XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO EMPRESARIAL

VINICIUS FIGUEIREDO CHAVES

FABRICIO VASCONCELOS DE OLIVEIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Vinicius Figueiredo Chaves; Fabricio Vasconcelos de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-839-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Direito Empresarial do XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI Belém/PA, realizado no dia 15 de novembro de 2019, reuniu pesquisadores das diferentes regiões do País.

Congregou expositores de artigos e ouvintes, discentes e docentes representantes/egressos de diversas instituições de ensino superior e programas de pós-graduação stricto sensu.

Foram apresentados 15 (quinze) artigos com as mais variadas temáticas, com análises e reflexões aprofundadas sobre questões relacionadas a regime falimentar e recuperacional, contratos empresariais, direito societário, função social da empresa, mediação empresarial, governança, compliance, dignidade científica do Direito Comercial, regime jurídico do MEI e sustentabilidade.

A amplitude de temas, a seriedade na condução das pesquisas e a predisposição ao diálogo entre os participantes resultaram em debates de alto nível, que possibilitaram rica e construtiva troca de experiências entre expositores, mediadores e ouvintes.

Como resultado, uma tarde de profundas reflexões e congraçamento.

Com satisfação, apresentamos à comunidade acadêmica os conteúdos dos trabalhos na certeza de sua contribuição para este ramo do Direito.

Uma excelente leitura!

Prof. Dr. Fabrício Vasconcelos de Oliveira

Prof. Dr. Vinicius Figueiredo Chaves

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTRATOS DE SHOPPING CENTER: VALIDADE DE DETERMINADAS CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVAS

SHOPPING CENTER CONTRACTS: VALIDITY OF CERTAIN POTENTIALLY ABUSIVE CLAUSES

Leonardo Da Silva Sant Anna [1]
Thalita Almeida [2]

Resumo

Partindo da premissa de que há desequilíbrio na relação firmada entre shopping centers e lojistas, o objetivo é analisar potencial abusividade de determinadas cláusulas contratuais, reclamando tutela estatal para dirimir a relação de desigualdade que gera disparidade negocial. O método utilizado foi o dedutivo e a pesquisa é de fonte bibliográfica, documental e jurisprudencial. A conclusão é de que há disparidade na relação estabelecida entre shopping centers e lojistas, uma vez que o predisponente impõe obrigações excessivamente onerosas ao aderente e atenua as suas próprias, tornando, portanto, desequilibrada a regulamentação do contrato em seu favor.

Palavras-chave: Negócio jurídico, Contrato, Contrato empresarial, Shopping center, Abusividade

Abstract/Resumen/Résumé

Assuming that exists an unbalance in the relationship between shopping centers and store owners, the purpose comprises the analyses of the potential abusiveness of certain contract clauses, claiming for state relief to clarify the relationship of inequality leading to business disparity. Deductive method was used and the research was performed on bibliographic and court precedents sources. The conclusion is that there is disparity in the relationship established between shopping centers and store owners, as the predisposing party imposes excessively burdensome obligations to the adhering party and mitigate its own obligations, rendering therefore, contract regulation unbalanced to its benefits.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal business, Contract, Cross-company contract, Shopping centers, Abusiveness

---

[1] Prof. Adjunto do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro; lsantanna44@gmail.com.

[2] Sócia do escritório Bastos-Tigre, Coelho da Rocha,. Lopes e Freitas Advogados, cursando o mestrado em Direito Empresarial pela UERJ; thalita.almeida@bastostigre.adv.br

INTRODUÇÃO

Segundo dados divulgados pela Associação Brasileira de *Shopping center*s ("ABRASCE"), somente no ano de 2018, o Brasil contava com 563 Shoppings no território nacional, com perspectiva de inaugurar, no ano de 2019, novos 15. No mesmo ano (2018), o setor gerou mais de 1 milhão de empregos, faturou 178,7 bilhões de reais, sendo responsável por 20% das vendas do varejo, apuradas em cartões.[1] Inegável, portanto, a relevância dos *shopping center*s para a economia nacional e, consequentemente, do potencial que detêm de contaminar ou contagiar o mercado com práticas contratuais abusivas.

Nesse contexto, há correntes doutrinárias que defendem não haver celeuma para tratar de abusividade em contratos interempresariais, partindo da premissa de que se trata de uma relação paritária que dispensa proteção estatal. Corrobora com esse raciocínio o disposto no art. 54[2] da Lei 8.245/1991, que privilegia a autonomia da vontade das partes, estabelecendo que devem prevalecer as condições pactuadas entre lojistas e empreendedores nos contratos de *shopping center*.

A autonmia da vontade também foi festejada pela Medida Provisória n. 881/2019, vulgarmente conhecida como "MP da Liberdade Econômica" ou "MP 881/2019". Referida medida propôs a alteração de diversos artigos do Código Civil, sendo os mais relevantes para a reflexão aqui proposta os artigos 421[3] e seu parágrafo único[4], dentre outras legislações, e foi criada com a intenção de mitigar a intervenção do estado nas relações interpresariais e estimular o desenvolvimento econômico.

Na contramão desse raciocínio, outra corrente defende que há necessidade de certa intervenção e proteção porque contratos firmados entre *shopping centers* e lojistas são, majoritariamente, de adesão, não havendo espaço para debate e conformação de cláusulas. A MP 881/2019 também confirmou a máxima histórica, de que se houver dúvida quanto à interpretação de determinada cláusula no contrato de adesão, deverá se adotar a mais favorável à parte aderente.

Diante de flexibilidade quase inexistente para alterar e negociar cláusulas estruturais dos contratos de *shopping center*, podem ser apontadas como cláusulas potencialmente

---

[1] ABRASCE. Disponível em: https://abrasce.com.br/numeros/setor/. Acesso em: 29 ago. 2019.

[2] 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.

[3] Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

[4] Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional. (Incluído pela Medida Provisória nº 881, de 2019)

abusivas: a) os acréscimos percentuais progressivos (ou não), além do índice legal estipulado no contrato; b) a exigência de mobilidade do espaço comercial, de um local para outro, conforme a conveniência do empreendedor; c) a cláusula de raio; d) a cobrança de taxa de transferência do ponto comercial quando de eventual cessão; e) a manutenção dos mesmos termos, cláusulas e anexos na prorrogação da locação; f) a previsão do valor do aluguel para períodos de renovação futura; g) o condicionamento do pleito da renovação ao pagamento de aluguel superior ao mínimo (em no mínimo 1/3 dos meses de vigência do contrato - nos 12 meses anteriores ao do pedido de renovação); h) a obrigatoriedade imposta aos lojistas de suportar as despesas com obras e modificações do projeto do empreendimento, entre outras que o empreendedor do *shopping* é proibido de cobrar dos locatários por determinação legal (despesas previstas no § 1º, alíneas *a* e *b*, do art. 54[5] da Lei n. 8.245/91; i) a renúncia ao exercício do direito de preferência à aquisição do espaço comercial locado ao lojista, na hipótese de alienação pelo locador, o que torna dispensável a notificação para fins de exercício do direito renunciado; j) a convenção que impõe aos demais lojistas a absorção dos custos adicionais gerados no caso de eventuais vacâncias de até 3% da totalidade das áreas dos referidos espaço. (CERVEIRA FILHO, 2017, págs. 92-94)

Cumprindo a proposta do presente artigo, algumas das cláusulas anteriormente indicadas - e outras não mencionadas na lista exemplificativa - são analisadas com objetivo de verificar sua potencial abusividade, de modo a detectar o desequilíbrio contratual perpetrado nas avenças por meio da inserção desses ajustes.

