

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da pandemia global causada pelo vírus Sars-Cov-2, popularmente designado como “Covid-19”, instaurou-se cenário de crise sanitária e econômica de proporções nunca antes testemunhadas.

No plano econômico, dentre os setores que foram severamente impactados, destacam-se o de serviços e o de comércio a varejo¹, sobretudo em razão das medidas de isolamento e de distanciamento social, impostas pelo poder público para contenção da disseminação do vírus, como a edição de atos normativos determinando a proibição à realização de eventos e a suspensão de determinadas atividades de comércio de mercadorias e de prestação de serviços, consideradas não essenciais.

Nesse contexto, chama-se atenção para a suspensão do funcionamento de *shopping centers* em diversos estados² e para os consequentes impactos produzidos sobre os contratos celebrados entre lojistas e empreendedores, no que tange ao propósito de exploração, pelos lojistas, de atividades econômicas nos imóveis, com aproveitamento da estrutura e do potencial de atração de clientela dos empreendimentos.

Diante dos desafios impostos, os contratantes, em boa medida, recorreram a mecanismos de renegociação dos contratos^{3 4}. Apesar dos esforços, nem sempre as partes alcançam consenso. Surge, desse impasse, uma demanda legítima pela intervenção do Poder Judiciário em busca de promover, na medida do possível, a preservação do contrato durante o período de suspensão ou, até mesmo, a extinção da avença.

Fato é que a questão ora explorada não aparenta ser de solução intuitivamente alcançável por meio de simples operação subsuntiva, sendo, em verdade, objeto de real divergência doutrinária⁵. Evidencia-se, portanto, a relevância do presente estudo, que se propõe a fornecer subsídios e perspectivas para avaliação dos institutos do ordenamento brasileiro que qualificam e instituem remédios para casos de perturbações ao programa contratual e da sua aplicabilidade, em tese, às locações em *shopping center* impactadas pelos atos normativos do poder público.

¹ BOLETIM CIELO EXCLUSIVO: Impacto do COVID-19 no Varejo Brasileiro. **Cielo**, 03.nov.2020. Disponível em: <https://www.cielo.com.br/boletim-cielo-varejo>. Acesso em 07.jun.2022.

² Vide Decretos Estaduais RJ númros 46.973 de 16 de março de 2020; 46.980 de 19 de março de 2020; 47.006 de 27 de março de 2020; 47.027 de 13 de abril de 2020; 47.052 de 29 de abril de 2020; 47.068 de 11 de maio de 2020; e 47.102 de 01 de junho de 2020.

³ MAIA, Flávia. Contratos de alugueis passam por negociações e judicialização durante a pandemia: após irem à justiça, locatários conseguiram redução de aluguel e a retirada da multa pela rescisão antecipada. **Jota**, Brasília,

⁴ MELLO, Gabriela. Iguatemi corta despesas após isenções de aluguel, descontos a lojistas durante a pandemia: Shopping JK Iguatemi é parte do Complexo JK, localizado no Itaim Bibi, área nobre de São Paulo. **Uol**, 23 abr. 2020. Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/04/23/iguatemi-corta-despesas-apos-isencoes-de-aluguel-descontos-a-lojistas-durante-pandemia.htm>. Acesso em: 21.jun.2023.

⁵ V. Martins-Costa (2020), Terra (2020), Tepedino, Oliva e Dias (2020), Andrade Jr. (2020), Simão (2020), Azevedo (2020), Abelha (2020), Schreiber (2020), Benetti (2020) e Cogo (2021).

Em face do exposto, afigura-se pertinente indagar: (i) quais institutos jurídicos seriam aplicáveis diante das medidas restritivas impostas pelo poder público sobre as locações em *shopping center*; e (ii) quais as consequências de sua aplicação.

Enfim, convém enfatizar, conforme mencionado anteriormente, que, por “impactos” incidentes sobre as aludidas contratações, o presente estudo se refere, notadamente, à proibição ao funcionamento dos negócios em abrigo dos empreendimentos de *shopping center*, excluindo-se do seu escopo os demais efeitos no plano econômico porventura operados diante do quadro de crise global.

2. METODOLOGIA

O recurso metodológico empregado neste artigo para responder tais provocações consiste em estudo exploratório, do tipo levantamento documental e bibliográfico, utilizando-se como fontes legislações, artigos científicos, textos doutrinários, estudos e pesquisas acadêmicas, decisões judiciais, matérias veiculadas na internet, entre outras diversas fontes de dados.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1 AS RELAÇÕES ENTRE LOJISTAS E EMPREENDEDORES DE SHOPPING CENTER

3.1.1 Empreendimento de *shopping center*

Os *shopping centers* adquiriram indiscutível relevância na economia nacional. Isso se reflete nos dados publicados pela Associação Brasileira de Shopping Centers⁶, segundo os quais o setor conta com 628 unidades em operação no país, 1,04 milhão de empregos gerados, aproximadamente 443 milhões de visitantes, em média, por mês e faturamento da cifra de 159,2 bilhões de reais.

Avulta, outrossim, o tráfego jurídico dos contratos que consubstanciam a sua organização, particularmente, as relações entre os *shopping centers* e os operadores das mais de 115.817

⁶ ABRASCE. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Números do Setor**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 19.mai.2023.

lojas em funcionamento no país⁷.

Para uma melhor compreensão das peculiaridades desse modelo de empreendimento, convém explorar os elementos que o caracterizam e destrinchar a estrutura jurídica que lhe confere forma e substrato.

