembro de 2009.

Ora, não há dúvidas que, o empreendedor que falha (seja por culpa ou dolo) com o dever importantíssimo de informar o pretendido lojista acerca das modificações do projeto inicial, cria situação desvantajosa, com conduta reprovada, pois expõe a outra parte, que em grande maioria está no elo mais fraco da relação, a prejuízos desnecessários, e seja em qualquer fase, deve ser obrigado a reparar todo e qualquer dano eventualmente ocorrido.

Não podemos olvidar, que nas tratativas preliminares também é possível a desistência do próprio lojista, de ingressar no empreendimento.

Como exemplo, e situação suficiente para atrapalhar a continuação do negócio, podemos ter o caso de uma loja âncora que já havia manifestado seu interesse pelo empreendimento, onde seu nome já consta no projeto e basicamente é a responsável pelo ingresso de outros lojistas.

A desistência da loja âncora, não pode ser levada única e exclusivamente como responsabilidade do empreendedor, pois no campo comercial as tratativas podem ser alteradas a qualquer tempo, sendo necessária a observância de eventuais penalidades e concreto levantamento de perdas e danos.

Da mesma forma que foi destacada como possibilidade dos lojistas o levantamento com as despesas com reuniões, consultores, projetos, arquitetos, projetistas, e etc., entendemos que o empreendedor também se esforça para a conclusão e inauguração do projeto, e a retirada de uma peça chave pode ser motivo mais que suficiente para inviabilizar a obra, ou para atrasá-la de maneira a reverter o que já foi feito.

Com tal situação, necessária será a criação de um novo projeto, novo estudo de viabilidade econômica, e diversas outras situações.

Além da necessidade de adaptação do projeto, o empreendedor que realmente respeitar as disposições previstas no Código Civil e agir com boa-fé, sofrerá os prejuízos de comunicar os pretendidos lojistas pela saída de loja importante do projeto inicial, fragilizando a relação e trazendo novos gastos.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que ao lojista ingressante (ou já ingresso) no empreendimento, poderá ser retirado o dever de efetuar o pagamento da *res sperata* enquanto nova loja não for inserida no local.

Sobre o assunto:

SHOPPING CENTER. Contrato de reserva. Res sperata. Exceção de contrato não cumprido. O lojista pode deixar de efetuar o pagamento das prestações previstas no "contrato de direito de reserva de área comercial para instalação de loja e de integração no 'tenant mix' do

centro comercial" se o empreendedor descumpre com a sua obrigação de instalar loja âncora no local previsto, em prejuízo do pequeno lojista. Para isso, não há necessidade de também rescindir o contrato de locação da loja. Art. 1092 do CCivil. Recurso conhecido e provido.(STJ - REsp: 152497 SP 1997/0075403-0, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 15/08/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.09.2002 p. 263)⁶².

Ora, se o empreendedor pode ser responsabilizado pelos prejuízos que causar ao lojista, nada mais justo do que a apuração de valor indenizatório para o lojista que prejudica o empreendedor, levando em consideração ainda, que as negociações entabuladas com lojas âncoras, em alguns casos podem colocar em posição de hipossuficiência o próprio empreendedor, que ingressa em mercado novo, que ainda nem conhece, negociação com lojas que atuam por anos no mercado.

Em cada caso, será necessária uma negociação sobre a rescisão das tratativas preliminares, e muitas vezes pré-contratuais, levando em consideração todas as fases, todos os custos e toda a expectativa que foi aniquilada pelo lojista desistente.

Logo, não apenas o lojista poderá ser indenizado na fase preliminar, como também, o empreendedor que é fragilizado, lesado ou impedido de constituir o projeto inicial, por circunstâncias alheias a sua vontade.

Não obstante as situações já apresentadas, ligadas ao início das tratativas, que também levam ao insucesso do empreendimento antes mesmo de sua inauguração, há de se considerar o insucesso decorrente do abuso e má administração após o pleno funcionamento do shopping center, que serão destacadas no tópico a seguir.

3.4.2 Responsabilidade pelo insucesso após a inauguração do shopping center

No tópico anterior, destacamos algumas situações que desde o início condenam o shopping center, ante a ocorrência de falha nos deveres de lealdade e informação, quando o empreendedor distorce a realidade dos projetos e cria um empreendimento já fadado ao insucesso desde o início ou quando situações externas impedem a conclusão do projeto inicial.

Contudo, o campo da responsabilidade civil em tais contratos não se limita as

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ – Recurso Especial nº 152497/SP, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.09.2002, p. 263.

tratativas iniciais, e também pode atingir o curso da negociação.

Como destacado em tópicos anteriores, para a formação e sucesso de um shopping center, o empreendedor ou sua administradora deve se preocupar com a correta composição do *mix* de lojas, que desde o início é cautelosamente planejado e deve se manter em constante atualização.

De tal situação decorre o direito de o "dono do empreendimento" modificar a qualquer tempo a posição das lojas, situação pactuada entre as partes desde o início da tratativa.

Entretanto, a má disposição de tais lojas, e alteração da posição de lojas, que é Direito unilateral do empreendedor, pode acarretar em inúmeros prejuízos aos lojistas, conforme será melhor explorado a seguir:

Para introduzir o tema, destaca-se que:

Como as obrigações do empreendedor são de execução continuada, mesmo que cumpridas inicialmente, com a boa construção do edifício, a inauguração do shopping no prazo contratualmente previsto e integrado por um número adequado e lojas âncoras e satélites, tem o empreendedor a obrigação posterior de gerir o centro visando ao bom funcionamento da empresa de conjunto. Para tanto, o *mix* do shopping deve ser mantido, e, se possível, até melhorado. A mudança do *mix* projetado que prejudique um ou mais lojistas pode ser qualificada como inadimplemento contratual⁶³.

A alteração unilateral do *mix* pode abalar individualmente determinado ou determinados lojistas, o que poderá atingir toda a coletividade do empreendimento, e ao final, quebrar o estabelecimento comercial.

Primeiramente, destacamos a possibilidade de o empreendedor alterar a posição inicial de determinada loja.

Logo no início do contrato as partes acordam sobre a instalação de determinada lojas, que desde o início obriga o lojista ingressante a prover recursos pela reserva de seu espaço (*res sperata*) levando em consideração que lugares privilegiados englobam valores maiores, como a instalação de lojas próximas ou nos corredores de lojas âncoras.

Não há dúvidas que após a inauguração, as lojas com melhores posições terão faturamentos diferenciados, como a loja de roupas instalada do lado de âncora famosa, que muitas vezes atrai clientela que por estar passando em frente ao estabelecimento vê determinado produto na vitrine, se interessa e compra determinado

⁶³ BARCELLOS, Rodrigo. O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais. São Paulo: Atlas, 2009, p. 138.

bem.

O movimento fora atraído pela posição do lojista. Contudo, em determinado momento, a administradora identifica a necessidade de alterar a composição do *tenant mix* e desloca o lojista para outro andar, corredor, etc., o que abala drasticamente seu faturamento.

Com tal alteração, as partes devem rever a posição dos lojistas, especialmente quanto a fixação do aluguel, pois com a alteração nas vendas o pequeno empresário muitas vezes não conseguirá cumprir com suas obrigações contratuais, pois com a diminuição da clientela e resultado das vendas, muitas vezes não conseguirá pagar pontualmente o aluguel (mesmo o mínimo fixado), o condomínio e as despesas de fundo de comércio.

Em tal cenário, o ideal seria a renegociação das partes para encontrar a forma para prosseguimento do contrato, com readequação do aluguel ou mesmo suspensão temporária das cobranças.

Infelizmente, as situações acima em sua grande maioria não são observadas pelos empreendedores, que continuam a exigir dos lojistas os termos fixados previamente no contrato, sem considerar que a própria alteração no faturamento do lojista decorre da atuação inicial do empreendedor, que alterou a posição da loja, e afastou a circulação da clientela.

Em tal situação, entendemos que se o empreendedor não se esforça para manter ou amenizar a situação do lojista, abrindo possibilidades de manutenção da locação, e o pequeno empresário não consegue mais manter o seu negócio por culpa do empreendedor, surge ao lojista o direito de ser restituído em perdas e danos pela falha da alteração do *mix* ou ainda, pode pleitear a sua recolocação em ponto privilegiado.

Outra situação semelhante a acima destacada, está relacionada com a saída da loja âncora do empreendimento, que acarreta na diminuição do fluxo de pessoas no shopping center, e abala o faturamento global dos lojistas que permanecem no empreendimento.

Neste contexto, os prejuízos sofridos trazem situação muito mais grave, que pode levar a quebra do próprio shopping center, em decorrência do aumento do número de inadimplência dos lojistas e inviabilidade da manutenção das lojas, com o consequente dever de indenização pelos danos e perdas sofridos.

Ao lojista lesado surgirá o direito de ser reembolsado por tudo que sofreu, com o manejo de ações próprias a espécie, que serão genericamente destacadas em

tópico próprio.

Por outro lado, e situação muito bem explicada no tópico anterior, com a saída de loja âncora, chave do empreendimento, não será apenas o lojista que sofrerá prejuízos, mas também o próprio empreendedor.

A desistência de uma loja chave de continuar sua locação, seja no curso do contrato ou não, de plano abalará o *mix* inicialmente projetado. Ainda, se a loja for a responsável em atrair público ao local, a rescisão de tal contrato levará a uma rápida atuação do empreendedor em recompor o espaço vago.

Nos momentos de estudos para reestruturação da composição de lojas, o empreendedor pode levar tempo, investir novos recursos e sofrer inúmeros prejuízos. Ressalta-se que a diminuição do público, conseqüentemente abalará as vendas.

Se um lojista que tinha sucesso em seu faturamento, sofre pela falta de público, a consequência imediata será a impossibilidade de pagamento do aluguel proporcional, com o desembolso apenas do aluguel mínimo.

Por óbvio, tal situação abalará diretamente a administração do shopping, pois os recursos financeiros serão diminuídos, e por consequência, as tratativas com novos lojistas estarão fragilizadas.

Em tal cenário, vislumbramos a possibilidade do próprio empreendedor ingressar com demandas judiciais para recompor seus prejuízos, muito mais nos casos da rescisão antes do decurso do prazo contratual, pois a impossibilidade de continuar com a locação, em primeiro momento, era de total desconhecimento do shopping center.

Contudo, caso a situação de fato venha a ocorrer, e o empreendedor se sinta lesado pela atitude de loja âncora que desiste do empreendimento, ao lesado surgirá o direito de recompor seu prejuízo, incluindo a possibilidade de ação regressiva por eventuais indenizações de lojistas que se sintam lesados.

Ante a possibilidade de defesa, em esfera judicial, o assunto em destaque será melhor abordado ao final do trabalho.

Outra situação que pode abalar o bom andamento do shopping, e lesar determinado lojista, está relacionada com a quebra do direito de exclusividade do contrato firmado, consubstanciado na atitude do dono do shopping center, de autorizar uma outra loja a comercializar determinado bem, que já havia assegurado de maneira

exclusiva a outro lojista⁶⁴.

Sem dúvidas tal situação irá atrapalhar o lojista que muitas vezes comercializava um produto exclusivo, e agora terá que dividir seus consumidores com outros empresários. Tal situação ainda poderá ser agravada, quando o direito de exclusividade é quebrado com a autorização de comercialização de produtos por grandes lojas de departamento, na maioria das vezes as lojas âncoras, que dada sua posição no mercado têm acesso aos produtos com melhores valores, e por consequência, revendem em melhores condições.

A ocorrência do citado acima, além de indicar infração contratual, pode levar a falência do pequeno lojista que não terá condições de se manter no empreendimento, por própria culpa do shopping center, vendo-se obrigado a ingressar no judiciário na tentativa de recompor seu prejuízo, pois certamente o contrato que assinou, em regra de adesão, não terá substrato suficiente para suprir os danos sofridos.

Por fim, e não menos importante, destacamos também a atuação do empreendedor que não administra corretamente os recursos financeiros arrecadados.

Como já explanado, para a manutenção da locação, o lojista é obrigado a pagar pontualmente as despesas de condomínio e fundo de comércio, e em contrapartida, o empreendimento está obrigado a fornecer tudo que foi determinado em assembleia, como segurança, limpeza, e etc., obrigando-se ainda a manter sempre a disposição do lojista a prestação de contas de tudo o que realizado, e quanto foi gasto para cada situação.

Infelizmente, ao se falar deste assunto em especial, muitos empreendedores representados por suas administradoras falham em tal situação, e ocultam a real administração dos recursos orçamentários.

Além de deixar a prestação de serviços ineficientes, pois a falha na limpeza e segurança, por exemplo, afastará os consumidores, atrapalha também o bom andamento das atividades.

Como exemplo, citamos o shopping center que não desenvolve informes publicitários e em época de festas não tem promoções, sorteios, feiras infantis, para atrair um público melhor, mesmo recolhido dos lojistas as quantias de fundo de promoção, que não são destinadas a tal finalidade, e muito menos devolvidas ou investidas em quaisquer outras situações.

⁶⁴ BARCELLOS, Rodrigo. O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais. São Paulo: Atlas, 2009, p. 141.

Para assegurar que a administradora desenvolva suas atividades a contento, e impeça a quebra do empreendimento, os lojistas ou sua associação instituída, poderão ingressar com a ação de prestação de contas, forçando uma reação do shopping center.

Caso a situação se torne tão alarmante, ao ponto de quebrar o empreendimento, aos lojistas permanecerá o direito de acessar todos os livros e serviços já prestados, buscando ainda ser ressarcido por todas as quantias indevidamente pagas, pois se o recurso foi obtido e sua destinação não foi alcançada, justa é a indenização de tais valores, na tentativa de amenizar os prejuízos, e, ainda, buscando evitar o enriquecimento ilícito daquele que recebeu os recursos e não administrou de forma correta.