Sem embargo da reflexão ora proposta, há que se mencionar que o formato dos contratos e as exigências impostas aos locatários, lojistas, encontram justificativa na natureza dos serviços proporcionados pelo *shopping center*, bem como pelo conforto que oferece aos seus frequentadores. Como consequência disso, se verifica certo engessamento dos locatários no atendimento de determinadas exigências contratuais necessárias à conformação do ambiente criado a propiciar uma experiência agradável à sua clientela e um estímulo à aquisição de bens e serviços.

O método utilizado foi o dedutivo e a pesquisa é de fonte bibliográfica, inclusive de artigos científicos sobre o tema, contratos de locação aos quais se obteve acesso, bem como coleta de precedentes judiciais necessários à reflexão sobre a prática.

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

A conclusão é de que há disparidade na relação estabelecida entre shopping centers e lojistas, motivo pelo qual, há espaço para o cometimento de abuso na formação de contrato, na medida em que o estipulante/predisponente impõe obrigações excessivamente onerosas ao aderente, atenua suas próprias obrigações, acentua ônus e deveres, tornando, portanto, desequilibrada a regulamentação do contrato em seu favor.

1. DEFINIÇÃO E CONTEXTO HISTÓRICO

No que se refere ao contexto histórico, é relevante registrar que:

> Os *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a população passou a se concentrar nos subúrbios das grandes cidades. Inicialmente, consistiam "[...] *malls* a céu aberto, lojas com espaços exclusivos para circulação de consumidores, oferecendo, ainda, estacionamento circundando as lojas". (Paula Castello Miguel). (SOUZA e ALVES, 2015, p.99)

Já no Brasil, pode-se afirmar que se tratou de um processo de reprodução do modelo americano, em um contexto de urbanização e concentração de capital, porque em um primeiro momento foram criados *"em áreas de alta taxa de urbanização e razoável poder aquisitivo. "* (MIGUEL, 1997, págs. 139-140)

Segundo consta do *website* da ABRASCE, o *shopping center* pode ser assim definido:

> A Abrasce considera *shopping center* os empreendimentos com Área Bruta Locável (ABL), normalmente, superior a 5 mil m², formados por diversas unidades comerciais, com administração única e centralizada, que pratica aluguel fixo e percentual. Na maioria das vezes, dispõe de lojas âncoras e vagas de estacionamento compatível com a legislação da região onde está instalado.[6]

Essa definição é fundamental para distinguir o *shopping center* de um conglomerado de lojas que não dispõem de uma organização consolidada e comandada por um empreendedor que pretenda auferir lucro em conjunto com o lojista.

2. CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS DE *SHOPPING CENTER* E CRITÉRIO DE DETECÇÃO DE ABUSIVIDADE

Antes de seguir para o objetivo central de análise de cláusulas dos contratos de *shopping center*, há que se fazer importante distinção das duas formas de organização, sendo uma a de **condomínio ordinário ou horizontal** e a outra, sob a **forma de sociedade**. Nesses termos Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Leonam Machado de Souza, informam:

> Nos contratos de *shopping center*, o vínculo entre o empreendedor e o lojista se dá através de contrato de locação. Deve-se mencionar que há a possibilidade de

[6] ABRASCE. Disponível em: https://abrasce.com.br/numeros/definicoes-e-convencoes/. Acesso em: 1set2019.

> organização dos *shopping centers* sob a forma de condomínio ordinário ou horizontal e, ainda, sob a forma de uma sociedade. Hipótese em que o vínculo entre as partes não será firmado por contrato de locação. No entanto, neste trabalho será analisado o *shopping center* constituído pelo empreendedor, como único proprietário do espaço físico, e os lojistas (locatários). (2017, p. 97)

Seguindo o mesmo raciocínio, são tratados apenas dos contratos de locação de *shopping center* firmados entre o empreendedor, como proprietário do espaço físico, e os lojistas, enquanto locatários. Nesses moldes, é possível identificar a natureza do contrato firmado entre o lojista e o empreendedor como de natureza relacional, no qual o objetivo de ambas as partes é auferir lucros.(SOUZA e ALVES, 2017, p.102)

Diferente do que afirmam algumas doutrinas, não será defendido nesse trabalho que o contrato de *shopping center* se trate de um contrato **atípico**. Nesse passo, entende-se, que o contrato de *shopping center* se trate, essencialmente, de um contrato de locação, no qual há garantia da autonomia da vontade das partes, que encontra protelação legal no art. 54 da Lei 8.245/1991, ressalvado certo dirigismo contratual, autonomia essa reforçada pela MP 881/2019, que deverá importar efeitos na fornação dos contratos, bem como no julgamento de eventuais quizílias levadas ao judiciário.

Uma vez indicada a classificação do contrato de *shopping center*, há que verificar em que contexto é possível identificar abusividade na formação de determinadas cláusulas dos contratos de locação em que são signatários os lojistas e empreendedores.

O primeiro critério de aferição da abusividade deve ser objetivo e a título de exemplo, pode ser mencionado como medidor de abuso de determinada cláusula a estipulação de pagamento de despesas que não podem ser cobradas do locatário, por expressa determinação legal, conforme consta do § 1º do artigo 54[7] da lei de locações. Sendo assim, se porventura o contrato prever o pagamento de despesas vedadas pela legislação, ficará objetivamente constatada a abusividade de referida cláusula.

Sem embargo da autonomia da vontade, que é defendida pela própria legislação para esse tipo de contrato, há previsão de cláusulas que não podem ser negociadas. No entanto, o tema ora tratado ficará delimitado às cláusulas abusivas não positivadas.

Tal delimitação não impede que se utilize como **critério objetivo de detecção de abusividade** a identificação de cláusulas que impõem ao locatário o pagamento de despesas que não lhe podem ser atribuídas, uma vez que a própria legislação o desonera de suportar.

---

[7] § 1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em *shopping center*: a) as despesas referidas nas alíneas *a*, *b* e *d* do parágrafo único do art. 22; e b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite - se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

Como critério subjetivo de detecção das cláusulas abusivas, será utilizado como parâmetro a proposta de Zuleika Pinto Costa Vargas (1996). A autora recomenda que a utilização de um **critério subjetivo** para aferição do abuso a constatação da presença de elementos como **enriquecimento sem causa**, **abuso de direito**, **lesão** e o **princípio da boa-fé**. A reflexão sugerida se da por meio da análise da teoria da vontade, teoria da validade ou da confiança, teoria do crédito social.