A implementação de um *shopping center* pressupõe a elaboração de diversos estudos mercadológicos e de viabilidade, a escolha do local para sua instalação e a definição dos ramos de negócio que serão explorados em abrigo da sua estrutura (BARBARESCO, 2021). Tal planejamento permite mapear riscos e fornece subsídios para a maximização do potencial lucrativo do empreendimento.

Possui distinta relevância, para a organização do empreendimento, o processo de seleção dos lojistas (*tenant mix*). Esse *mix* vai definir a quantidade e a variedade de lojas, a articulação de “lojas âncora” – detentoras de maior potencial de atração de clientela – e de “lojas satélite” – que se beneficiam da atratividade das primeiras (REQUIÃO, 1984).

Em razão da íntima relação que se constitui entre empreendedor e lojistas (LANGONI, 1984), o processo de decisão referente à formação do *tenant mix* coaduna a análise dos negócios, sob o aspecto mercadológico, à avaliação do perfil subjetivo do lojista, sob o prisma do seu potencial alinhamento à dinâmica organizacional do empreendimento (BARBARESCO, 2021).

Cuida-se de proporcionar ao consumidor uma experiência de compra otimizada, importando economia de tempo (LANGONI, 1984). Há, também, clara preocupação com a captura da atenção dos frequentadores por meio de exposição constante a diversos estímulos. À guisa de exemplificação, ressalta-se o critério de disposição das *lojas âncora* no ambiente, de maneira que o consumidor caminhe por entre outras lojas até o destino.

A intenção do empreendedor de *shopping center* é, notadamente, construir um ecossistema ideal em termos de comodidade, de segurança, de facilidades e de condições para o consumo e para a convivência no seu interior. Frúgoli Jr. (1992, p.77) alude a uma “cidade ideal”, pretensamente impermeável à realidade social:

Chegamos, portanto, à interpretação de que, *simbolicamente, os SC (shopping centers) aspiram a traduzir, num espaço fechado, a utopia urbana que o capitalismo moderno não realizou para o conjunto da sociedade: uma “cidade ideal”, repleta apenas de cidadãos consumidores, sem vestígios de pobreza e deterioração, uma cidade onde “...o consumo é simultaneamente de mercadoria e imagens”, como se tudo passasse, antes de mais nada, pelo filtro e pela égide do consumo (e não da produção).*

Ademais, em ordem a manter perenemente aquecida a economia dos *shopping centers* e a viabilizar o retorno dos investimentos realizados, de parte a parte, por lojistas e empreendedor, é imprescindível que sejam desenvolvidos e efetivados planos estratégicos de *marketing*. Por

⁷ ABRASCE. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Números do Setor**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 19.mai.2023.

essa razão, opera-se, no âmbito dos *shopping centers*, coordenação de recursos provenientes dos lojistas participantes do empreendimento para a constituição e para a gestão de fundos de promoções.

O objetivo é a divulgação do conglomerado de lojas conjuntamente consideradas, ou seja, do empreendimento compreendido de forma unitária. Assim, coloca Langoni (1984, p. 59), “os *shopping centers* viabilizam economicamente, através de esforços integrados, a participação de pequenas unidades em esquemas agressivos e modernos de divulgação, simplesmente inacessíveis através de uma ação isolada.”.

Os *Shopping centers*, assevera Pereira (1984, p. 73), “não são uma loja qualquer; não é conjunto de lojas disposto num centro comercial qualquer”; tampouco se confundem com uma “loja de departamentos (*store magazine*)”. Sob esse prisma, cumpre definir o que se entende por empreendimento de *shopping center*. Para tanto, mister se faz investigar a essência dessa organização, a fim de respaldar sua qualificação jurídica e diferenciação de outras figuras, com as quais não se confunde, mesmo possuindo traços em comum.

A despeito de existirem características que são observáveis em grande parte ou na maioria dos *shopping centers*⁸ – simbolizando uma concepção tradicional de *shopping center* –, não parece adequado tomá-las como base para a delimitação conceitual do aludido empreendimento (BARBARESCO, 2021). Em outras palavras, há categorias que se mostram insuficientes para a finalidade de se qualificar (ou não) determinado empreendimento como *shopping center*. Isso porque: (i) revelam-se estanques e, portanto, incompatíveis com o ânimo de progressiva evolução e diversificação dos *shopping centers*, a partir do advento de novas tendências mercadológicas; (ii) por si só, não constituem a essência dos *shopping centers*, tampouco fatores de distinção entre estes e meros conglomerados de lojas (BARBARESCO, 2021).

Na lição de Barbaresco (2021, p. 712), o traço caracterizador, de fato, da essência dos empreendimentos de *shopping center* consiste em “um comportamento uniforme de maneira que objetivos comuns, em regime de cooperação, sejam possíveis”, o que, na visão do autor, pressupõe uma “administração única e centralizada” que “prima pela manutenção e organização de cada ocupante, assim como, em idêntica potência, do todo, enquanto conjunto sistematizado, para o alcance de resultados positivos”. Com efeito, esse parece ser o traço comum às conceituações de *shopping center* encontradas na doutrina, bem como àquela fornecida pela entidade representativa do setor.

Dessarte, impõe-se reconhecer a essência da revolução tecnológica operada no mercado que, como bem observa Langoni (1984, p. 56), é “nitidamente organizacional”. Como visto, esse elemento essencial se traduz na confluência dos desígnios dos participantes do empreendimento que, apresentando-se como conjunto uniforme, sob administração única e centralizada, é perenemente direcionado à potencialização da atratividade – e, conseqüentemente, da lucratividade – em proveito da coletividade de lojistas.

