

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**SHOPPING CENTER: A LIBERDADE EXCESSIVA DADA AO
EMPREENDEDOR**

THYAGO JEIMES SOUSA SIQUEIRA

**CARUARU
2017**

THYAGO JEIMES SOUSA SIQUEIRA

**SHOPPING CENTER: A LIBERDADE EXCESSIVA DADA AO
EMPREENDEDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, sob orientação do Prof. Esp. Jan Grunberg Lindoso.

**CARUARU
2017**

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: __/__/____

Presidente: Prof. Esp. Jan Grunberg Lindoso.

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

RESUMO

O cerne deste trabalho é a relação jurídica entre empreendedor e lojista de shopping center. Relação que está tipificada no artigo 54 da Lei 8.245/91a Lei de Locações, que aduz “Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos...” e por consequência desta vasta liberdade dada ao empreendedor esta relação jurídica contratual tende por trazer ônus excessivos ao lojista. São abordados o desenvolvimento dos Shopping Centers no Brasil, a relação entre empreendedor e lojista do estabelecimento, os aspectos singulares do contrato de locação em Shopping, os princípios que devem balizar estes instrumentos, as fases contratuais e os elementos do contrato, os tipos de alugueis, o *tenantmix*, as cláusulas particulares do contrato de shopping, as ações possíveis para dirimir os conflitos entre locador e locatário, além da liberdade excessiva que possui o empreendedor. Dessa maneira, o trabalho “ Shopping Center: A liberdade excessiva dada ao empreendedor” busca por proporcionar ao leitor uma visão panorâmica da relação entre empreendedor e lojista destes centros de compras, abordando de forma geral a estrutura contratual que permeia este negócio jurídico entre as partes, tratando este instrumento como *sui generis* que é, diferenciando-o da simples locação e individualizando-o como uma particular forma de comércio.

Palavras-chave: Shopping Center. Contrato. Locação. Relação Jurídica. Liberdade Excessiva.

ABSTRACT

The core of this work is the legal relationship between entrepreneur and shopping center shopkeeper. A relationship that is typified in article 54 of Law 8.245 / 91a Leasing Law, which states "In relations between shopkeepers and shopping center entrepreneurs, the conditions freely agreed in the respective lease agreements ... will prevail" and as a consequence of this vast freedom given To the entrepreneur this contractual legal relationship tends to bring excessive burdens to the shopkeeper. The development of Shopping Malls in Brazil, the relationship between entrepreneur and shopkeeper of the establishment, the singular aspects of the lease in Shopping, the principles that must be identified, the contractual phases and the elements of the contract, the types of rentals , The tenantmix, the particular clauses of the mall contract, the possible actions to resolve the conflicts between lessor and lessee, besides the excessive freedom that owns the entrepreneur. Thus, the work "Shopping Center: Excessive freedom given to the entrepreneur" seeks to provide the reader with a panoramic view of the relationship between entrepreneur and shopkeeper of these shopping centers, addressing in general the contractual structure that permeates this legal transaction between the parties , Treating this instrument as sui generis that is, differentiating it from simple leasing and individualizing it as a particular form of commerce.

Keywords: Shopping Center. Contract agreement. Location. Legal Relationship. Excessive Freedom.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I	9
1 SHOPPING CENTER: Definição de Shopping e sua evolução	9
1.1 Relação entre empreendedor e o lojista	12
1.2 Aspectos dos contratos em shopping center	13
1.3 Princípios fundamentais do contrato	16
1.3.1 Função social do contrato	18
CAPÍTULO II	21
LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER: FASES E PECULIARIDADES DO CONTRATO	21
2 Fases contratuais e responsabilidades dos contraentes	21
2.0.1 Fase Pré-Contratual	21
2.0.2 Fase contratual	23
2.1 Elementos: Contrato de Locação; Escritura de normas gerais ou Convenção Condominial e Estatuto da associação dos lojistas	24
2.2 Aluguel: modalidades e possibilidade de fiscalização da receita	28
2.2.1 Aluguel mínimo/fixo	29
2.2.2 Aluguel percentual/variável	30
2.2.3 Décimo terceiro aluguel	31
2.3 <i>Tenant Mix</i> : Possibilidade de mudança unilateral e imutabilidade do ramo de atuação	32
2.4 <i>Res sperata</i>	34
2.5 Cessão da locação	35
2.6 Cláusula de raio	36
CAPÍTULO III	38
3 DAS AÇÕES APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES LOCATÍCIAS EM SHOPPING CENTER	38
3.1 Da ação renovatória	38
3.2 Ação revisional de alugueis	42
3.3 Das ações de despejo	44

3.3.1 Da denúncia vazia	46
3.3.2 Do despejo por falta de pagamento	47
3.4 Ação de indenização	49
3.5 Artigo 54 e a liberdade excessiva dada ao empreendedor	51
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa abordar a relação entre empreendedor e lojista de shopping center, sob a ótica da Lei 8.245/91, a Lei que disciplina as locações urbanas não residenciais e os procedimentos a eles pertinentes, dando enfoque ao artigo 54 da mesma lei, que expressamente trouxe este instituto complexo chamado de shopping center. Este artigo tratou de disciplinar que prevalecerão as condições livremente pactuadas na relação entre empreendedor e lojista de shopping center, ponto este que gera muita disparidade de poder de negociação e proteção de direitos. Sendo esta discrepância e falta de equidade o cerne principal deste trabalho.

O trabalho aborda um instituto contratual de uma organização comercial em desenvolvimento crescente no Brasil. O aumento do número de shoppings no país, de forma até explosiva, fez com que a legislação não conseguisse acompanhar e dar a proteção necessária que os contratantes necessitam.

O estudo teve como finalidade analisar esta relação entre empreendedor e lojista, sob a ótica dessa liberdade em excesso que é dada ao dono do estabelecimento comercial, analisando o contrato, definindo as obrigações de ambas as partes, os princípios a serem respeitados e as possíveis ações pertinentes à essa relação jurídica envolvendo locador e locatário do centro de compras. Para tanto, a metodologia utilizada no trabalho foi a dedutiva, através da coleta de informações, doutrinas e jurisprudências que tratam sobre o tema, utilizando-se das obras dos principais doutrinadores desta seara no Brasil.

Dessa forma, o trabalho “Shopping Center: A liberdade excessiva dada ao empreendedor”, tem por objetivo levar ao leitor a ciência de que afora a estrutura monumental do shopping center, a relação entre as partes que compõem o empreendimento é dotada de inúmeras peculiaridades, que tanto o diferenciam como uma forma *sui generis* de exploração comercial.

Estruturalmente o trabalho é dividido em três capítulos de corpo de texto, excetuando-se introdução e conclusão, quais sejam :Definição de Shopping Center e de Contrato; Peculiaridades do empreendimento e do contrato de locação; e Das ações judiciais possíveis na relação Empreendedor Lojista.

O primeiro capítulo do trabalho trata por definir o que é um Shopping Center e um contrato, de forma doutrinária, abordando a evolução histórica do empreendimento e sua importância no cenário comercial nacional, utilizando-se de tabelas e informações da ABRASCE(Associação Brasileira de Shopping Centers). Também a evolução dos princípios contratuais que devem ser observados e respeitados na relação jurídica entre as partes.

O segundo capítulo trata das peculiaridades deste centro comercial, diferenciando-o da locação simples e abordando as cláusulas que singularizam o shopping e esta relação complexa, bem como as fases contratuais desta relação.

O terceiro e último capítulo visa por demonstrar o poder excessivo que tem o empreendedor em face do lojista e as ações judiciais possíveis para dirimir eventuais conflitos que possam surgir entre as partes.

A relação jurídica que une empreendedor e lojista de shopping é uma gama de contratos coligados, com a “estrela principal” o contrato de locação, que juntamente com a escritura de normas gerais; associação de lojistas e o regimento interno formam este complexo leque contratual, típico por estar disciplinado na lei 8.245, porém diferenciado de uma simples locação.

Na relação entre locador e locatário de shopping muito há de se demonstrar, os deveres de ambas as partes são muitos, não apenas ceder o espaço à locação por parte do locador e explorar a atividade por parte do locatário, estas ficarão demonstradas neste trabalho.

Portanto, este trabalho busca por elucidar a estrutura que rege a relação empreendedor e lojista destes centros comerciais monumentais, tratando de sua estrutura jurídica, e da liberdade contratual que emana da autonomia da vontade das partes, bem como as soluções jurídicas que surgem dessas abusividades.

1 SHOPPING CENTER: Definição de Shopping e sua evolução:

O empreendimento denominado de Shopping Center surgiu primeiramente nos EUA, na década de 50, já no Brasil este centro comercial apenas surge na década de 60, especificamente em 1966 com a inauguração do Shopping Center Iguatemi, na cidade de São Paulo. Estes grandes templos de consumo são importantes geradores de riqueza e grandes imãs para a sociedade de consumo atual.

No Brasil a ABRASCE (Associação Brasileira de Shopping Centers) é a principal entidade representativa do setor no país, desta maneira é imprescindível trazer à discussão a definição de Shopping Center segundo a própria entidade:

Empreendimento constituído por um conjunto planejado de lojas, operando de forma integrada, sob administração única e centralizada; composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados ou especializados de comércio e prestação de serviços; estejam os locatários lojistas sujeitos a normas contratuais padronizadas, além de ficar estabelecido nos contratos de locação da maioria das lojas cláusula prevendo aluguel variável de acordo com o faturamento mensal dos lojistas; possua lojas-âncora, ou características estruturais e mercadológicas especiais, que funcionem como força de atração e assegurem ao Shopping Center a permanente afluência e trânsito de consumidores essenciais ao bom desempenho do empreendimento; ofereça estacionamento compatível com a área de lojas e correspondente afluência de veículos ao Shopping Center; esteja sob o controle acionário e administrativo de pessoas ou grupos de comprovada idoneidade e reconhecida capacidade empresarial.

Porém, para caracterizar um grande empreendimento de área locável para lojistas ou interessados em outros ramos de lazer como sendo um Shopping Center (SC) se faz necessária a real incidência do *mix* do empreendimento, o Tenant Mix do centro comercial é toda a gestão organizacional do mesmo, planejada de forma a acabar com a concorrência desleal, dividindo-se as lojas âncoras e satélites por setores e selecionando-se os locais adequados para as mesmas, em geral é a organização da distribuição da oferta de produtos e serviços centralizados em seu complexo. Sem o mix os empreendimentos logísticos que travestem-se de SC não o são. Sobre o estabelecimento dos shoppings afirma Ladislau Karpát:

Estes centros se estabelecem a partir de um planejamento prévio, chamado de "Tenant Mix", em locais de grande concentração urbana, ou de acesso fácil, onde sob uma única administração várias lojas exploram diversos ramos de comércio. Existe facilidade para estacionamento de um grande

número de veículos, além do bom acesso ao local, para a população dos bairros mais próximos(KARPAT, 2004,p. 6)

A grande inovação trazida por este empreendimento é a possibilidade de aliar-se compras, lazer, comodidade e segurança. A economia de tempo é inegável quando analisamos a variedade de lojas e estabelecimentos dos mais variados ramos, concentrando num só lugar a possibilidade de agradar os mais variados tipos de público. A evolução do setor está em tela na tabela abaixo, disponibilizada pela ABRASCE em seu sítio:

NÚMEROS DO SETOR

BRASIL: SETEMBRO 2016	
Número Total de Shoppings	551
A Inaugurar em 2016 ⁽¹⁾	10
Número Previsto para Dez. 2016	561
Área Bruta Locável (Em milhões de m ²)	15,023
Área Construída (Em milhões de m ²)	35,39
Vagas para Carros	788.596
Total de Lojas	100.494
Lojas Âncora	3.015
Megalojas	2.010
Lojas Satélites	74.365
Lazer	1.005
Alimentação	13.064
Lojas de Serviços	7.035
Salas de Cinema	2.641
Empregos Gerados	1.056.899

(1) Número Previsto de Inaugurações

Fonte: Associação Brasileira de Shopping Centers-ABRASCE

Estes grandes templos de consumo demonstram sua força em números, segundo dados da ABRASCE os shoppings representam 3% do PIB nacional, além do expressivo crescimento numérico de centro de compras em todo o país, o primeiro empreendimento surgiu, como já dito em 1966; em 2016 segundo o ultimo levantamento feito pela Entidade em 29/09/2016, o número de SC é atualmente de 551. Gerando mais de 1.056.889 empregos, diretos e indiretos, segundo dados da mesma instituição. São mais de 100.494 lojas, sendo 3.015 da categoria lojas âncora, 2.010 megalojas, 74.365 lojas satélite, 1.005 lazer, 13.064 de alimentação, 7.035 serviços e mais de 2.600 salas de cinema.

Portanto, Shopping Center é muito mais que um simples local, com um aglomerado de lojas, salas para locação e áreas destinadas a lazer e prestação de serviços. Diferencia-se principalmente da locação simples pelos aspectos jurídicos que compõem este complexo leque de institutos que formam a relação entre empreendedor e lojista.

