

INTRODUÇÃO

Neste trabalho será discutido a diferença entre as locações comerciais padrão e de shopping center, sendo explicitado algumas especificidades, como o aluguel proporcional, as luvas e principalmente trazer à tona o tema tão controvertido da cláusula de raio, realizando uma breve comparação com a estrutura jurídica voltada ao tema em Portugal e Estados Unidos.

Com isto, o estudo se elucida através da leitura da lei 8245 e as peculiaridades que devem conter em um contrato de locação em shopping center, para ao final concluir que o shopping possui especificações bem diferentes do ponto comercial comum, devendo assim, se ter uma sensibilidade maior ao interpretar estes contratos de locação

1. Da locação em shopping center no Brasil

1.1 Da liberdade de contratar

O contrato é a mais importante fonte de obrigação, possuindo diversas formas com diversos resultados que possam advir dele no mundo jurídico.

Sendo assim, tal instituto, é fonte do direito obrigacional, pois este lhe dá origem, tanto que o próprio Código Civil de 2002 considera como geradores de obrigação: 1) o contrato, 2) as declarações unilaterais da vontade e 3) os atos ilícitos, dolosos e culposos.

A liberdade de contratar, remete ao direito que o indivíduo tem de poder celebrar contratos, desde que gozando da sua capacidade civil plena.

Segundo os ensinamentos de Caio Mario¹, o fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica, Clóvis Bevilacqua² conceitua como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”, valendo-se em regra para esse tipo de contrato, o *pacta sunt servanda*.

O contrato de locação, que é uma das espécies de contrato, é o instrumento que contém as regras básicas da locação, negociadas entre o empreendedor e o lojista. No mesmo, serão qualificadas as partes, especificando ainda o espaço comercial objeto da locação, o prazo de vigência, as obrigações elementares – tais como a de pagar o aluguel e os encargos da locação-, estabelece o aluguel percentual, fixa o valor do aluguel mínimo mensal e o mês em que será devido em dobro, define se o locatário prestará garantia locatícia e qual será esta, dentre outras cláusulas que serão explicitadas a frente.

O Conceito da liberdade contratual, que possui como escopo legal, o art.421 e 425 do Código Civil, possui como pilar principal, o princípio da autonomia da vontade, que para Carlos

¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva, instituições de direito civil. 11. Ed. atual. Por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.III, p.7

² BEVILAQUA, Clóvis, Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 8. Ed. São Paulo, 1950, v. IV, obs. 1 ao art. 1079.

Roberto Gonçalves³, tal princípio “se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”

O instrumento de normas gerais regedoras da locação em shopping center deve conter o completo detalhamento das regras de cessão, instalação, ocupação, funcionamento e restituição dos espaços comerciais do shopping center.

São normas gerais que costumam figurar neste tipo de contrato:

- Os procedimentos relacionados a apresentação e aprovação de projetos para a estruturação física de cada espaço comercial, comumente subordinando a execução dos projetos a previa aprovação do empreendedor, para preservar a unidade visual e estilística do shopping.

- As regras de utilização do espaço comercial como: 1) a instituição de horário obrigatório de funcionamento, constituindo infração contratual a manutenção da loja fechada fora dos horários predeterminados pelo empreendedor; 2) a obrigação de emprego das melhores técnicas de comércio, vedadas práticas contrárias a boa-fé; 3) a proibição de produção de sons ou odores que extrapolem o âmbito da loja; 4) a vedação do comércio de bens falsificados, contrabandeados ou de segunda mão; 5) a obrigatoriedade de manutenção do nome de fantasia; 6) o estabelecimento de horários de carga e descarga de mercadorias; 7) o compromisso de manutenção e modernização periódica do *layout* da loja e das vitrines; 8) a obrigação de acondicionar e utilizar adequadamente produtos inflamáveis no caso de restaurante; 9) obrigatoriedade de climatização do espaço comercial; 10) a proibição de uso total ou parcial do espaço comercial para finalidade diversa da contratada; 11) o dever de manutenção do espaço em perfeitas condições, com vitrines e letreiros ininterruptamente iluminados; proibição de alteração da numeração do espaço comercial locado; 12) a obrigação de manutenção das áreas próximas ao espaço comercial livre e desobstruídas de pessoas e coisas ligadas a atividade comercial do lojista, com o intuito de evitar tumulto ou excessivo acúmulo de pessoas.

- O detalhamento dos vencimentos, do local e modo de pagamento, assim como o critério de reajuste, e a apuração do aluguel mínimo mensal e do aluguel percentual, com mecanismos de fiscalização do faturamento da loja, para assim poder verificar com exatidão o cálculo do aluguel percentual, mediante acesso a documentos contábeis.