Interessa à adequada compreensão dos *shopping centers* um olhar mais atento para a

estrutura jurídica, sob duas perspectivas: (i) a dos possíveis regimes jurídicos sob os quais podem se organizar em relação à figura do empreendedor; e (ii) a da estrutura contratual sobre a qual se funda o empreendimento.

Cumprе ressalvar, desde já, que o presente estudo não tem o propósito de esgotar os possíveis arquétipos de estruturação jurídica de empreendimentos de *shopping centers* com enfoque na figura do empreendedor ou de, categoricamente, fixar *numerus clausus* os modos de fazê-lo.

Diversamente, objetiva-se trilhar caminho para a análise dos impactos da pandemia de Covid-19 sobre contratos cujo objeto consiste na transmissão onerosa da posse direta dos espaços-loja em *shopping centers*, em regime de locação, disciplinados pela Lei nº 8.245/91. Por essa razão, não serão consideradas a seguir as modalidades de empreendimento em cujas estruturas não se verifica a categoria preestabelecida de contrato.

Entre as possíveis formas de estruturação jurídica do *shopping center*, Barbaresco (2021) aponta os dois modelos com maior incidência, quais sejam: (i) o modelo de sociedade; e (ii) o modelo de compropriedade, sem excluir outros possíveis arranjos.

No regime de compropriedade, há pluralidade de titulares do direito de propriedade sobre o imóvel onde se explora atividade de *shopping center*, sendo a relação entre os comproprietários, inclusive no que tange à administração e exploração do bem e à destinação de resultados, regulada por meio de “Convenção de Condomínio Civil Pro Indiviso” (BARBARESCO, 2021).

Por seu turno, na estruturação sob a forma de sociedade, a propriedade do imóvel onde se explora o *shopping center* é titularizada por uma única sociedade empresária, de modo que as questões relacionadas à administração do bem e à destinação dos resultados são reguladas nos atos constitutivos da sociedade e/ou nos acordos parassociais celebrados pelos detentores de participação no seu capital social (BARBARESCO, 2021).

Em relação à legitimidade para a cessão de uso e gozo do imóvel, tem-se que, na compropriedade, é exercida pelos titulares do bem, cabendo a estes – ou à administradora mandatária por estes constituída – celebrar os referidos contratos; ao passo que, na estrutura de sociedade, a legitimada é a pessoa jurídica proprietária que exerce a empresa em *shopping center* (BARBARESCO, 2021).

⁹ ABRASCE. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Definições e Convenções**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/definicoes-e-convencoes/>. Acesso em: 14.jan.2023.

Independentemente do regime adotado, pode o empreendedor organizar a propriedade imobiliária mediante a constituição de condomínio edilício e sistematizar, a seu critério, as áreas privativas e comuns (BARBARESCO, 2021). Serve, ainda, o condomínio edilício às funções de normatização da utilização do imóvel por lojistas e frequentadores; de organização da exploração das áreas comuns; e, ainda, de centralização da gestão dos recursos de fundos de promoções (BARBARESCO, 2021).

Resta claro, portanto, que, pela perspectiva do empreendedor, o *shopping center* pode se organizar sob o regime de sociedade ou de compropriedade, facultando-se, em ambos os casos, o estabelecimento de condomínio edilício, com vista à sistematização da propriedade imobiliária, à normatização e à otimização da gestão do *shopping center*.

Seguindo o curso da análise da estrutura jurídica dos *shopping centers*, convém abordar o seu aspecto contratual, notadamente, as relações jurídicas que vinculam *shopping centers* e lojistas e entre estes últimos reciprocamente.

A partir da década de 1980, acirraram-se os debates acerca da figura dos *shopping centers* e de seus aspectos jurídicos, com a publicação de importantes estudos desenvolvidos por juristas conceituados. Entre eles, Rubens Requião (1984, p. 130) identificou o fenômeno da coligação contratual: “os contratos que surgem em torno da organização [dos *shopping centers*] não se fundem, nem resultam num novo contrato. Eles apenas se congregam, ou melhor, se coligam, a fim de disciplinar o empreendimento comum”¹⁰.

Sobre a coligação contratual, Tepedino e Schreiber (2021, v. 3, p. 163) anotam que:

[...] o desafio, neste âmbito, é determinar que implicações jurídicas se podem inferir de contratos que, posto celebrados de forma separada, encontram-se em conexão quanto à sua finalidade, ligados nos efeitos que pretendem atingir.

Dessa forma, a interpretação, a qualificação, a validade e a eficácia de um contrato depende da sua coligação a outros contratos. Isto é, as vicissitudes de um, como a invalidade ou ineficácia por causa superveniente, podem acabar por também tornar o outro ineficaz, conforme o aforisma latino, simul stabunt, simul cadent, a depender da avaliação funcional dos contratos em questão e também da ligação entre eles.

Nessa perspectiva, direcionando sua análise aos empreendimentos de *shopping center*, Barbaresco (2021, p.721) ressalta que os contratos coligados “amalgamam o plexo de direitos e obrigações, em regime de reciprocidade, que os agentes econômicos devem observar e fazer observar”.

¹⁰ Compartilham desse entendimento Santos (1992), Lira apud KONDER E SANTOS (2016), Gama (2002), Konder e Santos (2016) e Barbaresco (2021).

A importância disso se reflete: a) no plano negocial, pois novos ajustes devem considerar os impactos de eventual modificação no todo do arranjo (BARBARESCO, 2021), sobretudo considerando-se a finalidade econômica, os direitos, as obrigações e as expectativas das diferentes partes envolvidas; e b) no plano hermenêutico, na medida em que os instrumentos devem ser interpretados conjuntamente, porquanto “as vicissitudes de um podem acabar por tornar o outro ineficaz” (TEPEDINO, 2021, v.3, p. 163).