Segundo Ramiro Becker aduz, shopping é:

O shopping center é um centro comercial dotado de algumas peculiaridades que o diferencia dos centros de compras tradicionais, seja pelo aspecto jurídico ou comercial. Atendo-se ao aspecto jurídico, os contratos firmados entre empreendedores e lojistas são contratos amparados em legislação específica, entretanto que possuem cláusulas próprias e auto-aplicáveis por força do disposto no artigo 54 da lei 8245/91 e, ainda, pelo fato do condomínio formado nos shoppings centers possuir caráter híbrido, ser um condomínio *pro diviso* e *pro indiviso*, sendo, portanto, um contrato TÍPICO e DIFERENCIADO.

Pelo aspecto comercial, importante se registrar terem esses empreendimentos uma estrutura operacional própria, com organização sistemática do *tenantmix*; (...) (BECKER, 2009,p. 22)

Com a grande transformação destes centros comerciais começaram a surgir tipos diferenciados de shoppings, segundo a ABRASCE existem as seguintes espécies de Shopping Center: (i) shopping regional; (ii) shopping comunitário; (iii) shopping de vizinhança; (iv) shopping especializado; (v) outlet center; e (vi) festival center.

(i) "SHOPPING REGIONAL": Este tipo de shopping fornece mercadorias em geral (uma boa porcentagem de vestuário) e serviços completos e variados. Suas atrações principais são âncoras tradicionais, lojas de departamento de desconto ou hipermercados. Um shopping regional típico é geralmente fechado, com as lojas voltadas para um mall interno. (ii) "SHOPPING COMUNITÁRIO": O shopping comunitário geralmente oferece um sortimento amplo de vestuário e outras mercadorias. Entre as âncoras mais comuns estão os supermercados e lojas de departamentos de descontos. Entre os lojistas do shopping comunitário, algumas vezes encontram-se varejistas de "off-price" vendendo itens como roupas, objetos e móveis para casa, brinquedos, artigos eletrônicos ou para esporte. (iii) "SHOPPING DE VIZINHANÇA": É projetado para fornecer conveniência na compra das necessidades do dia-a-dia dos consumidores. Tem como âncora um supermercado. A âncora tem o apoio de lojas oferecendo outros artigos de conveniência. (iv) "SHOPPING ESPECIALIZADO": Voltado para um mix específico de lojas de um determinado grupo de atividades, tais como moda, decoração, náutica, esportes ou automóveis. (v) "OUTLET CENTER": Consiste em sua maior parte de lojas de fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de varejistas de "off-price". (vi) FESTIVAL CENTER: Está quase sempre localizado em áreas turísticas e é basicamente voltado para atividades de lazer, com restaurantes, fast-food, cinemas e outras diversões.

1.1 RELAÇÃO ENTRE O EMPREENDEDOR E O LOJISTA

Nas sessões de uso de espaço em Shopping Center existem duas partes no contrato, o locador (empreendedor) do shopping center, este que é o titular do espaço comercial locado, a segunda parte é composta pelo locatário (lojista) que irá explorar os espaços disponíveis.

O locador/empreendedor é o idealizador do empreendimento, este que junto à uma equipe de profissionais de várias áreas(arquitetos, economistas, engenheiros), realizou o estudo da viabilidade da implantação do empreendimento, é o grande patrocinador da construção. Faz-se necessária a observação que normalmente são vários o empreendedores que custeiam a construção do centro comercial, fato que não significa dizer que não possa haver empreendimentos com um único dono. O Empreendedor é o responsável pelo planejamento do mix e sua efetivação após a constatação da viabilidade do empreendimento e sua respectiva construção.

Muitas vezes a figura do empreendedor confunde-se também com a figura do administrador do shopping, quando esta não é feita por pessoa física ou jurídica contratada pelo dono do estabelecimento, com poderes apenas de representar os interesses do empreendedor.

Cabe ao empreendedor o planejamento organizacional que atraia a maior quantidade de pessoas e lucro para o estabelecimento, desta maneira, deve o empreendedor tratar cada lojista/locatário respeitando suas peculiaridades. Deve o empreendedor manter o mix projetado, alterando-o apenas se for necessário, devido à exigências mercadológicas e dos consumidores, deve o administrador promover o centro comercial como um todo, sem privilegiar lojista(s) ou setor(es) em detrimento de outro(s). Cabe ao administrador planejar, executar e manter a unidade organizacional do shopping.

A meta a ser cumprida pelo empreendedor é sem dúvida o sucesso e a lucratividade do empreendimento, por este motivo, os contratos celebrados entre empreendedor e lojista trazem muito mais direitos ao primeiro, na proporção que trazem muito mais deveres ao segundo.

O locatário é a segunda parte do contrato, celebrado entre empreendedor e lojista, é a parte mais fragilizada da relação jurídica, posto que adere às normas anteriormente elaboradas pelo empreendedor, que usa de tudo que lhe for legal

exigir para garantir a segurança de seu tão complexo centro comercial, sem que o locador do espaço comercial possa negociar senão a pecúnia relativa à área que será de sua utilização exclusiva pelo tempo que durar o contrato celebrado; o prazo de locação e a concessão ou não de descontos neste período.

O comerciante, ora locatário do espaço no centro comercial, é quem irá explorar a atividade que lhe foi permitida pelo empreendedor, não podendo alterá-la sem a anuência deste último. O lojista adere a vários outros instrumentos contratuais que são anexados ao contrato de locação (o Regimento Interno do Empreendimento, a Escritura Declaratória de Normas Gerais e o Estatuto da Associação de Lojistas), instrumentos que serão oportunamente estudados em tópico posterior. O contrato de locação é o vínculo de ligação entre o empreendedor e o lojista.

Na relação contratual em exposição é o lojista o que possui maior quantidade de deveres, desde o pagamento do aluguel relativo ao uso do espaço locado, seja ele percentual ou mínimo (fixo); seja pelo dever de obedecer as regras detalhadamente planejadas anteriormente ao funcionamento do shopping, que são as cláusulas inegociáveis do contrato.

1.2 ASPECTOS DOS CONTRATOS EM SHOPPING CENTER

Inicialmente é importante tratar da definição de contrato, segundo Maria Helena Diniz, contrato é “o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.” (DINIZ, 2008, p.30). Conforme entendimento o contrato é um concurso de vontades, com finalidades desejadas por ambos os contratantes, estas vontades convergem para um fim ou resultado determinado. Contrato é um negócio jurídico com base na autonomia da vontade, que gera natureza obrigacional para ambos.

A validade de um contrato depende do mesmo estar em conformidade com o regime legal, segundo o Código Civil em seu artigo 104 “a validade do contrato exige acordo de vontades, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.”

Decorrente da autonomia da vontade surgiram contratos que não são regulados pela legislação, mas que mesmo sendo atípicos (por não estarem previstos em lei), são totalmente legais em virtude de sua validade estar em conformidade com os preceitos do artigo 104 do Código Civil- acordo de vontades, agente capaz e objeto lícito e possível. Temos também os contratos típicos, que são os previstos em legislação, e também os contratos mistos, que são previstos em lei, porém por serem agrupados em uma relação conjunta formam uma nova relação contratual.

Muito se discutiu sobre a natureza jurídica do contrato celebrado entre empreendedor e lojista de Shopping Center, esta grande discussão jurídica e doutrinária já gerou grandes embates ideológicos. Uma corrente doutrinária ligada aos ensinamentos do Professor Orlando Gomes acredita que o contrato celebrado entre empreendedor e lojista de Shopping trata-se de um contrato atípico, por não assemelhar-se de forma alguma à locação, decorrendo assim sua atipicidade, por faltar-lhe instrumento legislativo próprio. Uma segunda corrente de doutrinadores trata este mesmo contrato em tela como um contrato coligado, estes filiam-se à linha de pensamento do ilustre Rubens Requião. Já a terceira linha de pensamento doutrinário filia-se ao pensamento do também ilustre Washington de Barros Monteiro, que, na minha opinião, acertadamente define o contrato celebrado entre os ora locador e locatário de shopping center como um contrato de locação dotado de peculiaridades, esta corrente também é a majoritária.

A tipicidade dos contratos de locação em shopping center encontra-se fundada na lei 8.245/91 a Lei de Locações de Imóveis urbanos, especificamente em seu artigo 54, que contempla os SC dizendo 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.” Observado isto, torna-se inequívoco a afirmação que o contrato em tela é típico, mesmo deixando o legislador a livre possibilidade de pactuar, decorrente portanto do princípio da autonomia da vontade. Também é mister acrescentar que o contrato que trata sobre a sessão de uso de espaço nestes centros comerciais diferencia-se em vários aspectos da locação simples, diferenciação que será feita em tópico posterior e apropriado.

Sobre a natureza jurídica deste contrato afirmou Ladislau Karpát

Esmiuçando o significado da regra, chegamos à seguinte conclusão. O contrato que regula o uso e cessão de espaços em centros comerciais é de locação. As condições contratuais na locação desses espaços, são de livre acerto, sujeitando-se às normas inquilinárias, exatamente da mesma forma como se sujeitam os demais contratos locativos.(KARPAT, 1997, p. 177)

Conforme exposto acima resta sem dúvida a natureza de locação nos contratos entre empreendedor e lojista, que por mais que possuam acostados à ele outros instrumentos que também são assinados junto à locação, não o tiram esta característica.

Muito já foi discutido acerca da natureza jurídica do contrato em estudo, o caráter de possibilidade de negociação do contrato está no contrato de locação em si, não estendendo-se aos contratos acostados ao mesmo. Por esta razão uma vertente doutrinária tentou enquadrar o contrato de locação entre empreendedor e lojista de shopping como um contrato de adesão. Esta afirmação caiu por terra quando analisados alguns aspectos do contrato, podemos exemplificar a falta de prejuízo ao lojista que não contratar com um shopping e a inexistência de obrigação em contratar com um shopping. Para que um contrato seja caracterizado como de adesão é necessário que uma das partes(o contratado) estipule todas as cláusulas do contrato, sem poder a outra parte negociá-las, e que este contrato fosse imposto à outra parte, que não o assinando arcaria com prejuízos.

Como já dito anteriormente algumas cláusulas do contrato de locação são negociáveis, a título de exemplo podemos citar a remuneração por metro quadrado, o tempo de duração do contrato e a renovação. Quando falamos das cláusulas inegociáveis, tratamos sobre as regras do Regimento Interno do Empreendimento, da Escritura Declaratória de Normas Gerais e do Estatuto da Associação de Lojistas-instrumentos acostados ao contrato de locação-. Assim aduz Becker :

Tais cláusulas, entretanto, não desnaturam a liberdade de pactuação no contrato de locação em exame, uma vez serem cláusulas regimentais, que visam manter uma boa estrutura física e de convivência entre todos que ali freqüentam, de forma ordenatória. (BECKER, 2009, p.39)

Ainda sobre contrato de adesão, afirmou Sílvio Rodrigues:

Para que o contrato de adesão se caracterize como tal, mister se faz a presença de várias circunstâncias, a saber:a) O negócio deve ser daqueles que envolve necessidade de contratar por parte de todos, ou de um número considerável de pessoas. O exemplo do concessionário de eletricidade é característico... Ora, havendo um monopolista a fornecer tal serviço, este impõe as condições de fornecimento, que todos devem aceitar, b) O

contratante mais forte deve desfrutar de um monopólio de direito ou de fato, ou seja é mister que a procura exceda tal proporção a oferta, que uns precisem comprar e outros possam recusar a vender. Pois, caso contrário, isto é, no de ampla e livre concorrência, o consumidor poderia se satisfazer de alhures, fugindo à imposição de contratar com determinada pessoa; c) É mister que os interesses em jogo o permitam. Isso ocorre quando há multiplicidade de situações uniformes e maneira que a oferta é dirigida a uma coletividade. (RODRIGUES, 1997, pp. 443/444)

1.3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRATO

a) **Autonomia da vontade:** Funda-se na liberdade que os contratantes têm de criar ou não relações jurídicas contratuais. De acordo com suas conveniências, desde que respeitada a ordem legal. Assim aduz Maria Helena Diniz :

Da *autonomia da vontade*, no qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.(DINIZ, 2007, p.23)

Ainda segundo a mesma autora, este princípio envolve também “(i) a liberdade de contratar ou não contratar, o poder de decidir segundo seus interesses, se e quando estabelecerá um contrato; (ii) a liberdade de escolher o outro contratante, embora às vezes a pessoa não possa escolher o outro contratante (nos casos de concessionárias públicas) e (iii) a liberdade de fixar o conteúdo do contrato, escolhendo qualquer uma das modalidades contratuais regulamentadas por lei, introduzindo alterações ou cláusulas que melhor se coadunem com seus interesses e com as peculiaridades do negócio.(DINIZ, 2007, p. 23)

Cabe observar que a liberdade contratual decorrente da autonomia da vontade não é absoluta, deve sempre respeitar os interesses sociais e a supremacia da ordem pública. Assim afirmou José da Silva Pacheco:

As condições do contrato de locação, entre lojista e o empreendedor do shopping center para uso da loja deste por aquele, podem ser estipuladas pelas partes, sem óbice, embaraço, impedimento, ou limite, que não seja a legalidade, a ordem pública e o bem comum.(PACHECO, 2000,p. 445)

No contrato de locação em shopping a autonomia da vontade é princípio importantíssimo, não é possível afirmar que alguém esteja obrigado a contratar com

um shopping, decorre de sua vontade o desejo de contratar e escolher o outro contratante .

b) Obrigatoriedade dos contratos:Ou *pacta sunt servanda*, o contrato celebrado deve ser cumprido(desde que válido,claro), ou seja, o contrato faz lei entre as partes e, decorrendo do princípio da autonomia da vontade só contrata quem deseja. Portanto não pode furtar-se a cumprir um contrato celebrado em consonância com a legislação e tendo externado a vontade de contratar. Neste sentido Carlos Roberto Gonçalves, define:

a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir com a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontade faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz. (GONÇALVES, 2012, p. 49).