> A expressão *cláusulas abusiva*, embora não seja imune a críticas, consagrou-se na doutrina e na legislação específica das últimas décadas. Quatro teorias, na doutrina, procuraram fundamentar o controle da equivalência das prestações, a fim de permitir uma proteção eficaz contra o desequilíbrio dos contratos: a do **enriquecimento sem causa**, a do **abuso de direito**, a da **lesão** e o **princípio de boa fé**. (1996, p. 167) (grifos nossos)

Sobre essas teorias, pode-se afirmar que os contratos de *shopping center* têm como característica ordinária se tratarem de avenças: i) preformuladas, ii) *standart*, iii) de adesão, iv) conformadas por meio de condições gerais.

> Como, em regra, o locatário não é capaz de modificar as cláusulas operacionais de *shopping center*, pode-se afirmar que o contrato de locação em *shopping center*, na maioria das vezes, será um contrato de adesão. Judith Martins-Costa coaduna com o entendimento de que se trata de um contrato de adesão, tendo em vista que o lojista adere às normas gerais complementares redigidas unilateralmente pelo empreendedor. No entanto, isso não significa, a *priori*, que devam ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o lojista não pode ser considerado como destinatário final do serviço prestado pelo estabelecimento *shopping center*. (SOUZA e ALVES, 2017, p. 116)

Como consectário dessas características, usualmente, impõem-se aos locatários uma situação de sujeição, que consiste na adesão do ato e de não participação na conformação do conteúdo.

No que toca às externalidades produzidas por essas características dos contratos de locação de *shopping center*, pode-se observar problemas no: i) equilíbrio contratual, o que coloca os locatários mercê de desigualdades; ii) inserção de cláusulas excessivamente onerosas ao aderente; e iii) estipulação de vantagens excessivas para o *predisponente* que acabam impondo ao aderente cláusulas abusivas **e não necessariamente ilícitas**.

A importância de identificar o que configura a abusividade de determinadas cláusulas e seus efeitos permitirá, por exemplo, que não se confunda esse conceito de com ilicitude.

3. CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVAS

João Bosco entende que os elementos: enriquecimento sem causa, teoria do abuso do direito, lesão e princípio da boa-fé objetiva; podem servir para integrar o significado da expressão cláusulas abusivas. (1997, p. 127)

Diante disso, entende que a cláusula abusiva se dará quando: (i) quando o predisponente redige cláusula, cometendo abuso, de modo que causa dano ao aderente; (ii) quando fere a boa-fé objetiva, uma vez que estará ferindo a expectativa geral de todas e quaisquer pessoas, por meio do entendimento de que deve haver equivalência em todas as trocas; (iii) quando houver afronta aos bons costumes; e (iv) quando a cláusula se desviar da função social ou econômica que lhe fixa o direito.

As cláusulas abusivas são corporificadas pelo estipulante quando: (i) atenua suas próprias obrigações; (ii) facilita a execução das obrigações a seu cargo, ao passo que agrava ônus e deveres, estabelece prazos injustos para o aderente, de modo que desequilibra, em seu proveito e favor, o regulamento contratual.

Cumprindo o objetivo proposto nesse trabalho, são analisadas, em termos práticos, as cláusulas potencialmente abusivas encontradas em contratos de locação de *shopping center*, tais como: i) dúplice fixação de aluguel, ii) renúncia ao direito de arbitramento judicial do aluguel, quando da renovação; iii) renúncia ao direito de pleitear a revisão do aluguel; iv) Fixação de *Res Sperata,* v) vedação ao direito de cessão da locação; vi) fiscalização da receita das lojas pelo locador; vii) obrigatoriedade do locatário ao pagamento do 13º aos prepostos da administração do *shopping center*; viii) obrigatoriedade do locatário a contribuir pra um fundo de promoções coletivas; ix) obrigatoriedade de filiação e permanência do locatário na associação de lojistas como subordinação à vigência do contrato; e x) a cláusula de raio.

3.1 DÚPLICE FIXAÇÃO DO ALUGUEL: MÍNIMO E PERCENTUAL

A noção de duplicidade na fixação do aluguel tem origem nos contratos de locação de *shopping center* a partir da estipulação *sui generis* de que o valor do aluguel será fixado a partir de dois parâmetros: um que estabelece um valor mínimo para o aluguel e outra que estabelece um parâmetro variável, calculado sob o percentual de **faturamento bruto** da loja.

Ao contrário do que se possa supor, não há ilicitude nessa cláusula, mas nela poderá residir a **fonte de abusividade** de *outras cláusulas*, conforme se verá a seguir.

Isso porque, o empreendedor se reserva a prerrogativa de cobrar, mensalmente, o valor mais alto, dentre os aluguéis apurados, sempre com a expectativa de que o aluguel percentual supere o valor mínimo estabelecido.

> Muito antes de existir *shopping centers* no País já se avençava aluguel composto de dois fatores: uma quantia certa e líquida mensal e uma variante percentual sobre o faturamento. Eu mesmo, ao longo de 40 anos, já tive em mãos contratos dessa natureza. E não me esqueço de uma grande empresa no Rio de Janeiro, que perdeu ação renovatória de contrato de locação porque o locador, alegando

> inadimplemento de obrigação, demonstrou que o locatário não observara estrita fidelidade à cláusula que lhe impunha o pagamento de uma parte ondulante, variável com a rentabilidade do estabelecimento. [...] **O aluguel, no *shopping center*, apresenta-se em dupla modalidade: *aluguel mínimo* e *aluguel móvel.* O primeiro constitui-se de quantia estabelecida por metro quadrado, reajustável pelo índice de variação da ORTN. O segundo (aluguel móvel) é devido em forma de percentual sobre o faturamento bruto.** A peculiaridade do sistema é o balanceamento ajustado, de um para o outro, de tal modo que predomine o quantitativo mais elevado, a saber: se o aluguel móvel (percentagem computada sobre o volume das vendas brutas) foi inferior ao aluguel mínimo corrigido, prevalece o último. (PEREIRA, 1983, p. 78) (Grifo nosso)

Parte da doutrina se insurge contra essa estipulação, uma vez que vislumbra nessa cláusula um **benefício especial**, **extraordinário**, que é **incompatível com a locação**. Esse é o raciocínio exposado por **Mario Cerveira Filho:**

> [...] o lojista "tem um sócio", que só participa dos lucros sendo certo que não deixa de ser legítima a cláusula que prevê a cobrança do aluguel percentual. Ocorre, porém, que o pensamento jurisprudencial tradicional entende que o aluguel percentual é imutável, baseado no princípio do *pacta sunt servanda* ("os pactos devem ser supridos"), o que em minha opinião não deve prevalecer, no caso. (CERVEIRA FILHO, 2017, p. 87)