De acordo com Barbaresco (2021, p. 720-721), os instrumentos que, com maior incidência, compõem a base contratual dos *shopping centers* são:

(i) o contrato que, especificamente, se direciona a definir a coisa objeto da cessão, geralmente sob o regime jurídico da locação e, através dele estipuladas particularidades relacionadas à específica cessão e ao específico ocupante do espaço, assim como o preço a ser pago, sua periodicidade, critérios de reajustamento, atividade a ser desenvolvida no local, coeficiente ou valor para fins de apuração de despesas rateáveis, contribuição e respectivos critérios para o fundo de promoções e publicidade, garantia de cumprimento e todas e quaisquer outras condições relacionadas, especificamente, àquele determinado negócio jurídico;

(ii) normas gerais complementares, que, como coloca Orlando Gomes, têm como finalidade disciplinar “o uso das lojas e das áreas de circulação, a utilização dos bens e o aproveitamento dos serviços para que os que frequentam o edifício, a clientela, os visitantes, os fornecedores, os empregados das lojas e todos quanto se encontrarem sob a fiscalização[...] ou seja, estipulações aplicáveis à generalidade daqueles que ocuparem e desenvolverem suas atividades naquele específico shopping center;

(iii) convenção de condomínio edilício, que, quando existente [...] objetiva estabelecer a conformação da propriedade e determinadas normas de convivência do negócio jurídico com outros a ele relacionados; e

(iv) estatuto da associação de lojistas, que, também quando existente, são estabelecidos critérios para sua filiação e funcionamento, tendo por finalidade para além de dar cumprimento às suas premissas estatutárias e, em alguns empreendimentos imobiliários, também gerir o fundo de promoções e publicidade.

Assim, a estrutura contratual das locações em shopping center é caracterizada por: uma relação jurídica contratual que tem por objeto a transferência onerosa da posse direta do espaço-loja, a qual é situada num “feixe de relações contratuais”¹¹ integrado por diferentes tipos de avenças coligadas entre si, e que, nas suas peculiaridades, distingue-se, em diversos aspectos, da locação não residencial tradicional.

Com o intuito de averiguar os remédios disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro aplicáveis às hipóteses de perturbação do programa contratual das locações em *shopping center* impactadas pela pandemia de Covid-19 e de subsidiar a adequada qualificação jurídica do evento em apreço, passa-se a analisar a disciplina dos institutos pertinentes.

3.2 RESTRIÇÕES AO FUNCIONAMENTO DE *SHOPPING CENTERS*: PERSPECTIVAS PARA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA E APLICAÇÃO DE REMÉDIOS

3.2.1 Qualificação jurídica

Cumprir situar a restrição ao funcionamento de *shopping centers* e os seus impactos sobre os contratos de locação no âmbito de aplicação dos institutos jurídicos contemplados pelo ordenamento brasileiro, a fim de oferecer perspectivas, em tese, para subsidiar a qualificação jurídica do evento diante das circunstâncias concretas, observados os necessários direcionamentos e os diferentes recortes a depender da atividade exercida pelo lojista, das consequências efetivamente produzidas em cada relação contratual, do preenchimento dos requisitos para aplicação dos institutos, entre outros aspectos.

A despeito de a contratação se perder sentido, de certo modo, sob a perspectiva do locatário-lojista cuja atividade restou prejudicada pela determinação oriunda do poder público, há razões para crer que o quadro fático não se enquadra na hipótese de desequilíbrio econômico.

Consoante Schreiber (2020, p. 11), não se trata de desequilíbrio econômico “se o valor do aluguel continua a corresponder ao valor da cessão de uso e gozo de uma loja com aquelas características em um empreendimento como aquele em que se situa.”. Isso porque o valor de mercado do imóvel constitui parâmetro objetivo de aferição de eventual equilíbrio superveniente em relação à posse cedida em abrigo do contrato⁷⁸.

Desse modo, permanecendo estável o valor de mercado da locação, não seria possível configurar desequilíbrio econômico (SCHREIBER, 2020, p. 5):

[...] não se trata de desequilíbrio contratual. Não há onerosidade excessiva no cumprimento da prestação em virtude de alteração do seu valor econômico. [...] Não há, hoje, notícia de desequilíbrio econômico entre a prestação do locador (cessão do uso e gozo do imóvel) e a prestação do locatário (aluguel) nas locações comerciais.

Lei nº 8.245/91: “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.”

Ademais, mesmo que se logre comprovar a expressiva redução do valor de mercado do imóvel, apta a caracterizar efetivo desequilíbrio econômico – o que não necessariamente guardaria relação com as restrições ao funcionamento das lojas – a qualificação do evento como desequilíbrio econômico pressupõe considerar que, se porventura a relação viesse a ser reequilibrada, o *fim* do contrato ainda poderia ser atingido (COGO, 2021). Percebe-se, contudo, que, no caso das locações em *shopping center* impactadas pelos atos normativos que restringem suas atividades, a finalidade permaneceria prejudicada, independentemente de eventual intervenção visando à eliminação do suposto desequilíbrio. Portanto, compreende-se que a qualificação jurídica como desequilíbrio superveniente não se revela compatível com o contexto dos impactos decorrentes das restrições ao funcionamento de lojas no interior de *shopping centers*.