- Os critérios definidores do rateio, entre os lojistas das despesas comuns de interesse do shopping.

- A obrigação de pagamento das despesas específicas atribuídas a cada lojista (tais como luz, água... consumidos pelo próprio).

- As regras gerais aplicáveis a cada tipo de garantia, quando prestada pelo locatário.

- As hipóteses de rescisão contratual e as penalidades decorrentes da infração de obrigações contratuais, com fixação de multa pelo descumprimento tanto de pagamento, quanto por obrigação de fazer / não fazer.

- A atribuição, ao empreendedor, da prerrogativa de desenvolver, ampliar e alterar o *tenant mix* do empreendimento, a seu exclusivo critério, já que o shopping, tem como uma de suas características, a autonomia do empreendedor realizar tal ajustes

³ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro, v.3. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 40

- A concessão ao empreendedor, da faculdade de a qualquer momento, fazer todas as intervenções necessárias, tais quais: remanejar a atividade, interditar partes do shopping, promover expansão

Estas normas, são de suma importância para o bom funcionamento do shopping center, vez que por ser um espaço, que é administrado pelo empreendedor, este tem que ter plenos poderes organizacionais, para que sejam mantidas as características que atraem o público.

Além destas normas gerais, o shopping center possui ainda, duas figuras peculiares que não se vê em outro tipo de locação comercial, que são: o regimento interno e a associação de lojistas

O regimento interno, trata das normas de conduta que devem ser observadas no empreendimento, por todos aqueles que frequentam, sendo eles, os funcionários, lojistas, consumidores ou apenas simples passantes

A associação de lojistas não constitui elemento essencial desse tipo de contrato, porém, são criadas para arrecadação e gestão dos recursos que formam o chamado fundo de promoções coletivas, vez que são de suma importância para o funcionamento do shopping

A demais, seguir-se-á com o estudo das cláusulas específicas dos contratos de locação em shopping center

1.2. Cláusulas especiais do contrato de locação em shopping center

1.2.1 Aluguel mínimo, percentual e em dobro.

O aluguel, pra lojas em shopping center, possui um cunho diferenciado, vez que neste modelo, o aluguel não é fixo, nem corresponde a uma taxa de retorno estabelecida em função do valor venal do imóvel, como acontece comumente, com a locação em loja de rua ou centros comerciais.

Isto ocorre porque o empreendedor de shopping center, concebeu todo o projeto, investiu, construiu, organizou e opera, com o intuito de participar dos lucros do comércio praticado pelos lojistas, lucro este que ele proporcionou, mediante sua *expertise*

Sendo assim, diferentemente da locação em centros comerciais ou de rua, o empreendedor não visa apenas o rendimento pelos alugueres, mas participação no lucro auferidos por eles também, cuidando sempre para que a produtividade das lojas atinja ao máximo possível, este, é chamado de aluguel percentual.

Vale mencionar que só será devido o aluguel percentual, caso exceda o faturamento bruto, exceda o valor estipulado para o aluguel mínimo e na parte que ultrapassar

Porém, para o pagamento deste aluguel proporcional, deve-se respeitar o aluguel mínimo, ou piso, que é determinado no contrato de aluguel o montante que é considerado mínimo a ser repassado ao empreendedor.

O piso corresponde ao valor mínima que deve ser pago pelo lojista, para exercer sua atividade comercial na loja locada, que é proporcional a remuneração esperada pelo investimento feito no shopping.

Essa produtividade mínima é estabelecida, como já citado, no próprio contrato de locação, por consenso das partes, sendo assim, ambas as partes já ficam cientes da necessidade de sua produtividade mínima, este piso, é denominado como aluguel mínimo.

Esta modalidade é importante pois o volume de vendas durante o ano varia drasticamente.

É de costume, que no mês de dezembro, as lojas tenham um movimento muito superior aos outros meses, com isto, muitos contratos preveem piso dobrado em dezembro, o que equivale a dividir a produtividade anual por 13 e atribuir 1/13 a cada mês, exceto em dezembro que seria de 2/13, porem tal clausula pode prever aumento em outros meses ou estações do ano, aliviando os meses de menor movimento, este é o chamado aluguel em dobro.

Sendo assim, o que se dobra é o valor do aluguel mínimo não o percentual cobrado pelo valor excedente.

Insta salientar que já houve discussão quanto a cobrança do aluguel em dobro, porem a jurisprudência entende ser devido, desde que pactuado.