Determinados contratos chegam a prever a imutabilidade do percentual estipulado para fins de apuração do aluguel percentual. Porém, já existe precedente judicial que refuta esse entendimento, conforme se verifica no precedente ora colacionado:

> CONTRATO DE LOCAÇÃO. AÇÃO RENOVATÓRIA. "*SHOPPING CENTER*". ALUGUEL PERCENTUAL. POSSIBILIDADE DE REVISÃO. **Não há impedimento para fixação de novo aluguel percentual no bojo da ação renovatória, que, além da renovação do contrato de locação tem por objeto também a adequação do valor locativo à realidade do mercado.** ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. Não se tratando da hipótese em que as partes divergem tão somente quanto ao valor do aluguel, e tendo sido o Réu sucumbente em maior parte, não há que se falar em reconhecimento da sucumbência recíproca. RECURSO DO RÉU NÃO PROVIDO. (TJ-SP - APL: 00445031720078260114 SP 0044503-17.2007.8.26.0114, Relator: Berenice Marcondes Cesar, Data de Julgamento: 16/07/2013, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/07/2013)

Outro precedente apresentado por **Mario Cerveira Filho** demonstra que a imutabilidade do percentual do aluguel também encontrou limites na constatação de que alteração unilateral do horário de funcionamento do *shopping center* foi causa de redução do faturamento do lojista, ensejando, portanto, a revisão reclamada judicialmente:

> LOCAÇÃO – Ação Renovatória – Prova pericial – Objetivo – Comprovação da redução do faturamento e que possa corresponder à alteração de horário de funcionamento imposta pelo locador – Apuração do aluguel variável – Necessidade da perícia – Pretendido restabelecimento do equilíbrio contratual em virtude de alteração unilateral do ajuste – Admissibilidade – Cerceamento de defesa caracterizado – Recurso provido. **Em contrato de locação tendo por objeto atividades noturnas em *shopping center*, ato unilateral do locador que restringe horário de funcionamento implicando queda de faturamento e**

> **desvalorização do ponto comercial autoriza pedido de redução do valor variável e restabelecimento do equilíbrio contratual**. (2ºTACSP, 8ª Câm. Cív., Ap. c/ Rv 542.580, rel. Juiz Orlando Pistoresi, j. 25-3-1999)" (CERVEIRA FILHO, 2017, p. 89)

Verifica-se que a necessidade de judicializar a questão indica a impossibilidade de composição no que pertine ao percentual de aluguel, revelando certa fragilidade do locatário em relação ao empreendedor, ratificando a necessidade de tutela jurídica da relação empresarial.

3.2 RENOVAÇÃO DO ALUGUEL CONDICIONADA AO FATURAMENTO

O art. 45 da Lei n. 8.245/1991 torna nula a disposição contratual, por meio da qual o locador obriga o locatário a renunciar o seu direito de exigir a renovação compulsória. Isso ocorre porque o direito de renovação compulsória decorre da lei, com a concorrência de determinadas condições legalmente previstas.

A partir desse entendimento, determinados contratos condicionam o pleito da renovação à verificação de que nos 12 (doze) meses que antecederam o pedido de renovação, o pagamento do aluguel tenha se dado em valor superior ao mínimo (no mínimo 1/3 dos meses de vigência). Comentando entendimento de Fernando Albino sobre o tema, Zuleika Vargas afirma que:

> [...] se se admitir que o empreendedor também tem um fundo de comércio, que precisa igualmente de proteção para resguardar os interesses dos demais lojistas, pode-se admitir que tenha ele o direito de retomada diante de um lojista ineficiente, que não está mais se coadunando com a dinâmica do shopping. Com isso, o empreendedor poderia ceder o espaço a outro lojista mais eficiente. (PINTO VARGAS, 1996, p. 171)

Certamente que é a partir desse raciocínio que alguns contratos de locação determinam que em determinados períodos o aluguel necessariamente **supere** o aluguel mínimo, sob pena de não habilitar o locatário à renovação pretendida.

3.3 *RES SPERATA*

Ao contrário do que afirmam alguns estudiosos, a *res sperata* não configura verba ilegal e também não se configura **luvas**. Nas palavras do Professor Guilherme Calmon:

> Normalmente, antes da construção do *shopping center*, o futuro lojista e o empreendedor celebrarão um contrato, título de direito de reserva de localização, consoante o qual o primeiro se obriga a pagar certa quantia periódica, durante o período da construção do prédio, permitindo que o empreendedor reúna recursos suficientes que permitam a realização da obra de construção, além de permitir a imediata organização e o planejamento do *shopping*, quantia periódica paga até o término da obra. Tal avença tomou o nome de *res sperata* – coisa esperada –, e não se confunde com as luvas, porquanto estas se relacionam ao valor econômico do fundo de comércio, ou seja, o fundo constituído pelas atividades desenvolvidas pelo

> lojista e sua capacidade de captação de clientela naquele espaço onde será desenvolvida sua atividade. (CALMON, 2008, p. 77)

Para Zuleika Pinto Costa Vargas, a *res sperata* não encontra óbice para sua cobrança na contratação como forma de garantia de reserva ou retribuição pela cessão de fundo de comércio. (1996, p. 173)

Pela configuração e causa de existir da *res sperata* não há que se falar em abusividade da referida cláusula. Além disso, a verba se presta a remunerar o empreendedor pelo expressivo investimento que deve fazer na construção de todo o empreendimento, bem como para reservar em favor do lojista o espaço a ser ocupado no *futuro shopping center*.

3.4 VEDAÇÃO DA CESSÃO DA LOCAÇÃO: COBRANÇA DE TAXA NA TRANSFERÊNCIA

Nos termos do art. 13 da lei 8.245/1991, depende da concessão do locador a cessão do ponto comercial. Essa disposição é comum e lícita, porque marcadamente nos *shopping centers* há distribuição ordenada de lojas de acordo com o tipo de comércio ou de serviço prestado com indicação da melhor disposição espacial para cada uma. (PEREIRA, 2007, p. 111)

Assim, não parece, **e não é**, desarrazoada a exigência de que o locador apresente sua anuência quanto à cessão pretendida, especialmente em razão da necessária observação do *tenant mix* organizado pelo empreendedor. A arguição de abusividade tem origem, então, na cobrança de uma taxa pela referida cessão, na medida em que esta verba sim, pode configurar cobrança desarrazoada e sem causa.

3.5 FISCALIZAÇÃO DA RECEITA DAS LOJAS PELO LOCADOR

A fiscalização da receita das lojas pelo locador se dá, justamente, em razão do caráter dúplice do aluguel, que prevê uma hipótese variável, atrelada ao faturamento bruto da referida loja.