Passa-se a averiguar a caracterização de impossibilidade superveniente. Ao que consta, não caberia a tese de impossibilidade da obrigação do locatário – de pagar o aluguel e os encargos locatícios –, pois, conforme visto, a impossibilidade *relativa* – dificuldade ou indisponibilidade de meios ou recursos para realizar a prestação – não exonera o devedor. Além disso, às obrigações pecuniárias, é aplicável o regramento das obrigações de dar coisa incerta. Sujeitam-se, portanto, à lógica de que o gênero não perece.

Vale o registro de que a determinação do poder público também não impediu a continuidade da transferência da posse direta dos imóveis, mantendo-se proteção possessória contra ameaças turbações e esbulhos – oponível, inclusive, em face dos locadores (SIMÃO, 2020). Além disso, de modo que as faculdades de uso e de gozo permaneceram sendo exercidas pelos locatários (SIMÃO, 2020), como, por exemplo, para armazenamento de seus bens e, conforme o caso, servindo de apoio à modalidade comércio eletrônico. Também estaria sendo mantida, a princípio, a proteção ao ponto comercial ou a fluência do período aquisitivo do direito à renovação do contrato.

Nesse contexto, parece a doutrina entende que se trata de impossibilidade *superveniente, parcial, temporária e inimputável* da obrigação do locatário de ceder o uso de imóvel em estado apto a atingir o fim a que se destina (MARTINS-COSTA, 2020; TERRA, 2020; TEPEDINO, OLIVA e DIAS, 2020). Retomando as locações em *shopping centers*, para investigar se a proibição das atividades que os lojistas desempenhariam no imóvel configuraria, em tese, impossibilidade superveniente, há

que se delimitar o *resultado definidor* da prestação de transferir a posse direta bem em estado a servir para o uso a que se destina. Em outras palavras, necessário se faz compreender o “resultado que deve ser causado pelo devedor” para que se considere cumprida a obrigação.

De acordo com Venosa (2014, pp. 120-123), “o estado do imóvel é importante para fixar a possibilidade de sua correta destinação”, de modo que “um imóvel destinado à habitação deve ser idôneo para a moradia, assim como um imóvel destinado ao comércio deve permitir a mercância”. Assim, verificando-se “situação no imóvel entregue, que impossibilite ou dificulte seu uso [...] o locador deve, se for o caso, fazer as reformas necessárias para atender o que colocou no contrato”.

Observa Souza (2017, p. 208), que, em se tratando de locação não residencial (comercial ou industrial), é “preciso, ainda, que no local sejam toleradas tais atividades, para que o locatário as possa exercer normalmente”.

Para Pereira (2018, v. 3, pp. 303-305), à vista do “objetivo conceitual, que é proporcionar ao locatário a utilização da coisa”, constitui “dever fundamental do locador [...] responder pela sua aptidão para ser utilizada” e “mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato”, o que “envolve, naturalmente, a questão das *reparações* na coisa, durante a locação, em razão das deteriorações e estragos que possa sofrer”.

Gomes (2009, v. 3, pp. 358-360) aponta que, para que se considere a coisa em estado de servir ao uso para que foi locada, “exige-se que esteja em bom estado de conservação”, não apresentando “defeitos que diminuam sua utilidade”. Quanto à obrigação de manter a coisa em estado de servir à destinação, implica “fazer os reparos necessários” e “conservá-la nas condições indispensáveis ao seu uso, de modo a possibilitar ao locatário o normal exercício do seu direito”.

Consoante Scavone Junior e Peres (2017, pp. 59-61), o dever do locador consiste em “prover o imóvel de condições estruturais básicas que permitam a regular ocupação e exploração pretendida pelo locatário”, o que, na visão dos autores, abrangeria a entrega do “Habite-se” e do Auto de Vistoria emitido pelo Corpo de Bombeiros, de modo a possibilitar que o locatário tenha “condições de providenciar a licença de funcionamento para o regular exercício de suas atividades no local”, considerando-se, com isso, que o locador teria entregue o imóvel “regular e apto à ocupação pelo locatário”.

Depreende-se que o *resultado definidor* da prestação consiste na prática, pelo locador, dos atos necessários para assegurar que o imóvel satisfaça todas as condições físicas e jurídicas que configuram a aptidão para que determinada atividade possa ser exercida em seu interior, não respondendo o devedor por eventuais proibições ou restrições que não guardem relação com a situação do imóvel ou com o seu estado.

As restrições impostas ao poder público ao funcionamento de atividades de comércio e serviços consideradas não essenciais instaladas em *shopping centers* não atingiram o *substrato* da prestação compreendido em seu sentido *objetivo*, enquanto “circunstâncias relativas [...] ao objeto/bens envolvidos no cumprimento da prestação” (COGO, 2021).

Pondera-se que os atos normativos visando à contenção do alastramento da pandemia não alteraram a situação do imóvel ou a sua aptidão para abrigar atividade empresarial, permanecendo possível a prestação do locador de assegurar que o imóvel siga preenchendo as condições físicas e jurídicas necessárias para tanto. Acredita-se, pois, que tais medidas recaíram sobre o *fim* do contrato, obstando seu atingimento, a despeito da possibilidade de cumprimento das prestações de parte a parte.

Dessarte, na hipótese analisada, não se configura a impossibilidade superveniente da prestação. Insta, enfim, examinar a aplicabilidade, em tese, da *frustração do fim do contrato*, por meio dos critérios estudados no capítulo antecedente, ressaltando-se, desde logo, a necessidade da aferição dos requisitos de acordo com as circunstâncias concretas para escorreita qualificação jurídica *in casu*.