O princípio acima encontra limitações em duas situações, uma delas prevista no artigo 393 do Código Civil, que é a impossibilidade de responsabilização por caso fortuito ou força maior, desde que a parte não tenha contribuído para tal e a chamada cláusula “*rebus sic standibus*”, ou Teoria da Imprevisão, que significa a possibilidade de revisão ou rescisão de um contrato que se torne excessivamente oneroso a algum dos contratantes, por fato superveniente, ocorrendo enriquecimento ilícito da outra parte em prejuízo desta outra.

c) Princípio da supremacia da ordem pública: Este principio versa que o interesse da coletividade deve sobressair-se sobre os interesses individuais. Portanto, é dever dos contratantes observar as leis, a moral e os bons costumes para respeitá-los. Assim assevera Carlos Roberto Gonçalves:

O princípio da autonomia da vontade, como vimos, não é absoluto. É limitado pelo princípio da supremacia da ordem pública que resultou da constatação, feito no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco. Compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia a igualdade política, não estava assegurando a igualdade econômica. Em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para reestabelecer e assegurar a igualdade dos contratantes. (GONÇALVES, 2012, p. 44)

Portanto, a autonomia da vontade é relativa, deve sempre estar condicionada à lei, os contratos que devem moldar-se à sociedade e não a sociedade deve moldar-se aos contratos e possíveis abusos que deles emanarem.

d) Princípio da probidade ou Boa-Fé: Este princípio trata sobre o tratamento que ambos os contratantes devem ter um com o outro, devem ser honestos, probos, transparentes e leais com a outra parte. Este princípio encontra-se expresso no artigo 442 do Código Civil, que *in verbis* “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Neste sentido da observância da boa-fé explicou Maria Helena Diniz:

intimamente ligado não só à interpretação do contrato – pois, segundo ele, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes – mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade e confiança recíprocas, isto é, proceder com boa fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc. (DINIZ, 2004, p. 32-34)

A boa-fé divide-se em subjetiva e objetiva, a boa fé subjetiva tem relação com o íntimo da parte, com a consciência do contratante de estar sendo honesto com o outro, já a boa-fé objetiva é necessária para gerar a confiança necessária e o equilíbrio para o cumprimento das obrigações de forma que não gera ônus excessivo a nenhum dos contratantes. Logo, se um dos contratantes não cumprir com sua parte no contrato, este estará atentando contra a boa-fé objetiva.

Destaca-se aqui o enunciado 29 da 1ª Jornada de Direito Comercial

29. Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais.

1.3.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato revela-se na necessidade de aliar as vontades dos contratantes com os interesses da sociedade, qual seja, no contrato em estudo a geração de riquezas. A função social do contrato encontra seu fundamento no

artigo 5º da LINDB(Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) que *in verbis* “Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Por mais que a lei dê a liberdade de pacto para os contratantes, não será absoluta esta liberdade, não haverá aplicabilidade imediata sem que antes analise-se a função social deste contrato. Por este motivo algumas cláusulas presentes nos instrumentos contratuais celebrados entre empreendedor e lojista de shopping estão sendo entendidos como abusivos. Em decorrência do Judiciário analisar as cláusulas com base no princípio da função social do contrato, limitando a liberdade contratual.

No que concerne ao contrato em tela os princípios gerais do contrato servem como embasamento para que o juiz possa decidir e aplicar ao caso concreto as normas orientadoras e reguladoras do instrumento contratual, podendo o magistrado corrigir eventual abusividade que possua o pacto, observando sempre o interesse coletivo e social.

Com a liberdade dada ao empreendedor pelo artigo 54 da Lei nº 8.245/91, ficou conferido ao empreendedor amplo poder de ditar todas as cláusulas do contrato de locação, decorrente desta desigualdade muitas abusividades foram criadas. Portanto, com a aplicação dos princípios gerais dos contratos, o magistrado pode regular e modificar o contrato para que amolde-se à justiça social.

A locação em shopping center passa por uma alteração na função do contrato, que deixa de ser uma liberalidade privada e deve garantir a função social do contrato, seja pela produção de riqueza, seja geração empregos.

Neste sentido, surge no artigo 421 do Código Civil, como explicou Nelson Nery Júnior:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

A função mais destacada do contrato é a de propiciar a circulação da riqueza, transferindo-a de um patrimônio para outro. Essa liberdade parcial de contratar, com objetivo de fazer circular a riqueza, tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Por isso, fala-se em fins econômicos sociais do contrato como diretriz para sua existência, validade e eficácia. Como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa “função social”, com valores jurídicos, sociais e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude a lei imperativa (CC116, VI), porque a norma do CC 421 é de ordem pública (CC2035 par. ún.); convalidar o contrato anulável (CC171 e 172);

determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc. São múltiplas as possibilidades que se oferecem como soluções ao problema do desatendimento à cláusula geral da função social do contrato. (NERY, 2002, pp. 180-181)

Portanto, as partes devem procurar cumprir a função juridicamente relevante deste contrato, nota-se que a liberdade contratual mitiga-se pela função social do contrato que também atinge terceiros que não figuram em nenhum pólo desta relação contratual. Neste sentido, destaca-se o enunciado 26 da 1ª Jornada de Direito Comercial, *in verbis*

O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.

Examinando o contrato de locação aqui exposto sob sua função social será possível entender a cláusulas e sanar eventuais onerosidades excessivas.

LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER: FASES E PECULIARIDADES DO CONTRATO

2 FASES CONTRATUAIS E RESPONSABILIDADES DOS CONTRAENTES:

Passada a fase inicial da definição da natureza jurídica do contrato de locação em shopping centers e as definições das cláusulas gerais que devem ser observadas neste contrato, além da lei de locações que é o instrumento que regula não só a relação entre empreendedor e lojista, mas também as ações que por ventura possam ocorrer no decurso do contrato, como por exemplo a renovatória compulsória e a ação de despejo. Podemos então adentrar nas fases do contrato e as obrigações dos contraentes.

2.0.1 FASE PRÉ-CONTRATUAL

O shopping surge antes mesmo da construção de seu espaço físico, neste momento temos a adesão do futuro lojista em um contrato de reserva da localização, chamado também de *res sperata* ou *resperata*, que é em suma a garantia da instalação do lojista no empreendimento, em local pré-determinado, em contrapartida à uma prestação pecuniária periódica, que servirá para custear a construção do centro comercial. Esse pagamento da *sperata* é um direito de reserva que adquire o lojista.

Antes da elaboração do contrato temos a fase de negociações entre as partes, é a chamada fase pré-contratual, onde são discutidas as avenças sobre o instrumento e o objeto da relação jurídica. Observa-se que o contrato em exposição trata-se de uma locação, como já foi dito, uma locação diferenciada. Por ser um contrato diferenciado, a própria menção do contrato na lei 8.245/91 dá ao empreendedor uma liberdade absurda na elaboração do contrato e seus instrumentos anexos.

Deixar livre a pactuação entre empreendedor e lojista é no mínimo temeroso, pois essa ampla liberdade dá poderes extremos à parte que elabora o contrato, onde é notório a presença de cláusulas por vezes leoninas, que inviabilizam a locação por parte de interessados devido à grande onerosidade que apenas é auferida por uma parte, aqui o lojista.

Na fase pré-contratual é onde devem ser observadas principalmente as cláusulas gerais descritas anteriormente, a boa-fé é princípio basilar desta pactuação entre empreendedor e lojista, deve ser observada não só na fase de negociações como também durante a relação contratual. Este dever de ser probo, honesto, transparente e leal serve para tutelar o contraente prejudicado da conduta reprovável da outra.

Sobre a fase pré-contratual afirmou Mário Cerveira Filho em sua obra SHOPPING CENTERS:

Na verdade, durante as negociações, as partes procuram formar uma idéia sobre o conteúdo do contrato que estão a estipular, de maneira a controlar a existência de correspondência entre o resultado que esperam conseguir e aquele que se realizaria se concluíssem determinado negócio. Quando se convencem, com base na idéia amadurecida durante as negociações, de que o futuro contrato se apresenta como instrumento idôneo para atingir o fim perseguido, declaram-se prontos a estipulá-lo. (CERVEIRA, 1999, p. 8)

Continua com explicações o mesmo autor citado acima:

Ora, é precisamente sobre essa atividade dirigida a informar que incide o chamado dever de comportar-se segundo a boa-fé, vinculando cada uma das partes a comunicar, conforme a verdade, tudo aquilo de que a outra parte carece, para formar um quadro exato sobre a matéria, objeto das negociações (CERVEIRA, 1999, p. 9)

Contudo, nota-se na relação contratual entre empreendedor e lojista de shopping um certo esvaziamento da fase pré-contratual do negócio jurídico celebrado. O lojista apenas pode negociar com o empreendedor questões relativas à locação, referente ao aluguel da área de uso particular; a remuneração devida; o tempo de duração do contrato. Os instrumentos que são anexos ao contrato, como a convenção condominial; o regimento interno; a associação de lojistas, com o fundo de promoção e propaganda; as luvas ou arras, são apresentadas ao contratante sem possibilidade de alteração, e se não concordar, não contrata com o shopping.

Uma observação é pertinente ao falar sobre a fase pré-contratual, as lojas âncoras gozam de certas regalias quanto à possibilidade de negociação para com os empreendedores, estas lojas são vitais para o empreendimento e por atraírem grande público e circulação de renda para o estabelecimento, recebem tratamento diferenciado em relação às lojas satélite, sobretudo no abono de alguns encargos financeiros.

2.0.2 FASE CONTRATUAL

O vínculo obrigacional entre empreendedor e lojista inicia-se com a adesão deste ao empreendimento, que pode ocorrer de duas formas, (i) o lojista ingressa no centro comercial anteriormente à sua edificação, tendo a promessa do empreendedor de entregar o shopping nos moldes definidos neste contrato, nesta hipótese o lojista paga um adiantamento a título de *res sperata*, como uma reserva de um ponto definido a ser locado; (ii) o lojista ingressa no shopping já construído, neste caso tendo a possibilidade de observar a realidade existente e a estrutura do centro. Surge da venda deste objeto futuro, qual seja a primeira forma de ingresso do lojista ao shopping aqui exemplificada, a primeira obrigação do empreendedor, que é a entrega do objeto tal qual definido contratualmente, respeitando-se prazos, infraestrutura e o mix prometido.

Se o empreendedor prometeu vantagens ou restrições aos outros contraentes para garantir o mix e atraí-los ao seu empreendimento, como por exemplo um número máximo de lojas de uma atividade específica (sapatarias, cosméticos, etc.). Deverá cumprir o acordado, sob pena de rescisão por parte do lojista/locador. As disposições contidas na Escritura Declaratória de Normas gerais, principalmente no tocante à restrições, devem ser seguidas à risca.

É obrigação do empreendedor fazer constar nos instrumentos contratuais o preço do fundo de comércio, a estrutura organizacional do empreendimento, o valor e a duração da locação, a obrigatoriedade de filiação à associação de lojistas, o pagamento do fundo promocional, além da obrigatoriedade do pagamento do rateio das despesas comuns de manutenção.

Cabe ao empreendedor cumprir todas as estipulações contratuais que lhe são dever, não podendo onerar o lojista de seus erros e inobservâncias do pactuado. Podendo o locador ensejar ação de perdas e danos referente aos acordos não cumpridos, até mesmo a rescisão contratual. Ações que serão abordadas posteriormente em tópico oportuno. Todas estas obrigações acerca da obra são extra locativas, em razão de o contrato de locação apenas ter validade quando há a inauguração do empreendimento.

Passada a fase pré-contratual das negociações e a consequente análise sobre a viabilidade ou não de ingressar no empreendimento por parte do lojista, chegada à fase da assinatura do contrato o locador tem duas possibilidades, quais sejam: (i) contratar a locação por prazo de duração inferior a cinco anos, hipótese que não cabe o pagamento de luvas, arras, reserva, ou qualquer outra denominação que pode ser utilizada para esse mesmo instrumento, nesta hipótese não se faz possível o pagamento de luvas pois o locador não adquire fundo de comércio, caso em que não pode receber o empreendedor pela compra do ponto comercial; (ii) contratar a locação por prazo de cinco anos ou superior, conjuntamente com o instrumento das luvas, valor pago que corresponde à compra do ponto comercial.

Como já definido anteriormente como um contrato típico de locação, porém com certa excepcionalidade, esta excepcionalidade que dá liberdade de pactuação nos contratos firmados entre empreendedor e lojista é o ponto crucial onde surgem as maiores discrepâncias de obrigações e deveres das partes do contrato. Sob esta liberdade e grande poder em mãos do empreendedor surgem cláusulas tão leoninas que não deixam possibilidade alguma de discordância por parte do lojista, ou aceita as estipulações unilaterais do empreendedor ou não contrata com o shopping.