Todos os casos mencionados no presente tópico, estão ligados com a má gestão do empreendimento após sua inauguração, envolvendo situações um pouco mais complexas, tendo em vista já estarem instalados inúmeros lojistas, com investimentos, contratações, entre outras situações.

Em cada caso, caberá a parte lesada medir seus prejuízos e manejar ações próprias para apurar a responsabilidade contratual do shopping center, visando a recomposição dos danos sofridos, ou, caso seja interesse, obrigar o cumprimento do contrato ou retorno da situação ao *status quo ante*, com a utilização de algumas medidas que serão demonstradas a seguir.

3.4.3 Das medidas processuais

Demonstradas as situações que trazem prejuízos aos lojistas, de maneira sintética apresentaremos algumas ações que poderão ser intentadas, levando em consideração cada momento da contratação e cada episódio demonstrado.

3.4.3.1 Insucesso nas tratativas preliminares

Anteriormente, apresentamos três situações que podem ocorrer durante as negociações que antecedem a inauguração do shopping center: a) o projeto do empreendimento existe de fato; b) o projeto inicialmente existe, mas é modificado no curso das tratativas; c) o projeto nunca existiu.

Para a primeira situação, não será necessário tecer maiores comentários, tendo em vista a possibilidade de plena execução das tratativas e prosseguimento do projeto.

Contudo, nas hipóteses das letras b e c, outra situação existe, pois, o empreendedor falta com os deveres da boa-fé e obrigações anexas, já exploradas, deixando de informar o pretendo lojista as alterações no projeto ou continua a alimentar a ilusão de algo que nunca existiu.

Em tais situações, e buscando amenizar os prejuízos, o professor Mario Cerveira Filho⁶⁵, apresenta duas situações que poderão ocorrer e a possibilidade de defesa/proteção dos lojistas, das quais destacamos a seguir.

1 - O lojista efetua pagamento para a reserva do ponto comercial

Para o autor Mario Cerveira Filho, especializado na área, em tal situação o lojista deverá ingressar com ação ordinária cumulada com pedido de perdas e danos, onde as quantias pagas a título de reserva deverão ser devolvidas com as correções pertinentes.

Em razão do momento de ingresso da demanda, decorrente das tratativas preliminares, o autor indica que o pedido poderá ser fundamentado no artigo 186 do Código Civil, em razão da culpa do empreendedor na formalização do negócio, pois faltou com a verdade, prejudicando o pretense lojista.

Nesta esfera, ao falarmos da presença de culpa, deve ser compreendido o sentido *lato* comportando tanto a conduta dolosa, como a culpa propriamente dita:

Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *lato sensu* (dolo). Dolo é, portanto, o propósito de causar dano a outrem. É a infração consciente do dever preexistente. Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa *stricto sensu*, também denominada aquiliana⁶⁶.

Assim, com base na legislação civil em vigor, aquele que causar dano, seja por dolo ou culpa, ficará responsável em indenizar a parte lesada, lembrando que ao

⁶⁵ CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das obrigações: parte especial, tomo II: responsabilidade civil. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008 (Coleção sinopses jurídicas: v. 6), p. 66.

falarmos na presença de culpa, pouco importa a sua extensão, se foi culpa leve ou gravíssima, pois basta sua ocorrência, para gerar dever de indenizar. O que será avaliado e medido, será a quantificação do dano, para que possa chegar em valor razoável⁶⁷.

Levando em consideração o acima descrito, para a melhor apuração dos danos sofridos, o lojista deverá apresentar tudo que foi gasto na fase inicial, como os valores de reserva já mencionados, como custos com advogados, profissionais da área de marketing, contabilidade, etc., todas as despesas envolvidas no estudo do projeto.

O advogado Mário Cerveira⁶⁸ ainda chama a atenção para a possível existência de contratos de franquia formalizados pelos lojistas, que geralmente possuem prazo determinado para sua execução, e a própria cessão de uso da marca, envolve quantias antes mesmo da inauguração da loja.

No caso da impossibilidade da continuação do negócio, por óbvio o contrato de franquia será encerrado antes do prazo, com a possível aplicação de penalidade, onde todos os custos deverão ser repassados ao empreendedor que deu causa ao desfazimento do negócio.

Com tal medida, o lojista terá ao menos a possibilidade de recompor seus prejuízos.

2 - O lojista não efetua pagamento para a reserva do ponto comercial

Semelhante ao caso acima, o lojista poderá ingressar com ação ordinária cumulada com pedido de perdas e danos, só que na presente hipótese não existirá a devolução da quantia paga pela reserva do espaço, cabendo ao lojista demonstrar todas as despesas incorridas no curso das tratativas, apresentando seus cálculos e pedidos de indenização.

3.4.3.2 *Insucesso no curso do contrato*

No tópico anterior, descrevemos de maneira singela a forma de defesa e recomposição de prejuízos dos lojistas, que são lesados pelo empreendimento que já carrega insucesso mesmo antes de sua inauguração.

⁶⁷ *ibidem*, p. 67.

⁶⁸ CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.

Contudo, no plano ideal, as tratativas desenvolvidas pelas partes em fase preliminar serão concluídas, levando a formalização do contrato de locação em shopping center, com a posterior inauguração do empreendimento e início do comércio.

Porém, mesmo após o ingresso, outras situações poderão surgir, em especial os problemas na própria administração do empreendimento, que poderão levar ao insucesso do shopping center.

Um dos grandes problemas diagnosticados na vivência profissional, e identificado no curso do desenvolvimento da pesquisa que culminou no presente trabalho, é a deficiência no orçamento do shopping center, em especial na forma de cobrança das dívidas de condomínio.

A grande maioria dos empreendedores, representados pelas suas administradoras, falham na exibição de suas contas, e geralmente não conseguem apresentar explicações sobre os valores gastos e sobre a forma de gestão.

Tal situação, que indica a má administração dos recursos financeiros, pode levar ao insucesso do empreendimento. Todavia, os lojistas que se sentirem lesados, podem ingressar com a ação de prestação de contas, para levantar a situação administrativa do shopping center, como será demonstrado a seguir.

Ação de prestação de contas

Levando em consideração que os empreendedores de shopping center, em sua grande maioria, têm o péssimo hábito de ocultar dos lojistas o verdadeiro custo para manutenção do empreendimento, surge a possibilidade de ajuizar a ação de prestação de contas que vem a ser:

Consiste a prestação de contas no relacionamento e na documentação comprobatória de todas as receitas e de todas as despesas referentes a uma administração de bens, valores ou interesses de outrem, realizadas por força de relação jurídica emergente da lei ou do contrato. Seu objetivo é liquidar dito relacionamento jurídico existente entre as partes no seu aspecto econômico, de tal modo que, afinal, se determine, com exatidão, a existência ou não de um saldo, fixando, no caso positivo, o seu montante, com efeito de condenação judicial contra a parte que se qualifica como devedora⁶⁹.

⁶⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos especiais. Volume 3. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 79.

Da explicação do renomado processualista, verificamos que a ação de prestação de contas vai muito além da simples exibição dos documentos, pois deverá ser demonstrado tudo que foi gasto, com a apresentação da documentação que justifique as medidas, para que possa ser alcançado um cálculo aritmético, e, ao final, poderá ou não existir saldo positivo a ser restituído.

Em contratos de shopping center, tal ação assume grau de importância, pois será possível verificar se os recursos estão alcançando sua real finalidade, mantendo o local na forma e padrão que se espera.

Além de possibilitar a leitura dos valores, contratos de prestadores de serviços, boa administração e etc., para o lojista ainda será possível recuperar eventuais gastos aplicados de forma incorreta, ou ainda servirá como meio de corrigir eventuais falhas de gestão, forçando a adequação ou substituição da administradora.

Dada a especificidade da matéria no campo dos contratos de shopping center, o professor Mário Cerveira, destaca alguns documentos que poderão ser exigidos no ajuizamento da medida processual:

- Atas das Assembleias nas quais foram aprovadas as previsões orçamentárias.
- O demonstrativo de pagamento e o critério utilizado no cálculo correspondente ao CRD (Coeficiente de rateio de despesas), concernentes a todas as lojas do empreendimento.
- O demonstrativo de pagamento dos encargos condominiais das lojas vagas, desde suas efetivas desocupações.
- O demonstrativo de pagamento dos encargos condominiais dos espaços ocupados por quiosques e carrinhos.
- O demonstrativo, recibos pagos de todos os locatários e o critério utilizado referente à destinação das verbas concernentes ao Fundo de Promoção.
- O demonstrativo dos encargos dos funcionários do empreendimento, que laboraram e que laboram nele, por cargos, salários e atribuições.
- O demonstrativo e o critério utilizado no que diz respeito à concorrência dos serviços terceirizados.
- O demonstrativo do item "outras despesas", lançadas e cobradas no condomínio.
- O demonstrativo da aplicação e rendimentos dos valores cobrados a título de fundo de reserva.
- O demonstrativo da fração do valor do IPTU atribuído a cada loja e aquele relativo às áreas comuns e de circulação do empreendimento.
- O demonstrativo do critério no que diz respeito a cobrança ou percentual correspondente da taxa de administração.
- O demonstrativo e o critério utilizado concernentes aos valores cobrados pela exploração do estacionamento e sua destinação⁷⁰.

⁷⁰ CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-107.

O descrito apresenta alguns documentos que poderão ser solicitados, como base inicial, pois cada negociação possui suas próprias peculiaridades, que poderão variar de região para região e envolverão outros documentos.

A importância de tal ação não se limita apenas a demonstração de contas, dada sua especialidade prevista em lei, pois o rito seguirá o prescrito no artigo 914 e seguintes do Código de Processo Civil.

Para o lojista, em especial, destacamos a previsão contida nos artigos 917 e 918 do Código de Processo Civil:

Art. 917. As contas, assim do autor como do réu, serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos.

Art. 918. O saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada⁷¹.

Em posse dos documentos, o juiz fará análise, acompanhado ou não de perito (artigo 915, § 3º, CPC) e proferirá sua decisão, sendo que em caso de saldo positivo, nos próprios autos, poderá aquele que tiver direito, promover a própria execução da sentença.

É exatamente esta a vantagem que pode ser obtida pelo lojista, pois com o manejo de uma única ação avaliará se a administração dos recursos financeiros do shopping é realizada a contento, e, ainda, poderá recuperar eventual saldo residual em apenas uma ação.

Destacamos, por final, que o lojista deve ter em mente que a presente ação não deverá ser ajuizada apenas ao final de seu contrato, ou com o encerramento das atividades do empreendimento, mas também deve ser buscada no curso da contratação, sempre que suspeitar que exista qualquer falha administrativa, pois eventuais erros poderão ser descobertos e a falência do empreendimento poderá ser evitada.

Da ação revisional de aluguel ajuizada pelo lojista

Além da ação de prestação de contas mencionada anteriormente, no curso do

⁷¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869/73. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

contrato também poderá surgir a necessidade de rever os valores pagos pela locação do espaço, tanto os valores que se excederem sem motivos justificáveis, como no caso mencionado anteriormente, onde o empreendedor/administradora muda a posição do lojista, abalando seu faturamento, com a necessidade de alterar os custos despendidos no contrato de locação.

Uma das possibilidades de revisão dos valores locatícios, está prevista na atual Lei de Locações (Artigo 19 da Lei 8.245/91), denominada ação revisional de aluguel.

Explicando tal instituto, o professor Humberto Theodor Júnior indica que:

A revisão do preço defasado de aluguel, no sistema atual da Lei do Inquilinato, não é mais objeto de disciplina isolada para alguns tipos de locação. Todo e qualquer contrato alcançado pelo regime da Lei 8.245 se sujeita à ação revisional de aluguel, nos termos do seu art. 19, que assim dispõe: "Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço do mercado"⁷².

Tal ação, surge como mecanismo para adequar as cobranças de aluguel, podendo ser ajuizada tanto pelo locador, como pelo locatário, pois o preço cobrado deve refletir a real situação do mercado, localização do imóvel e etc.

Como mencionado no texto de lei, é requisito essencial para ajuizamento da ação, o decurso de três anos do contrato, para que os valores possam ser revistos judicialmente.

Para o lojista, a medida é uma forma de se defender contra os abusos cometidos pelos "donos do empreendimento" que muitas vezes sem a prévia análise de estudos, aumentam de maneira desproporcional o aluguel, onerando a locação de maneira demasiada, muitas vezes, impedindo o prosseguimento do contrato.

Para adequar a situação, equilibrando o valor do aluguel e a inevitável inadimplência, o lojista deverá promover a revisional de aluguel o quanto antes, pois caso exista medida de despejo, a medida restará inviabilizada.

Entretanto, no presente tópico uma situação em especial nos chama atenção, pois muitas vezes o valor do aluguel se torna excessivo não apenas em razão de reajustes, mas em virtude da própria posição do empreendedor, que sob o argumento de ter que adequar a posição o *tenant mix*, altera a localização da loja, abalando o faturamento do lojista, e dificultando a manutenção dos valores cobrados a título de

⁷² THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos especiais. Volume 3. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 551.

aluguel, mesmo o mínimo fixado.

Em tal situação, que pode ocorrer mesmo antes do prazo de três anos do curso da locação, surge a dúvida: a revisão é permitida ou não?

Para o advogado Mario Cerveira Filho, amparado pelos dizeres de Waldir de Arruda Miranda Carneiro, em situações que haja desproporção, a qualquer tempo, os valores deverão ser revistos:

O locatário de espaço em shopping center, para obter medida cautelar judicial que lhe assegure redução de aluguel da unidade imobiliária em seu poder, deverá demonstrar impossibilidade de cumprir a obrigação perante a locadora, por motivos estranhos a sua vontade e direito à revisão da cláusula considerada prejudicial ao equilíbrio entre os contratantes⁷³.