De início, trata-se de contrato bilateral, oneroso (portanto, de cunho patrimonial), comutativo e de duração (Gomes, 2009, v. 3, p. 333). Plausível, assim, a constatação da *frustração do fim* no curso da execução.

É preciso conferir se o *fim* integra o conteúdo do negócio. Em atenção a Cogo (2021), deve-se partir do contrato. Nesse ponto, conforme observa Schreiber (2020, p. 11), a “própria estrutura do contrato envolve a premissa comum de funcionamento e até de configuração interna do empreendimento (*tenant mix*), compartilhada de modo expresso entre os contratantes”, no contrato que regula a locação e/ou nos demais instrumentos coligados.

Caso a finalidade não resulte expressamente indicada no contrato, ainda é possível interpretar as circunstâncias do caso concreto. Podem constituir indicativos, dentro do critério do “preço”, a pactuação de remuneração na forma de percentual do

faturamento do lojista ou, ainda, a constatação de diferença entre o valor do aluguel mínimo e os valores de mercado para locação de imóveis comerciais não inseridos no contexto de um *shopping center*.

Pode-se avaliar, igualmente, se, considerando os usos e costumes que moldam a normalidade de contratações congêneres, a finalidade integra o seu conteúdo.

Outro recurso disponível é a análise do tipo contratual. Esse fator corrobora a integração do fim ao conteúdo do contrato, sobretudo porque a legislação instituiu modalidade “não residencial”, em que o imóvel se destina à utilização, pelo locatário, para o exercício de atividade empresarial. Além disso, a lei consagra direito à renovação do contrato, aplicável às locações não residenciais, o qual é condicionado à exploração de ininterrupta de atividade empresarial no imóvel⁸⁰. Estabelece, ainda, obrigações, para o locador, de entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina e de manter, durante a locação, o destino do imóvel.

Quanto à perda do sentido ou da razão de ser do contrato em decorrência da impossibilidade superveniente de se atingir seu *fim*, sua demonstração revela-se perfeitamente possível. Considerando as restrições impostas pelo poder público, supõe-se, razoavelmente, que o *fim* comum – traduzido no funcionamento de determinado negócio em um *shopping center*, na sua agregação ao *tenant mix* e nos ganhos provenientes da exploração dessa estrutura – teria se tornado inalcançável, ainda que parcial e temporariamente, esvaziando de sentido o contrato. De todo modo, impõe-se a aferição *in casu*.

Por resultar de determinação do poder público, justificando-se em razão do contexto pandêmico, a proibição do funcionamento configura evento alheio à atuação culposa dos contratantes. Há, no entanto, que se verificar, em concreto, se o evento integrava ou não a áleada contratação. Assim, incumbe “analisar as previsões contratuais para avaliar se as partes predispuseram uma disciplina a ser aplicada para a alteração de circunstâncias”, de modo que, “havendo previsão expressa, deve ela ser seguida, salvo se houver alguma razão que justifique sua não aplicação” (COGO, 2020, p. 78).

Outrossim deve-se avaliar, em concreto, se as restrições representaram, para os contratantes, fato “que razoavelmente – segundo um *standart* de comportamento probado, leal e honesto – não se podia esperar” (COGO, 2021), o que não parece infactível,

tratando-se de desdobramento de uma pandemia global.

Por fim, cabe apurar a existência de mora de ambos os contratantes. Nada obstante, é possível que o contratante em mora consiga comprovar “que a finalidade se perderia ainda queno estivesse em mora” (COGO, 2021), o que, salvo melhor juízo, ensejaria a aplicação do instituto apesar da mora, conquanto presentes todos os demais requisitos.

3.2.2 Aplicação de remédios

Nos casos em que as determinações do poder público restringindo o funcionamento de *shopping centers* em razão da pandemia de Covid-19 houverem ocasionado a *frustração do fimdo contrato* em caráter *total e definitivo*, preenchidos todos os requisitos para sua aplicação, a consequência jurídica é o reconhecimento da ineficácia extintiva *ipso iure*. Opera-se efeito liberatório em relação às obrigações pendentes e mantêm-se firmes as que hajam sido cumpridas (MARINHO, 2020).

Nesse cenário, incide efeito restitutivo em relação a eventuais pagamentos realizados anteriormente à alteração de circunstâncias sem que o devedor tenha recebido a respectiva contraprestação (MARINHO, 2020). À guisa de exemplo: pagamento da cota única do IPTU e os eventuais pagamentos antecipados de cotas relacionadas à conservação do imóvel, serviços, fundo de promoções, etc., que devem ser restituídos proporcionalmente ao período aproveitado ou à contraprestação percebida.

Ademais, eventuais despesas incorridas para o cumprimento do contrato e não convertidas para a sua execução, conquanto não possam ser revertidas para o cumprimento de demais contratos, constituem prejuízos a serem repartidos equitativamente entre os contratantes, “evitando-se imputar exclusivamente a uma das partes o ônus da frustração do fimdo contrato” (MARINHO, 2020, pp. 121-122). À vista das locações em *shopping center*, acredita-se que dificilmente existirão investimentos por parte do locador que não possam ser direcionados para outras contratações. De qualquer maneira, a avaliação casuística é indispensável à correta aplicação do instituto e à produção dos seus efeitos.

Diante desses efeitos, Cogo (2021) sugere a instituição de um sistema de créditos e débitos entre credor e devedor, considerando valores porventura devidos a título de a) restituição de pagamentos que não tiveram contraprestação; e b) repartição de

prejuízos correspondentes a despesas preparatórias não convertidas para o cumprimento do contrato, que não possam ser aproveitadas para outras contratações.