2.1 ELEMENTOS: CONTRATO DE LOCAÇÃO, ESCRITURA DE NORMAS GERAIS OU CONVENÇÃO CONDOMINIAL E ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS

O contrato de locação celebrado entre empresário e shopping é o elo principal de ligação e formulador de obrigações recíprocas para os contraentes. Mas como já foi explicado anteriormente, este contrato trata de um empreendimento complexo e *sui generis*, com relações muito mais além da simples locação comercial, em

decorrência desta complexidade este negócio jurídico possui a si coligado e conseqüentemente dotados de igual força vinculante, outros instrumentos contratuais que servem para disciplinar as regras internas; o funcionamento do shopping e a publicidade e propaganda do empreendimento.

Sob esse leque de instrumentos contratuais que regulam a relação entre locador e locatário em shopping, vejamos :

O universo legal, que compreenderá o empreendimento, se constituirá, na verdade, de três documentos autônomos, cujos conteúdos imporão obrigações distintas. Estes documentos são: o Contrato de Locação, a Escritura Declaratória de Normas Complementares ao Contrato de Locação ou a convenção Condominial, acompanhado do Regimento Interno e, finalmente, o terceiro documento, que é o Estatuto da Associação de Lojistas.(KARPAT, p. 10, 2004)

Estes instrumentos são a escritura de normas gerais ou convenção condominial, ou um instrumento ou outro, significa que se um shopping é regido por convenção condominial os lojistas são possuidores dos espaços das lojas, e a relação será regida pela lei 4.591/61, a Lei Condominial; se for regido por escritura de normas gerais, normalmente os lojistas são apenas locadores dos espaços comerciais, e devem respeitar as normas de funcionamento e tantas outras que compõem este instrumento. A forma mais usual de regimento de shopping é sem dúvida a que usa-se da escritura de normas gerais, por ser muito menos burocrática e morosa que a forma condominial. Sobre estes instrumentos constantes nesta relação jurídica, explica KARPAT:

O empreendedor fará constar no contrato de locação, a obrigatoriedade de pagamento das despesas comuns de manutenção, do fundo promocional, e finalmente a forma ou estrutura organizacional do futuro empreendimento.(KARPAT, 2004,p. 109)

Todo o funcionamento do shopping center é regido por um conjunto de regras, existem dois tipos de documentação que podem reger um shopping, seja esta documentação de acordo com a Lei 4.591/64, a lei dos condomínios, dessa maneira transformando o empreendimento num verdadeiro condomínio, com convenção condominial e regulamento interno, que prevê os direitos e obrigações dos condôminos. Esta modalidade de regimento do empreendimento é mais vantajosa quando o centro comercial é construído com o intuito da venda das lojas e não apenas sua locação. Neste caso, há vários proprietários, constituindo portanto

um verdadeiro condomínio. Escolhendo o empreendedor por este tipo de organização, a documentação terá outro trâmite, seguindo os moldes da Lei 4.591/64, porém a Convenção Condominial tem a mesma finalidade de definir as regras de administração do centro comercial.

A outra forma de regimento da funcionalidade do shopping é a elaboração de uma Escritura Declaratória de Normas Gerais Complementares do instrumento principal de locação. Segundo Karpát, “esta forma é mais usada por ser mais simples, barata e rápida de estruturar legalmente o Centro Comercial, no tocante às normas internas de utilização de um determinado empreendimento.”(KARPAT, p.9,2004)

Segue ainda o autor explicando a razão da existência dessas regras:

As Normas Complementares, tal qual a Convenção Condominial, estão a definir a funcionalidade dos negócios, obrigando ainda o lojista ao pagamento de uma taxa condominial. Estes dois documentos, a Convenção Condominial e a Escritura Declaratória de Normas Complementares, equivalem. Ambas devem regulamentar as formas de convívio comum. (KARPAT, pp. 8-9,2004) (grifos nossos)

Estas regras de funcionamento do empreendimento constituem-se obrigação em momentos distintos, inicialmente o empreendedor do Shopping vai a um tabelionato e através de uma escritura publica declaratória formaliza as normas regentes do centro comercial, declarando de pronto seus deveres e dos lojistas que vierem a aderir ao empreendimento. O segundo momento em que se torna obrigatória a atenção às mesmas regras é no momento da assinatura do contrato de locação, quando se traz a escritura seja declaratória de normas gerais, seja a convenção condominial, para que o lojista/locador possa analisar e assinar junto ao instrumento de locação.

Portanto é imprescindível que haja a apresentação destas normas gerais no momento da assinatura do contrato de locação, pois não basta apenas que o empreendedor celebre escritura publica declaratória das normas de funcionamento, é dever que elas sejam apresentadas ao lojista para sua aceitação e conseqüente cumprimento, não lhes sendo apresentadas as normas de funcionamento o lojista não será obrigado a respeitá-las. Visando resguardar seus direitos e diminuir os riscos, os lojistas deverão conhecer estas informações e todos os instrumentos que

fazem parte do negócio jurídico, porque após a assinatura do contrato de locação, fica o lojista impossibilitado de alterar as principais cláusulas contratuais.

O próximo instituto contratual que completa o leque de instrumentos formador do contrato celebrado entre empreendedor e lojista de shopping é a associação de lojistas. A associação tem funções de representatividade dos lojistas; realização de estudos de viabilidade financeira; trazer a cooperação de seus sócios para um maior sucesso do empreendimento; praticar todos os atos de legítimo interesse de seus associados; e principalmente promover a ampla divulgação do shopping center sem privilegiar determinadas lojas em detrimento de outras. É uma sociedade civil de direito privado, composta pelos lojistas de um mesmo empreendimento, com personalidade jurídica própria, sem fins lucrativos, cuja principal atribuição é a administração do fundo promocional, também chamado fundo de propaganda. Este fundo é composto pela contribuição mensal de lojistas, alguns doutrinadores sugerem a contribuição do empreendedor também, consubstanciados num maior lucro que o mesmo auferirá com o aumento das vendas.

O fundo promocional destina-se a manter os custos com propaganda e promoções do empreendimento como um todo, sem beneficiar nenhum lojista em detrimento de outro, a associação de lojistas é administrada pelos locatários e não pelo locador/empreendedor. A verba devida a título de fundo promocional pode ou não estar prevista previamente nos estatutos da associação, a própria associação poderá ser constituída posteriormente, quando inaugurado o empreendimento. Dos três instrumentos que formam essa relação jurídica, o único que não precisa estar pronto no momento da assinatura é a associação de lojistas, porém é obrigatório a todo lojista associar-se, sob pena de não contratar com o shopping.

Normalmente os lojistas contribuem para o fundo de promoção e propaganda de acordo com o tamanho de suas lojas, mas como já referido anteriormente, em alguns estabelecimentos as lojas âncoras que possuem uma capacidade magnética de atrair público, possuem certas regalias necessárias para o aprimoramento do tenant-mix, decorrente disto, em alguns casos não são obrigadas a pagar a taxa relativa ao fundo de propaganda.

Portanto é obrigatória a filiação do lojista à associação, o pagamento da verba referente ao fundo promocional, mesmo que a associação venha a ser fundada posteriormente. Importa inclusive na extinção do contrato de locação celebrado se o lojista retira-se ou é expulso da associação. A associação de lojistas é

importantíssima para o sucesso do empreendimento, já que seu trabalho é atrair o maior fluxo de clientes possível, por meio da administração do fundo promocional/de propaganda, dando maior visibilidade ao empreendimento e favorecendo o consumo. Neste sentido, Karpát posicionou-se:

Finalmente, a Associação de Lojistas é uma sociedade de vital importância, pois em parte, de sua atuação, ao lado do empreendedor, dependerá o sucesso do empreendimento. Uma associação de Lojistas atuante, disposta a realizar um bom trabalho, atenta às datas importantes para o comércio, e às promoções que podem atrair pessoas, possíveis compradores, ao Centro, por certo auxiliará no rumo da condução do próprio negócio. (KARPAT, 2004, p.19)

A associação de lojistas tem função de coibir a competição predatória entre os comerciantes, já que o fundo de propaganda é utilizado de forma a beneficiar todas as lojas e o empreendimento como um todo, sem benefício de alguma loja, seja âncora ou satélite, ou benefício de setor em detrimento de outro. Os deveres que são impostos ao lojista são: (i) obrigatoriedade de associação; (ii) pagamento da taxa mensal da taxa de associação;(iii) pagar a contribuição a título de fundo de promoção e propaganda; e (iv) comparecimento às assembleias.

2.2 ALUGUEL: MODALIDADES E POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA

A possibilidade de estipulação do aluguel mensal devido ao locador, em quantia percentual é só mais uma característica que demonstra o caráter *sui generis* deste contrato objeto do estudo. O aluguel na locação em shopping centers pode ser estipulado de duas modalidades, como na maioria das vezes é, a primeira modalidade é o aluguel fixo ou mínimo, que deriva-se do valor relativo à locação da área de uso particular do lojista, a área em metros quadrados que ele ocupa. A segunda modalidade de estipulação da remuneração é o aluguel percentual ou variável, que é definido de acordo com uma porcentagem do valor mensal da receita bruta do lojista, seja 3%, 5% ou qualquer valor estipulado no contrato. A modalidade de aluguel que alcançar maior valor pecuniário é a que será devida, uma necessariamente exclui a outra.

Salienta-se que também existe o aluguel em dobro ou décimo terceiro aluguel, este é devido no mês de dezembro, quando as vendas são comumente acaloradas devido às datas comemorativas de Natal e Ano Novo.

2.2.1 ALUGUEL MÍNIMO/FIXO

O aluguel mínimo corresponde como dito anteriormente ao valor referente à área locada pelo lojista, dependerá da área em metros quadrados e é sobre esse valor que incidirá o reajuste periódico do valor da locação. O aluguel fixo é o valor da prestação pecuniária inicial aposta ao contrato celebrado entre empreendedor e empresário, que é devido mensalmente e reajustado anualmente de acordo com o índice de correção presente no instrumento contratual, este tem relação com a área em metros quadrados que possui a loja

Para Maria Helena Diniz em sua obra Lei de Locação de Imóveis Urbanos Comentada o aluguel mínimo é “o preço que se paga pela locação da coisa, isto é, a prestação devida pelo locatário ao locador pela ocupação do prédio”. (DINIZ, 1997, p. 229).

Este preço mínimo avençado no contrato refere-se à produtividade de riqueza mínima que promete o lojista. O valor apostado é negociado entre empreendedor e lojista no contrato onde concordam àquele com a expectativa que esta produtividade mínima será atingida e este assina o contrato assegurando esta mesma produtividade mínima.

2.2.2 ALUGUEL PERCENTUAL/VARIÁVEL

O aluguel variável é mais uma semente do artigo 54 da lei de locações, que deixa mais uma liberdade para o empreendedor, que pode cobrar o aluguel de forma não tão convencional, decorrente de liberalidade das partes. Destaque-se também outro suporte sobre a legalidade desta modalidade de aluguel, previsto no Art. 17 da

Lei nº 8.245/91, *in verbis*: “É livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo”.

Este aluguel pode ser juridicamente cobrável, mesmo sendo liberalidade dos contraentes. A estipulação do aluguel mensal em percentual é o grande diferencial dos shoppings, sem dúvida a grande motivação do empreendedor em financiar a construção de um empreendimento tão complexo é esta vantagem. Portanto, o aluguel a ser pago depende do volume de vendas do lojista, se esse volume for abaixo do esperado, ele pagará o aluguel fixo, se o volume de vendas for superior ao esperado e a consequente porcentagem avençada superar o aluguel fixo, o percentual será devido. Esta forma de estipulação do aluguel é válida, desde que seja determinável, através de critérios preestabelecidos.

A participação nos lucros de todo o empreendimento é decorrência do sucesso do mix, das lojas, da associação de lojistas e do empreendedor/administrador. Portanto, o aluguel percentual é uma distribuição do sucesso do empreendimento, devida pelos lojistas ao empreendedor, por toda a estrutura, organização do centro comercial e seu planejamento. Como a estipulação deste valor é de acordo com a renda mensal bruta do locador, surge dessa necessidade a criação da cláusula contratual de fiscalização do faturamento. Comumente chamada de cláusula de exibição de contabilidade, esta cláusula contratual tem sua razão de ser fundada na proteção ao empreendedor.

O locador ou terceiro, na qualidade de preposto, tem o direito de fiscalizar as vendas efetuadas, os livros, as transações, o movimento de caixa, para apurar o percentual devido ao empreendedor. O lojista não pode negar ao dono do empreendimento o direito de fiscalizar, sempre que julgar oportuno, pode ele próprio ou preposto analisar caixas, livros de registro, talões, notas fiscais, livros de controle de mercadoria e estoque.

Sem essa fiscalização livre que detém o empreendedor, este aluguel percentual estaria fadado ao fracasso, pois como é dever do lojista informar seu faturamento, para que possa ser feito o cálculo do aluguel que será devido (fixo ou variável), seria totalmente possível falar-se em fraudes para que o lojista se beneficiasse e pagasse apenas o aluguel mínimo todos os meses, deixando de informar ao empreendedor certa quantidade de vendas e por conseguinte não atingindo o faturamento necessário para a incidência do aluguel percentual.