Por outro lado, há que se ter cuidado com o exercício arbitrário do direito de fiscalização de modo que não ocorra de forma vexatória para o lojista expondo sua imagem de forma negativa para os clientes frequentadores do espaço comercial. Esse também é o posicionamento de Edson Carlos Pereira:

> Mas pode gerar divergências a forma como essa fiscalização será exercida pelo empreendedor ou seu preposto. **Não se permite o exercício da fiscalização através da prática abusiva, vexatória e constrangedora, ou que venha a atrapalhar a atividade do comerciante e mesmo prejudicar as vendas**. (2007, p. 92-93) (grifo nosso)

Nesse sentido, o que há de abusivo não é a cláusula por si só, mas o exercício dessa faculdade que não pode ocorrer de modo a causar constrangimento ao lojista e aos seus clientes.

O constrangimento pode ocorrer, por exemplo, quando o lojista durante a recepção de um cliente tem que receber a fiscalização do shopping para checagem do faturamento diário e esse procedimento se dê de tal modo vexatório que torne a situação desconfortável para todos os presentes, em razão da excessiva exposição à qual o lojista se vê submetido. A cláusula é, portanto, lícita e possível, mas o exercício desse direito contratual não pode se dar em prejuízo da imagem do lojista.

Além de verificar a receita, o empreendedor e a associação podem verificar o estoque do lojista para certificarem-se de que ele pode suprir a demanda do empreendimento. O direito de fiscalização ocorre em prol de atender e assegurar que as cláusulas contratuais estejam sendo respeitadas, bem como que o lojista possui capacidade de atender o público que o empreendedor estima que circule diariamente no respectivo *shopping*.

3.6 OBRIGATORIEDADE DO LOCATÁRIO AO PAGAMENTO DE DÉCIMO TERCEIRO AOS EMPREGADOS E PESSOAL DA ADMINISTRAÇÃO DO *SHOPPING CENTER*

A obrigação prevista de pagamento de aluguel em dobro no mês de dezembro é alvo de críticas por parte de alguns doutrinadores que entendem por sua excessividade:

> Ainda no que diz respeito a aluguéis, muitos empreendedores de *shopping center*, sob o manto do acordo locatício, para tais centros comerciais, constituir "contrato atípico de locação", **e com o objetivo de obter vantagens econômicas ilícitas, burlando, consequentemente, a lei, vêm arquitetando "novas fórmulas" de cobrança de alugueres, sob diversas denominações, tais como 13º aluguel** (pagamento do aluguel em dobro no mês de dezembro), 14º aluguel (pagamento do aluguel em dobro no mês de maio – Dia das mães), 15º aluguel (pagamento do aluguel em dobro no mês de junho – Dia dos Namorados), aluguel de garantia de desempenho, aluguel complementar-padrão, o aluguel compensatório e outras mais. (CERVEIRA FILHO, 2017, p. 90)

Nesse ponto, ousa-se discordar de Cerveiro Filho quanto a essa propalada ilicitude. Isso porque, o art. 54 da lei n. 8.245/1991[8], confere liberdade às partes contratantes para livremente acordarem os termos que lhe couberem. Edson Carlos Pereira esclarece que:

> O fundamento dessa cláusula está no fato de que, no mês de dezembro, os gastos do empreendedor dobram, pelo menos no que tange aos salários por ele devidos, a título de 13º salário, a seus funcionários. Além disso, ao construir um *shopping center* ele emprega um capital bem maior que aquele utilizado na construção de uma loja de rua, uma vez que oferece inúmeros serviços que atraem os

[8] 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.

> consumidores e acabam beneficiando diretamente os lojistas, e, por isso acredita que no mês em que há o maior número de vendas a sua rentabilidade também deve ser maior. (2007, 93-94)

De outro lado não se pode ignorar que a onerosidade excessiva observada pelos lojistas em cláusulas que prevejam o pagamento do 14º e 15º aluguéis são inegáveis, se revestindo de todas as características fundamentais para que sejam consideradas abusivas.

Há que se esclarecer, por oportuno, que para fins de cálculo do dobro do valor do aluguel, deve-se utilizar como parâmetro o aluguel mínimo. No entanto, se o aluguel percentual superar o dobro do aluguel mínimo, será este o valor devido ao empreendedor. (PEREIRA, 2007, p. 94)

3.7 SUBORDINAÇÃO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO À PERMANÊNCIA DO LOJISTA NA ASSOCIAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO PROMOCIONAL

Outra obrigação alvo de crítica e que representa certa onerosidade ao locatário é a participação na associação dos lojistas. Tal obrigação ocupa relevância tão expressiva que o descumprimento da regra poderá acarretar na rescisão do contrato de locação:

> Desse modo, os lojistas, ao celebrarem o contrato de locação com o empreendedor, assumem o compromisso de ingressar na associação dos lojistas, sob pena de rescisão do contrato caso não o façam. O contrato também será rescindido, independentemente de notificação ou interpelação, se o lojista deixar de participar da associação ao longo do cumprimento do contrato. O estatuto da associação dos lojistas integra o contrato de locação em *shopping center* propriamente dito. (SOUZA e ALVES, 2015, p. 104)

Apesar de juridicamente estar encarregada de diversos encargos e responsabilidades, a associação dos lojistas tem como destinação precípua a administração do fundo de promoção, essencial para funcionamento do empreendimento como um todo na composição de ofertas em datas estratégicas.

Não por acaso o contrato firmado entre lojistas e empreededores é considerado extremamente oneroso, uma vez que a fruição do espaço ideal para o estímulo do consumo traz a reboque uma série de encargos e obrigações que podem não isoladamente, mas no conjunto, onerar sobremaneira o lojista.

Tal esclarecimento também permite reconhecer que as campanhas promovidas em datas comemorativas, como o dia das mães, o dia dos namorados e o Natal são meticulosamente organizadas e financiadas pelo valor arrecadado com os lojistas, por meio do pagamento de contribuição ao fundo promocional e, ao contrário do que um leigo possa supor, não ocorrem de maneira aleatória e desordenada entre os lojistas.

3.8 CLÁUSULA DE RAIO

A cláusula de raio encontra origem na década de 30, nos Estados Unidos, em um cenário pós-crise de 1929, quando ocorreu a quebra da bolsa de Nova Iorque. Nesse momento de recuperação da economia, foi criado um estímulo para o locatário, por meio de uma politica governamental promovida pelo Presidente Roosevelt.

A intenção da respectiva cláusula era de estabelecer um aluguel fixo em favor do lojista do centro comercial, em um valor sutilmente abaixo de mercado e desde que referido lojista se comprometesse a não explorar a mesma marca e produtos dentro de um determinando raio de distância do centro comercial.

Na origem, tratava-se de uma condição negociada, em que o locatário obtinha um desconto no aluguel e como contraprestação não estabelecia concorrência dentro de determinado raio de distância do centro comercial. Nesses moldes e com esse equilíbrio de externalidades nada há de ilegal ou abusivo na cláusula de raio.