Se, por outro lado, os impactos das medidas de contenção à pandemia houverem resultada na *frustração do fim do contrato* em caráter *temporário*, subsistindo interesse dos contratantes e sendo viável a manutenção do contrato, salienta Schreiber (2020, p. 9) que “compete ao magistrado avaliar se a frustração foi integral ou parcial”.

Isso porque, segundo Schreiber (2020, p. 9), a finalidade de exploração econômica “abrange não apenas o recebimento do público e a realização das vendas, mas também outros aspectos, como armazenamentos de mercadorias, que podem ser íntegros mesmo com o impedimento ao comércio em si”. Assim, “a frustração integral implica a supressão da eficácia do contrato”, enquanto “na frustração parcial, essa supressão é igualmente parcial, mantendo-se, em parte, as obrigações do contratante”. Para Cogo (2021), “um negócio jurídico pode ter múltiplas finalidades comuns aos contratantes”, de modo que, “frustrando-se apenas parte delas e sendo divisíveis as obrigações e o próprio contrato, poderia fazer sentido manter o negócio jurídico na parte não atingida pela frustração”.

Um olhar mais atento para as proposições justapostas permite concluir que, conquanto um autor conceba a frustração *parcial* sob perspectiva de uma única *finalidade* em seus diversos matizes, o outro parte da noção de uma pluralidade de finalidades que, congregadas, refletem-se no conteúdo do contrato. Por uma ou outra perspectiva, infere-se que a *frustração do fim do contrato parcial* acarreta a supressão parcial da sua eficácia, prescrevendo que se delimite em que extensão cada aspecto do *fim* restou inalcançável ou que se identifique quais finalidades comuns às partes se tornaram inalcançáveis e em que grau.

Se *temporária e total a frustração do fim do contrato*, de acordo com Cogo (2021), tem lugar a suspensão da exigibilidade das prestações, “como se o contrato permanecesse em *stand-by* pelo período de duração dos efeitos da pandemia”, situação que imporia a negociação pelas partes ou análise “caso a caso pelo julgador de forma a reestabelecer o sinalagma”. Salienta o autor, que a repartição dos custos incorridos durante a suspensão do contrato visando assegurar o atingimento do *fim* no futuro deve ser objeto de acertamento entre as partes, de modo que, inexistindo acordo, a alternativa seria a resolução do contrato sem penalidades.

Revela-se verdadeiro desafio a construção de solução para o problema diante da

inexistência de disciplina legal. No âmbito de eventual discussão judicial com fundamento na frustração *temporária* do contrato, a questão não pode ser deixada de lado, reservando-se ao julgador o importante papel de auxiliar as partes a alcançarem bons termos, privilegiando soluções negociadas. Persistindo a divergência, se ainda for viável e do interesse das partes a manutenção do contrato, pensa-se que a solução, em última instância, resultante de intervenção do juiz, deve, em conformidade com o quanto exposto relativamente às despesas preparatórias, seguir o viés da repartição dos custos.

Se *temporária e parcial a frustração do fim do contrato*, na percepção de Cogo (2021) e Schreiber (2020) o remédio aplicável seria a revisão contratual. Nesse caso, conforme exposto, a supressão da eficácia seria, igualmente, *parcial*. Contudo, como bem acentua Schreiber (2020,

p. 9) considera-se inconcebível qualquer sorte de incursão na esfera econômica particular do locador “para avaliar seu faturamento, suas receitas gerais, sua margem de lucro etc.”. Assim sendo, a medida da supressão da eficácia – leia-se, redução de contraprestações – deve corresponder à “exata medida em que o contrato foi juridicamente afetado, sendo certo que nosso ordenamento não confere poderes ao juiz estatal ou ao árbitro para determinar a porção de rendimentos que considera ‘justa’”.

CONCLUSÃO

Os *shopping centers* adquiriram notória relevância na economia nacional. Sua implementação demanda planejamento que envolve estudos mercadológicos e de viabilidade, escolha do local para sua instalação e definição dos ramos de negócio que serão explorados em abrigo da sua estrutura. Conforme observado, o traço que constitui a essência dos empreendimentos de *shopping center* – distinguindo-os de uma loja qualquer ou de um conjunto de lojas disposto num centro comercial qualquer – é a atuação enquanto conjunto uniforme e perenemente, sob administração única e centralizada, direcionado à potencialização da atratividade e da lucratividade, em proveito da coletividade de lojistas.

Verificou-se que, da perspectiva do empreendedor, organiza-se, normalmente, sob o regime jurídico de sociedade ou de compropriedade; e, da perspectiva da relação entre empreendedor e lojista, estrutura-se por meio de relação jurídica contratual que tem

por objetivo principal a transferência onerosa da posse direta do espaço-loja, e que é situada num feixe integrado por diferentes tipos de avenças coligadas entre si, notadamente: contrato de locação não residencial, normas gerais e complementares, estatuto da associação de lojistas e, eventualmente, convenção de condomínio edilício.

Nesse contexto, para além da transferência onerosa da posse direta do espaço-loja, integram essa relação elementos peculiares à racionalidade econômica do empreendimento, que excedem o escopo de locações tradicionais, a exemplo do *tenant mix* e suas vicissitudes, o fundo de promoções, a utilização dos espaços comuns do centro comercial, os serviços de administração da estrutura dos *shopping centers* prestados pelo empreendedor (o que inclui assegurar segurança, limpeza e conservação do imóvel), os interesses da coletividade de lojistas, o viés cooperativo, o rateio de despesas, etc.