Destaque-se que esta liberdade de visualização de livros, mercadorias, estoque, etc. é meramente informativa, respondendo o fiscal pela sua divulgação ou vazamento de informações constantes nos mesmos. O fiscal deve fazer seu trabalho da forma menos inconveniente ao lojista, sem tumulto ou confusão. A atribuição para acesso aos livros é apenas para a conferência acerca dos valores de faturamento declarados pelo lojista. Responderá o fiscal civilmente pelo vazamento dessas informações. Essa rotina de fiscalização do faturamento do lojista tem como principal função garantir o cumprimento do contrato em relação à remuneração devida pelo locatário, apenas objetivando-se o cumprimento do pactuado contratualmente.

Em caso de descumprimento desta cláusula de fiscalização, cabe ao empreendedor propor a devida ação de despejo, baseando-se na infração contratual, que será exposta mais adiante.

2.2.3 DÉCIMO TERCEIRO ALUGUEL

Além das formas de cobrança do aluguel relacionadas acima, temos também o décimo terceiro aluguel, que também é conhecido como aluguel em dobro. Esta estipulação refere-se ao pagamento do valor do aluguel fixo em dobro, no mês de dezembro, após o final de cada ano de locação.

A fundamentação da cobrança desse encargo é o aumento das vendas decorrentes da maior circulação de pessoas, por consequência das festividades de Natal e Ano Novo. Com isso, o empreendedor também deveria participar desta maior lucratividade.

A crítica que se deve fazer a este encargo do locador é que a cobrança do décimo terceiro aluguel apenas deve incidir no mês de dezembro em que o aumento proporcional das vendas justifique tal cobrança, é onerosidade excessiva cobrar do lojista por um mês cuja a projeção de vendas seria dobrada e por exemplo não se caracterize esse aumento. Ocasionalmente assim a inobservância de princípios como o da boa-fé, o empreendedor estaria enriquecendo ilícitamente às custas do lojista prejudicado. Nesse entendimento vejamos:

O “13º aluguel” corresponde ao pagamento duplo do aluguel mínimo pelo lojista, em determinados períodos que antecedem tradicionais datas

comemorativas, em que o comércio varejista fatura mais do que em outras épocas do ano. Tal fenômeno se apresenta comum nas **festas de fim de ano, páscoa, dia das mães, dos namorados, das crianças**, entre outras. Esse incremento sazonal do faturamento, pelos menos em relação a determinados grupos de lojistas, justifica a previsão contratual de que a remuneração ao empreender merecerá acréscimo, **se, e comente se, a expectativa de incremento do faturamento efetivamente se realizar.** (sic)(CHAGAS, 2015,p.680)

2.3 **TENANT MIX: POSSIBILIDADE DE MUDANÇA UNILATERAL E IMUTABILIDADE DO RAMO DE ATUAÇÃO**

O tenantmix do empreendimento é a aplicação efetiva de todo o estudo de viabilidade e de conhecimento do público-alvo do empreendimento. A gestão organizacional do centro comercial que é elaborado pelo empreendedor em conjunto com uma equipe de profissionais das mais diversas áreas de atuação, economistas, analistas de mercados, arquitetos, administradores, dentre outros.

A grande característica diferenciadora dos shoppings é esse mix, que aliando comodidade e facilidade consegue trazer aos mais variados públicos a possibilidade de unir compras, lazer e a prestação de serviços. Como consequência de todo esse trabalho e planejamento para trazer lucratividade aos lojistas e ao empreendimento as cláusulas que proíbem a mutabilidade do ramo comercial e a que permitem a mudança unilateral por parte do empreendedor são cláusulas que merecem seu destaque.

Se o empreendedor não observa esta estruturação detalhada e planeja um mix que diferencie seu empreendimento e consiga aliar todos os benéficos que um estudo organizacional bem feito lhe traz, pode fadar seu empreendimento ao declínio. Não só o planejamento, mas a aplicação bem feita do mix é essencial para o sucesso do centro comercial. Todo o funcionamento do shopping center será regido por essa estrutura singular de organização, que tanto diferencia esse contrato da simples locação.

Mais uma vez nota-se a intenção do locador em proteger seu empreendimento e seus investimentos. A possibilidade de mudança unilateral do *mix* é prevista em muitos contratos deste tipo, pois dá liberdade ao empreendedor de, aliado às novas necessidades mercadológicas e de expansão do

empreendimento, alterar a organização e a organicidade do centro comercial, para atrair mais público, trazer mais conforto e implementar o *mix* com novos ramos e lojas.

A crítica que é necessária ser feita é a da impossibilidade de contestação por parte do lojista, que se vê de mãos atadas ante a mudança que se diz “necessária” pelo empreendedor. Seria muito fácil pensar-se em uma tentativa de alteração do *mix* por parte do empreendedor, para poder escantear e tentar frustrar os lucros do lojista que não é mais desejado no empreendimento, devido à necessidade mercadológica ou apenas por falta de simpatia para com a pessoa do empresário/lojista.

Quando o lojista adquire o ponto comercial de sua loja, que é um dos atrativos de clientela, a mudança unilateral do *mix* pode prejudicá-lo, em seu faturamento, trânsito de público e principalmente na visibilidade de sua loja. Ao adentrar no empreendimento, seja em sua fase de construção, seja quando o mesmo já está em funcionamento, o lojista tem a ciência ou a noção de quantas lojas comporão o *mix*, conseqüentemente saberá de seus concorrentes e suas possibilidades de lucratividade. Alterando-se unilateralmente o planejamento inicial, o lojista poderá ser prejudicado com o aumento de concorrentes no mesmo ramo, com uma localização desprivilegiada e principalmente em seu lucro.

Estas razões são importantes ao se falar da mudança unilateral, que pode tornar-se por demais onerosa para o lojista e muito vantajosa ao empreendedor que aumenta o número de lojas e pode livrar-se do locatário indesejado no empreendimento. Mas não só de críticas esta cláusula é dotada, se a necessidade de alteração do *tenantmix* for necessária em decorrência de necessidades mercadológicas, a expansão do empreendimento trazendo novas lojas, mais público e uma maior comodidade ao centro comercial desencadearão, sem dúvidas, um maior afluxo de clientes e um lucro maior para a comunidade do shopping.

Outro ponto a ser relevado aqui é mais um que pretende proteger o planejamento organizacional do shopping, a imutabilidade do ramo comercial. Ao firmar o contrato de locação com o empreendedor o lojista saberá sua localização e o ramo comercial que explorará. Como já dito anteriormente, o planejamento do empreendimento requer que todas as lojas sejam alocadas em locais que influenciem e gerem afluxo constante de público na totalidade do shopping, evitando verdadeiras zonas mortas, com fluxo reduzido.

Existem áreas específicas em cada empreendimento, quais sejam principalmente, área/prça de alimentação, onde localizam-se a quase totalidade das lojas destinadas à alimentação (fast-foods, pizzarias, etc.); áreas de lazer (cinema, boliche, fliperama, etc.); área de prestação de serviços (bancos, gráficas, etc.). Todas as lojas são distribuídas de forma a condensar os ramos de atividade por setor, tudo organizado como foi pensado na elaboração e aplicação do planejamento organizacional do shopping. Conforme já ficou explanado, existe um critério organizacional do mercado interno do empreendimento, no que se atém à localização e o número de lojas permitidas por atividade ou por setor.

Por essa necessidade de proteção do tenantmix do shopping é que comumente vemos a cláusula de imutabilidade do ramo comercial inicial, seria totalmente violador das características do empreendimento. Por exemplo, imagine-se um lojista que instala-se na praça de alimentação, dono de uma franquia de um fast-food qualquer, passado certo tempo o locatário decide que não quer continuar com a franquia e deseja abrir uma sapataria no empreendimento, seria impensável uma sapataria alocada na praça de alimentação. Esta mutabilidade do ramo comercial afetaria negativamente o mix do empreendimento, trazendo abalos e insegurança, não só para o empreendedor como também para os lojistas do estabelecimento e os futuros interessados.

2.4 RES SPERATA

Várias são as nomenclaturas dadas a esta cláusula presente nos contratos de shopping, este instrumento é comumente encontrado em contrato próprio, mas pode ser convencionado no contrato de locação, se assim as partes desejarem. O mais correto, ao meu ver, seria chamar de cessão de direitos, ou direito de reserva, como será explicado adiante.

Difere-se dos outros encargos que o lojista deve pagar, aluguel, taxa condominial, taxa de associação, fundo de promoção. A natureza desta cláusula é vista de dois modos pela doutrina, uma parte da doutrina vê a *sperata* como a reserva, a garantia da instalação do futuro lojista no empreendimento a ser construído, traduzindo em sua literalidade como “coisa esperada”, outra parte da

doutrina tende a acreditar que a *sperata* é a remuneração paga ao empreendedor, pelo lojista, para remunerar o trabalho do empreendedor no desenvolvimento e construção do centro comercial, sua estruturação, a elaboração do mix, construção e divulgação. Assim definiu BECKER:

É através do mencionado contrato que o empreendedor oferta ao lojista a utilização de todos os atrativos inerente a um Shopping Center, principalmente no que se refere ao fundo de comércio e a clientela atraída por aquele centro comercial. Em contrapartida, o lojista compromete-se a pagar uma determinada quantia pela exploração desse fundo, passando a usufruir das vantagens por ter sua loja localizada dentro de um *Shopping Center*.(BECKER, 2009, p. 80)

O pagamento do valor referente à cessão de direitos decorre dos benefícios que possui o locador, da utilização de todas as vantagens que são geradas pelo centro comercial. Apenas é lícito a cobrança da *sperata* quando o contrato celebrado tem prazo igual ou superior a 60(sessenta) meses, ou 05(cinco) anos, pois com essa característica temporal é possível o ingresso de ação renovatória da locação, por parte do locador/lojista.

Este valor pecuniário já foi confundido com o antigo pacto de luvas, que é o adiantamento de valores referentes à alugueis ou outras parcelas de pagamentos devidos pelo lojista ao empreendedor, aqui não se deve confundir com a cessão de direitos, que pormenorizadamente trata-se da cessão que o empreendedor realiza, em favor do lojista, da parcela do fundo de comércio que é gerado com o funcionamento do empreendimento.

Esta cobrança se torna ilegal na renovação compulsória, que é direito do lojista, desde que preenchidos os requisitos presentes nos artigos 51 da Lei 8245/91, que serão detalhados em tópico posterior, a tratar da ação de renovação compulsória.

2.5 CESSÃO DA LOCAÇÃO

A cláusula que aduz a vedação da cessão da loja é comumente observada nos contratos de locação em shopping. Proíbe-se o locador de sublocar, ceder, transferir ou emprestar a loja no qual está instalado, sem anuência prévia do empreendedor. Dessa maneira afirmou Karpát:

É válida a cláusula que proíbe a cessão da locação, ou do ponto comercial, nos contratos de locação, sem a anuência do locador-empendedor. Não está se proibindo a venda ou cessão, mas condicionando-a à anuência do locador. Este por seu turno, não poderá se opor injustificadamente a anuir a cessão, sob pena de responder por Perdas e Danos

Pode-se afirmar novamente que essa proibição tem por fundamento a proteção do empreendimento, de todo o seu planejamento(mix) e do investimento que o empreendedor realizou para a efetivação deste trabalho.

Com a implantação do mix do empreendimento são delineadas as localidades de cada lojista, o ramo de atuação e a organização e distribuição da oferta para eliminar a concorrência desleal e aumentar a geração de riquezas para todas as partes envolvidas no contrato. Ceder a loja para outro empresário seria atentar contra todo esse planejamento e descaracterizaria o shopping como organização bem estruturada. A proibição em sentido amplo é duramente combatida pela doutrina, o certo seria falar-se em proibição em sentido estrito, ou necessidade de anuência por parte do empreendedor. Não pode o locador de opor sem justificativa plausível à cessão da loja, sob possibilidade de responsabilização por Perdas e Danos.

Se um lojista não conseguiu obter sucesso ou adaptar-se ao empreendimento, é muito mais vantajoso para ambos que a loja seja cedida, claro que respeitando-se o mix projetado. Ambos estarão interessados nessa cessão, o lojista porque desobriga-se perante o empreendedor e o empreendedor que terá novas possibilidade de aumento de faturamento e continuará com a loja cedida rendendo e em funcionamento.

2.6 CLÁUSULA DE RAI0

Esta cláusula configura-se em uma obrigação de não fazer, aceita pelo lojista ao contratar com o empreendedor do shopping, mais uma cláusula que visa proteger o empreendimento. Consiste em que o lojista locatário do centro comercial não instale-se em estabelecimento autônomo próximo ou em área contígua ao shopping, atividade idêntica à praticada no imóvel objeto da locação, desta maneira beneficiando-se de não pagar encargos que são próprios do shopping, procedendo assim de maneira concorrencial desleal.

A cláusula de raio é tradicional nos contratos de locação em shopping e tem função principal de preservar os investimentos feitos no centro comercial. Se um lojista que contrata com o shopping possuir as mesmas lojas que compõem o mix do empreendimento, em locais de proximidade ao shopping acarretarão o enfraquecimento do planejamento do centro comercial e sua capacidade de atrair público.