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES. COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE ("PACTA SUNT SERVANDA") E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS ("INTER ALIOS ACTA"). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro. 2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia. 3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.”

(STJ - REsp: 1409849 PR 2013/0342057-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 26/04/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/05/2016)

1.2.2 Cláusula de Raio e de exclusividade

Segundo o escritório de advocacia Lobo e Ibeas:

“Cláusulas de raio são aquelas pelas quais o locatário de um espaço comercial, se obriga, perante o locador, a não exercer atividade similar praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância daquele imóvel”⁴

Esta cláusula varia muito a cada contrato, em alguns casos, a limitação se dá exclusivamente as partes contratantes, outras se estendem a sociedades sujeitas a um mesmo controle. O tamanho da abrangência do raio varia muito também em função do tipo de empreendimento, da localidade do imóvel etc.

Insta salientar, que tal cláusula é comumente utilizada em outros países também, não somente no Brasil, tendo inclusive relatos, de seu surgimento nos primeiros shoppings criados nos estados unidos, na década de 50.

As cláusulas de raio foram incluídas nos contratos de locação, como um sistema de proteção dos empreendedores para proteger a integridade do aluguel percentual, vez que haveria a possibilidade de desvio de faturamento pelo lojista para outro estabelecimento pertencente ao mesmo comerciante, que pudesse desviar clientes do shopping center.

A cláusula de exclusividade estabelece restrições a que o lojista inaugure estabelecimento similar em outros shopping centers, independentemente de sua distância.

Estas cláusulas, servem não só para garantir o recebimento do aluguel percentual, mas também para evitar que haja desvio de clientela, o qual poderia causar um dano, se caso fosse feito por uma loja âncora, a todos os outros lojistas que dependeriam deste público, preservando assim também o *tenant mix*.

Este sistema objetiva ainda estimular e atrair as grandes lojas âncoras, tanto quanto os pequenos comerciantes, visto que se aproveitam de uma parcela do público, de promoções dos estabelecimentos e das demais atrações do shopping, atraídos pelo empreendimento

Insta salientar, que tais cláusulas devem ser objetos de algumas cautelas para que não sejam consideradas abusivas, pois tais limitações devem ser razoáveis, tomando o cuidado de não infringir as normas de defesa da concorrência aplicáveis (lei 8.884/94).

1.2.3 Fundo de promoções e comercio

O fundo de promoções se caracteriza por ser uma ferramenta da gestão dos shopping centers, destinando-se ao financiamento da chamada publicidade institucional, sem vinculação a determinado varejista, mas ao complexo de lojas.

A contribuição para o fundo de promoções deve constarem um dos instrumentos contratuais, podendo ser prevista: a) nas regras de associação dos lojistas, b) como verba a ser

⁴ LOBO E IBEAS Advogados, Aspectos jurídicos em shopping centers, 1. Ed. São Paulo: Abrasce, 2011. P. 87

manejada pela gestora do empreendimento, c) como receita da locação ou d) como simples item das despesas rateáveis

Quanto ao fundo de comercio, esse se caracteriza como sendo a universalidade de bens e valores, corpóreos e incorpóreos, que dá conteúdo e razão de ser ao empreendimento comercial no seu amplo sentido

Este fundo, segundo Jose da Silva, abrange “todos os elementos condutores do desenvolvimento de uma atividade comercial ou mesmo industrial, sejam os materiais, como o local do negócio e suas instalações, sejam os imateriais, como o nome, a marca, expressões e sinais de propaganda etc.”⁵, a doutrina ressalta ainda, o elemento do ponto comercial, que apesar de ser figurativamente o local onde se exerce a atividade empresarial, é caracterizado como um elemento imaterial, e merece destaque pois ele depende de um número maior ou menor do fluxo de clientes

Outro elemento constitutivo do fundo de comercio que merece destaque é a clientela, este para a doutrina é o principal elemento, pois o objetivo de todos os outros elementos é atingir o maior número de clientes possíveis para viabilizar seu negócio

Ao abordar o elemento clientela como valor comercial, a doutrina entende que deve se subtrair as atividades que simplesmente sobrevivem de outras, como por exemplo as cantinas de colégio, pois o consumidor não se dirige especificamente a ela, pertencendo estes clientes ao estabelecimento abrigador, sendo assim, o legislador não pretendeu proteger estes pontos comerciais

Ressalta-se que aqueles consumidores que se dirigem ao shopping center, ainda que no *animus* de somente passear, levam na mente a possibilidade de eventualmente consumir algo, algo que difere drasticamente da atividade anteriormente citada, posto que o objetivo principal do aluno ao comparecer no colégio, não o faz com o intuito de consumir algo na cantina, muito menos, iria somente para isso.