Tal teoria, está calcada na teoria da imprevisão positivada pelo Código Civil, e conhecida como:

A onerosidade excessiva que pode tornar a prestação desproporcional relativamente ao momento de sua execução, pode dar ensejo tanto à resolução do contrato (CC 478) quanto ao pedido de revisão de cláusula contratual (CC 317), mantendo-se o contrato. Esta solução é autorizada pela aplicação, pelo juiz, da cláusula geral da função social do contrato (CC 421) e também da cláusula geral da boa-fé objetiva (CC 422). O contrato é sempre, e em qualquer circunstância, operação jurídico-econômica que visa a garantir a ambas as partes o sucesso de suas lícitas pretensões (...)⁷⁴.

De maneira semelhante a aplicada no Brasil, destacamos estudo da teoria da imprevisão, elaborado pelo professor e advogado chileno Esteban Pereira Fredes:

Lorenzo de la Maza:

"[...] la doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados) que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a causa de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquél llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas"

René Abeliuk:

"La facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa".

Daniel Peñailillo:

"[...] Una causal de modificación y aun de extinción de las obligaciones que

⁷³ CERVEIRA FILHO, Mario. Ações renovatórias e revisionais em shopping centers. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

⁷⁴ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 690.

seproduce cuando, pendiente la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse"⁷⁵.

Dos conceitos doutrinários apresentados, é possível verificar que sempre que uma prestação de tornar excessivamente desproporcional a parte contrária, poderá existir pedido de revisão judicial dos valores e condições.

Importante ressaltar que no momento do ajuizamento da ação, a parte deverá demonstrar que o desequilíbrio foi causado ante a ocorrência de fato imprevisível. Na esfera contratual, especialmente em contratos empresariais as partes negociam inúmeras situações, e desde o início, buscam prever situações que possam acontecer no curso do contrato.

A alteração do *mix* de lojas, e posição do lojista é situação previsível, tanto é que a modificação já vem prevista em contrato. Mas, as consequências de tal modificação podem trazer situações imprevistas aos lojistas, que deverão ser discutidas caso a caso.

O assunto envolve certa complexidade, que necessitaria de estudo aprofundado, que infelizmente não pode ser apresentado no presente trabalho.

Retornado a situação principal, onde a desproporção do contrato poderia ser discutida judicialmente, outra dúvida que surge está relacionada com a forma correta de revisar o valor do aluguel, se seria através da ação revisional, ou com manejo de ação ordinária revisional.

Neste diapasão, concordamos com a posição do advogado Mário Cerveira Filho, amparado pelas lições de Sylvio Capanema de Souza, onde a via mais adequada seria através de ação ordinária⁷⁶.

O mencionado advogado ainda destaca que:

O que se nos afigura mais adequado é que, sendo a revisão trienal, como determina a lei, fica o autor dispensado da prova da ocorrência de fato modificador das condições econômicas e do prejuízo, que se presume. Se exercitada em prazo mais curto, a pretendida modificação dependerá da prova concludente da lesão, e do nexo causal,⁷⁷ o que se fará pelo rito ordinário, onde é mais ampla a dilatação probatória.

⁷⁵ FREDES, Esteban Pereira. Sobre La Teoría de La Imprevisión. In: Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, La Razón del Derecho, 1ª edición, julio a diciembre, 2009, Porto Rico. Disponível em <http://www.academia.edu/3511685/Sobre_la_teor%C3%ADa_de_la_imprevisi%C3%B3n>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

⁷⁶ CERVEIRA FILHO, Mario. Ações renovatórias e revisionais em shopping centers. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

⁷⁷ *ibidem*, p. 98.

Assim, ao ajuizar a ação pretendendo a revisão do valor do aluguel, o lojista deverá apresentar suas contas anteriores a modificação da posição da loja, e as atuais, de forma a refletir sua efetiva perda com a alteração realizada de maneira unilateral pelo empreendedor.

Além do mencionado, em sua petição inicial o lojista ainda poderá apresentar outras situações que abalem seu comércio, como:

(...) que o valor locativo está muito superior ao praticado no empreendimento, sendo inevitável a sua redução, por influência de fatores externos que o estão depreciando, diminuindo sua potencialidade de venda, como, por exemplo, construções ao lado, tapumes, grande número de lojas fechadas (vizinhas ou não), interdição de vias de acesso, ausência de lojas-âncoras, má distribuição do *mix* ou outros fatores determinantes⁷⁸.

Respeitando tais situações, e sob o amparo dos termos legais, o lojista poderá buscar a revisão de seus valores locativos, levando sempre em consideração que o pedido contido na inicial deve indicar o valor que se pretende pagar, tanto de aluguel proporcional, como no aluguel mínimo⁷⁹.

Da possibilidade de alterar o valor do aluguel em favor do shopping center

No tópico anterior destacamos a possibilidade de revisão dos valores locatícios por parte do lojista, que busca reequilibrar o contrato, seja por desproporção da cobrança, seja pela alteração do *mix* que dificulta a manutenção do aluguel.

Entretanto, não podemos deixar de lado que em vários casos o empreendimento é inaugurado e alcança sucesso, e a própria estrutura, localização e aumento do fluxo de pessoas pode levar a uma grande valorização do empreendimento.

Com tal situação, certo é que o próprio lojista melhora seus desempenhos de venda, e o shopping center, em razão da natureza de colaboração de tais contratos, deve receber retribuição adequada por todos os esforços que enfrenta.

Pensando em tal cenário, e mesmo entendendo desde já que ação revisional de aluguel talvez não teria espaço para defesa do shopping center, questionamos se a defasagem do aluguel poderia ou não levar ao insucesso do empreendimento.

⁷⁸ *ibidem*, p. 103.

⁷⁹ CERVEIRA FILHO, Mario. *Ações renovatórias e revisionais em shopping centers*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

Certo é que com a valorização do local, os prestadores de serviços, a administradora, os custos em geral sofrerão alterações, onde quanto mais caro o local, mais dispendioso será sua manutenção. Pela lógica, se tudo ao redor está sendo valorizado, justa é a revisão do aluguel.

Como destacamos no capítulo direcionado a análise dos contratos de locação, na fixação do aluguel em shopping centers, comum é a definição de aluguel mínimo, e aluguel percentual sobre o faturamento do lojista, sendo que valerá somente o maior.

Contudo, no decorrer do contrato é possível que o percentual sobre o faturamento já não seja o suficiente para manter a estrutura do empreendimento e necessária seja a revisão do contrato para adequar os valores a realidade.

Quando falamos sobre os estudos econômicos, fixação de cláusulas abusivas ou não, apresentamos o estudo do advogado Michel Cutait que defende a ideia que para se manter a saúde do lojista, as despesas gerais (aluguel, condomínio e fundo de promoção) não deverão passar do limite de 10% (dez por cento) sobre o faturamento líquido do lojista. Mas se for identificado o oposto, e os pagamentos se mostraram aquém do necessário, o shopping center terá como se defender e reajustar a situação? A falta de recursos não deve ser observada além de lucros, como também em valores em caixa para melhorar o empreendimento? Essas situações serão discutidas a seguir.

Se frustrada a tentativa de revisão das cláusulas contratuais, acreditamos ser possível o ingresso de demanda judicial, buscando o equilíbrio contratual, pois a prestação de uma parte não pode ser desproporcional, ao ponto de lesar a parte contrária.

Tal ação poderá ser fundamentada no previsto no artigo 317 do Código Civil, buscando readequar a contratação, para que exista equilíbrio na base objetiva do negócio jurídico.

Ao manejar a revisão judicial, o shopping center deve demonstrar todas as razões que justifiquem a adequação dos valores locatícios, seja para o aluguel mínimo, seja para o aluguel percentual.

Interessante destacar, que a matéria de defasagem contratual, pode ser inclusive objeto de defesa, se ajuizada ação renovatória por parte do lojista. Sobre tal assunto, teceremos breves comentários da decisão proferida recentemente pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ementado da seguinte forma:

Locação comercial. Shopping Center. Ação renovatória. Divergência quanto ao valor do aluguel mínimo. Laudo avaliatório que demonstra a existência de

defasagem entre o valor vigente e aquele que é praticado no mercado. Perito que se utilizou corretamente do método comparativo de dados, considerando os contratos estabelecidos com lojas âncoras instaladas no mesmo empreendimento. Ausência de elementos aptos a elidir as conclusões do perito de confiança do juízo. Estipulação do aluguel mínimo reajustável em R\$15.000,00, tal qual pretendido pela locadora, mantidos, no entanto, todos os demais termos do contrato de locação em vigor. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP - APL: 90000608020118260405 SP 9000060-80.2011.8.26.0405, Relator: Ruy Coppola, Data de Julgamento: 07/05/2015, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/05/2015)⁸⁰.

Trata-se de ação renovatória promovida pelas Lojas Americanas contra a administração do Osasco Plaza Shopping, onde a autora pretendia a renovação do seu contrato, por mais cinco anos, mas com a manutenção das condições originárias, sem alteração do aluguel mínimo e proporcional.

Irresignada, a administração do Osasco Plaza Shopping, defendeu-se no sentido de demonstrar que o contrato poderia ser renovado, mas deveria existir a alteração dos valores de aluguel, em especial do aluguel mínimo, pois a realidade do empreendimento que já contava com outras lojas âncoras justificava o reajuste para maior do valor.

Na análise do caso, o desembargador relator, considerando os estudos apresentados pelo perito nomeado, que corretamente demonstrou a defasagem do valor de locação, destacou o seguinte argumento:

Na espécie dos autos, verifica-se que o trabalho do perito oficial restou bem fundamentado, não havendo elementos aptos a elidir a conclusão de que os alugueres praticados estão realmente defasados em relação ao mercado, sendo certo que o próprio assistente técnico indicado pela autora reconhece essa defasagem, tanto que propõe o valor locativo mensal de R\$12.600,00, para novembro de 2011 (cf. fls. 1033).

Ocorre que mesmo esse valor não deve prevalecer sobre aquele encontrado pelo perito nomeado pelo juízo, uma vez que se mostra plenamente justificável a seleção de imóveis locados por cinco lojas âncoras do Osasco Plaza Shopping (Casa Bahia, Zelo, Marisa, Riachuelo e McDonalds), que se caracterizam por serem lojistas de grande porte que, a exemplo da autora-apelada, ocupam áreas diferenciadas no empreendimento, de modo que o aumento do campo amostral, com a inclusão de lojas de menor porte, descaracterizaria a aferição do comportamento do segmento de mercado ao qual pertence o imóvel locado, cujas características mais se assemelham com aqueles utilizados pelo perito judicial no modo comparativo⁸¹.

O desembargador muito sabiamente considerou não apenas o valor indicado na

⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 9000060-80.2011.8.26.0405, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/05/2015.

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 9000060-80.2011.8.26.0405, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/05/2015.

perícia, mas percebeu que a própria estrutura do empreendimento, que contém outras lojas consolidadas no mercado, seria motivo mais que suficiente para manter a locação, com a adequação do aluguel a nova realidade do empreendimento, que após anos no mercado já estava com sua marca consolidada, e deveria receber recursos suficientes para remunerar o alcançado, bem como, manter a estrutura em constante melhoramento.

Em tal situação, enxergamos que o shopping center, para evitar seu insucesso, também deve buscar mecanismos judiciais para equilibrar suas contratações, buscando a melhoria contínua do empreendimento e mantendo contratos de locação com valores que realmente reflitam a realidade do centro comercial de sucesso.

Em razão da matéria sempre ser vista com destaque a proteção dos lojistas, que sempre são considerados o elo mais fraco da relação, ao final do trabalho anexamos a decisão em sua integralidade, para que possa servir como base de pesquisa a eventuais interessados.

3.4.3.3 *Insucesso na fase rescisória*

Dos estudos desenvolvidos no curso do presente trabalho, é possível compreender que a instalação de shopping center envolve uma contratação mista e complexa, onde várias situações precisam ser observadas.

Para levar a assinatura do contrato, e efetivo ingresso dos lojistas, o empreendedor demonstra uma série de recursos que serão instalados no empreendimento, veiculados através de suas campanhas publicitárias.

Como todo o estudo e elaboração da obra são realizados pelo empreendedor, e por tal motivo, este assume o ônus de concretizar o prometido, temos que a obrigação contratual é de resultado, que vem a ser:

A obrigação de resultado é aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que se terá o inadimplemento da relação obrigacional. Tem em vista o resultado em si mesmo, de tal sorte que a obrigação só será considerada adimplida com a efetiva produção do resultado colimado. Ter-se-á a execução dessa relação quando o devedor cumprir o objetivo final. Como essa obrigação requer um resultado útil ao credor, o seu inadimplemento é suficiente para determinar a responsabilidade do devedor, já que basta o resultado não atingido para que o credor seja indenizado pelo obrigado, que só se isentará de responsabilidade se provar que não agiu culposamente⁸².

⁸² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 2º volume: teoria geral das obrigações. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 194.

Quando o empreendedor promete e não cumpre, surge ao lojista a possibilidade de encerrar sua locação, pelos mecanismos viáveis, e ainda pleitear a indenização por todos os danos sofridos.

Tem-se que a impossibilidade de continuação do negócio, com o insucesso do empreendimento, decorre da culpa do empreendedor, ao qual enseja a possibilidade de promover a competente ação de rescisão contratual.

No campo negocial, em especial quando lidamos com contratos bilaterais, é de notório conhecimento que as obrigações pactuadas só serão cumpridas com o esforço de ambas as partes, com sacrifícios recíprocos, onde no presente caso o lojista é obrigado a efetuar os pagamentos previstos, e em contrapartida, o empreendedor/administradora deve manter o bom andamento do negócio, visando sempre atrair o melhor público possível.

Se considerarmos que o lojista efetua suas obrigações, pagando as despesas de aluguel, condomínio, fundo de promoção e etc., e o shopping center não divulga o empreendimento, não mantém o *mix* de lojas atualizado, por óbvio o movimento será drasticamente reduzido, e a saúde financeira do lojista será prejudicada, pois com a queda do faturamento não terá receitas para pagar pontualmente suas obrigações, podendo ser submetido as ações de despejo, multas contratuais, e etc.