A legalidade da cláusula de raio é relacionada com sua razoabilidade, no REsp.nº 123.847/SP o voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, tratando sobre a validade da cláusula de raio, desde que observados a razoabilidade e os limites razoáveis, *in verbis* “todos os locatários se aproveitam da prestação de serviços, da área de alimentação, das comemorações, de lançamentos de prêmios para estimular as vendas”, cláusulas de raio que estabeleçam limite de dois mil metros são válidas, desde que consideradas a localidade onde o estabelecimento é instalado. No caso desse Recurso Especial a cidade em tela é São Paulo, poderíamos falar da ilegalidade da cláusula de raio que estabelecesse um limite superior em uma cidade de pequeno e médio porte, onde essa limitação de distancia estaria limitando a livre concorrência e a livre iniciativa. Dessa maneira, alguns tribunais tem decidido pela ilegalidade dessa cláusula quando fere princípios sociais anteriormente citados, onde a abusividade do raio de exclusividade é evidente, prejudicando principalmente pequenos e médios empreendedores comerciais. (DYONÍSIO PINTO, 2015, pp 124-126)

3 DAS AÇÕES APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES LOCATÍCIAS EM SHOPPING CENTER

Como demonstrado anteriormente a relação jurídica que envolve o empreendedor e o lojista de shopping center é bastante peculiar, a legislação que trata sobre esta relação, já configurada como locatícia, dá liberdade extrema ao empreendedor, principalmente na formulação do contrato.

Decorrente desta mesma liberdade, uma maior proteção ao lojista é necessária. Como consequência de eventuais lides que emanem da relação, algumas são as ações cabíveis na contratação entre lojista e empreendedor de shopping, amparadas principalmente pela lei 8245/91, a Lei de Locações.

Observa-se que a lei de locações não esgota por completo essa complexa relação entre locador e locatário de shopping, necessário seria uma legislação específica que dirimisse eventuais dúvidas e acompanhasse a evolução e disseminação destes templos de consumo.

3.1 DA AÇÃO RENOVATÓRIA

Como já dito anteriormente se o tempo do contrato de locação for superior a 60(sessenta) meses ou 5(cinco) anos é o caso que coaduna com o pagamento da *res sperata*, que é a cessão do uso do fundo de comércio que possui o empreendedor. Para proteger o fundo comercial cedido ao lojista e consequentemente seu ponto comercial, a Lei 8.245/91 tratou de disciplinar em sua respectiva Sessão III a renovação compulsória que tem direito o lojista.

Alguns são os requisitos que devem ser preenchidos pelo lojista, constantes no artigo 51 da mesma lei referida anteriormente, *in verbis*:

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

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

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

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

A ação renovatória está disciplinada no Capítulo V da Lei Locatícia, que trata sobre todo o procedimento que deve seguir. Deverá ser proposta no prazo inicial de um ano e no máximo seis meses anteriores ao termo final do contrato, estes contratos sem exceção deverão ser inscritos, e ter prazo de 5(cinco) anos ininterruptos, ou a soma de contratos sucessivos for igual ao mesmo período de 5 anos no mínimo. Deverá também o lojista comprovar a exploração do mesmo ramo comercial por no mínimo 3(três) anos, neste caso, também ininterruptos.

A inicial da ação em tela deverá ser instruída também com provas necessárias para a comprovação dos requisitos do artigo 51, também provas do exato cumprimento do contrato pactuado, desde pagamento de alugueis, fundo de promoção, impostos, taxas de manutenção, taxa condominial, tudo que foi pactuado no contrato. Indicar os valores reajustados do aluguel mínimo que pretende pagar, reajustados e corrigidos, no mínimo deverá ser o valor do aluguel anterior corrigido pelos encargos estabelecidos.

Os requisitos do art. 51 da Lei são para a propositura da ação, que também deve ser observada no artigo 71 do mesmo diploma legal, assim como explica Ramiro Becker:

(...) a) indicação das condições para renovação; b) prova da quitação de impostos e taxas incidentes sobre o imóvel; c) indicação do fiador e a prova de que este aceita os encargos do contrato firmado que se refere às condições da renovação da locação(...)(BECKER, 2009, p. 90)

O fiador deverá assinar novamente a fiança do contrato, não será válida sua anuência apenas no(s) contrato(s) anterior(es), inclusive, se seu estado civil alterou-se necessitará de anuência do cônjuge. A proposta do locatário deverá ser objetiva, para poder ser avaliada pelo juiz, que também irá avaliar a proposta do locador, para que consiga-se chegar à um denominador comum sobre o valor da nova locação e seus demais encargos.

A renovação da locação é a forma de proteção do lojista mais importante, protege-se o fruto do seu trabalho, seu fundo de comércio. O locatário tem direito de renovar por igual período a locação, desde que preenchidos os requisitos do artigo 51 da lei 8.245/91. Portanto, o art. 51 da Lei locatícia traz o direito que possui o

lojista da renovação compulsória e o artigo 71 da mesma lei disciplina a efetivação deste direito mediante ação renovatória.

Necessário se faz que os contratos estejam amparados pela lei locatícia, essa proteção é uma ótima forma de igualar a relação entre o empreendedor e o lojista do shopping center. Pois como mostrado anteriormente, essa relação pode muitas vezes ser onerosa em excesso ao lojista sem tanto o ser para o empreendedor.

A proteção que se perfaz com o direito de renovação pretende dar segurança ao lojista, continuidade ao seu esforço e trabalho, bem como proteger principalmente o fundo de comércio que lhe foi cedido, por igual período, no mínimo. Proteger o trabalho do empresário é indispensável, assim afirmou Alfredo Buzaid, em sua obra *Da Ação Renovatória*: “o valor incorpóreo do fundo de comércio se integra em parte no valor do imóvel, trazendo destarte pelo trabalho alheio benefícios ao proprietário”, portanto, seria injusto atribuir apenas ao locador o sucesso do empreendimento, “atribuir exclusivamente ao proprietário tal quota de enriquecimento, em detrimento, ou melhor, com o empobrecimento do inquilino, que criou o valor, porque tal situação valeria por um locupletamento condenado pelo direito moderno”(BUZAID, 1981, p. 174).

A legitimidade para propor ação de renovação é do locatário, resguardado o direito de sócios, sublocatários e sucessores. O direito de obter-se a renovação da locação, desde que preenchidos os requisitos já elencados, independe da vontade do locador, pois aqui tratamos da proteção de um bem mais importante, o fundo de comércio adquirido pelo lojista, garantindo-lhe estabilidade jurídica para que o mesmo possa investir e melhorar o seu negócio. Essa segurança é importantíssima, pois o receio de um despejo ou a impossibilidade de renovar a locação tanto enfraquecem a relação entre lojista e empreendedor quanto lhe tiram a possibilidade de um maior sucesso no empreendimento, já que lhe furtam a segurança de dar continuidade ao seu trabalho.

Deve o locatário juntar a cópia do pagamento da última prestação do aluguel, cópia da apólice de seguro, bem como o seu pagamento. Deve indicar claramente o prazo do novo contrato a ser renovado, aluguel devido, que deverá ser no mínimo o aluguel do contrato anterior reajustado e corrigido, a forma de correção monetária, bem como sua periodicidade de reajuste, além do fiador, declarando sua idoneidade financeira novamente.

A oposição à renovação poderá se dar por alguns motivos, quais sejam: I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade (Art. 52, I, da Lei 8.245/91), quando para mudar o *mix* do empreendimento, ampliando e melhorando o empreendimento, dessa maneira ocorrendo uma valorização da área locável e conseqüentemente do centro comercial. Sendo necessária a prova da viabilidade do projeto, que deverá demonstrar essa real valorização e o aumento da possibilidade de lucratividade da área do shopping. Estas obras devem ser iniciadas imediatamente após a retomada da loja, caso não ocorra, caberá indenização por danos e lucros cessantes para o lojista.

Pode também opor-se à renovação o empreendedor que obtiver melhor proposta de terceiro, resguardada a devida indenização ao lojista que sairá do empreendimento. Retomar para uso próprio a loja é defeso ao empreendedor, caso que está amparado pela legislação locatícia em seu artigo 52, § 2º. A retomada para uso próprio estaria ferindo a boa-fé e a relação de confiança que deve haver entre locador e locatário na relação de shopping. Também pode contestar a renovação por fato que não permita o direito de pleiteá-la, principalmente por falta de cumprimento dos requisitos essenciais à propositura da ação, por ilegitimidade da parte ou por propositura intempestiva da ação.

Caso não haja possibilidade de negativa da ação renovatória, o juiz fixará o aluguel que vigorará no novo contrato a ser renovado, durante o tempo que perdurar a ação, a contestação do empreendedor também deverá propor o valor do aluguel e é direito do mesmo requerer que a fixação desse aluguel provisório não exceda 80% do valor de sua proposta para o novo aluguel. A fixação do aluguel provisório é normalmente precedida de uma avaliação prévia da média do mercado, um parecer técnico de um avaliador idôneo, normalmente com respaldo em lojas do mesmo empreendimento e contratos firmados à época do contrato a ser renovado. Aluguel provisório que será devido no dia inicial do contrato a ser renovado.

Findo o processo com o auxílio de um perito nomeado pelo juiz para a apuração do quantum do novo aluguel e por conseguinte, renovada a locação, o novo aluguel fixado irá vigorar e ser reajustado de acordo com os índices presentes no contrato, pelo tempo que o mesmo durar. Em caso de divergências de valor, a maior ou a menor, deverá a parte que beneficiou-se ressarcir a outra, caso o aluguel

seja a menor, deverá o lojista complementá-lo, caso seja a maior, deverá o empreendedor ressarcir ou abater de próximos alugueis.

Portanto, conclui-se que as ações renovatórias compulsórias tem por finalidade a renovação de um contrato já existente, ou seja, um novo contrato nos mesmos termos de um contrato anterior, ajustando-se o preço da locação em compatibilidade com o valor praticado no mercado, observando-se as características de cada empreendimento.

3.2 AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEIS

Decorrente de eventuais oscilações mercadológicas e disparidades entre o valor real do aluguel, sem condizer com a situação atual da locação é bem possível que com tais oscilações os alugueis pactuados no contrato tornem-se defasados em relação à média praticada na localidade. Prevendo essa possibilidade de incompatibilidade com a realidade o legislador previu no diploma legal que rege essa relação jurídica a revisional de alugueis com intuito de propiciar equilíbrio na relação empreendedor-lojista.

A ação de revisão de alugueis está prevista nos artigos 19 da Lei 8.245/91, que *in verbis*: “Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.” E a efetivação deste direito recíproco encontra-se no capítulo IV, artigo 68 do mesmo diploma legal. Vale ressaltar que o objeto de reforma na relação locatícia em shopping é apenas o aluguel mínimo/fixo, sendo impossível por meio desta via de ação a revisão do aluguel percentual, pois é de convenção particular. Como já dito anteriormente, o aluguel percentual apenas será devido se o quantitativo de vendas for superior ao valor do aluguel mínimo/fixo, caso não superior apenas o mínimo será devido.

A legitimidade para propor a presente ação é tanto do locador quanto do locatário, por isso entenda-se que o aluguel fixado contratualmente poderá ser majorado ou minorado, atendendo as mudanças mercadológicas de locação. A defasagem do aluguel pode tornar o contrato excessivamente oneroso à qualquer uma das partes, a legislação locatícia facilitou esse reajuste ao valor comercial

locatício, permitindo que a revisão dos contratos fosse possível a cada três anos, contados da vigência do contrato ou do último reajuste do aluguel. A ação revisional tem por finalidade equalizar o quantum remuneratório da locação, não sendo igualado ao reajuste periódico que se dá por um índice de correção monetária eleito no instrumento contratual. Vejamos Karpát:

(...) a revisão da locação comercial veio como consequência da renovação compulsória do contrato. Foi a forma encontrada pelo legislador para ao mesmo tempo que conferisse ao bem incorpóreo o fundo de comércio uma proteção legal, possibilitasse também ao locador-proprietário, uma renda justa e real. (KARPAT, 2004, p. 79)

Pode ser fixado, assim como na ação de renovação contratual, um aluguel provisório desde que o autor da demanda faça o pedido, aluguel que vigorará durante o curso da ação, segundo artigo 68, II da Lei Locatícia. Aluguel este que estará em conformidade com a média do mercado, sobre essa estipulação temporária, se a ação for proposta pelo locador/empreendedor, o aluguel provisório não excederá 80% do pedido, em caso de propositura pelo locatário/lojista, esse não será menor que 80% do aluguel vigente à data da propositura da ação. O quantum provisório será devido desde a citação, como aduz o artigo 68 da Lei Locatícia.

Deve o autor da ação, assim como na renovação de aluguel, juntar à inicial provas de preços e avaliações médias mobiliárias que informem o valor de mercado, para poder dar mais embasamento à sua pretensão, seja ela majorar ou minorar o aluguel. Designará o juiz audiência de conciliação, em havendo acordo quanto à remuneração, resolve-se a ação, não havendo conciliação, o juiz determinará data para audiência de instrução e julgamento, a defesa do réu na ação deverá ser apresentada nesta ação conciliatória inicial. Não havendo acordo, o juiz com o auxílio de um perito no assunto, normalmente um engenheiro de avaliações, definirá o novo aluguel que regerá a relação de locação, caso haja diferença entre o aluguel provisório e o aluguel definitivo, esta será devida de uma única vez. Em caso de não comparecimento do réu, o juiz proferirá sentença de plano, usando-se das provas presentes nos autos, normalmente com avaliação de um assistente da parte autora.