Muito se discutiu na jurisprudência se haveria dois fundos de comercio, um pertencendo ao shopping center e outro ao lojista, Ives Gandra por exemplo, considerou que esses dois fundos se unem em um sobre fundo de dupla titularidade.

Caio Mario, por sua vez entendia que: “dentro do shopping center há essa duplicidade de conceito de fundo de comercio. É fundo de comercio o global do shopping, como o é também aquele que é construído pelo usuário”⁶

Em aspectos gerais, a doutrina majoritária conceitua-o como um fundo global e um específico, admitindo-se a possibilidade de que ambas as partes somem suas contribuições.

Isto se conclui, vez que o cliente, escolhe aquele shopping (plano genérico), para realizar o ato de comprar, neste momento se torna um fato gerador do fundo de comercio do shopping center, pois foi atraído por todos os elementos que aquele shopping pode lhe proporcionar, devendo-se ressaltar que embora haja a escolha do shopping, há também a da loja (plano específico), havendo essas duas participações.

A própria jurisprudência aceita como existente o fundo de comercio por parte do locador, como pode-se avaliar:

⁵ MAQUIEIRA, José da Silva, Direito imobiliário, São Paulo: Atlas, 2015, pag. 221

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva, aspectos jurídicos do shopping center. São Paulo: RT, 1984, p.17.

APELAÇÃO – AÇÃO RENOVATÓRIA – LOCAÇÃO – SHOPPING CENTER – Ampla possibilidade de discussão de cláusulas contratuais em sede de ação renovatória, entendimento que melhor se adequa aos postulados processuais da economia e celeridade, bem como à proteção que a Lei de Locações visa a conferir ao fundo de comércio do locatário comercial – Cláusula de exclusividade em determinado raio fixado pelas partes – Possibilidade – Ausência de qualquer abusividade a ser declarada pelo Judiciário, cujo papel, nesse tipo de relação comercial, é, em princípio, o do respeito à autonomia da vontade (art. 54 da Lei de Locações)– Inexistência de motivos a justificar a intervenção judicial no conteúdo negocial pactuado – "Suppressio" não configurada pela simples omissão do Shopping em deixar de apontar o inadimplemento antes – Lapso temporal não significativo e compreensão, à luz do contexto da relação jurídica das partes, do porquê da ausência de denúncia do contrato anteriormente – Impossibilidade de as particularidades do caso permitirem à autora que criasse legítima expectativa de que o direito não seria exercido – Negado provimento.

(TJ-SP - APL: 11302657920148260100 SP 1130265-79.2014.8.26.0100, Relator: Hugo Crepaldi, Data de Julgamento: 14/07/2016, 25a Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/07/2016)

1.2.4 luvas e *res sperata*

Res sperata é uma verba paga pelo lojista quando do seu ingresso no shopping center, tal valor se desprende dos valores devidos a título de alugueres e demais encargos da locação, pode estar descrita no próprio contrato de locação, ou comumente visto, como sendo um documento em apartado

Porem existem muitos conceitos que dizem respeito a sua natureza, para alguns, se trata da remuneração que a lojista paga pela “coisa esperada”, para outros a *res sperata* remunera o trabalho desenvolvido pelo empreendedor na construção, concepção, estruturação organização e divulgação do shopping center.

Caio Mario entende que a clausula nada mais é que “direito de reserva de localização ou garantia de entrega do local, como contraprestação pelos benefícios do futuro shopping center”⁷

Fato é, que a *res sperata* é um valor pago pelo lojista para poder ingressar no time de empresários que compõe o *tenant mix* escolhido para determinado shopping, usufruindo do fundo de comercio formado e gerido pelo empreendedor.

Deve-se nesse ponto diferir a *res sperata* das luvas pois muitos confundem os dois institutos.