Para evitar tal situação, e levando em consideração que em alguns casos a inadimplência decorre da atuação do empreendedor/administradora negligente, o lojista poderá ingressar com a ação de rescisão contratual, pleiteando basicamente:

- a) A rescisão do contrato de locação;
- b) A rescisão do Instrumento Particular de Assunção de Obrigações e Outras Avenças, ou quaisquer outras denominações a ele dadas, que não deixa de ser "luvas", caso o lojista ainda não as tenha integralizadas;
- c) A imediata desocupação do imóvel por parte do lojista, para que sejam evitados maiores prejuízos, colocando à disposição as chaves;
- d) A isenção de quaisquer ônus e obrigações dos contratos mencionados nas letras "a" e "b", a partir do requerimento tutelar, uma vez que o lojista se encontra impossibilitado de mantê-los, em face do inadimplemento contratual do empreendedor⁸³.

Lembrando que os itens acima mencionados servem apenas como base para a defesa do lojista, que poderá arrolar quaisquer outras situações peculiares ao seu caso.

Mesmo com o pedido de rescisão contratual, pela inadimplência do

⁸³ CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131-132.

empreendedor, em alguns casos, outros prejuízos existirão em desfavor do lojista, que investiu esforços financeiros para a execução do negócio, que poderá ainda pleitear a condenação em perdas e danos, isto porque:

Evidente que, com a ocorrência do inadimplemento do empreendedor, através de uma má administração ou não realização das obras e atrativos a que se obrigara, terá como consequência o não afluxo de público consumidor, acarretando, assim, a queda na expectativa das vendas do lojista⁸⁴.

Levando em consideração as quedas das vendas, e a obrigação de resultado do empreendedor, que simplesmente não cumpre com o prometido, e abala toda a estrutura, agindo perante a parte lesada com culpa, surgirá ao lojista o dever de comprovar em juízo todo o abalo financeiro que sofreu, desde o ingresso no empreendimento, com o custeio da reserva do espaço e instalação da loja, gastos com produtos perdidos, funcionários, impostos, e ainda o retorno dos pagamentos de aluguel, condomínio, fundo de promoção e etc., evitando-se o enriquecimento sem causa do empreendedor negligente.

A rescisão contratual e o pedido de perdas e danos (que pode ser cumulado com a ação de rescisão ou proposto em ação a parte) seria um dos mecanismos de defesa do lojista, na tentativa de recompor seu patrimônio abalado. Além disso, no mesmo sentido, ao estudar o tema, o advogado Rodrigo Barcellos, destaca que em alguns casos, o lojista pretende a manutenção de sua locação, buscando corrigir a atitude do empreendedor, e resgatar a essência do empreendimento, evitando seu insucesso.

Para a manutenção da locação, o casuístico indica que o lojista poderá aduzir em sua demanda, a teoria prescrita no artigo 476 do Código Civil, conhecida como exceção do contrato não cumprido⁸⁵, que vem a ser:

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.
Disciplina este artigo que nos contratos bilaterais cada um dos contratantes assume simultânea e reciprocamente direitos e obrigações. Nesses contratos, nenhum dos contratantes, antes de cumprir sua obrigação ou satisfazer a sua prestação, poderá exigir o implemento do outro⁸⁶.

⁸⁴ *ibidem*, p. 121.

⁸⁵ BARCELLOS, Rodrigo. O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais. São Paulo: Atlas, 2009, p. 137.

⁸⁶ CHINELLATO, Silmara Juny (coordenadora) e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador). Código Civil interpretado; artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 6. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 375.

Continua o mencionado advogado, baseando-se na decisão proferida no Recurso Especial nº 152.497/SP, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que:

não está o lojista obrigado a requerer a extinção da relação contratual, pois "pode ter interesse em continuar com o seu estabelecimento, sem perder a oportunidade de deixar de efetuar os pagamentos por obrigações que foram descumpridas pelo empreendedor"⁸⁷.

Tal situação apresentada, vem de encontro com a própria essência do Direito Empresarial, onde deve-se sempre buscar a manutenção do empresário e a valorização de seu fundo de comércio.

Abrindo a possibilidade de o lojista arguir em seu favor a teoria da exceção do contrato não cumprido, quando seja possível, abrirá a possibilidade da manutenção da locação, da correção da administração, e ainda, resgatar o sucesso do próprio empreendimento, valorizando o centro comercial e a manutenção de inúmeros empresários, e, por consequência, garantindo oportunidades de emprego.

Julgamos de suma importância tal situação, sempre que viável, pois de nada valerá ajuizar demanda quando o próprio empreendimento não detiver condições de ser resgatado.

Se da análise do lojista, devidamente orientado, resultar a impossibilidade de revisão do contrato, e resgate do empreendimento, a melhor saída será a rescisão contratual e o pedido de restituição de todas as perdas e danos incorridos.

Da ação regressiva do shopping center

Como mencionado anteriormente, durante as tratativas preliminares ou mesmo após a inauguração do empreendimento, pode ocorrer a desistência de determinado lojista de manter sua locação.

Ao lidarmos com tal possibilidade, especialmente com as lojas âncoras, a saída do futuro ocupante poderá alterar todo o *mix* planejado, e até a sua recomposição, inúmeros gastos serão suportados pelo empreendedor.

Com tal atitude, outros pretensos lojistas poderão alterar as cláusulas de seus contratos, dentre as quais, poderá existir a possibilidade de revisão do valor locatício, valor de condomínio, da *res sperata*, situação que abalará diretamente os recursos

⁸⁷ BARCELLOS, Rodrigo. *op cit.*, p. 137.

financeiros do empreendimento.

Muito mais grave que a alteração do caixa, destacamos a possibilidade da redução do fluxo de pessoas, fazendo com que as vendas caiam, e os lojista remanescentes decidam por encerrar o contrato, e buscar indenização pelos prejuízos que sofreram, que ficarão integralmente a cargo do dono do empreendimento.

Para tal caso, entendemos que a alteração realizada por culpa de loja âncora (que na maioria das vezes detém posição mais forte no mercado), com prejuízo sofrido pelos lojistas e quitados pelo empreendedor, poderão originar a ação de regresso.

A ação regressiva vem a ser a possibilidade da parte lesada, cobrar a restituição de todos os prejuízos do efetivo autor do dano, tendo como base o prescrito no artigo 934 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz⁸⁸.

A doutrina ainda nos explica que:

A responsabilidade por ato de terceiro, em regra, suporta ação regressiva. Assim, a responsabilidade do ato de terceiro é objetiva, independentemente de verificação de culpa. Nos casos dos arts. 932 e 933 do presente Código, anteriormente comentados, pode haver ação regressiva se o responsável que pagou a indenização assim o desejar. O importante para a ação regressiva é que o responsável por ato de terceiro tenha sido obrigado a indenizar o lesado e, diante dessa condenação, poderá propor ação de regresso⁸⁹.

Verificado o dano, que decorre de culpa de terceiro, surgirá a possibilidade do shopping center arrolar todos os prejuízos que foi obrigado a quitar, com todas as correções pertinentes, visando única e exclusivamente tornar indene aquele que desde o começo mostrou-se pessoa inocente na situação.

Com base nas provas arroladas, o magistrado proferirá decisão, justificando o motivo de seu convencimento, tanto na procedência, quanto na improcedência da demanda.

Da utilização de tal mecanismo, entendemos que será possível proteger também o shopping center, que em muitas situações se mostra como o elo mais fraco da relação.

⁸⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869/73. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

⁸⁹ Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, Costa Machado, organizador; Silmara Juny Chinellato, coordenadora. 6. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 705.

Encerradas as possibilidades de defesas judiciais dos lojistas e empreendedores, passaremos a análise de interessante julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que retrata a rescisão contratual em virtude da ausência de loja âncora no empreendimento, desenvolvido no próximo capítulo.

4 Breve análise do Recurso Especial nº 1.259.210/RJ

Encerradas as discussões teóricas sobre a responsabilidade civil pelo insucesso do empreendimento, para facilitar a concreta absorção do tema, de maneira sintética traremos algumas considerações sobre o julgamento do recurso especial 1.259.210/RJ, de lavratura do Ministro Relator Massami Uyeda.

Trata-se de ação de indenização promovida por By Célia Brandão Modas Ltda., em face de Empreendimentos Comerciais Ilha do Governador S/A, sob o argumento que suas expectativas de vendas foram frustradas pela ausência de público consumidor no shopping center.

Indica que autora, que o fluxo de pessoas não alcançou o prometido, pois diferentemente da proposta inicial dos projetos, as lojas âncoras Americanas, C&A e Mesbla não estavam instaladas no empreendimento.

Por tal situação, a autora pugnou pela rescisão do contrato de locação por culpa exclusiva da empreendedora, a condenação em perdas e danos e ressarcimentos em lucros cessantes e a devolução dos valores pagos a título de *res sperata*, devidamente corrigidos.

Ao ser citada, a empreendedora defendeu-se indicando que durante a execução do projeto, as Lojas Americanas e C&A indicaram a deficiência na estrutura física do empreendimento, que impediria a instalação de suas lojas, desistindo da locação no shopping center.

Por outro lado, a âncora Mesbla ingressou no empreendimento, mas no curso do contrato veio a declarar sua falência, em consequente encerramento de suas atividades naquele local, declarando o empreendimento que não pode ser responsabilizado pela manutenção das lojas no shopping center.

A ação fora julgada procedente em primeira e segunda instância, justificando a distribuição de Recurso Especial.

Encerrado o relatório Excelentíssimo Ministro Relator Massami Uyeda votou no sentido de dar provimento ao Recurso Especial, destacando que o empreendedor não pode ser responsabilizado pela manutenção da locação das lojas âncoras, e também, indicando que o lojista que ingressa no empreendimento assume a parcela de risco natural dos empresários, que em razão de sua atividade pode ou não alcançar lucros.

Parte do voto do Ministro Relator, veio no seguinte sentido:

É que a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO LTDA., ao instalar seu comércio no Shopping Ilha Plaza, administrado pela ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S.A, assumiu sua parcela de risco do negócio, tendo pleno conhecimento das normas gerais e especiais que regem a locação dos espaços em Shopping Center, as quais aderiu e consentiu.

Na verdade, o sucesso ou não das vendas não faz parte, sequer implicitamente, de contrato de locação mesmo porque o locador não pode garantir a impossibilidade de fracasso de mercancia alheia, tampouco garantir a instalação e/ou manutenção das denominadas lojas âncoras no Shopping Center.

Dessa forma, exigir a instalação e/ou manutenção de lojas âncoras no empreendimento comercial, constitui-se em inegável e indevido dirigismo contratual, nas relações comerciais que são regidas ora pela demanda de consumo, ora por questões técnicas inerentes ao perfil comercial que cada lojista tem quanto ao fornecimento do seu produto, bem como ao próprio público a ser oferecido.

Outra situação de suma importância no voto proferido pelo relator, indica que o Shopping Center Ilha Plaza fora inaugurado em 1992, e somente em 1995 a autora/recorrida ingressou no empreendimento, tempo mais que suficiente para identificar que as lojas âncoras não estavam instaladas no local, e possibilidade de analisar as vantagens e desvantagens econômicas de ingressar no empreendimento.

Com todas as razões destacadas, o Ministro Relator entendeu que a decisão deveria ser reformada, com a decretação da improcedência da demanda e inversão dos ônus da sucumbência.

Entretanto, ao analisar o voto proferido, a Excelentíssima Ministra Nancy Andrighi, pediu vista dos autos, e ao analisar a demanda divergiu do voto do relator, negando provimento ao Recurso Especial.

Ao proferir seu voto, a Ministra destacou a importância da instalação de lojas âncoras em Shopping Center, mas o que realmente foi considerado pela julgadora, está relacionado com a falha do dever de informação do réu/empreendedor, acerca da alteração da proposta inicial do centro comercial, pois em nenhum momento fora comprovado nos autos, que após a desistência das lojas o empreendedor divulgou as informações aos pretensos lojistas, que analisando a situação com os tópicos destacados anteriormente no presente trabalho, os pretensos lojistas foram iludidos e se instalaram em um shopping center que já estaria refém do insucesso.

Com o voto divergente da Ministra, os demais julgadores Excelentíssimos Ministros Sidnei Beneti e Ricardo Villas Bôas Cueva, acompanharam a Ministra Nancy Andrighi, entendendo que as ausências de instalação de lojas âncoras abalou o empreendimento e trouxe prejuízos a autora, reconhecendo a procedência da demanda, com a negativa de provimento ao Recurso Especial.

Pelos votos proferidos, o julgado restou ementado da seguinte forma:

DIREITO CIVIL. SHOPPING CENTER. INSTALAÇÃO DE LOJA. PROPAGANDA DO EMPREENDIMENTO QUE INDICAVA A PRESENÇA DE TRÊS LOJAS-ÂNCORAS. DESCUMPRIMENTO DESSE COMPROMISSO. PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO.

1. Conquanto a relação entre lojistas e administradores de Shopping Center não seja regulada pelo CDC, é possível ao Poder Judiciário reconhecer a abusividade em cláusula inserida no contrato de adesão que regula a locação de espaço no estabelecimento, especialmente na hipótese de cláusula que isente a administradora de responsabilidade pela indenização de danos causados ao lojista.

2. A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento.

3. Recurso especial conhecido e improvido⁹⁰.

Contudo, ousamos discordar dos votos proferidos pelos Ministros vencedores, resgatando situação destacada pelo relator, pois a autora recorrida ingressou no empreendimento apenas após três anos de sua inauguração, momento que já era de notório conhecimento a ausência das lojas âncoras que inicialmente constavam no projeto.