Portanto, a ação revisional visa ajustar o valor do aluguel que encontra-se incompatível com a realidade praticada no mercado da localidade. Dessa maneira, a Lei Locatícia não aduziu a possibilidade de revisão de outras cláusulas contratuais pactuadas, limitou-se apenas ao aluguel.

3.3 DAS AÇÕES DE DESPEJO

A lei 8.245/91 trouxe outros institutos que servem para o locador/empreendedor reaver seu bem locado ao empresário/lojista. É a ação de despejo o único modo que tem o empreendedor de por fim juridicamente à relação contratual entre as partes. Tratou a já referida lei em disciplinar as formas de despejo em seus artigos 58 a 66. Fica bem claro já no artigo 5º da lei que a forma de reaver o imóvel por parte do locador é a ação de despejo, seja por qual fundamento se dê o término da locação. Seja então por falta de pagamento, por desrespeito de cláusulas contratuais ou por denúncia vazia, que serão explicadas adiante.

A lei em seu art. 59 expõe taxativamente as possibilidades de concessão de medida liminar de despejo em favor do locador, desse modo pode gerar enormes prejuízos ao dono do empreendimento como também ao shopping como um todo. Como já foi explicado o mix projetado para o empreendimento necessita de uma total harmonia e integralização das lojas, portanto uma loja em local privilegiado, que se mantém fechada por quanto tempo perdurar a ação de despejo do locatário onera por demais principalmente os empreendedores, já que a ação de despejo tramita em rito ordinário e como é sabido sofre da morosidade da justiça brasileira e precisa-se chegar ao fim da ação para o despejo do lojista que não cumpre com suas obrigações.

Porém com o dinamismo das inovações jurídicas, alguns Tribunais vêm dando ao locador medida liminar de despejo sem a ouvida da parte contrária, assim afirma Ramiro Becker:

Atualmente, entretanto, alguns Tribunais já vêm deferindo ao locador medida de antecipação da tutela, determinando com ou sem a ouvida da parte contrária, e antes da prolatação da sentença de mérito, que o locatário seja despejado do imóvel locado, desde que estejam preenchidos e comprovados os requisitos essenciais para tanto e desde que haja garantia do Juízo, que poderá se dar através da fixação da garantia fidejussória ou então da fixação correspondente a 12 (doze) meses do valor do aluguel mensal mínimo.(BECKER, 2009, p. 101)

Desde que presentes os pressupostos do artigo 300 do Novo CPC, pode o Juiz determinar liminarmente a desocupação do imóvel, vejamos:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Para tanto como é visto no § 1º acima citado, é necessário que o autor da ação de despejo garanta o juízo, de forma fidejussória ou com a quantia igual a 12 meses do aluguel mínimo/fixo. Resguardando o direito de propriedade que possui o empreendedor, mas também assegurando-se que caso a ação não seja procedente, seja esse valor ou essa garantia revertida em favor do locatário/lojista que foi despejado liminarmente.

Sobre essa inovação já há jurisprudências que pensando novamente na proteção ao direito de propriedade do empreendedor, beneficiam-lhes com a possibilidade de reaver mais rapidamente o seu imóvel podendo colocá-lo à disposição de outros novamente, sem padecer da morosidade da espera pelo fim da ação.

E M E N T A PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE **DESPEJO**. DESOCUPAÇÃO **LIMINAR** INAUDITA ALTERA PARS. OFERECIMENTO DE CAUÇÃO. ART. 59, § 1º, IX, DA LEI N.º 8.245 /91. CABIMENTO. VALOR SUPOSTAMENTE FEITO A MENOR. COMPLÇÃO DO DEPÓSITO A SER ORDENADO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. ALUGUEL DE ESPAÇO LOCALIZADO EM **SHOPPING CENTER**. CONTRATO DE **LOCAÇÃO** ATÍPICO. CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS. ATRASO NA INSTALAÇÃO DE LOJAS. NÃO AUTORIZAÇÃO DE ATRASO NO ALUGUEL. CONFIRMAÇÃO DO **DESPEJO**. NÃO PROVIMENTO. (AI 0382712015 MA. Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha. 3ª Câmara Cível. Publicado em 24/09/2015)

Caso julgada procedente a ação de despejo, o juiz determinará prazo de 30 dias para desocupação voluntária do imóvel, se o empreendedor quiser executar a sentença provisoriamente, antes do decurso desse prazo, deverá garantir o juízo com uma quantia que varia de 06 a 12 aluguéis mensais fixos. E em caso de procedência da ação renovatória proposta pelo lojista, poderá opor perdas e danos ao empreendedor, porém o lojista não poderá regressar ao empreendimento.

Portanto, cumpre-nos focar em duas ações que tem maior correlação com o tema abordado nesse trabalho, quais sejam a ação de despejo por denuncia vazia e a ação de despejo por inadimplemento.

3.3.1 DA DENÚNCIA VAZIA

Nos contratos com prazo de duração inferior a cinco anos não é concedido ao lojista a renovação compulsória da locação, pois não preenche os requisitos legais, qual seja no caso a temporalidade necessária de cinco anos em um só contrato ou na soma de contratos. Decorrente disto, cabe ao empreendedor querer ou não renovar a locação, se é interessante tanto ao empreendimento a continuidade do locatário no estabelecimento ou não. A ação da retomada imotivada tem por fundamento também reaver o imóvel por parte do locador. Ao empreendedor é dada a opção de propor ação de despejo contra locador que possua instrumento de locação vencido ou contra locador que possua instrumento de locação por prazo indeterminado.

Requisito inicial para a propositura da ação é a notificação prévia ao locatário, o locador/empreendedor deverá notificar o lojista/locatário da falta de intenção de renovar o contrato e por conseguinte reaver a loja. Esta notificação deverá conter um prazo de 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária do imóvel, sob pena de ajuizamento da ação por denuncia vazia. Esta notificação é essencial, até para o recebimento da mesma por parte do juiz, deverá provar o autor da ação que notificou o locatário para a desocupação voluntária do espaço ou sequer terá recebida a ação de despejo.

Esta ação é denominada dessa maneira porque não necessita de motivação por parte do autor, apenas o desejo de reaver a coisa locada, desde que preenchidos os requisitos já basta para a propositura da ação, caso não haja a saída voluntária do locatário. Em não havendo a saída voluntária do locatário e ajuizada a pertinente ação, nos termos do artigo 65 da Lei Locatícia “Findo o prazo assinado para a desocupação, contado da data de notificação, será efetuado o despejo, se necessário com o emprego de força, inclusive arrombamento.” Poderá o

empreendedor coercitivamente retirar aquele que continue em seu prédio, seja o locatário ou sub-locatário.

3.3.2 DO DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO

Ocorre o despejo por falta de pagamento quando o locatário encontra-se inadimplente em relação aos aluguéis e aos outros encargos locatícios, o aluguel estes demais encargos são a remuneração devida ao empreendedor em relação ao uso do espaço físico do shopping. Esta forma de despejo do locatário é a mais recorrente nos contratos de shopping, já que restando-se inadimplente em suas obrigações pecuniárias, nada mais resta ao empreendedor senão a propositura da ação de despejo por inadimplemento, objetivando rescindir o contrato.

A ação de despejo por inadimplemento poderá, como na maioria das vezes é, ser proposta conjuntamente à cobrança de alugueis ou dos demais encargos da locação, possuindo dessa forma, dois objetos, vejamos nas palavras de Ramiro Becker :

A ação de despejo por falta de pagamento pode ser cumulada com a de cobrança de alugueis e outros encargos locatícios, tendo, desse modo, a referida ação, dois objetos: o primeiro, visando por fim à relação contratual, com a conseqüente rescisão do contrato de locação; o segundo, como sendo a cobrança dos valores devidos a título de aluguel e outros encargos.(BECKER, 2009, p.105)

Como a locação é uma relação contratual civil de vencimento diário, o débito do lojista conta-se desde a propositura da ação, com o demonstrativo de atrasos, até o dia da entrega formal das chaves ou sua consignação em juízo, fatos que paralisam a cobrança do aluguel vencido diariamente. Para dar valor à causa de despejo será necessário levar-se em conta o seu objeto, se for apenas o despejo, este será calculado pelo valor de 12 aluguéis mensais fixos; se a ação for de duplo objeto, cobrança e despejo; esta será calculada pela soma de 12 meses de aluguéis mensais fixos somados à cobrança dos outros encargos devidos.

Consta observar que por ser um contrato bem excepcional, a locação em shopping center dá a possibilidade ao empreendedor, novamente protegendo seu empreendimento e sua propriedade, de propor ação de despejo ao lojista inadimplente, mesmo que esse esteja pagando os aluguéis mensais, porém não

esteja adimplindo com os outros encargos da locação. Como já explicado anteriormente, a locação neste tipo de empreendimentos é complexa, uma tipicidade diferenciada da locação comum. Mesmo o lojista estando em adimplemento com a obrigação do aluguel mensal, se ele não pagar os demais encargos, quais sejam :taxa condominial; fundo de promoção; IPTU; seguro predial, etc. será possível opor contra o mesmo ação de despejo com fulcro no inadimplemento.

Caso aceita a inicial da ação, cita-se o locatário para contestar a ação, ou para efetuar o pagamento devido(purgar a mora), no prazo de 15 dias, o fiador do locatário também é intimado pelo locador, para tomar ciência da ação e manter a possibilidade de cobrança dos encargos caso o locatário não o faça. São dadas três opções ao lojista após o recebimento da inicial, contestar ou reconvir; pagar os encargos devidos ou deixar o processo correr à revelia. Contestada a inicial segue-se o rito ordinário, caso não seja pedida com fulcro no art. 59 da Lei Locatícia a desocupação Liminar do imóvel, se preenchidos os requisitos.

A melhor opção para ambas as partes é sem dúvida a purgação da mora, que ocorrendo o pagamento dos encargos devidos, não há que se falar em rescisão contratual e conseqüentemente a expulsão do lojista do empreendimento. A continuação da relação de locação é benéfica para ambas as partes, o locador que continuará recebendo os aluguéis e lucrando com a atividade do empreendimento e o locatário que terá ao seu dispor toda a estrutura do empreendimento, podendo auferir lucros maiores que numa locação em um ponto comercial comum.

Se purgada a mora, o contrato não sofrerá quaisquer sequelas, nesse sentido Ramiro Becker em sua obra disse: “A purgação da mora é mais um instrumento jurídico que visa ofertar ao locatário a possibilidade de evitar a rescisão da locação, desde que atendidos todos os requisitos essenciais para tanto.”(BECKER,2009, p. 110)

3.4 AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

As ações de indenização por parte do lojista são uma importante forma de proteger seus direitos, essas ações decorrem principalmente da inobservância ou não cumprimento integral daquilo que foi prometido pelo empreendedor.

Ao contratar com um empreendimento em fase de construção, o lojista celebra o contrato com o empreendedor calcado nas condições e facilidades que o centro de compras lhe propiciará, atraído pela gama de serviços que lhe serão ofertados pela estruturação e organicidade do shopping, ao qual se obriga o empreendedor a entregá-lo em prazo contratado e nos conformes que se obrigou a fazê-lo.

O lojista em sua boa-fé e baseado nas divulgações do empreendimento por parte do empreendedor, está seguro que irá adentrar a um empreendimento organizado, pautado em estudos que lhe dão uma maior segurança de investimento e possibilidade maior de auferir lucro, com atrativos que façam com que o afluxo de pessoas será muito maior que instalar-se em um estabelecimento autônomo. Dessa forma, assina os respectivos contratos, quais sejam o de locação e as demais obrigações e espera por um bom negócio, assim como lhe é prometido.

Porém, diferente do que foi contratado, muitas vezes os shoppings construídos e administrados pelo empreendedor, não são idênticos ou equivalentes ao que ficou acordado no pacto entre lojista e dono do centro comercial. Dessa forma, ferindo a boa-fé do lojista e a contratual que deveria ser observada em todos os atos deste instrumento. Frustrada essa expectativa do lojista cabe ao mesmo intentar ação de indenização contra o empreendedor, pelo descumprimento do acordado, cabendo-lhe escolher se continuará ou não no shopping center. Para instalar-se no empreendimento o lojista precisou desembolsar dinheiro para realizar sua acomodação, observando todas as regras e critérios pré-estabelecidos pelo empreendedor, sob pena de não poder começar a funcionar, tendo que reformar seu projeto obedecendo estes padrões. Neste sentido Cerveira Filho afirmou:

Como é sabido, a locação avençada, além do custo direto do empreendedor, tem o custo de instalação, que deve obedecer a padrões rígidos, impostos pelo próprio empreendedor, a serem obedecidos pelo lojista, sob pena de seu projeto não ser aceito, o que aumenta, significativamente, o investimento inicial.(CERVEIRA, 199, p. 88)

Cabe ao empreendedor realizar e fazer com que suas obrigações constituídas contratualmente sejam cumpridas, o dono do empreendimento é o responsável pela elaboração do projeto, o planejamento do mix e a expectativa de rentabilidade do shopping, sua ingerência é crucial para a derrocada do centro comercial, não se pode atribuir ao empreendedor o total sucesso do shopping, já que deve-se também

ao trabalho dos lojistas que compõem o mix, mas é totalmente possível falar-se no insucesso do centro de compras pela incompetência do empreendedor, que obrigou-se a trazer ao empreendimento uma estrutura, um mix, uma atração comercial que não se ocorreu na realidade.