No Brasil, a cláusula de raio se configura pela obrigação imposta ao locatário (e sucessivamente aos seus sócios) de não instalar ou manter outro estabelecimento (sede ou filial) do mesmo ramo, dentro de um raio de 2 quilômetros, contados do centro da edificação do *shopping center. (*CERVEIRA FILHO, 2017, p. 92)

Tal exigência pode ser considerada lícita, porque não é vedada pela literalidade da Lei n. 8.245/1991, nos termos do art. 54. Por outro lado, referida cláusula se mostra controversa, na medida em que importa onerosidade excessiva ao locatário, porque o empreendedor pode utilizar referida previsão como forma de reduzir seus esforços na manutençã do *tenant mix* e no dever que possui de atrai clientes ao empreendimento, considerando que este mesmo empreendedor participa dos lucros auferidos pelo lojsta por meio da dúplice fixação de aluguel.

No tratamento dessa controvérsia, Alexandre Assumpção Alves propõe uma solução prudente:

> A análise da cláusula de raio deve ser sempre realizada em concreto. No entanto, alguns parâmetros objetivos devem ser estabelecidos para sua validade no âmbito do direito da concorrência, tais como: **no aspecto material ela deve se restringir a *shopping centers* do mesmo padrão; a restrição deve abranger a mesma marca, dentro do mesmo segmento e se estender a todos os sócios ou parceiros do lojista**; **seu tempo de duração deve ser de até cinco anos, em analogia com o artigo 1.147 do Código Civil para a cláusula de não restabelecimento;** no aspecto espacial, relacionado ao mercado relevante no aspecto geográfico, é razoável o tempo de deslocamento de 15 minutos entre os dois empreendimentos. Tais parâmetros permitiriam a estipulação da cláusula de raio sem que houvesse abuso do direito por parte do locador. (2017, p.210) (grifos nossos)

A sugestão proposta pelo autor busca conciliar a necessária deferência inicial ao *tenant mix* estudado pelo empreendedor, ao passo que também procura atender os princípios constitucionalmente protegidos da **livre iniciativa** e da **livre concorrência**.

Nesse ponto é relevante analisar de que forma e em que momento a cláusula de raio, que não é ilegal, pode se tornar abusiva. O que torna referida cláusula abusiva é a combinação entre a delimitação do raio, por meio da fixação da cláusula de raio e a cobrança do dúplice aluguel.

Diz-se isso, porque o que justifica a fixação do dúplice aluguel é justamente remunerar o empreendedor pelo trabalho por ele promovido na manutenção de um *tenant mix* que garanta atratividade de clientela e consequentemente o estímulo de vendas. Essa é uma atuação ativa que se espera do Empreendedor.

Na contramão de atuar ativamente na atração de clientes para o respectivo *shopping center*, o empreendedor estará a "blindando" a concorrência de modo a facilitar sua atuação. Assim, ao invés de o empreendedor atuar para promover a frequência de consumidores, estará na contramão do seu dever, se protegendo da concorrência. Logo, o empreendedor que deveria assumir atitude proativa e é remunerado para isso, com a fixação do aluguel percentual, passa a assumir uma postura de passividade embora siga recebendo a contraprestação pelo trabalho de atrair clientela.

Tal reflexão permite concluir que a cláusula de raio não nasce abusiva, mas pode se tornar abusiva a partir do momento que referida cláusula é combinada com o pagamento do dúplice aluguel, por meio do qual o empreendedor recebe aluguel percentual computado a partir do faturamento bruto do lojista.

Assim, para remediar o desequilíbrio ocasionado pela estipulação da cláusula de raio somada à fixação do dúplice aluguel, a solução proposta por Alexandre de Assumpção Alves, no sentido de estimular uma limitação temporal para vigência da cláusula de raio, parece a mais acertada. Marcadamente, porque quando o empreendimento é inaugurado é natural que se negocie com o lojista um período de não concorrência com o estabelecimento da cláusula de raio e, desde que, por tempo determinado.

3.9 MULTA POR RESCISÃO DO CONTRATO

Outro exemplo de potencial cláusula abusiva é o valor desproporcional fixado a título de multa para fins de rescisão unilateral do contrato. Apesar de não se tratar de uma cláusula padronizada, a sua mera imposição - por parte de determinados empreendimentos - confirma

a regra de que o locatário (lojista) tem pouca ou nenhuma liberdade no ajustamento das cláusulas do contrato de locação do *shopping center*. A ementa abaixo colacionada serve de parâmetro para aferição da abusividade da referida cláusula:

> APELAÇÃO – AÇÃO CONSIGNATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – LOCAÇÃO – Consignação das chaves adequada, por se tratar de direito potestativo do locatário – Aplicação do art. 4º da Lei n. 8245/91 e art. 413 do CC às locações em *shopping center* – Possibilidade de redução de multas que se revelem excessivas considerando a natureza e finalidade do negócio – **Redução da multa de dez para três aluguéis** – **Descabimento de pagamento por taxa de transferência, vez que houve cessão do contrato tal como autorizado, e com anuência das rés** – Impossibilidade da análise das considerações que representam inovação recursal, por afronta ao contraditório – Negado provimento. (TJ-SP 10233003320168260577 SP 1023300-33.2016.8.26.0577, Relator: Hugo Crepaldi, Data de Julgamento: 23/11/2017, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/11/2017) (grifo nosso)

A desproporção entre a fixação da multa e a rescisão unilateral é evidente e denota desequilíbrio na conformação do contrato e na fixação de responsabilidades e penalidades. Pelo que se verifica do precedente ora colacionado, o tribunal ponderou pela desproporcionalidade da multa imposta pelo locador, tendo determinado sua redução.

4. CONTRATOS DE SHOPPING CENTER: (IN) VALIDADE DE DETERMINADAS CLÁUSULAS POTENCIALMENTE ABUSIVAS

Pelo que se pode observar da reflexão até aqui proposta, quando se trata de contratos de *shopping center* e cláusulas potencialmente está-se tratando, marcadamente, de contratos de locação de imóvel.

Referidos contratos são dotados de certa complexidade e impõem a fixação de cláusulas *sui generes* e que não se fazem necessárias em uma locação ordinária. A necessidade de fixação de cláusulas diferenciadas pode ser justificada pelo *tenant mix.*

Isso porque, a inauguração de um *shopping center* envolve a contratação de um profundo estudo técnico e econômico que precede a própria construção do empreendimento. Esse estudo é patrocinado, essencialmente, pelo empreendedor a custo de proporções milionárias.

O estudo envolve questões peculiares, como, por exemplo, a verificação de acesso, deslocamento e facilidade de chegar ao local. A busca por áreas de expansão da cidade, a verificação do custo do terreno, que pode estar localizado em áreas muito valorizadas ou dedicadas a um público específico.

Esses estudos técnicos e econômicos se prestam a verificar se o local escolhido para a construção do shopping estará destinado à Classe A, B, C ou D. E, a depender do público-alvo do empreendimento, o empreendedor deve se preocupar com a organização de um *tenant*

mix voltado para a respectiva classe. Caso o empreendimento se destine à frequência de consumidores da Classe A, o empreendedor deverá procurar lojistas que explorem marcas de luxo, de modo a atender as necessidades e a capacidade financeira do respectivo público.