Acreditamos que a análise central da demanda não deveria rodear a manutenção ou não das lojas âncoras, mas deveria ser individualizada, levando em consideração a análise do caso concreto, pois não há infração ao Direito de Informação da autora, pois a mesma já tinha acesso ao empreendimento inaugurado e não deveria ser levada em consideração a alteração do projeto, pois por óbvio já havia sido alterado!

A grande realidade que pôde ser verificada no curso do presente trabalho, é a conservação do caráter protecionista do lojista, por entender grande parte dos militantes da área que o mesmo sempre está em grau de hipossuficiência e que os contratos formalizados são de adesão, minimizando a proteção do pequeno empreendedor.

Porém entendemos que algumas situações devem ser enxergadas com cautela, pois nem sempre o lojista deverá ser indenizado, pois como no caso em análise, a

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.259.210/RJ. Terceira Turma. Ministra relatora Nancy Andrighi, julgado em 26 de junho de 2012.

situação do Shopping Center Ilha Plaza era de conhecimento da lojista que ingressou no empreendimento, e por ter tal conhecimento assumiu os riscos do insucesso de seu negócio, não sendo crível condenar o empreendimento em indenização, por situação atraída pelo próprio lojista. Por tal motivo, entendemos que no caso, o recurso deveria ter sido provido, com a declaração de total improcedência da ação indenizatória.

Dada a importância do julgado, e os estudos apresentados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a íntegra do acórdão segue anexa ao presente trabalho, encerrando a discussão da responsabilidade civil pelo insucesso do empreendimento!

5 Conclusão

Na elaboração do presente trabalho, abordamos alguns aspectos que podem ensejar a responsabilidade civil, pelo insucesso do empreendimento Shopping Center.

Para a correta análise do assunto em questão, necessário foi introduzir o tema com a descrição de alguns aspectos de tal contrato, iniciando com o destaque sobre sua natureza jurídica - tendo em vista que a maioria dos autores da área, defendem a atipicidade dos contratos formalizados em shopping Center - , momento em que foi possível perceber que a jurisprudência têm se manifestado no sentido de equiparar tais contratos a locações comerciais, tendo em vista o previsto no artigo 54 da Lei do Inquilinato. A meu ver, tal situação se dá ante a inexistência de lei específica para regular o tema, sendo necessário o agrupamento de vários diplomas legais, para que eventuais conflitos sejam solucionados, utilizando-se o método do diálogo das fontes, apresentado com muita propriedade pela jurista Cláudia Lima Marques.

Exatamente pela ausência de lei própria, os empreendedores do shopping Center não têm ideia do que pode ser efetivamente aplicado aos seus contratos, tornando-se conflitante a forma de cobrança de aluguel, prestação de contas, entre outras inúmeras dificuldades de gerir o empreendimento. Em razão disso, muitas vezes os empreendedores impõem situações exageradas, que os pequenos lojistas, atraídos pelo projeto, acabam por aceitar, assinando verdadeiros contratos de adesão, que trarão inúmeros prejuízos.

Por outro lado, por entender a jurisprudência que o contrato assinado assume o caráter de adesão, os militantes da área e os julgadores de diversos tribunais do país, tendem a manter um caráter extremamente protecionista, pois entendem que o lojista sempre se coloca como vulnerável na situação. Esse pré conceito, acaba influenciando a real verdade dos contratos, pois o pequeno lojista sempre buscará mostrar sua fragilidade na relação, quando em muitos casos pode estar agindo de má-fé e levando julgadores a erro, como no caso do Recurso Especial nº 1.259.210/RJ, analisado no tópico final, que mesmo restando comprovado que o lojista ingressou no Shopping Center três anos após sua inauguração e conhecia a realidade do imóvel, beneficiou-se por condenação em ação indenizatória, sem qualquer critério para sopesar os prejuízos efetivamente sofridos.

Na realidade, os aplicadores da lei não consideram a posição de hipossuficiente que o empreendedor pode ser colocado, quando negocia com lojas âncoras, ou franquias consolidadas no mercado, que muitas vezes é obrigado a ceder sobre vários assuntos, o que abalará a rede de contratos que circundam o empreendimento.

Considerando a existência de inúmeros empreendimentos de tal porte no país, especificamente na região de São Paulo, onde atuo, acredito que a urgência na criação de legislação sobre o tema, que possa buscar equilíbrio na relação das partes, e resolver inúmeras demandas instaladas.

Com a criação de legislação, que poderá ser amparada por vários outros diplomas para manter o dinamismo necessário no campo contratual, todos seriam beneficiados, principalmente os consumidores, pois com contratos que reflitam a realidade dos setores, não será necessário repassar custos acentuados a terceiros, na tentativa desesperada de minimizar eventuais prejuízos.

Ao final, posso concluir que o desenvolvimento do trabalho despertou mais ainda o meu interesse pelo setor, ao qual pretendo aprofundar estudos, especialmente realizando estudos de Direito Comparado, visando afastar injustiças em casos concretos, com a aplicação e análise de diplomas compatíveis em território nacional, visando sempre manter o equilíbrio das relações e exploração minuciosa do caso real.

REFERÊNCIAS

ABRASCE – Associação Brasileira de Shopping Center (São Paulo, SP). Disponível em <http://www.portaldoshopping.com.br/uploads/temp/PlanodeMix_FinalDez2009_NOVO.pdf> Acesso em 21 de junho de 2015. Disponível em <<http://www.portaldoshopping.com.br/site/monitoramento/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em 24 de maio de 2015.

ABRASCE – Associação Brasileira de Shopping Center (São Paulo, SP). Disponível em <http://www.portaldoshopping.com.br/uploads/temp/PlanodeMix_FinalDez2009_NOVO.pdf> Acesso em 21 de junho de 2015.

ACIC – Associação Industrial e Comercial de Campinas (Campinas, SP). Disponível em <<http://www.acic.bz/colunas/listar/94>>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

ALSHOP – Associação Brasileira de Lojistas em Shopping (São Paulo, SP). Disponível em <<http://www.alshop.com.br/industria-de-shoppings-no-brasil.php>>. Acesso em 01 de agosto de 2015.

BARCELLOS, Rodrigo. O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais. São Paulo: Atlas.

BRASIL. Código Civil – Lei nº 10.406/02 – Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 07 de agosto de 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869/73. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 10 de setembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, STJ – Recurso Especial nº 152497/SP, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 30.09.2002, p. 263.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0119941-80.2013.8.21.7000, 16ª Câmara Cível, 28 de agosto de 2014. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

BRASIL – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 9196062-55.2003.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Data da publicação: 11/07/2007.

CERVEIRA, Daniel Alcântara Nostri e DE SOUZA, Marcelo Dornella. Shopping Center: limites na liberdade de contratar. São Paulo: Saraiva, 2011.

CERVEIRA FILHO, MARIO. Shopping centers: direito dos lojistas. 7. ed., atualizada com as alterações da Lei do Inquilinato. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Ações renovatórias e revisionais em shopping centers. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, Costa Machado, organizador; Silmara Juny Chinellato, coordenadora. 6. ed. Barueri, SP: Manole, 2013.

COELHO, Fabio Ulhôa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CROSBY, Neil. Tenant Mix Variety in Regional Shopping Centres: Some UK Empirical Analyses. In: Whiteknights, Reading RG6 6AW – UK. Disponível em <<http://www.reading.ac.uk/LM/LM/fulltxt/0204.pdf>>. Acesso em 26 de junho de 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 2º volume: teoria geral das obrigações. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Tratado teórico e prático dos contratos, volume 3 - 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo - 17. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014.

_____. Para uma Releitura da Teoria Geral da Responsabilidade Civil. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/171006q.pdf>>. Acesso em 19 de agosto de 2015.

FREDES, Esteban Pereira. Sobre La Teoria de La Imprevisión. In: Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, La Razón del Derecho, 1ª edición, julio a diciembre, 2009, Porto Rico. Disponível em <http://www.academia.edu/3511685/Sobre_la_teor%C3%ADa_de_la_imprevisi%C3%B3n>. Acesso em 12 de setembro de 2015.

FRISA – Constructora de Ciudades (México). Disponível em <<http://centroscomerciales.grupofrisa.com/locales-comerciales/que-son-las-tiendas-ancora-y-que-beneficios-dan-a-los-negocios-pequenos.html>>. Acesso em 25 de julho de 2015.

GARG. Ajay K. e STEYN. Stewart. The Ideal Tenant Mix and Shopping Centre Size for the Proposed Thatchfield Convenience Centre. In: International Journal of Business and Management; Vol. 10, No. 1, 2015, South Africa. Disponível em <<http://ccsenet.org/journal/index.php/ijbm/article/viewFile/41230/23842>>. Acesso em 25 de julho de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado, volume 1, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direito das obrigações: parte especial, tomo II: responsabilidade civil. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008 (Coleção sinopses jurídicas: v. 6).

MARQUES, Claudia Lima. Manual de direito do consumidor, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOACYR, Gustavo Bueno. Shopping Centers: Atualidade Brasileira da Tendência Mundial. Disponível em <<http://www.senac.br/informativo/bts/232/boltec232e.htm>>. Acesso em 17 de maio de 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Novas figuras contratuais: homenagem ao professor Washington Luiz da Trindade/Rodolfo Pamplona Filho, Laurício Alves Carvalho Pedrosa, coordenadores - São Paulo: Ltr., 2010.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0CCUQFjABahUKEwico4LaweLHAhXETZAKHfM7D1E&url=http%3A%2F%2Fwww.flaviotartuce.adv.br%2Fartigos%2FGustavo._Boafe.doc&usg=AFQjCNGftUUAqoONj3V8g-Psl-xdYjd0Fg&bvm=bv.102022582,d.Y2I> Acesso em 06 de setembro de 2015.

NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Givaldo Guilherme. Lojas em Shopping Center: Análise do Custo Ocupacional com Abordagem Design Science Referente à Criação de Artefato, Campo Limpo Paulista/SP, 2013. Disponível em <http://www.faccamp.br/madm/Documentos/producao_discente/givaldo_guilherme_do_s_santos.pdf>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

MAKE IT WORK – Shopping e Varejo, (São Paulo, SP). Disponível em <<http://makeitwork.com.br/blog/sem-categoria/o-custo-de-ocupacao-em-shopping-centers/>>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

SC – Shopping Council (São Paulo, SP). Disponível em <<http://www.shoppingcouncil.com.br/>>. Acesso em 21 de junho de 2015.

SILVA, Clóvis de Couto e. A Obrigação como Processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense - São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos especiais. Volume 3. 42 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

UOL – Revista Jurídica (São Paulo, SP). Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/84/artigo290213-2.asp>>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

VEGA, José I. Los Estudios de Viabilidad Para Negocios. In: Centro de Desarrollo Económico del Recinto Universitario de Mayagüez, Porto Rico. Disponível em <http://www.uprm.edu/cde/public_main/Informes_Articulos/articulos/ArticuloViabilidad.pdf>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

VIEIRA, Jucélia Kuchla, BERTONCELO, Lígia Maria, RILLO, Gislene Maria Nerone, FONDAZZI, Anna Paula. Determinação de valores locativos de lojas em shopping center. IV - ENCONTRO TECNOLÓGICO DA ENGENHARIA CIVIL E ARQUITETURA, Universidade Filadélfia de Londrina, PR. Disponível em <http://www.dec.uem.br/eventos/enteca_2003/Temas/tema1/014.PDF>. Acesso em 11 de setembro de 2015.

LISTA DE ANEXOS

ANEXO A – Apelação nº 9000060-80.2011.8.26.0405 32ª Câmara de Direito Privado – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

ANEXO B – Recurso Especial nº 1.259.210/RJ – Superior Tribunal de Justiça

ANEXO A – Apelação nº 9000060-80.2011.8.26.0405 32^a
Câmara de Direito Privado – Tribunal de Justiça do Estado
de São Paulo

Registro: 2015.0000309324

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 9000060-80.2011.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante B SETE PARTICIPAÇÕES S/A, é apelado LOJAS AMERICANAS S/A.

ACORDAM, em 32^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR (Presidente) e KIOITSI CHICUTA.

São Paulo, 7 de maio de 2015.

RUY COPPOLA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Apelante: B Sete Participações S/A

Apelada: Lojas Americanas S/A

Comarca: Osasco - 5ª Vara Cível

Relator Ruy Coppola

Voto nº 30.619

EMENTA

Locação comercial. Shopping Center. Ação renovatória. Divergência quanto ao valor do aluguel mínimo. Laudo avaliatório que demonstra a existência de defasagem entre o valor vigente e aquele que é praticado no mercado. Perito que se utilizou corretamente do método comparativo de dados, considerando os contratos estabelecidos com lojas âncoras instaladas no mesmo empreendimento. Ausência de elementos aptos a elidir as conclusões do perito de confiança do juízo. Estipulação do aluguel mínimo reajustável em R\$15.000,00, tal qual pretendido pela locadora, mantidos, no entanto, todos os demais termos do contrato de locação em vigor. Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Trata-se de ação renovatória ajuizada por Lojas Americanas S/A em face de B Sete Participações S/A, que a respeitável sentença de fls. 1190/1193, cujo relatório se adota, julgou procedente para determinar a renovação do contrato de locação, pelo prazo de cinco anos, nos mesmos termos do anterior.

Apela a ré (fls. 1196/1210) sustentando, em suma, que o laudo pericial produzido em juízo apontou defasagem no valor do locativo, cuja manutenção implicará em desequilíbrio contratual, sendo certo que o valor original do aluguel mínimo é bastante inferior àquele que vem sendo praticado no empreendimento. Pede a reforma da sentença.

Recurso tempestivo; preparo anotado (fls. 1211/1215).

Contrarrazões a fls. 1219/1227.

É o Relatório.