As luvas são consideradas como um adiantamento do aluguel, algo que é também discutido no judiciário, visando a questionar sua validade. A *res sperata* definitivamente não tem natureza

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Shopping centers: organização econômica e disciplina jurídica. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. **Shopping centers: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 76.

antecipatória de alugueres ou outras verbas contratuais, sendo pacífico no judiciário a plena validade de tal instituto como passamos a ver no seguinte julgado:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. LOCAÇÃO. SHOPPING CENTER. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ART. 739-A CPC. PLANILHA DE CÁLCULOS. NÃO DEMONSTRADO. RES SPERATA. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE. INADIMPLEMENTO. CONDIÇÕES LIVREMENTE PACTUADAS. ART. 54 DA LEI 8.245/91. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. 1 Não trazendo aos autos a planilha de cálculo, o embargante deixa de observar o comando previsto no § 5º do artigo 739-A do Código de Processo Civil, o qual preconiza que se a parte fundamenta seus embargos em excesso de execução, fica obrigado a declarar o valor que entende correto, apresentando a devida memória de cálculo. 2 Consoante o disposto no artigo 54 da Lei de Locações (Lei 8.245/91), 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 A obrigação de cumprir com o pagamento da res sperata decorre de expressa previsão contratual, de forma que o insucesso nas atividades comerciais não isenta de observar com o que foi celebrado contratualmente. 4. Apelo conhecido e desprovido. Sentença mantida.

(TJ-DF - APC: 20120111151413 DF 0032219-77.2012.8.07.0001, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 21/01/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/02/2015 . Pág.: 200)

1.2.5 Rateio de despesas

Para abrir este tópico, necessita-se falar sobre despesas de condomínio e condomínio edilício, vez que tais conceitos serão necessários para a diferenciação entre estas e o rateio de despesas em shopping center.

Em regra geral, as despesas passíveis de rateio entre os lojistas não se limitam aquelas incorridas na conservação e manutenção de partes e coisas comuns de prédios que são regidos pelo instituto do condomínio edilício.

Segundo o Lobo e Ibeas advogados, condomínio edilício é:

“aquele instituído sobre a generalidade dos prédios residenciais ou comerciais das cidades brasileiras, nos quais coexistem, em uma mesma edificação, as unidades autônomas de propriedade exclusiva de cada condômino (os apartamentos, lojas ou salas comerciais) e áreas e coisas comuns a todos os condôminos”⁸

⁸ LOBO E IBEAS Advogados, Aspectos jurídicos em shopping centers, 1. Ed. São Paulo: Abrasce, 2011. P. 79

É neste regime condominial que surgem as denominadas despesas condominiais, as quais, nas locações comuns, são divididas entre as despesas que podem ser repassadas aos locatários (despesas ordinárias) e as que devem ser suportadas pelo locador (despesas extraordinárias).

Pela inteligência do art.22, inciso X da lei 8245, caberia ao locador o pagamento das despesas extraordinárias, que dentre elas seriam:

a) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas; c) obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício; d) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação; e) instalação de equipamento de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer; f) despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum; g) constituição de fundo de reserva.

Despesas extraordinárias são aquelas “que fogem ao previsível, e que não estejam elencadas no orçamento do condomínio, aprovado pelos condôminos, quando da assembleia geral. Decorrem, em geral, de casos fortuitos, ou da necessidade de reparar danos imprevistos”⁹

É justo que tais despesas recaiam sobre o locador, vez que são despesas mais elevadas e também, porque se referem a conservação do imóvel, o que se reverte em seu benefício próprio.

O art. 23 da mesma lei, em seu inciso XII, define que cabe ao locatário pagar as despesas ordinárias, sendo elas: a) salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio; b) consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum; dentre outras.

Por despesas ordinárias, a própria lei define como sendo as despesas necessárias a administração respectiva.

Retornando ao rateio de despesas, insta salientar que as relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, nem sempre se enquadram nesse conceito, posto que, o shopping center não necessita ser organizado na forma de condomínio edilício, sendo encontrada diversas formas de estruturação, como por exemplo: I) podem não adotar um condomínio em unidades autônomas, funcionando como um único imóvel, mas dividido em lojas, áreas comuns, praça de alimentação... de propriedade exclusiva do empreendedor, ou de coempreendedores em condomínio voluntário; II) existem outros que embora organizem na forma de condomínio edilício, mas organizados de maneira peculiar.

Porém, independentemente de ser considerado condomínio edilício ou não, vale o princípio da autonomia da vontade nestes casos, sendo assim, possível em sede de contrato, organizar qual despesa caberá a cada um, com a ressalva do art.54 §1 da lei 8245, que define todas as despesas que não podem ser rateáveis, com base no entendimento do escritório Lobo e Ibeas

Reconhecendo e respeitando as peculiaridades do negócio shopping center, a legislação instituiu o regime da ampla liberdade de contratar (...), assim consagrando a soberania da autonomia da vontade, também no que

⁹ SOUZA, Sylvio Capanema de, **A lei do inquilinato comentada**, Rio de Janeiro, 10a ed. Ver. Atual. E ampl: Forense, 2017, pag.132

tange ao rateio de despesas relacionadas ao funcionamento do empreendimento¹⁰

Sendo assim, todas as despesas que não estiverem elencadas no art.51, §1 da lei 8245 e que digam respeito a operação do shopping poderão ser rateadas, sendo elas despesas condominiais ou não.