Destarte observado isto, fica claro que o descuido e a inobservância da entrega do pactuado pelo empreendedor são motivações para um menor afluxo de compradores, e esta atração de público que é a grande responsável pela geração de riquezas do centro comercial. Descumprido o prometido o empreendedor com aquilo que fora pactuado, restará ao lojista várias dificuldades, que decorrente da menor circulação de consumidores, poderá tornar-se grande obstáculo para o adimplemento de tantos encargos da locação, fadando-o muitas vezes ao insucesso e ao encerramento de suas atividades.

Toda a divulgação da inauguração do empreendimento é disseminada em vários meios de comunicação, em vários locais e com a promessa de um templo de compras de atrativo maior que um comércio simples, com facilidade, com um mix incrementado, comodidade, segurança e o diferencial de aliar tudo isso ao lazer. Quando o empreendedor descumpre tudo que foi prometido, estará perdendo credibilidade e o poder atrativo de público, que só onerará mais ainda o lojista do shopping. Nesse sentido, lecionou Cerveira Filho:

À evidência, se não houver alteração na mentalidade do empreendedor, nem coragem de rever sua política de administração, comercialização e de instalação do prometido, tal será o *leitmotiv* da impossibilidade do retorno do capital que o lojista já investiu, portanto, passível de reposição por parte daquele, que objetivamente poderá ocasionar o aumento insuportável de seus prejuízos.(CERVEIRA, 1999, p.90)

Dessa maneira se o empreendedor dá causa à perdas sofridas pelo lojista, neste sentido pela não entrega daquilo que lhe foi pactuado, caberá ao lojista intentar ação de indenização, além disso, posicionando-se sobre seu desejo de permanência ou não no empreendimento. Neste sentido, a ação de indenização não tem por objetivo principal a rescisão contratual, mas sim a devolução daquilo que foi efetivamente perdido pelo lojista, danos morais e lucros cessantes.

A obrigação primeira do empreendedor é entregar o empreendimento tal qual o prometido, no prazo e com a implantação de todo o mix que ele mesmo

estabeleceu, um empreendimento além de tudo, bem administrado, se falhar nisso, poderá trazer o insucesso ao empreendimento.

Por toda a divulgação e promessas que são feitas sobre o empreendimento, obriga-se o empreendedor que as veiculou, pois em decorrência destas promessas são fechados vários negócios e atraídos um maior número de empresários a ingressar no empreendimento, servindo-se sempre do princípio da boa-fé estes possíveis lojistas acreditam nas obrigações assumidas pelo dono do shopping. Se o empreendedor não cumprir com suas obrigações modificará unilateralmente aquilo que era esperado pelo lojista no momento da contratação. Portanto, se alterado unilateralmente o negócio por parte do empreendedor, que não cumpriu com o acordado, modificaram-se as condições iniciais da celebração do contrato, fato que enseja revisão pelo Poder Judiciário, revisando-o para a realidade fática(CERVEIRA, 1999, p. 93).

3.5 ARTIGO 54 E A LIBERDADE EXCESSIVA DADA AO EMPREENDEDOR

A Lei 8.245/91 a Lei de Locações de Imóveis Urbanos não residenciais trouxe expressamente a menção do shopping center em seu texto, trazendo novamente a letra da lei temos: “Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.”

Sobre essa liberalidade total, desde que respeitada a ordem legal claro, os empreendedores de shopping center possuem poder em excesso nos contratos celebrados com os lojistas. As relações privadas em sua maioria são regidas pelo código civil, como é o caso desta relação, que também é amparada pela legislação locatícia. Porém, esta última lei dá poderes demais ao dono do empreendimento, ao aprofundar-se no assunto torna-se até cômico ler “condições livremente pactuadas”, pois ao lojista pouco cabe contestar nestes instrumentos regulamentadores da locação em shopping(contrato de locação, regras gerais, associação de lojistas).

Numa relação contratual particular supõe-se um equilíbrio entre as partes contratantes, caso que não ocorre na relação entre locador e locatário de shopping. Este contrato que firma a relação jurídica entre as partes é complexo, compõe-se

não só de uma simples locação, mas possui conexo ao mesmo outros institutos que já foram explicados anteriormente. Esses outros institutos do contrato de shopping center são as partes da relação que não cabem nenhuma contestação por parte do lojista, isso quer dizer que o empresário que pretende contratar com o shopping apenas poderá pactuar com o empreendedor as questões relativas à locação (duração, aluguel, prazo de duração, local no empreendimento), afora essa negociação todos os outros instrumentos são impostos ao lojista e ele terá de assiná-los junto ao contrato de locação, sem poder negociar tais termos, sob pena de não contratar com o shopping.

Temos aqui uma verdadeira desigualdade entre empreendedor e lojista, o dono do centro comercial tem vários direitos que protegem a sua propriedade, sua livre disposição das regras do empreendimento e principalmente seu lucro. Ao lojista cabe apenas aceitar as regras ou não contratar com o shopping, por isso, esta relação jurídica, muito assemelha-se à adesão, já que pouquíssimas coisas podem ser contestadas pelo lojista em face ao empreendedor. Saliencia-se que como já explicado anteriormente, a relação não pode ser uma adesão, pois não há perda sofrida pelo lojista caso não contrate e muito menos uma obrigatoriedade de contratar com um centro comercial. Dessa forma, com essa grande gama de poder que possui o empreendedor, respaldado neste amparo legal, vê-se uma relação muito mais protetiva ao dono do estabelecimento do que ao lojista, que incompatível com o que supõe-se, não possui igualdade perante o empreendedor.

Ao falar-se de shopping center pensa-se inicialmente na estrutura e na facilidade que um centro comercial de porte diferenciado traz à sociedade, porém, diferente do pensamento comum, a relação entre os contratantes de shopping não é tão majestosa quanto a quase “obra de arte” que é o empreendimento. A desigualdade de condições que nota-se dessa relação jurídica emana da suposição que o sucesso do empreendimento ocorre apenas por participação e atuação exclusiva do empreendedor, quando o sucesso do centro comercial apenas se dá com a correlação do trabalho de ambas as partes contratantes.

Seria possível falar-se em igualdade entre as partes se na fase pré-contratual fosse possível ao futuro lojista do empreendimento arguir algumas cláusulas das que compõem os instrumentos conexos ao contrato de locação, coisa que não lhe é possível fazer. Ao lojista além dos encargos da locação, são-lhe atribuídos outros tantos, seguir incontáveis números de normas, funcionar de acordo com as

estipulações do empreendedor, pagar taxa condominial, associar-se à associação de lojistas, pagar a cessão de uso do fundo comercial, sob pena de não contratar ou manter sua loja no empreendimento.

Esta relação jurídica empreendedor e comerciante locatário de shopping clama por uma legislação que venha a regular pormenorizadamente esta relação tão complexa. O artigo 54 da lei locatícia foi temeroso em excesso ao deixar tanto poder nas mãos do empreendedor, que é a parte que elabora e controla todo o leque de instrumentos que formam a relação jurídica em tela. A especificidade de uma norma apenas para regular esta relação seria indispensável, já que por estar amplamente associado ao princípio da autonomia da vontade, estes tipos de contratos são fonte das mais inovadoras formas de relação jurídica envolvendo no centro a cessão de uso deste ponto comercial. Estes empreendimentos demonstram sua excepcionalidade, seja pela facilidade aliada à comodidade, seja pela geração de riquezas que decorrem do sucesso do trabalho conjunto entre locador e locatário do centro comercial.

A expansão do número desses empreendimentos é notória e em consequência disto maior é o número de relações locatícias emanadas destes shoppings, portanto é necessária uma nova lei a proteger tanto os direitos dos lojistas e dos empreendedores, bem como a equiparação das partes contraentes, a fim de sanar quaisquer abusividades e ônus em excesso que qualquer uma das partes venha a sofrer em detrimento da outra.

CONCLUSÃO

O Shopping Center é sem dúvida uma forma de exploração comercial diferenciada, com a expectativa quase certa de sucesso, se bem planejado e executado, uma forma diferenciada de negociação que cresceu vertiginosamente em todo o País. Esse crescimento e a notoriedade desses monumentos arquitetônicos é inegável e irreversível. Surge dessa diferenciação do “comum” e da quantidade de negócios celebrados nesses enormes templos de consumo o grande interesse na relação entre empreendedor e lojista de shopping.

Seu objetivo principal é dar o conforto e comodidade, aliado à economia de tempo e ao lazer de poder ter de forma segura e bem organizada a disposição de um sem número de facilidades e mercadorias.

A integralização das atividades de empreendedor e lojista contribuem ao máximo para o sucesso do empreendimento, e esta relação jurídica é calcada de vários diferenciais.

Como ficou claro o aumento do número de empreendimentos deste porte foi de forma até dita explosiva, em decorrência disto a Legislação não conseguiu acompanhar esse ritmo frenético de desenvolvimento, portanto, a relação empreendedor e lojista de shopping clama por uma regulamentação específica, já que a que temos atualmente é defasada.

Por estar embasada em princípios gerais, principalmente na autonomia da vontade, as liberalidades que possuem principalmente os empreendedores de shopping é muito perigosa, já que sempre lhe será dada a possibilidade de proteger ao máximo seu empreendimento, muitas vezes em detrimento de lojistas, que não conseguem adimplir com este sem número de obrigações e por vezes encerram suas atividades no shopping.

Em constando essas peculiaridades surgem do artigo 54. Da Lei 8.245, que preleciona que prevalecerão as condições livremente pactuadas entre empreendedor e lojista nos contratos de locação em shopping center. Cumpre observar que algumas dessas cláusulas devem ser atentamente observadas, objetivando evitar o desequilíbrio contratual e a onerosidade excessiva sentida por alguma parte.

Tratando desse leque complexo de união de contratos que regem o negócio jurídico entre empreendedor e lojista, a igualdade de negociação e o equilíbrio contratual foram o cerne desse trabalho, apresentando de uma forma geral as características *sui generis* dessa relação entre as partes, as possíveis lides da relação e suas ações pertinentes.

Desta maneira, cabe aos julgadores limitar os excessos, com fulcro nos princípios gerais contratuais que devem permear nesta relação, quais sejam, o princípio da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio contratual. Podendo assim realizar as correções necessárias.

O lojista como demonstrado no trabalho é a parte hipossuficiente da relação, supõe-se que ele esteja em plena capacidade de negociação a frente do empreendedor, coisa que na realidade fática não acontece. Ou o proponente lojista aceita as estipulações unilaterais do empreendedor ou não contrata com o shopping.

Portanto, foi objetivo neste trabalho a elucidação da relação entre empreendedor e lojista de shopping, a fim de desconstruir a fantasiosa ideia da igualdade de negociação inter partes e mudar a ideia do leitor de que assim como a estrutura do Shopping Center é monumental e por muitas vezes uma obra de arte, contrasta com a relação entre as partes que o compõe, muitas vezes revelando enormes desigualdades.

REFERÊNCIAS

ABRASCE, **Associação Brasileira de Shopping Centers**, disponível em www.abrasce.com.br, acesso em 8/10/2016
BECKER, Ramiro. **ASPECTOS LEGAIS DOS SHOPPING CENTERS**, Ed. Nossa Livraria, Recife, 2009.

BRASIL. Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991 .**Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes**.Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, v. 132, n. 152, p. P. 22967, 21/10/1991

BUZAID, Alfredo. **Da ação renovatória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva,1981.

CARIELO, Dyonísio Pinto, **SHOPPING CENTER: Relação Jurídica Entre Empreendedor e Lojista**. 2015.159f. Dissertação (Pós-Graduação) Mestrado em Direito. Faculdade Milton Campos. Nova Lima, São Paulo. 2015

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Locação de imóveis urbanos comentada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

Enunciados Jornada de Direito Comercial, disponível em :<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI166870,101048-Publicados+os+57+enunciados+da+Jornada+de+Direito+Comercial> , acesso em 11/10/2016

FILHO, Mario Cerveira, **SHOPPING CENTERS DIREITOS DOS LOJISTAS**, Ed. Saraiva, São Paulo, 1999.

KARPAT. Ladislau. **Locação e aluguéis em shopping centers**. Ed. LEUD. 1997.

KARPAT. Ladislau. **SHOPPING CENTERS MANUAL JURÍDICO**. 2a edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2004.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça 3ª Câmara Cível . Processo Civil. Ação de Despejo Agravo de Instrumento 0382712015 MA. Relator Des. Cleones Carvalho Cunha. Maranhão 24/09/2015. Disponível em <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/239237651/agravo-de-instrumento-ai-382712015-ma-0007263-1120158100000>. Acesso em 07/10/2016.

NERY JÚNIOR, Nelson, ANDRADE JÚNIOR, Maria de. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das locações, ações de despejos e outras**. 11ª EDIÇÃO. Ed. Revista dos Tribunais. 2000

RODRIGUES, Sílvio, **DIREITO CIVIL, Vol.3- DOS CONTRATOS**. Ed. 24^a. Ed. Saraiva, 1997.