Ao se analisar os institutos jurídicos pertinentes a situações de perturbação ao programa contratual, constatou-se que a impossibilidade incide sobre a prestação e implica a insuscetibilidade da sua realização. Sendo *superveniente*, deve ser *absoluta*, podendo ser *física* ou *jurídica*, *imputável* ou *não imputável* ao devedor, *total* ou *parcial*, *definitiva* ou *temporária*. Apesar da ausência de disciplina no regime geral do Código Civil, a doutrina identifica hipóteses em que a impossibilidade é *parcial* e/ou *temporária* e, sob a perspectiva remedial, recorrem à aplicação, por analogia, de normas que tratam da *deterioração* e/ou normas próprias

do regime de tipos contratuais em espécie. Como se pôde perceber, o regime geral da impossibilidade, no tocante aos efeitos, institui paradigma binário e pouco flexível de atribuição de risco, fundado nas premissas de que a coisa perca para o proprietário e de que os riscos relacionados à prestação recaem sobre o devedor e aqueles relacionados à sua utilização, recaem sobre o credor.

O desequilíbrio superveniente, por seu turno, consiste no rompimento da proporcionalidade objetiva entre o valor da prestação e o da respectiva contraprestação ou, ainda, na manifesta desproporção entre o valor da prestação no momento da execução do contrato em relação ao que possuía no momento da sua celebração. Para os casos de desequilíbrio, de modo geral, cabe a resolução contratual por onerosidade excessiva, nos termos do artigo 478 do Código Civil, sustentando a doutrina a

interpretação sistemática e teleológica dos referidos dispositivos combinados com o artigo 317, a autorizar, também, para essas hipóteses, a revisão contratual, observados os respectivos pressupostos e requisitos.

Em relação as locações imobiliárias urbanas, a Lei nº 8.245/91 institui o direito à revisão do contrato nos termos do artigo 19, cuja aplicabilidade encontra limitação de caráter temporal. Nada obstante, parece ter ganhado força, nos âmbitos da doutrina e dos tribunais, tese consentânea ao pleito de resolução ou revisão de contratos de locação imobiliária urbana, a qualquer tempo, na hipótese de desequilíbrio superveniente provocado por fato imprevisível e/ou extraordinário, com fundamento nos artigos 317 e 478 do Código Civil.

A frustração do fim do contrato possui aplicação residual e corresponde à hipótese em que, por força de evento superveniente, imputável às partes, não compreendido na álea contratual e cuja ocorrência as partes não poderiam razoavelmente esperar, o *fim* – resultado prático que as partes pretendem extrair do contrato ou efeitos que os efeitos do negócio jurídico gerarão – torna-se inalcançável, esvaziando de sentido a contratação, a despeito de as prestações permanecem plenamente possíveis. Tem por efeito a ineficácia *ipso iure* do contrato, que poder ser *definitiva* ou *temporária*. A doutrina reconhece que a frustração *temporária* do fim do contrato pode ser *total*, que conduziria à suspensão da a execução do contrato até que seja possível o atingimento da *finalidade*; ou *parcial*, que ensejaria revisão contratual.

REFERÊNCIAS

ABELHA, André. Quatro impactos da covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta. **Migalhas**, 27.abr.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/325495/quatro-impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos--seus-fundamentos-e-outras-figuras--precisamos--urgentemente--enxergar-a-floresta>. Acesso em: 07.jun.2022.

ABRASCE. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Definições e Convenções**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/definicoes-e-convencoes/> . Acesso em: 14.jan.2023.

_____. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Números do Setor**.

Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 05.jan.2023.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**.

– Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. – 10. ed. revista e modificada – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ANDRADE JR., Luiz Carlos de. Covid-19: impactos do fechamento do comércio sobre os alugueis. **Conjur**, São Paulo, 16 abr. 2020. Disponível em:

[https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/direito-civil-atual-covid-19-impactos-fechamento-comercio-alugueis#:~:text=No%20contexto%20da%20pandemia%20de%20Covid-19%2C%20os%20locat%C3%A1rios%20comerciais,concretiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20f%C3%B3rmula%20abstrata\)%2C%20se](https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/direito-civil-atual-covid-19-impactos-fechamento-comercio-alugueis#:~:text=No%20contexto%20da%20pandemia%20de%20Covid-19%2C%20os%20locat%C3%A1rios%20comerciais,concretiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20f%C3%B3rmula%20abstrata)%2C%20se). Acesso em: 22.jun.2022.

AZEVEDO, Fábio. Sem shopping, sem aluguel: covid-19 e alocação de risco. **Migalhas**, 13.abr.2020. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/324393/sem-shopping--sem-aluguel--covid-19-e-alocacao-de-risco>. Acesso em: 07.jun.2022.

BARBARESCO, Marcelo. Shopping center. *In*: BORGES, Marcus Vinícios Motter. **Curso de direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 708-740.

BENETTI, Giovanna. **Dilemas em tempos de pandemia**: o que fazer com os contratos de locação comercial e em shopping center? **Migalhas**, 06.mai.2020.

Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/326224/dilemas-em-tempos-de-pandemia--o-que-fazer-com-os-contratos-de-locacao-comercial-e-em-shopping-center>. Acesso em: 07.jun.2022.

BOLETIM CIELO EXCLUSIVO: **Impacto do COVID-19 no Varejo Brasileiro.**
Cielo, 03.nov.2020. Disponível em: <https://www.cielo.com.br/boletim-cielo-varejo>.
Acesso em 07.jun.2022.

BRASIL. **Lei n. 8.245, 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanose os procedimentos a elas pertinentes. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.