2. Aspectos do direito comparado face a legislação brasileira

2.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, as locações num contexto geral, não existe lei específica, são as normas gerais que regulam a matéria.

As normas sobre locação em geral conferem proteções especiais aos locatários, como o direito de ser notificado em caso de descumprimento de cláusula contratual, conferência de prazo para sanar as infrações, dentre outras.

Ao locatário de espaço em shopping center não são conferidos direitos especiais

2.2 Portugal

Em Portugal, como aqui no Brasil, considera-se que a locação em shopping center é um contrato de locação, porém inominado (ou atípico), muito embora o contrato de locação comum, aqueles que fazem parte dos contratos nominados, seja regido pelos Arts.1022 a 1063 do Código Civil, bem como pela lei 6/2006 (lei de locações urbanas) que prevê a aprovação de lei específica para as instalações em shopping center.

O interesse da distinção entre contratos nominados e inominados está em que os primeiros, ao contrário dos segundos, possuem disciplina legal própria. Os contratos inominados têm de se reger pelas disposições reguladoras dos contratos em geral e, se necessário, pelas disposições (não excepcionais) dos contratos nominados com que apresentem mais forte analogia.

Muito se discute na doutrina Portuguesa, porém, como defendido por Antunes Varela, é de que tal contrato é considerado atípico ou inominado, devendo ser regulados pelas próprias cláusulas ajustadas entre as partes, em respeito à liberdade de contratar, ressalta-se que este posicionamento é o defendido pelo Superior Tribunal de Justiça Português.

Neste aspecto, Antunes Varela defende que: “o contrato de instalação do lojista no centro integra, de facto, o utente num conjunto organizado de atividades capaz de lhe proporcionar uma série de vantagens patrimoniais completamente estranhas a função econômico-social da locação de imóvel ou do estabelecimento comercial, e que nem sempre consistem numa simples prestação de serviço”¹¹

¹⁰ LOBO E IBEAS Advogados, Aspectos jurídicos em shopping centers, 1. Ed. São Paulo: Abrasce, 2011. P. 81

¹¹ ANTUNES Varela, Centros Comerciais – Shopping Centers – Natureza Jurídica dos Contratos de Instalação dos Lojistas, p.56 e ss..

Sendo assim, o contrato de locação firmado entre o empreendedor e o lojista, em centros comerciais não pode ser considerado um simples contrato de locação, nem cabe dizer que é um contrato misto de locação e prestação de serviços.

Valem-se para tanto, da liberdade contratual, imposta pelo Art.405 n.º1 do Código Civil: “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhe aprouver”.

Com isto, é possível inferir que os particulares na área dos contratos, podem agir por sua própria conta, e que os limites que venham a ser impostos pelas leis, constituem a exceção.

Como já citado, a jurisprudência portuguesa, entende que tal contrato é atípico ou inominado e vale a liberdade contratual, posto isto, venho a expor:

I - Resulta do n.º 1 do art. 405.º do CC a seguinte regra: os particulares, na área dos contratos, podem agir por sua própria e autónoma vontade. Os limites que a lei imponha constituem a exceção.

II - A uniformidade e constância de grande parte das necessidades que estão na génese da contratação fizeram surgir, ao longo dos tempos, modelos ou tipos de contratos que a lei acolheu desenhando em abstracto os seus contornos e efeitos, os contratos nominados. A permanente agitação da vida social e económica criou novas necessidades, levando os interessados a procurarem novas soluções contratuais, fora dos esquemas formais da lei, os contratos inominados.

III - A questão dos centros comerciais (*shopping centers*), no que concerne à natureza jurídica dos contratos de instalação dos lojistas, tem merecido da doutrina estudo cuidadoso sem que, contudo, seja unânime a sua caracterização.

IV - É, no entanto, jurisprudência dominante do STJ que, na sua grande maioria, tais contratos são inominados, não existindo razões para, no estágio actual dos estudos doutrinários e das realidades da vida jurídica, ser afastado este entendimento.

V - Trata-se de um contrato atípico ou inominado, cuja origem jurídica ainda não está directamente traçada na lei, sem que possa ser considerado um contrato de arrendamento comercial, ou uma cessão de exploração de estabelecimento comercial ou um contrato misto.