Já um *shopping center* voltado para as Classes B e C deve ter uma composição de lojas acessíveis para os respectivos frequentadores. A composição de lojas, restaurante e serviços (caixas eletrônicos, farmácias e até laboratórios de análise clínica) são aspectos cuidadosamente estudados pelo empreendedor.

Em outras palavras, o empreendedor escolhe e estuda a localidade e a classe para a qual pretende destinar o empreendimento, avalia o público e a sua capacidade de compra, avalia as lojas que já existem no entorno do local, verifica o acesso, bem como a quantidade de vagas de estacionamento que será proporcionada à respectiva clientela.

Objetivamente, o *shopping center* deve proporcionar ao seu público-alvo o máximo de conforto possível para as compras. Por isso, um dos seus elementos primordiais é de disponibilizar vagas de estacionamento para o consumidor[9], de modo a facilitar a chegada, o estacionamento e o conforto de poder acondicionar as compras no carro para desfrutar de outras opções de lazer ou para fazer mais compras.

Até a forma de pagamento do estacionamento é automatizada, por meio de estações de autoatendimento, de forma que o consumidor tenha facilidade de pagar o serviço de forma rápida e cômoda. Toda a estrutura é pensada de forma a criar para o público não só a sensação de conforto, mas a facilidade necessária de circulação tanto para chegar ao *shopping* quanto para deixar o local.

Outra interessante característica do *shopping* é que sua estrutura é arquitetada em formatos arredondados para que o visual seja agradável aos consumidores e também para estimular a circulação do público. A logística dos corredores é pensada de tal modo que obrigue o consumidor a circular pelos corredores e se deparar com diferentes vitrines, o piso e as suas cores são cuidadosamente escolhidos para que sejam visualmente agradáveis.

Além da logística atrativa para chegar e sair e da estrutura arquitetonicamente agradável para atrair o consumidor, o empreendedor preocupa-se em posicionar de forma estratégica a localização espacial das lojas âncora[10] e lojas satélite[11].

---

[9] A ABRASCE informa que os *shopping centers* disponibilizam, atualmente, 942.801 vagas de estacionamento aos seus consumidores. Disponível em: https://abrasce.com.br/numeros/setor/. Acesso em: 29 ago. 2019.

[10] Se caracterizam, majoritariamente por lojas de departamento como a C&A, Leader, Renner, marcas amplamente conhecidas e que atraem o grande público pela praticidade e confiabilidade conquistada no mercado.

[11] Tratam-se de lojas não necessariamente grandes, de marcas reconhecidas, possuem expressão econômica e, geralmente, se tratam de estabelecimentos franqueados.

Muitas vezes as lojas âncora possuem acessos diferenciados. Isto é, não raro, é possível que o consumidor ingresse no *shopping* por um acesso que é disponibilizado direto da loja âncora, que possui acesso externo. Esse acesso pode estar localizado logo ao lado da entrada principal ou pode estar estrategicamente acessível pelo estacionamento do local. Também de modo a estimular a circulação do público, as lojas âncora são espacialmente localizadas nas extremidades do empreendimento, de modo a provocar a circulação dos clientes entre as lojas.

Assim, fica evidente que toda a organização do *shopping* é cuidadosamente planejada de modo que a localização dos cinemas, da praça de alimentação, das lojas satélites e lojas âncora sejam agradáveis ao público-alvo, estimulem a circulação e, consequentemente, o consumo.

Em um *Shopping* Classe A, por exemplo, há a preocupação de situar as lojas de marcas de luxo como a *Prada*, *Louis Vitton*, *Vitor Hugo*, e *Mahogamy* no primeiro andar. E, a cada andar, o grau de sofisticação das lojas vai diminuindo até que no último andar, encontrem-se instaladas lojas de marcas mais acessíveis, farmácias, e serviços como caixas eletrônicos. Essa organização é proposital para que as lojas de marcas mais acessíveis e os serviços estejam localizados em pisos superiores, de modo que o sujeito seja obrigado a circular pelo ambiente até alcançar o estabelecimento efetivamente procurado para suprir uma necessidade do seu cotidiano, como sacar dinheiro em espécie ou adquirir um medicamento.

Para fins de consulta e análise da potencial abusividade de determinadas cláusulas foram verificados contratos de locações firmados entre uma determinada marca de cosméticos com os shoppings Iguatemi, de São Paulo, Vila Olímpia e Village Mall[12]. Esses contratos possuem como característica comum o fato de que o empreendedor não permitiu à locatária, lojista, negociar ou alterar uma sequer cláusula dos respectivos contratos, confirmando o caráter de adesão, típico dos contratos de locação de *shopping center*.

Nesses contratos, também se pode verificar que o investimento da locatária - que pode ser categorizada como uma **loja satélite**, porque comercializa produtos tradicionais e conhecidos do mercado – alcançou cifras expressivas de centenas de milhares de reais, mesmo antes de ver o empreendimento construído, e o pagamento se deu a título de *Res Sperata.*

Em contraponto a esse pagamento, a doutrina reporta que, não raro, determinadas lojas âncora recebem dos empreendedores ofertas atrativas como, por exemplo, não arcar com

[12] A identificação do lojista, locatário, se mostra dispensável para o fim pretendido nesse trabalho

as despesas da *Res Sperata*, de não se impor a necessidade de participar da associação de lojistas ou de, eventualmente, não exigir contribuição ao fundo de promoção, em razão da necessidade que o empreendimento tem de atrair determinado lojista para composição do seu *tenant mix.*

Tal benefício se justifica pelo fato de que as lojas âncora são verdadeiros chamarizes de clientes e a comercialização de seus produtos se torna essencial para que o empreendedor garanta a frequência esperada (e estudada) para o seu empreendimento.

Pelo que se verificou dos contratos aos quais se obteve acesso, referidas avenças previam a devolução do pagamento realizado a título de *Res Sperata* (que se caracteriza pelo adiantamento de determinadas parcelas necessárias à construção do empreendimento), na hipótese de o empreendimento não ser concluído.

A devolução da *Res Sperata* se daria com o acréscimo de atualização monetária, de modo que ao lojista/locatário fosse garantida a devolução do valor investido caso o empreendimento não pudesse ser concluído por fato superveniente, como, por exemplo, em razão de um embargo ambiental ou obstáculo de fundo estrutural no terreno onde o empreendimento estava sendo construído.

Também foi possível observar nos contratos objetos de análise que as penalidades impostas ao locatário na hipótese de descumprimento de suas obrigações são claramente mais gravosas do que as penalidades impostas ao empreendedor na hipótese de descumprimento dos seus deveres.

O descompasso na imposição de sanções por descumprimento de obrigações pode ser verificado no percentual dos consectários fixados de parte a parte na hipótese de descumprimento da avença. A exemplo do que ora se afirma, pode-se mencionar que a multa imposta por inadimplemento ou atraso de qualquer parcela devida pela locatária era de 10% sobre o valor inadimplido, enquanto que a multa imposta ao empreendedor na hipótese de restar malsucedida a construção do empreendimento era de 5% sobre o valor a ser devolvido. Ou seja, a multa imposta ao empreendedor foi fixada no correpondente à metade do percentual imposto ao locatário, se descumprisse alguma obrigação de sua parte.