A autora-apelada vem a juízo pleitear a renovação do contrato de locação do

imóvel localizado na Rua Tenente Avelar nº 81, Centro, Osasco, SP, loja nº 12/154 do Osasco Plaza Shopping, pelo período de mais cinco anos, iniciando-se em 30.11.2011 com término em 30.01.2016, apontando como valor locativo o equivalente a 2,9% sobre a receita bruta da loja, mantido o aluguel mínimo de R\$9.000,00, tal qual previsto na cláusula 8 do contrato.

A ré-apelante, ao contestar o pedido (fls. 529/535), não concordou com o valor apresentado pela autora, propondo o valor percentual de 3,3% sobre as vendas brutas, com valor mínimo reajustável de R\$15.000,00, válido para novembro de 2011.

A respeitável sentença recorrida julgou procedente a pretensão da autora, determinando a renovação do contrato pelo valor mensal correspondente a 2,9% sobre as rendas brutas, mantido o valor mínimo estabelecido no contrato que se pretende renovar.

A ré, em suas razões recursais, concorda com o percentual mencionado na sentença, remanescendo controvérsia apenas no que se refere ao aluguel mínimo reajustável.

Ao produzir o laudo avaliatório, o ilustre perito judicial, utilizando-se, dentre outros fatores, de elementos comparativos, chegou a um valor locativo de R\$19.740,00, para a data da renovação (fls. 764), o que demonstra a defasagem contratual entre o valor de mercado e aquele que vinha sendo praticado entre as partes litigantes.

É bem verdade que, nos termos do artigo 436 do Código de Processo Civil, o juiz não está adstrito ao laudo pericial. Todavia, nada o impede de tê-lo como fundamento de sua decisão, notadamente quando se trata de questão estritamente técnica, situada fora da órbita do conhecimento do operador do direito, e que foi objeto de trabalho fundamentado realizado por profissional da confiança do juízo e equidistante das partes litigantes.

O eminente Desembargador Mendes Gomes, no julgamento da Apelação nº 0180623-41.2009.8.26.0100, deixou consignado que:

“Ressalte-se que, apesar de o juiz não estar adstrito ao disposto literalmente na perícia (artigo 436 do CPC), para que sejam afastadas as conclusões do laudo técnico é necessário que se apresentem outros elementos, seguros e coesos, a justificarem sua descaracterização, por se tratar de pronunciamento de pessoa especializada, imparcial e detentora de conhecimentos próprios, sem os quais o deslinde do feito não seria possível” (TJSP - 35ª Câm. Dir. Priv. - j. 18.06.2012).

Na espécie dos autos, verifica-se que o trabalho do perito oficial restou bem

fundamentado, não havendo elementos aptos a elidir a conclusão de que os alugueres praticados estão realmente defasados em relação ao mercado, sendo certo que o próprio assistente técnico indicado pela autora reconhece essa defasagem, tanto que propõe o valor locativo mensal de R\$12.600,00, para novembro de 2011 (cf. fls. 1033).

Ocorre que mesmo esse valor não deve prevalecer sobre aquele encontrado pelo perito nomeado pelo juízo, uma vez que se mostra plenamente justificável a seleção de imóveis locados por cinco lojas âncoras do Osasco Plaza Shopping (Casa Bahia, Zelo, Marisa, Riachuelo e McDonalds), que se caracterizam por serem lojistas de grande porte que, a exemplo da autora-apelada, ocupam áreas diferenciadas no empreendimento, de modo que o aumento do campo amostral, com a inclusão de lojas de menor porte, descaracterizaria a aferição do comportamento do segmento de mercado ao qual pertence o imóvel locado, cujas características mais se assemelham com aqueles utilizados pelo perito judicial no modo comparativo.

Portanto, há de se reconhecer que o assistente técnico da autora não logrou rebater, de maneira convincente, o trabalho oferecido pelo perito judicial que, todavia, chegou a valor superior àquele pretendido pela própria apelante.

Nessa conformidade, deve a ação ser julgada procedente em parte, mantendo-se a renovação do contrato pelo aluguel mensal equivalente a 2,9% das vendas brutas da autora, porém considerando-se o valor mínimo reajustável (cláusulas 8.1 e 8.2) de R\$15.000,00, válido para 30/11/2011.

Esse valor é justamente aquele tido como correto e pretendido pela própria locadora para reposição do valor de mercado do aluguel mínimo da loja (fls. 1208), não havendo motivo para se alterar a redação das cláusulas 7.1, 8.1 e 8.2, a não ser no que diz respeito ao valor mínimo mencionado nas duas últimas, que passa a ser de R\$15.000,00, como já mencionado.

E, em razão da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com metade das despesas do processo, além dos honorários dos respectivos patronos.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

RUY COPPOLA

RELATOR

**ANEXO B – Recurso Especial nº 1.259.210/RJ – Superior
Tribunal de Justiça**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.259.210 - RJ (2011/0061964-0)

RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR
S/A

ADVOGADOS: JOAREZ DE FREITAS HERINGER E OUTRO(S)

DANIEL FERREIRA DA PONTE E OUTRO(S)

CARLA DE PAULA SOUZA MILIONI E OUTRO(S)

RECORRIDO: BY CÉLIA BRÃNDÃO MODAS LTDA

ADVOGADOS: LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E OUTRO(S)
THALLES MESSIAS DE ANDRADE

EMENTA

DIREITO CIVIL. SHOPPING CENTER. INSTALAÇÃO DE LOJA. PROPAGANDA DO EMPREENDIMENTO QUE INDICAVA A PRESENÇA DE TRÊS LOJAS-ÂNCORAS. DESCUMPRIMENTO DESSE COMPROMISSO. PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO.

1. Conquanto a relação entre lojistas e administradores de Shopping Center não seja regulada pelo CDC, é possível ao Poder Judiciário reconhecer a abusividade em cláusula inserida no contrato de adesão que regula a locação de espaço no estabelecimento, especialmente na hipótese de cláusula que isente a administradora de responsabilidade pela indenização de danos causados ao lojista.

2. A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação,

notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por maioria, negar provimento ao recurso especial. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Ricardo Villas Bôas Cueva. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012(Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.259.210 - RJ (2011/0061964-0)**RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA**

RECORRENTE: EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S/A

ADVOGADO: DANIEL FERREIRA DA PONTE E OUTRO(S)

RECORRIDO: BY CÉLIA BRÃNDÃO MODAS LTDA

ADVOGADOS: LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E OUTRO(S) THALLES
MESSIAS DE ANDRADE**RELATÓRIO****O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):**

Cuida-se de recurso especial interposto por EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, em que se alega violação dos artigos 35, caput, 45 e 54 da Lei n. 8.245/91 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil.

Os elementos existentes nos presentes autos noticiam que a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO MODAS LTDA., ajuizou, em face do ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S.A., ação indenizatória, ao fundamento de que, em resumo, é empresa com cerca de 15 (quinze) anos de tradição no mercado de vestuário e que, diante da notícia da instalação, no Shopping Ilha Plaza, de lojas, denominadas âncoras, tais como MESBLA, LOJAS AMERICANAS e C&A, optou por ingressar seu negócio comercial no referido empreendimento, em razão, sobretudo, da forte e intensa propaganda. Contudo, segundo alegou, o ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., não cumpriu a promessa de instalar, no Shopping Center, as supramencionadas lojas âncoras, resultando, com isso, no insucesso de seus negócios. Sendo assim, pediu, pela ordem: a) a rescisão contratual da locação, por culpa exclusiva da ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A.; b) condenação por perdas e danos, bem como a restituição do valor pago a título de "*res sperata*", devidamente corrigidos; c) a imputação de ressarcimento por lucros cessantes (fls. 3/18 e-STJ).

Devidamente citado (fl. 94 e-STJ), o ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., apresentou

defesa, na forma de contestação. Em resumo, sustentou que em 1.985, iniciou estudos de viabilidade econômica para construir, na cidade da Ilha do Governador/RJ, Shopping Center. Tendo isso em conta, celebrou contratos de parceria com as empresas, já conhecidas no mercado, MESBLA, C&A e LOJAS AMERICANAS S. A., para instalação de suas lojas no referido empreendimento comercial. Contudo, em decorrência da constatação de que, na área de construção do referido empreendimento comercial, o terreno não possuía condições técnicas de segurança para construção, nos moldes inicialmente planejados, ensejando-se, com isso, adequações, notadamente, acerca da extensão geográfica do empreendimento. Com isso, as empresas C&A e Lojas Americanas desistiram de instalar suas unidades no empreendimento. Mantendo-se, assim, apenas a empresa MESBLA, permanecendo no Shopping Center até a decretação de sua falência ocorrida em 1.999. Nesse contexto, o ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S/A, apontou que a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO MODAS LTDA., instalou seu comércio no referido empreendimento somente no ano de 1.992, portanto, não foi atraída, segundo apontou, pela notícia de instalação das lojas denominadas âncoras. Outrossim, sustentou que o sucesso ou malogro do negócio faz parte da conjuntura de mercado e não pode imputado ao Shopping Center. Asseverou, ainda, a existência de cláusula contratual que prevê o afastamento de indenização em hipóteses deste jaez. Finalmente, requer a improcedência dos pedidos iniciais, bem como a condenação pelos ônus de sucumbência (fls. 96/124 e-STJ).

Ato contínuo, o ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., apresentou reconvenção. Em linhas gerais, sustentou a existência de danos morais. Asseverou, na oportunidade, que a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO MODAS LTDA., é cessionária de locação e, portanto, não tem legitimidade para pleitear reparação civil. Finalmente, apontou que no contrato de locação existe cláusula expressa no sentido de possibilitar a alterar ou substituição das lojas do Shopping Center, inclusive as lojas âncoras, inicialmente anunciadas (fls. 293/301 e-STJ).

Em resposta à reconvenção, a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO MODAS LTDA., disse que não há dano moral apto a ser indenizado porque o reconvinte é pessoa jurídica. Alegou, outrossim, que não é cessionária de locação. Por final, alegou que houve promessa de fato de terceiro não cumprida. (fls. 355/368 e-STJ).

O r. Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca da Ilha do Governador/RJ, julgou procedente os pedidos iniciais da ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO MODAS LTDA. Dentre seus fundamentos, é possível destacar que: "(...) A autora investiu em seu empreendimento logístico, custeando reforma e instalação de equipamentos, exigidos pelo padrão adotado pela ré no âmbito do Shopping Center e, no entanto, viu seu investimento prejudicado pelo descumprimento da ré na instalação

das lojas âncoras, o que, ao ver deste Juízo, permite a condenação da ré a reparar à autora pelo que foi gasto no empreendimento, devolução da res sperata, desde que demonstrado o seu pagamento, quando da liquidação da sentença, eis que a autora pagou por algo que lhe foi prometido e não cumprido pela ré, além de lucros cessantes, também a serem apurados em liquidação de sentença." (fl. 1200) Quanto ao pedido reconvenicional, restou afastado porque "(...) não se apresentou ao autos qualquer prova de perdas e danos praticados pela autora-reconvinda, como também não se pode imputar à autora-reconvinda o descumprimento do contrato, quando a própria ré-reconvinte primeiro deixou de cumprir suas obrigações, como acima fundamentado." (fl. 1.204 e-STJ) Ao final, o r. Juízo a quo, foi categórico: "(...) JULGA-SE PROCEDENTE o pedido, para rescindir o contrato de locação comercial, por culpa exclusiva da ré, afastando-se qualquer penalidade para a autora, e condenar a ré a reparar os prejuízos materiais, tais como a devolução dos valores gastos pela autora na instalação da loja, devolução da res sperata, tudo com juros legais e correção monetária a contar do pagamento, e lucros cessantes, estes últimos pleitos a serem liquidados, por arbitramento. Condena-se a ré nas despesas do processo e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da condenação." (fl. 1.191/1.204 e-STJ).

Irresignado, o ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., interpôs recurso de apelação. Em resumo, sustentou que, segundo cláusula contratual, não poderia ser responsabilizada pelo estabelecimento e/ou permanência, no Shopping Center, de lojistas tradicionais ou famosos, embora tenha procurado fazê-lo. Asseverou, ainda, que o artigo 54, da Lei 8.245/91, permite a livre pactuação entre lojistas e empreendedores de Shopping Center, para os contratos de locação. Argumentou, outrossim, que a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO MODAS LTDA., firmou contrato de locação 3 (três) anos após a inauguração do Shopping Center que, na sua compreensão, já era público que as lojas âncoras não integravam o empreendimento comercial. Alegou, também, que inexistia promessa de fato de terceiro. Finalmente, sustentou que a ausência de lojas âncoras, no empreendimento comercial, não é capaz de gerar reparação civil. (fls. 1.216/1.228 e-STJ).

Contudo, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Primeira Câmara Cível, por unanimidade de votos, negaram provimento ao recurso interposto pelo ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A. A ementa, por oportuno, está assim redigida:

"CIVIL. SHOPPING CENTER. CONTRATO DE LOCAÇÃO. INVESTIMENTO PREJUDICADO PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL CONSUBSTANCIADA NA

INSTALAÇÃO DE LOJAS ÂNCORAS. RES SPERATA. RESCISÃO CONTRATUAL CULPOSA. SENTENÇA CORRETA.

O empreendedor realiza promessa de fato de terceiro e responde no caso de inadimplemento daquele. Não instalação de lojas âncoras em prejuízo do autor, que possuía loja satélite. Direito à devolução da res sperata, do valor das benfeitorias e ao pagamento de lucros cessantes. Valores corretamente quantificados pela sentença. A exegese da Lei n.º 8.245/91 deve respeitar sua matiz ideológica, fulcrada, no caso das locações não-residenciais, na proteção ao fundo empresarial e no princípio da continuidade da empresa, em sintonia com os valores irradiantes do novo modelo constitucional desenhado pela Carta de 1988. É sob tal perspectiva que se examina a cláusula exoneratória ventilada no recurso, cujo teor termina por infringir as disposições que norteiam os contratos de adesão e a principiologia da Lei do Inquilinato. Daí, uma vez não usufruídas as vantagens anunciadas pelo empreendedor, faz jus o lojista à restituição da res sperata." IMPROVIMENTO DO RECURSO."