VI - A cedência de um dado espaço num centro comercial pode configurar um contrato inominado cuja regulamentação se encontra em primeiro lugar nas suas próprias cláusulas, depois nas disposições gerais e, finalmente, nas normas da figura típica mais próxima.

VII - Não compete ao STJ, em abstracto, dizer que todos os contratos celebrados no âmbito de um centro comercial são contratos atípicos ou inominados. A sua caracterização há-de decorrer das cláusulas contratuais em concreto estipuladas pelos contraentes.

VIII - A interpretação de uma declaração negocial é matéria de direito quando tenha de ser feita segundo critério ou critérios legais.

IX - Num contrato de instalação de lojista em centro comercial, formalizado por escritura pública, em que as partes inseriram cláusulas típicas do contrato de arrendamento no que se refere à duração do contrato (por um ano, prorrogável) e estabeleceram uma renda fixa sem outras prestações decorrentes da exploração comercial, remetendo a regulação dos casos não previstos para as disposições legais respeitantes ao contrato de arrendamento para o comércio ou a indústria, há que aplicar, no que diz respeito ao prazo de validade do contrato e ao pagamento das rendas, as normas atinentes ao contrato de arrendamento em primeiro lugar porque as partes assim quiseram e clausularam e secundariamente por ser este o contrato típico que lhe está mais próximo.

X - Mostra-se, por isso, lícita a resolução do contrato por falta de pagamento das rendas e justificada a condenação do lojista no pagamento das rendas vencidas e não pagas até à resolução, bem como no pagamento de igual quantia a título de indemnização desde a resolução até à efectiva entrega, nos termos do art. 1045.º, n.º 1, do CC, conforme decidiram as instâncias.

XI - O elemento fundamental do trespasse é a transmissão integral e definitiva do estabelecimento, para ser continuada a sua exploração pelo adquirente.

XII - O organizador do centro comercial não deixa de estar vinculado ao particular dever de integrar empresarialmente a loja objecto de exploração num conjunto organizado de actividades comerciais, pelo simples facto de ela ter sido trespasada e não ter sido o recorrente o primitivo contratante”

(STJ – Recurso de Revista: 6427/09.5TVL.SB.L1.S1, Relator: ORLANDO AFONSO Data de Julgamento: 20/05/2015, 7ª Secção)

Entende-se por Shopping Center ou Centro Comercial em Portugal, todo o empreendimento comercial que reúna cumulativamente os seguintes requisitos (Portaria n.º 424/85 de 5 de Julho):

- a) Possua um número mínimo de 12 estabelecimentos e uma área bruta mínima de 500 m², devendo estes na sua maior parte exercer actividades comerciais diversificadas e especializadas, de acordo com um plano previamente delineado;
- b) Todas as lojas deverão estar instaladas num único edifício ou em edifícios contíguos interligados, devendo estes possuir zonas comuns por onde prioritariamente se fará o acesso às lojas nele implantadas.
- c) O conjunto do empreendimento terá de possuir unidade de gestão, entendendo-se por esta implementação, direcção e coordenação dos serviços comuns técnico-comerciais, bem como a fiscalização do cumprimento de toda a regulamentação interna.
- d) O regime de funcionamento (abertura e encerramento) dos diversos estabelecimentos deverá ser comum, com excepção dos que, pela especificidade da sua actividade, se afastem do funcionamento usual das outras actividades instaladas.

Conforme a Associação Portuguesa de Centros Comerciais (APCC)¹², define que um Centro Comercial é um empreendimento de comércio integrado num edifício ou em edifícios contíguos, planeado, construído e gerido como uma única entidade, compreendendo unidades de comércio a retalho e áreas comuns, com um mínimo de 500 m² de Área Bruta Locável (ABL) e 12 lojas, dividindo ainda, o centro comercial em duas categorias: tradicional e especializado.

Centro Tradicional: Formato que inclui retalho indiferenciado, integrado em empreendimento fechado ou “a céu aberto”, sendo classificado segundo a sua dimensão;

1) Centro Tradicional Pequeno: Centros com dimensão compreendida entre os 5.000 m² – 19.999 m² de ABL. Estes centros podem ter Loja-Âncora Dominante, se a ABL de uma qualquer área de comércio a retalho for igual ou superior a 65% da ABL total do centro.

Centro Especializado: Formato integrado em empreendimento fechado ou a “a céu aberto”, sendo classificado segundo o tipo de retalho especializado ou outra atividade dominante e a dimensão;

1) Retail Park: Formato que inclui unidades de comércio a retalho especializado, geralmente “*big boxes*” ou “*power stores*” com acesso direto ao parque de estacionamento ou a áreas pedonais, sendo classificado segundo a sua dimensão.