Esse desequilíbrio nas sanções impostas por descumprimento das obrigações reforça a evidência de que o locatário se encontra em posição mais vulnerável em comparação com o empreendedor.

Diante disso, há que se questionar: é possível afirmar que exista desequilíbrio contratual ou abusividade em um contrato firmado entre duas sociedades empresárias, em que nenhuma das partes pode ser considerada vulnerável?

Objetivamente, há que verificar que se o lojista sequer pode escolher onde poderá instalar a sua loja, restando evidente que pouco ou nenhuma liberdade terá de promover alterações no contrato firmado com o empreendedor e nas regras que regulamentam o funcionamento do *shopping*.

Exemplo disso, é que além do contrato de locação, o lojista é obrigado a firmar com a administração do *Shopping* um termo de **Condições Gerais** e se associar à **Associação de Lojistas**, o que é obrigatório, sob pena de rescisão do contrato de locação. Fica evidente que a liberdade contratual em relação ao locatário é bastante mitigada nos contratos de locação de *Shopping center*.

Nesse ponto poderia-se questionar: trata-se, portanto, de um contrato de adesão ou um contrato negociado? A resposta para essa pergunta está fundamentada nos diversos tópicos tratados nesse artigo, isto é: trata-se de um contrato de locação de *Shopping Center* que privilegia a autonomia da vontade das partes, amparado pelo art. 54 da lei de locações.

Vê-se que o formato e as exigências impostas aos locatários se justificam pela natureza dos serviços que o *shopping* presta e pelo tipo de conforto que proporciona aos seus frequentadores e, como consequência disso, engessa os locatários em determinadas exigências contratuais necessárias à conformação do ambiente criado a propiciar uma experiência agradável à sua clientela e um estímulo à aquisição de bens e serviços.

Assim, ao passo que a obrigação do empreendedor é de garantir a atratividade do empreendimento a do lojista é de cumprir com as expectativas do público e do empreendedor, garantindo a disponibilidade de estoque proporcional à frequência do público esperado para aquela localidade e a qualidade dos produtos que comercializa em conformidade com a Classe para a qual seu serviço/produto está destinado.

Além das características afetas aos contratos de *shopping center*, pode-se mencionar como medida de aferição de abusividade a verificação do perfil do empreendedor e do respectivo empreendimento. Isto é, determinados empreendedores possuem história e competência reconhecidas no mercado, tendo já conquistado uma reputação que lhes garanta alto grau de confiabilidade por parte do lojista.

Assim, poderia se utilizar como parâmetro de medição de abuso em contratos de locação de *shopping center* a criação de um *rating* de empreendedores de modo a atribuir a cada um a classificação em relação ao sucesso dos seus empreendimentos com medição de: (i) tempo de construção do empreendimento; (ii) eficiência do *tenant mix* estudado pelo empreendedor; (iii) medição da capacidade de atrair clientela, com verificação periódica do faturamento das lojas que compõem o empreendimento, etc.

Com esse *rating* de empreendedores, seria possível aferir se determinadas exigências de um empreendedor se mostram razoáveis diante da qualidade do serviço que devolve aos lojistas depois de inaugurado o *shopping center.*

Isso faz com que determinados empreendedores, respeitados no mercado e responsáveis pela construção e administração de importantes empreendimentos ostentem reputação que lhes assegurem credibilidade suficiente para exigir dos lojistas o atendimento de seus pleitos sem que fique configurada abusividade excessiva de suas cláusulas.

Na mesma medida, seria possível aferir abusividade praticada por determinado empreendedor, que sequer ostenta reputação e qualificação respeitada no mercado, e que exija na mesma medida e com o mesmo rigor, os mesmos tipos de ônus e obrigações pleiteados por um empreendedor já respeitado no mercado pelos lojistas.

Tratar-se ia de um critério sutil de aferição de abusividade, para agregar aos critérios objetivos e subjetivos já mencionados na parte inicial da breve reflexão aqui proposta.

CONCLUSÃO

Verificada a complexidade envolvida na construção e administração de um *shopping center* a conclusão é de que há certa disparidade na relação estabelecida entre *shopping centers* e lojistas, motivo pelo qual, há espaço para o cometimento de abuso na formação de contrato, na medida em que o estipulante/predisponente impõe obrigações excessivamente onerosas ao aderente, atenua suas próprias obrigações, acentua ônus e deveres, e, muitas vezes, torna, desequilibrada a regulamentação do contrato em seu favor.

Para além disso, verifica-se que cláusulas originalmente lícitas e equilibradas podem se tornar abusivas quando combinadas à outra de modo a tornar excessivamente onerosas as obrigações exigidas do locatário.

A Abusividade também poderá ser detectada quando o empreendedor envolvido no contrato não tiver experiência e renome suficientemente reconhecidos para fazer determinadas exigências ao lojista e cobrar valores incompatíveis com a sua capacidade de atrair clientes e promover um estudo bem-sucedido da localidade, do público e das necessidades da região onde será construído o respectivo empreendimento.

REFERÊNCIAS

ABRASCE, Disponível em: https://www.abrasce.com.br. Acesso em: 27ago. 2019.
ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito

brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p182. ISSN: 2178-8189.

BARCELLOS, Rodrigo. **O contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais**. São Paulo: Atlas, 2009

BELMONTE, Alexandre de S. Agra. **Natureza jurídica dos shopping centers.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989.

CERVEIRA FILHO, Mario. **Shopping Centers:** Direitos dos Lojistas. 8. ed. São Paulo. Saraiva: 2017.

FONSECA, João Basco Leopoldino da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos**. São Paulo: Forense, 1993.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito pós-moderno e contratos de *shopping center*. In: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon (Coord.). **Temas de direito civil-empresarial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. I: parte geral. 5. ed.. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

KARPATA, Ladislau. **Shopping Centers. Manual Jurídico**. 2. ed. rev. ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIGUEL, Paula Castello. Contratos de *shopping center.* **Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e Financeiro**. Ano XXXVI, p. 137-182, jul/set., 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Shopping Centers” Organização econômica e disciplina jurídica. In: ARRUDA, José Soares; SILVEIRA LÔBO, Carlos Augusto da. (Coord.). “**Shopping Centers” Aspectos Jurídicos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. atual. por Regis Fichtner (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Edson Carlos. **Controversias Contratuais em *Shopping center*s**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba: Faculdades Integradas Curitiba, 2007.

SOUZA, Leonam Machado; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **Efeitos da cláusula de raio nos shopping centers**. Rio de Janeiro: Gramma, 2015.

VARGAS, Zuleika Pinto. **Os contratos de "shopping centers"** e as **cláusulas abusivas.** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Procuradora de Justiça.