Os embargos de declaração de fls. 1.247/1.259 e-STJ, foram rejeitados às fls. 1.271/1.276 e-STJ.

Nas razões do especial, o ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S.A., sustenta, em resumo, negativa de prestação jurisdicional porque, na sua compreensão, o v. acórdão recorrido deixou de examinar questões imprescindíveis ao deslinde da controvérsia, notadamente, acerca da ocorrência de caso fortuito ou força maior, bem como quanto à inexistência de prova quanto aos danos materiais. Asseverou, ainda, que o art. 54, da Lei n. 8.245/91, possibilita aos lojistas e aos empreendedores de Shopping Center, ampla capacidade de negociação, nas condições dos contratos de locação. Aponta, ainda, que o exame da questão não requer o reexame de cláusula contratual, a teor do enunciado da Súmula 5/STJ. Diz, também, nesse contexto, que não é devido qualquer indenização por eventuais prejuízos sofridos pela ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO LTDA., em razão dos riscos intrínsecos a qualquer empreendimento comercial. Apontou, finalmente, que a falta de instalação e/ou manutenção de lojas âncoras, no empreendimento comercial, não gera dano apto a reparação civil (fls. 1.335/1.355 e-STJ).

Devidamente intimada, a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO LTDA,

apresentou contrarrazões. Em resumo, pugnou pela manutenção integral do v. acórdão recorrido. Apontou, ainda, a incidência, para a espécie, da Súmula 5/STJ (fls. 1.296/1.300 e-STJ).

Às fls. 1.323/1.325 e-STJ, sobreveio juízo negativo de admissibilidade recursal, oportunidade em que, por meio do Agravo de Instrumento n. 1.319.466/RJ, esta Relatoria determinou a subida dos autos principais, para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.259.210 - RJ (2011/0061964-0)**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - DIREITO EMPRESARIAL - LOCAÇÃO - SHOPPING CENTER - NEGÓCIO JURÍDICO ATÍPICO, DE NATUREZA MISTA - SUCESSO DO EMPREENDIMENTO COMERCIAL DO LOJISTA - DEPENDÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE LOJAS ÂNCORAS - INEXISTÊNCIA - - DIRIGISMO CONTRATUAL - VEDAÇÃO - REPARAÇÃO CIVIL - DESCABIMENTO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Não há omissão no aresto *a quo*, tendo sido analisadas as matérias relevantes para solução da controvérsia.

II - Por se tratar de negócio jurídico atípico, de natureza mista, contendo cláusulas específicas relacionadas ao interesse do empreendedor no êxito do comércio exercido pelo lojista, a Lei nº 8.245/91 em seu artigo 54 estabelece que: *"nas relações entre os lojistas e empreendedores de "shopping center", prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as exposições procedimentais previstas nesta lei"*.

III - O sucesso ou não das vendas não faz parte, sequer implicitamente, de contrato de locação mesmo porque o locador não pode garantir a impossibilidade de fracasso da mercancia alheia, tampouco garantir a instalação e/ou manutenção das denominadas lojas âncoras no Shopping Center.

IV - Dessa forma, exigir a instalação e/ou manutenção de lojas âncoras no empreendimento comercial, constitui-se em inegável e indevido dirigismo contratual, nas relações comerciais que são regidas ora pela demanda de consumo, ora por questões técnicas inerentes ao perfil comercial que cada lojista tem quanto ao fornecimento do seu produto, bem como ao próprio público a ser oferecido.

V - Assim, a ausência de instalação e/ou manutenção de lojas âncoras, em Shopping Center, não gera direito à reparação civil, na hipótese de

malogro dos demais comerciantes do empreendimento comercial, tendo em conta que tal circunstância refoge à essencialidade do contrato de locação.

VI - Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

A irresignação merece prosperar. Com efeito.

A controvérsia aqui agitada reside no exame do cabimento ou não, de reparação civil, na hipótese em que as denominadas lojas âncoras, nos empreendimentos de Shopping Center, não são instaladas conforme inicialmente programado.

Resumidamente, tem-se que a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO LTDA., motivada pela possibilidade melhoria em suas condições comerciais, pactuou, perante o ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., contrato de locação, sobretudo pela notícia da instalação de lojas âncoras, no empreendimento imobiliário, denominado Shopping Center Ilha Plaza, administrado pela ora recorrente. Contudo, segundo alegou, tais lojas não foram implementadas o que ensejou, seu malogro comercial. Sendo assim, pleiteou rescisão contratual e a reparação dos prejuízos decorrentes da ausência de consumidores suficientes para sustentação de seu comércio. O r. Juízo *a quo* julgou procedente os pedidos iniciais. Interposto recurso de apelação, pelo ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S.A., o egrégio Tribunal de origem negou, por unanimidade de votos, provimento ao recurso por entender abusiva a cláusula contratual que excluía direito à indenização em virtude da não instalação e/ou retirada das denominadas lojas âncoras do empreendimento comercial. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Daí a interposição do presente recurso especial.

Inicialmente, acerca da negativa de prestação jurisdicional, observa-se que, diferente do que pretendido pelo ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., o v. acórdão recorrido examinou, adequadamente, os principais pontos da lide, notadamente acerca da controvérsia relativa à indenização por danos materiais (fl. 1.259).

Na verdade, esta Corte Superior tem repetido, em diversos julgados,

que o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso (*ut* AgRg no REsp n. 705.187/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 26/09/2005).

É certo que o contrato de locação de espaço para uso comercial em Shopping Center agrega componentes diversos dos usuais no ramo comercial. Daí porque, é certo, não há se falar em incidência do Código de Defesa do Consumidor, mas sim da Lei do Inquilinato (*ut* EREsp 331365/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 06/08/2008). Nesse contexto, a doutrina especializada explica a origem de tal fenômeno comercial, nos seguintes termos:

"(...) 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 menor dimensão (satélites), todas voltadas para galerias internas confortáveis, sendo as lojas logicamente localizadas quanto aos negócios nelas explorados (tenant mix), fornecendo ao consumidor facilidades de acesso (estacionamento), requintes na apresentação do conjunto, qualidade dos produtos, segurança, conforto e lazer, atrativos que sustentam o sucesso do empreendimento." (Pestana de Aguiar, João Carlos. Nova Lei das Locações Comentada: Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1992, p. 9).

Na espécie, observa-se que a presente demanda foi ajuizada tendo como fundamento a responsabilidade do ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., porque a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO LTDA., ao instalar seu comércio no Shopping Ilha Plaza, viu-se frustrada em sua expectativa de buscar retorno financeiro aos investimentos realizados no seu negócio. Assim, alegou que o ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., não cumpriu a obrigação de providenciar a instalação de lojas âncoras no empreendimento denominado Shopping Ilha Plaza, ensejando-se, com isso, no malogro de seu negócio.

Nesse contexto, *data venia*, não merece prosperar a pretensão da ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO LTDA.

É que a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO LTDA., ao instalar seu

comércio no Shopping Ilha Plaza, administrado pelo ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A., assumiu sua parcela de risco no negócio, tendo pleno conhecimento das normas gerais e especiais que regem a locação dos espaços em Shopping Center, as quais aderiu e consentiu.

Na verdade, o sucesso ou não das vendas não faz parte, sequer implicitamente, de contrato de locação mesmo porque o locador não pode garantir a impossibilidade de fracasso da mercancia alheia, tampouco garantir a instalação e/ou manutenção das denominadas lojas âncoras no Shopping Center.

Dessa forma, exigir a instalação e/ou manutenção de lojas âncoras no empreendimento comercial, constitui-se em inegável e indevido dirigismo contratual, nas relações comerciais que são regidas ora pela demanda de consumo, ora por questões técnicas inerentes ao perfil comercial que cada lojista tem quanto ao fornecimento do seu produto, bem como ao próprio público a ser oferecido.

Não se olvida, é certo, que o ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S.A., procurou, conforme consta dos presentes autos, a instalação, no empreendimento comercial, das referidas lojas âncoras. Contudo, não teve êxito. E, nessa ordem de ideias, não é razoável imputar ao ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S.A., a responsabilidade pela ausência de tais lojas no Shopping Ilha Plaza.

propósito, por isso, *"não se pode falar na contraprestação imediata do empreendedor providenciar a instalação das "lojas âncoras" em determinado termo, mesmo porque é ato dependente de terceiro. Pode-se mesmo sustentar que a instalação de determinada "loja âncora", acenada pelo empreendedor, não se insere como cláusula resolutória tácita mas como parte do risco do empreendimento assumido pelo "lojista". Com efeito, a instalação de "determinada loja âncora", se inserida no contrato como condição, teria a natureza simplesmente potestativa."* (Da Silva Pereira, Caio Mário. Instituições de Direito Civil, vol. I, pág. 476).

De qualquer sorte, por se tratar de negócio jurídico atípico, de natureza mista, contendo cláusulas específicas relacionadas ao interesse do empreendedor no êxito do comércio exercido pelo lojista, a Lei n. 8.245/91 em seu artigo 54 estabelece que, *in verbis*: *"nas relações entre os lojistas e empreendedores de "shopping center", prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as exposições procedimentais previstas nesta lei"*.

Nesse contexto, não se esta aqui a interpretar cláusula contratual - por óbice do enunciado da Súmula 5/STJ - que, no caso, previa a não-obrigatoriedade de instalação de lojas âncoras no empreendimento comercial e que foi julgada, pelo eg. Tribunal de origem, como abusiva. O que se pretende, na verdade, é conferir aplicação ampla ao artigo 54, da Lei n. 8.245/91, aplicado exclusivamente aos lojistas e

empreendedores de Shopping Center.

Ademais, ainda que assim não fosse, outros fundamentos afastam a pretensão da ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO LTDA. que objetiva indenização pelo insucesso de seu negócio. A uma, consta dos autos que as referidas lojas âncoras inicialmente, por meio de parceira comercial, anunciaram a intenção de instalar suas unidades no empreendimento Shopping Ilha Plaza. Contudo, após a necessidade de adequação do projeto ao terreno, optaram por não participar do empreendimento comercial. E, sem dúvida, esta não circunstância - desistência da instalação - não pode ser imputada ao ora recorrente, EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S. A. A duas, é possível destacar dos autos (fl. 1.191 e-STJ) que o empreendimento comercial denominado Shopping Center Ilha Plaza foi inaugurado em abril de 1.992. E a publicidade de sua instalação iniciou-se em 1.989 (fl. 103 e-STJ). Todavia, a ora recorrida, BY CÉLIA BRANDÃO LTDA, instalou-se no Shopping Center somente em 1.995 (fl. 1.194 e-STJ), portanto, com ampla possibilidade de conhecer e avaliar as condições comerciais do Shopping Center antes de nele ingressar.

Em resumo, a ausência de instalação e/ou manutenção de lojas âncoras, em Shopping Center, não gera direito à reparação civil, na hipótese de malogro dos demais comerciantes do empreendimento comercial, tendo em conta que tal circunstância refoge à essencialidade do contrato de locação.

Assim sendo, dá-se provimento ao recurso especial para julgar improcedente a demanda, invertendo-se, por conseguinte, os ônus sucumbenciais, mantendo-se, contudo, os percentuais fixados pelas Instâncias ordinárias.

É o voto.

MINISTRO MASSAMI UYEDA

Relator

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0061964-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.259.210 / RJ

Números Origem: 19962070004953 200913526349 39677

PAUTA:06/12/2011

JULGADO: 06/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MASSAMI UYEDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S/A

ADVOGADOS: JOAREZ DE FREITAS HERINGER E OUTRO(S)

DANIEL FERREIRA DA PONTE E OUTRO(S) RECORRIDO:
BY CÉLIA BRÃNDAO MODAS LTDA

ADVOGADOS: LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E OUTRO(S)
THALLES MESSIAS DE ANDRADE

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do
Fornecedor - Indenização por Dano Moral

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PAULO FERREIRA CHOR, pela parte RECORRENTE:
EMPREENHIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S/A

Dr(a). RENATA LIZE FERNANDES DA SILVA, pela parte RECORRIDA: BY CÉLIA
BRÃNDÃO MODAS LTDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Massami Uyeda, dando provimento ao recurso especial, pediu vista, antecipadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Ricardo Villas Bôas Cueva. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.259.210 - RJ (2011/0061964-0)**RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA**

RECORRENTE: EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S/A

ADVOGADOS: JOAREZ DE FREITAS HERINGER E OUTRO(S) DANIEL FERREIRA DA PONTE E OUTRO(S) CARLA DE PAULA SOUZA MILIONI E OUTRO(S)

RECORRIDO: BY CÉLIA BRÃNDÃO MODAS LTDA

ADVOGADOS: LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E OUTRO(S) THALLES MESSIAS DE ANDRADE

VOTO-VISTA A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Trata-se de recurso especial interposto por EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S/A, para impugnação de acórdão exarado pelo TJ/RJ no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de indenização, ajuizada por BY CELIA BRANDÃO MODAS LTDA. em face de ECIG - EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S/A, na qualidade de administrador do empreendimento SHOPPING CENTER ILHA PLAZA, objetivando a rescisão de contrato de locação de espaço no referido estabelecimento comercial, com indenização pelas perdas e danos e lucros cessantes incorridos por força da celebração desse contrato.

Na inicial, o principal fundamento sobre o qual a autora apoia sua pretensão é a propaganda, feita pela ré à época do lançamento do Shopping Center, de que três importantes lojas âncora participariam do empreendimento: C&A, Lojas Americanas e Mesbla. Das três, apenas uma delas se instalou no local, reduzindo portanto a frequência de público que fora determinante para a decisão da autora de celebrar o contrato de locação.

Contestação e reconvenção: apresentadas pela ré, com impugnação total da pretensão inicial e requerimento de condenação, à autora, a pagar indenização à ré pelos prejuízos decorrentes do ajuizamento de lide temerária.