2) Factory Outlet Centre: Formato que inclui unidades de comércio a retalho, de pequena e média dimensão, onde produtores e retalhistas vendem *merchandise* com desconto no preço, proveniente de stocks excedentários e/ou artigos com pequenos defeitos.

3) Centro Temático: Formato que inclui algumas unidades de retalho que concentram uma estreita, mas profunda seleção de *merchandise*, dentro de uma categoria específica de retalho especializado. Estes centros podem (ou não) ser baseados no componente de lazer. O “Centro Temático Baseado no Lazer” é desenhado e planeado com uma combinação de equipamentos de diversão/desporto/cultura, incluindo uma forte componente de restauração e bares, bem como retalho de apoio indiferenciado (*Press Centre*, Tabacaria, *merchandise* temático, etc.). São geralmente ancorados em *Multiplex* de Cinemas, *Bowling* e *Health Club*. “O Centro Temático Não Baseado no Lazer” é desenhado e planeado para servir nichos de mercado, por exemplo em áreas como a moda ou o mobiliário para a casa.

Insta salientar que em Portugal, é possível também, cobrar a *Res Sperata* que é comumente chamada de chave ou valor de ingresso e significa, nas palavras de Ana Afonso “o pagamento de uma quantia inicial, de montante elevado, a título de remuneração pelo ‘acesso à estrutura técnica adequada ao funcionamento do centro comercial, desenvolvida pela gestora do centro’ e/ou pela ‘reserva de localização da loja”¹³

¹² APCC – Associação Portuguesa de Centros Comerciais. **Centros comerciais em Portugal: evolução favorável num contexto adverso**. 2008. Disponível em <<http://www.apcc.pt/>>. Acesso em 30 julho 2016.

¹³ AFONSO, Ana Isabel da Costa. **Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. P.332

CONCLUSÃO

É inegável que o shopping center, possui um poder, deveras atrativo, vez que disponibiliza aos passantes, um ambiente climatizado, organizado, com designe chamativo, cinemas, estacionamento a disposição, um mix de lojas chamativo, boa praça de alimentação, dentre outros.

Quanto ao contrato que o rege, nota-se que na jurisprudência, houve muita divergência, quanto a sua natureza jurídica, se seria ele um contrato de adesão, locção, misto ou um contrato atípico.

Porem notou-se que tal discussão hoje não representa relevante, posto que tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem ser este um contrato de locação, já que a própria lei de locações o prevê assim.

Frisa-se que muito embora seja regido pela lei de locações, não se aplicam todas as regras de locação comuns a espaços comerciais, valem para os contratos de shopping center, a liberdade contratual, sendo valido que sejam estipuladas diversas clausulas para reger o contrato.

Sendo assim o mais importante neste tipo de contrato, se demonstra ser a liberdade contratual, já que a imposição de uma lei especifica poderia engessar esta relação.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Ana Isabel da Costa. **Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. P.332

ANTUNES VARELA, **Centros Comerciais – Shopping Centers – Natureza Jurídica dos Contratos de Instalação dos Lojistas**, p.56 e ss..

ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. **Shopping centers: aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 76.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pag. 40-1.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro**, v.3. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 40

<http://www.abrasce.com.br/> acesso em 31 de junho de 2017

<http://www.blankrome.com/sitefiles/publications/3f8d986c5a732e2e6afa0602d7bf849c.pdf>, Acesso em 1 de agosto de 2017

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/fórum>, acesso em 20 de junho de 2017

https://www.icsc.org/uploads/event_presentations/TheLeaseAndItsLanguage_ClaudioCocuzz_a.pdf . Acesso em 1 de agosto de 2017

LOBO E IBEAS Advogados, **Aspectos jurídicos em shopping centers**, 1. Ed. São Paulo: Abrasce, 2011. P. 60-100

MAQUIEIRA, José da Silva, **Direito imobiliário**, São Paulo: Atlas, 2015, pag. 221 PEREIRA, Caio Mario da Silva, **aspectos jurídicos do shopping center**. São Paulo: RT, 1984,

p.17.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **instituições de direito civil**. 11. Ed. atual. Por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.III, p.7.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Shopping centers: **organização econômica e disciplina jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

SOUZA, Sylvio Capanema de A **lei do inquilinato comentada**, Rio de janeiro, 10a ed. Ver. Atual. E ampl: Forense, 2017, pag.132

VENOSA, Silvio de Salvo. **Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática**, 6o Ed, São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 263.