Sentença: julgou procedente o pedido formulado na inicial e improcedente o pedido formulado na reconvenção, ao argumentando principal de que na planta do empreendimento, parte integrante do contrato de locação, haveria a indicação da presença das três lojas âncora afirmadas na petição inicial, tendo tal fator sido determinante na decisão da autora de instalar-se no local.

A sentença foi impugnada mediante a interposição de recurso de apelação, pela ré.

Acórdão: negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

CIVIL. SHOPPING CENTER. CONTRATO DE LOCAÇÃO. INVESTIMENTO PREJUDICADO PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL CONSUBSTANCIADA NA INSTALAÇÃO DE LOJAS ÂNCORAS. RES SPERATA. RESCISÃO CONTRATUAL CULPOSA. SENTENÇA CORRETA. O empreendedor realiza promessa de fato de terceiro e responde no caso de inadimplemento daquele. Não instalação de lojas âncora em prejuízo do autor, que possuía loja satélite. Direito à devolução da 'res sperata', do valor das benfeitorias e do pagamento de lucros cessantes. Valores corretamente quantificados pela sentença. A exegese da Lei nº 8.245/91 deve respeitar sua matiz ideológica, fulcrada, no caso das locações não-residenciais, na proteção ao fundo empresarial e no princípio da continuidade da empresa, em sintonia com os valores irradiantes do novo modelo constitucional desenhado pela Carta de 1988. É sob tal perspectiva que se examina a cláusula exoneratória ventilada no recurso, cujo teor termina por infringir as disposições que norteiam os contratos de adesão e a principiologia da Lei do Inquilinto. Daí, uma vez não usufruídas as vantagens anunciadas pelo empreendedor, faz jus o lojista à restituição

da 'res sperata'.

IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Embargos de declaração: interpostos, foram rejeitados.

Recurso especial: interposto pela ré, com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional. Alega-se violação dos arts. 535, II, do CPC; 45 e 54 da Lei de Locações; e art. 1.058 do CC/16.

Admissibilidade: o recurso não foi admitido na origem, motivando a interposição do Ag. 1.319.466/RJ, a que o i. Min. Massami Uyeda deu provimento para melhor apreciação da controvérsia.

Voto do i. Min. Relator: o i. Min. Massami Uyeda, em percuciente voto, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso especial, para o fim de julgar improcedente o pedido formulado na petição inicial, invertendo-se os ônus sucumbenciais. Pedi vista dos autos para melhor apreciação da controvérsia. Revisados os fatos, decido.

Cinge-se a lide a apurar se deve ser mantida a condenação, imposta pelo TJ/RJ a empresa administradora de Shopping Center, de indenizar lojista que instalou seu negócio no estabelecimento alegadamente iludido pela promessa de aumento de frequência popular decorrente da presença de lojas âncora no empreendimento - presença essa que, ao cabo, não se confirmou.

Em primeiro lugar, corroboro o que sustentou o i. Min. Relator acerca da inexistência de violação à norma do art. 535, II, do CPC. De fato, o TJ/RJ pronunciou-se suficientemente sobre os principais temas que compõe a controvérsia, de modo que a prestação jurisdicional por ele dada pode ser considerada completa. Vale ressaltar está a Corte de origem não está obrigada a rebater, item por item, todas as alegações veiculadas pela parte, bastando para o bom julgamento da causa que se pronuncie de maneira clara e suficiente sobre os temas reputados fundamentais.

Também corroboro as ponderações feitas por S.Exa. no sentido da inaplicabilidade do CDC à espécie sob julgamento. Nesse sentido observo, inclusive, que o próprio TJ/RJ afasta a aplicabilidade desse diploma legal, pontuando que a nulidade de cláusula que reconheceu encontra fundamento, não em uma suposta abusividade inerente a relações de consumo, mas na natureza de adesão do contrato de locação sob julgamento.

Nos demais temas analisados pelo i. Min. Relator, contudo, entendo necessário tecer algumas considerações, sempre rogando-lhe a mais respeitosa vênia e ressaltando a extrema argúcia com que elaborou seu judicioso voto.

A pretensão manifestada pela autora da ação - e acolhida, até este momento, pelo Poder Judiciário - está construída sobre um pilar fundamental: o da crença, a ela imposta no período de tratativas iniciais do contrato de locação em Shopping Center, no fato de que três lojas de grande porte, C&A, Lojas Americanas e Mesbla, seriam instaladas no estabelecimento, operando como um atrativo de público que, indiretamente, traria significativo benefício para todos os demais lojistas, mesmo que titulares de marcas menos conhecidas.

A crença na instalação dessas lojas de grande porte, portanto, tratada na inicial como uma *promessa de fato de terceiro*, teria operado, por assim dizer, como uma *causa fundamental do negócio jurídico* para as lojas menores, influenciando a formação de sua vontade para aderir ao empreendimento.

Neste recurso especial, a primeira tese sustentada pela recorrente é a de que o contrato de locação celebrado com a recorrida contém *cláusula expressa* isentando a locadora de qualquer responsabilidade pela não instalação ou permanência de tais lojas âncoras no estabelecimento. Referida cláusula, nas palavras da recorrente, deixaria claro que ela "não garantiu à recorrida a instalação ou manutenção no shopping de determinados lojistas famosos", de modo que a locatária não poderia "usar a ausência de qualquer desses lojistas como fundamento para pleitear a rescisão do contrato de locação ou para

requerer indenização" (fl. 1.337, e-STJ).

A questão foi solucionada pelo TJ/RJ mediante o reconhecimento de que referida cláusula, inserida em contrato de adesão, seria abusiva porquanto retiraria do lojista o direito à justa indenização pela frustração de uma promessa efetivamente feita pelo locador. A interpretação quanto à abusividade da cláusula, com todas as vênias, não pode ser revista nesta sede, por força do óbice do Enunciado 5 da Súmula/STJ.

O argumento desenvolvido no recurso especial, de que tal abusividade não poderia ser reconhecida por força do que dispõem os arts. 45 e 54 da Lei de Locações, não ilide esta conclusão. Com efeito, o art. 45 dispõe que "são nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei (...)" e o art. 54, por sua vez, determina que "nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei". Para o recorrente, as duas disposições conjugadas deveriam implicar o reconhecimento da plena autonomia privada para as partes disciplinarem o que entendessem de direito no contrato de locação, sendo indevido o dirigismo contratual manifestado pelo TJ/RJ.

Contudo, o fato de serem livres as partes, *em princípio*, para estabelecer o conteúdo do negócio jurídico por elas celebrado, não impede ue, *em cada situação concreta*, possa haver elementos que limitem essa liberdade. Na hipótese dos autos, a análise soberana que fez o TJ/RJ acerca do contrato discutido indicou que o instrumento era de adesão e que o aceite, dado pela locatária, à cláusula aqui discutida, decorreu de abuso, pela locadora, de sua posição dominante na relação jurídica. Não há como rever, nesta sede, o que restou decidido a esse respeito sem ofensa dos limites estabelecidos pelo Enunciado 5 da Súmula/STJ.

A segunda tese sustentada no recurso, de que a falta de instalação de lojas âncora se deu por força maior, já estas se afastaram do empreendimento

quando da mudança no projeto inicial ocasionada por problemas na estrutura no terreno, também não pode ser acolhida, ainda que com fundamento na suposta violação do art. 1.058 do CC/16. Se de fato a desistência das lojas âncora se deu por esse motivo, seria dever do administrador do empreendimento informar todos os demais lojistas da mudança de planos, deixando-os plenamente cientes de que não mais haveria, no Shopping Ilha Plaza, a presença de lojas de renome como atrativo de público. O TJ/RJ, contudo, analisando os fatos e documentos da causa, em momento algum corroborou o cumprimento cabal do dever de plena informação pelo recorrente. Ao contrário, considerou que a promessa de instalação de lojas âncora fora feita e fora determinante na decisão de investimento dos lojistas médios. Rever a questão, portanto, novamente é impossível nesta sede, desta vez por força do óbice do Enunciado 7 da Súmula/STJ.

Vale ressaltar que não defendo, aqui, a existência de uma suposta obrigação geral de os Shopping Centers conferirem, sempre, aos respectivos lojistas, garantia de sucesso econômico. De fato, como bem observado pelo i. Min. Relator, não haveria sentido em se reputar existente tal obrigação. Pondero apenas que se o TJ/RJ, em análise soberana do contexto fático, reconheceu o descumprimento de um dever assumido expressamente pelo locador e se tal dever, também consoante a análise das provas promovida na origem, fora determinante para a decisão de investimento dos lojistas, o reconhecimento do inadimplemento contratual é de rigor.

De tudo decorre que, novamente com todas as vênias ao ilustre Min. Relator, não é possível acolher a pretensão do recorrente, que esbarra, ora no óbice do Enunciado 5, ora no óbice do Enunciado 7 da Súmula/STJ.

Forte nessas razões, nego provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.259.210 / RJ

Números Origem: 19962070004953 200913526349 39677

PAUTA:

06/12/2011

JULGADO: 28/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MAURÍCIO VIEIRA BRACKS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S/A

ADVOGADOS: JOAREZ DE FREITAS HERINGER E OUTRO(S)

DANIEL FERREIRA DA PONTE E OUTRO(S)

RECORRIDO: BY CÉLIA BRÃNDAO MODAS LTDA

ADVOGADOS: LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E OUTRO(S)
THALLES MESSIAS DE ANDRADE

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do
Fornecedor - Indenização por Dano Moral.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em
epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Aguarda o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.259.210 - RJ (2011/0061964-0)**RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA**RECORRENTE: EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA
DO GOVERNADOR S/AADVOGADOS: JOAREZ DE FREITAS HERINGER E OUTRO(S) DANIEL
FERREIRA DA PONTE E OUTRO(S) CARLA DE PAULA
SOUZA MILIONI E OUTRO(S)

RECORRIDO: BY CÉLIA BRÃNDÃO MODAS LTDA

ADVOGADOS: LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E OUTRO(S)
THALLES MESSIAS DE ANDRADE**VOTO-VISTA****O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:**

1.- Meu voto, consignado o maior respeito pelo entendimento do E. Relator, constante de bem elaborado Voto, dele diverge e acompanha o Voto-Vista divergente oferecido pela E. Min^a NANCY ANDRIGHI.

2.- Desnecessário, por evidente truísmo, ressaltar a importância de três “lojas-âncoras ” de enorme prestígio e atração comerciais, como “C&A”, “Lojas Americanas” e “Mesbla” em um “Shopping Center”, para as demais lojas do local.

Atraem elas, por si sós, via a só presença, renome e regular propaganda, expressivo número de clientes, que terminam por também comprar em outras lojas, seja por alimentar clima de geral “*ofelimidade* ” (Vilfredo Pareto) , seja pela eficiência do velho conceito de “*comércio trajetício* ” (Valdemar Ferreira e outros).

Quando se informa a instalação dessas lojas em um “Shopping-Center”, acrescenta, este, ao empreendimento, o valor econômico

imaterial delas emprestado, que se torna mercadoria incorpórea auferida pelos lojistas em geral, alocados no empreendimento.

3- No caso, o Tribunal de origem, analisando os fatos, concluiu que realmente essas lojas não se instalaram, e que o empreendimento não informou à ora recorrida a não instalação e as razões de não instalação, como devia, diante da previsão institucional de presença de aludidas “lojas-âncoras”.

4.- É o que basta para atrair a responsabilidade indenizatória do “Shopping-Center”, como concluiu a Justiça de origem, em 1º e 2º Graus – incidindo, no caso, as Súmulas 5 e 7 deste Tribunal para o improvimento do Recurso Especial.

Isso em que pese a costumeira qualidade cuidadosa esclarecida do Voto da E. Relatora.

5.- Pelo exposto, meu voto, divergindo do voto do E. Relator, acompanha a divergência, negando provimento ao Recurso Especial.

Ministro SIDNEI BENETI

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0061964-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.259.210 / RJ

Números Origem: 19962070004953 200913526349 39677

PAUTA:12/06/2012

JULGADO: 19/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS ILHA DO GOVERNADOR S/A

ADVOGADOS: JOAREZ DE FREITAS HERINGER E OUTRO(S)

DANIEL FERREIRA DA PONTE E OUTRO(S) CARLA DE
PAULA SOUZA MILIONI E OUTRO(S)

RECORRIDO: BY CÉLIA BRÃNDÃO MODAS LTDA

ADVOGADOS: LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E OUTRO(S)
THALLES MESSIAS DE ANDRADE

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do
Fornecedor - Indenização por Dano Moral.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, negando provimento ao recurso especial, pediu vista, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.259.210 - RJ (2011/0061964-0)**VOTO-VISTA**

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Sr. Presidente, rogo vênia a V. Exa., que relatou o recurso com a costumeira acuidade, mas acompanho a divergência inaugurada pela Sra. Ministra Nancy Andrighi, por entender que as lojas âncora eram da essência do empreendimento.

Portanto, nego provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0061964-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.259.210 / RJ

Números Origem: 19962070004953 200913526349 39677

PAUTA:12/06/2012

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JUAREZ ESTEVAM XAVIER TAVARES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: EMPREENHIMENTOS COMERCIAL ILHA DO
GOVERNADOR S/A

ADVOGADOS: JOAREZ DE FREITAS HERINGER E OUTRO(S)

DANIEL FERREIRA DA PONTE E OUTRO(S) CARLA DE PAULA
SOUZA MILIONI E OUTRO(S)

RECORRIDO: BY CÉLIA BRÃNDAO MODAS LTDA

ADVOGADOS: LEONARDO ORSINI DE CASTRO AMARANTE E OUTRO(S)
THALLES MESSIAS DE ANDRADE

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do
Fornecedor - Indenização por Dano Moral.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial. Votou vencido o Sr. Ministro Massami Uyeda. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Ricardo Villas Bôas Cueva. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Massami Uyeda. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi.