

**IZABELA CRISTINA RÜCKER CURI**

**O VALOR DO ALUGUEL COMO CONDIÇÃO PARA A RENOVAÇÃO  
DO CONTRATO ENTRE LOJISTA E EMPREENDEDOR DE  
*SHOPPING CENTER***

**Monografia apresentada ao Curso de  
Especialização em Contratos Empresariais  
da Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Paraná.**

**Orientadora:  
Prof.<sup>a</sup> Márcia Carla Pereira Ribeiro**

**CURITIBA**

**2004**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 DEFINIÇÃO DE <i>SHOPPING CENTER</i>, SEUS ELEMENTOS E TERMOS ADEQUADOS</b> .....	5
<b>2 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO ENTRE O LOJISTA E O EMPREENDEDOR DO <i>SHOPPING CENTER</i></b> .....	13
2.1 CONTRATO DE LOCAÇÃO TÍPICO.....	14
2.2 CONTRATO DE LOCAÇÃO ATÍPICO .....	14
2.3 CONTRATO ATÍPICO .....	15
2.4 UM CONTRATO EM CONSTRUÇÃO.....	18
<b>3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL</b> .....	20
<b>4 FORMAS DE REMUNERAÇÃO DO EMPREENDEDOR</b> .....	28
4.1 DENOMINAÇÃO CORRETA A SER DADA À REMUNERAÇÃO .....	28
4.2 A REMUNERAÇÃO MÍNIMA .....	28
4.3 A REMUNERAÇÃO "MÓVEL" OU PERCENTUAL .....	29
4.4 OUTRAS REMUNERAÇÕES .....	35
<b>5 A CLÁUSULA QUE IMPÕE CONDIÇÃO FINANCEIRA À RENOVAÇÃO DO CONTRATO</b> .....	39
5.1 OS TERMOS DA CLÁUSULA.....	39
5.2 A FINALIDADE DA CLÁUSULA.....	40
<b>6 A VALIDADE DA CLÁUSULA QUE IMPÕE CONDIÇÃO FINANCEIRA À RENOVAÇÃO DO CONTRATO</b> .....	44
6.1 TEORIA DA VALIDADE.....	45
6.2 TEORIA DA NULIDADE ABSOLUTA.....	46
6.3 TEORIA DA VALIDADE CONDICIONADA À PROVA DA MÁ ADMINISTRAÇÃO DO LOJISTA.....	49
6.3.1 A Teoria .....	49
<b>CONCLUSÃO</b> .....	55
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	60

## INTRODUÇÃO

A figura do *shopping center*, incorporada ao cotidiano de milhões de brasileiros, merece a atenção dos estudiosos e intérpretes do direito, em razão de sua crescente importância no cenário econômico nacional.<sup>1</sup> Atualmente essa modalidade de centro de comércio está espalhada por todo o país, em pequenos e grandes centros, em regiões abastadas ou não, servindo a todos os tipos de consumidores.

Aos estudiosos do direito incumbe, para cumprir sua função integralmente, estar atentos às mudanças econômicas, sociais e políticas da sociedade, de forma a que possam responder eficazmente a todas as novas demandas por soluções jurídicas para os eventuais conflitos.

Neste trabalho pretende-se examinar o contrato entre lojista e empreendedor de *shopping center*, mais especificamente a cláusula que estabelece como condição para a renovação do ajuste o pagamento, pelo lojista, de valor superior ao *aluguel* mínimo.

O contrato entre lojistas e *shopping centers* envolve não só a cessão do uso de espaço, mas também o estabelecimento de inúmeras obrigações entre as partes, tais como: a colaboração entre empreendedor e lojistas nas promoções para incremento das vendas e nas campanhas publicitárias; a ingerência de terceiro no exercício do direito do titular do uso das lojas, como acontece com a influência da associação a que é obrigado o lojista a se filiar entre outras. Observa-se, assim, que este contrato reveste-se de especificidade.

Um dos sinais da especificidade desse tipo de contrato consiste em que o empreendedor, que funda o *shopping*, não tem como objetivo apenas ceder o uso das

---

<sup>1</sup>"Pelas portas de todos os shopping em território nacional passa, a cada 42 dias, o equivalente a toda a população brasileira, conforme cálculos de experts da ABRASCE." (MEIRA, Paulo Ricardo dos Santos; COSTA, Felipe Campelo Xavier da. **Serviço ao cliente final no varejo de shopping center**: o "mix" ideal de serviços como fator de sucesso na implantação de um shopping center. São Paulo: Atlas, 1997. p.74-75).

lojas em troca de uma remuneração mensal fixa, como acontece nos contratos de locação típicos, mas, principalmente, participar dos lucros delas. Outro ponto é o engajamento entre empreendedor e lojista, que têm objetivos comuns, no sentido de estruturar organizadamente a comunidade de empresários com atividades diversificadas, considerando-se ainda que o mau desempenho de um lojista repercute na situação dos demais e, por último, contra o próprio empreendimento.

Esse misto de obrigações geradas pelo mesmo contrato tem gerado discussões acerca de sua natureza jurídica, ainda que a Lei n.º 8.245/1991 (lei de locações) tenha rotulado a avença como "contrato de locação".

Diante disso, o estudo da cláusula que impõe condições para a renovação do contrato será precedido do exame acerca da definição do que seja um *shopping center* e, sem seguida, sobre a natureza jurídica do contrato entre lojista e *shopping center*. Desse estudo extrair-se-á a denominação mais adequada a ser dada ao contrato que, como se verá, parece ser a de "contrato de cessão de uso de lojas em *shopping center*" e não contrato de locação de lojas.

Já adentrando na análise dos termos desses contratos, vê-se que a forma de cobrança da remuneração devida pelos lojistas é peculiar. Tem sido prática constante a cobrança do que se denominou de décimo terceiro aluguel e, também, de aluguel-desempenho, aluguel complementar, aluguel compensatório. Algumas dessas formas de remuneração têm sido cumuladas entre si e também agregadas ao que se tem chamado de aluguel fixo mínimo e ao aluguel mais comum dentre todos que é aquele fixado num percentual calculado sobre o volume de faturamento do lojista.

Outra peculiaridade dos contratos entre lojistas e *shopping centers* é, justamente, a cláusula que é objeto do presente trabalho. Grande parte dos contratos firmados entre *shopping centers* e lojistas inclui cláusula que prevê condição para que o lojista tenha direito de pleitear a renovação do contrato. A

condição é a de que o lojista tenha pago "aluguel"<sup>2</sup>, geralmente, nos 12 meses anteriores ao vencimento do contrato, em valor superior ao mínimo.

O que se tem discutido é se tal cláusula seria nula, uma vez que pode ser considerada contrária aos princípios da Lei n.º 8.245/1991 e aos seus art. 45 e 54, *caput*, que tratam especificamente dos *shopping centers*.

Existem, atualmente, três diferentes posições na doutrina sobre o assunto. Pretende-se analisar com profundidade as três teorias para que, com base nos fundamentos originários da pesquisa feita, seja possível identificar qual a mais adequada perante a realidade social e o sistema legislativo brasileiro.

Este estudo levará em conta que diversas situações podem causar a queda de faturamento das lojas, impedindo que o cálculo do percentual sobre seu faturamento resulte em valor superior ao estabelecido como "aluguel" mínimo.

Nem sempre a paralisação do aumento ou a queda das vendas é gerada por má administração do lojista. As condições de mercado e as políticas do Governo (comerciais, tributárias, de planos econômicos etc.) certamente influem no nível de consumo.

Portanto, é preciso definir com clareza em que circunstâncias a incidência da referida cláusula é lícita. A questão é polêmica. A atualidade do tema é indiscutível, na medida em que os *shoppings centers* têm proliferado a olhos vistos, por diversas razões, principalmente de segurança e comodidade.

A existência de um pólo mais forte que o outro na relação entre lojistas e *shopping center* desperta a atenção para a necessidade de que se garanta o equilíbrio contratual. Todavia, a preocupação com a manutenção da equidade entre as partes jamais deve ser suficiente para a modificação da equação que caracteriza o empreendimento e que o tornou atraente ao investidor/empreendedor.

---

<sup>2</sup>A referência ao termo "aluguel" vem entre aspas porque, como se verá mais adiante, antes que se aceite o uso desse termo como o mais adequado para definir a remuneração paga pelo lojista em troca do uso da loja, deve-se definir a natureza jurídica do contrato em análise.

A questão da cláusula que prevê condição financeira para a renovação do contrato é apenas um dos exemplos em que o poderio econômico do *shopping center* fica evidenciado.

A importância do tema está em se analisar, no caso da cláusula que prevê condição financeira para renovação do contrato, em quais situações e sob quais justificativas o pólo mais forte da relação jurídica pode (e talvez até deva) estabelecer determinadas exigências.

De outro ângulo, o tema merece estudo aprofundado, porque a cláusula não deve ser afastada indiscriminadamente. Não se pode tolher do empreendedor o direito de manter a lucratividade do empreendimento, prejudicada pela má administração do lojista.

O objetivo é despertar o interesse dos estudiosos do direito no sentido de encontrar caminhos jurídicos de garantir o equilíbrio entre as partes na relação jurídica entre lojista e *shopping center*, sem comprometer a idéia da qual partiu o empreendedor para a criação do negócio e evitando o desvirtuamento do contrato.

## 1 DEFINIÇÃO DE *SHOPPING CENTER*, SEUS ELEMENTOS E TERMOS ADEQUADOS

Para a abordagem dos assuntos relativos ao *shopping center* é necessário, primeiramente, definir as denominações adequadas para as figuras que o compõem.

Participam da formação do *shopping center* três figuras: o empreendedor do *shopping center*, que é a pessoa ou o grupo de pessoas que idealiza o projeto e o concretiza, atrai os investidores, busca as melhores lojas; os comerciantes, que desenvolverão suas atividades comerciais; o público, que pode ser formado por consumidores ou meros transeuntes, atraídos pela segurança, beleza e até harmonia do empreendimento.

Os comerciantes podem ser intitulados de "lojistas". Trata-se de termo útil e suficiente para agrupar os donos de lojas, franqueados, arrendatários, usuários dos espaços das lojas, todos aqueles que oferecerão produtos e serviços.

Aqueles que freqüentam o *shopping center* compõem seu "público-alvo" – termo genérico o suficiente, tendo em vista que o acesso ao *shopping center* é livre às pessoas em geral e não se limita aos consumidores.<sup>3</sup>

Todavia, a busca pela denominação a ser dada ao grupo de pessoas que idealizaram o complexo e dele extraem seu lucro é questão que merece atenção. Há algumas opções: "proprietário"<sup>4</sup>, "dono"<sup>5</sup>, "empreendedor", "administrador", "organizador".

---

<sup>3</sup>A discussão acerca da caracterização como de consumo, da relação entre o público e os lojistas, bem como entre aquele e o empreendedor do shopping, será abordada mais adiante.

<sup>4</sup>Fábio Konder Comparato refere-se ao "proprietário do conjunto imobiliário". (COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não concorrência nos 'shopping centers'. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.97, p.23, jan./mar. 1995).

<sup>5</sup>Orlando Gomes refere-se ao "dono do *shopping center*" para designar "quem tem a posição de 'concedente' do uso das lojas". (GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um 'shopping center'. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.576, p.9, out. 1983).

O termo proprietário parece limitar o grupo àqueles que têm o empreendimento registrado em seu nome. O *shopping center* não é formado apenas pelo imóvel em que são desenvolvidas as atividades e nem apenas pelos bens materiais que dele fazem parte. Como se verá mais adiante, é formado também pela coordenação das lojas, pelas regras de instalação destas, pelo *know how*, ou seja, todo um aparato que caracteriza o empreendimento e o diferencia do simples aglomerado de diferentes lojas. Portanto, nem sempre aquele que é o proprietário dos bens materiais existentes no *shopping* é a figura a quem os lojistas e demais integrantes da estrutura estão ligados.

O melhor termo parece ser "empreendedor". Grande parte dos autores trata as palavras "empreendedor" e "empresário" como sinônimos. Pedro Paulo de Andrade Júnior menciona a definição de empresário, dada por Sandroni,<sup>6</sup> como a pessoa ou o grupo de pessoas que assumem a responsabilidade pelo funcionamento e eficiência da empresa, encarregando-se de reunir e coordenar os fatores de produção, avaliar o que chama de "mecanismos de oferta e demanda" e assumir os riscos do negócio. Para ele, o administrador é aquele que está atento à formação e manutenção do capital, à compra e venda de insumos.

Utilizando-se da doutrina de vários outros estudiosos do assunto, Pedro Paulo de Andrade Júnior afirma que há diferenças entre os termos "empreendedor" e "administrador". Conforme comenta, o empreendedor tem "certas características de personalidade que o remetem à condição de vencedor, aliando qualidades pessoais a um grande nível de informação".

---

<sup>6</sup>SANDRONI, P. (Coord.) Novíssimo dicionário de economia. São Paulo: Best Seller, 2001, citado por ANDRADE JÚNIOR, Pedro Paulo de. O perfil do empreendedor de empresas de base tecnológica em incubadoras: o caso do CELTA. In: ENCONTRO NACIONAL DE EMPREENDEDORISMO - ENEMPRES, 3., 2001, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2001.

Portanto, o termo "empreendedor" engloba não apenas o proprietário, mas também o investidor, idealizador que pode ser quem está acumulando a função de administrar o *shopping center*, que, por sua vez, pode ser referido, também, como "empreendimento". O empreendedor é a pessoa ou grupo de pessoas que, além de receber os lucros advindos da cessão do uso dos espaços do *shopping*, permanece atento a sua organização, seja como fiscal, seja como verdadeiro mentor. Caio Mário da Silva Pereira<sup>7</sup> e Alexandre Agra Belmonte<sup>8</sup>, dentre outros, adotam esse termo.

Nem sempre o empreendedor é o único a investir no negócio. Tem a idéia e a capacidade de colocá-la em prática reunindo todos os elementos necessários para a concretização do empreendimento. Pode contar com o investimento de terceiros, os quais receberão os lucros do negócio, sem que precisem, necessariamente, envolver-se na organização e no acompanhamento diário das atividades. Esses são os meros *investidores*.

O empreendedor também, nem sempre, administra o empreendimento, cobrando dos lojistas o pagamento da remuneração ajustada pelo uso dos espaços cedidos, organizando o trabalho dos funcionários, pagando as despesas e tributos. Não raras vezes, o empreendedor contrata pessoa com formação específica e experiência na administração de grandes negócios. O *administrador*, portanto, exerce função diversa da do empreendedor, ainda que em conjunto e como mandatário deste.

---

<sup>7</sup>PEREIRA, Caio Mario da Silva. 'Shopping centers': organização econômica e disciplina jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.580, p.15, fev. 1984.

<sup>8</sup>BELMONTE, Alexandre Agra. **Natureza jurídica dos shopping centers**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1989. p.10.

Em sentido diverso desse entendimento, está a doutrina de Darcy Bessone, para quem, após consumada a obra do *shopping center*, não se pode mais denominar o organizador do complexo de empreendedor.<sup>9</sup>

Como visto, na doutrina não há consenso quanto aos critérios para a denominação do conjunto reconhecido como *shopping center*. Diante disso, e como os termos acima parecem ser os mais adequados, serão adotados no presente estudo.

Quando se faz referência a empreendedor, portanto, está-se fazendo menção àquele que, ainda que não seja o que administra o negócio, é quem está a sua frente, idealizando-o, organizando-o, determinando modificações para melhorar o aproveitamento do empreendimento, recebendo grande parte dos lucros.

Outra preocupação na abordagem do assunto é a forma pela qual se pode referir ao *shopping center*. Denominá-lo estabelecimento comercial seria inadequado, porque se destina não apenas ao comércio, mas também ao passeio, sem intuito de fazer compras ou contratar a prestação de serviços. O termo "estrutura" pode ser útil, porém não exato, porque o *shopping* é mais do que uma simples estrutura arquitetônica. Como alerta Caio Mário da Silva Pereira,<sup>10</sup> o *shopping* "não é uma loja qualquer; não é um conjunto de lojas dispostas num centro comercial qualquer". É composto pelo conjunto de idéias e normas que transformam

---

<sup>9</sup>Ouvi o Dr. Sérgio Andrade Carvalho, no discurso já referido, dizer que, no seu mundo é usual ver-se o empreendedor como "um empresário de empresários". Permito-me supor que a expressão parta de uma confusão entre as figuras do empreendedor e do empresário. Elas não são idênticas todavia. Conceitualmente, empresa é a atividade econômica organizada, sendo o empresário o centro da organização. O empreendedor é aquele que empreende, criando uma situação nova que tanto pode ser de caráter empresarial quanto pode ter outro sentido. Quem, sendo proprietário de um terreno, nele constrói uma casa para própria residência ou um edifício para alugar apartamentos, salas ou lojas, é empreendedor, mas não é necessariamente empresário. O empreendedor do shopping só merece essa qualificação na fase do lançamento, da construção e da organização do complexo. Consumada a obra, ele passa a uma outra condição, que conjuga o seu título de propriedade com o de coordenador ou administrador do organismo criado. Não é um dirigente das empresas que comerciam no shopping. Não é um empresário dos empresários lojistas." (BESSONE, Darcy. O 'shopping' na lei de inquilinato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 81, v.680, p.33, jun. 1992).

<sup>10</sup>PEREIRA, op. cit., p.17.

o grupo de lojas em um todo unificado. Daí porque nos parece mais preciso denominá-lo *empreendimento*.<sup>11</sup>

Para abordar as questões contratuais que o empreendimento envolve, é importante antes definir o que é o *shopping center*. São as mais diversas as definições jurídicas e econômicas do termo.

O ICSC (*International Council of Shopping Centers*), nos Estados Unidos define o *shopping center* como

um grupo de estabelecimentos comerciais unificados arquitetonicamente e construído em terreno planejado e desenvolvido. O *shopping center* deverá ser administrado como uma unidade operacional, sendo o tamanho e tipo de lojas existentes relacionados diretamente com a área de influência comercial a que esta unidade serve. O *shopping center* também deverá oferecer estacionamento compatível com todas as lojas existentes no projeto.<sup>12</sup>

Segundo a Abrasce (Associação Brasileira de *Shopping Centers*), trata-se:

de um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio, e que permanecem, na sua maior parte, objeto de locação, ficando os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada e que varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários – centro que ofereça aos usuários estacionamento permanente e tecnicamente bastante.<sup>13</sup>

Cabe, desde logo, apresentar uma primeira crítica a essa definição: não se pode incluir na definição do empreendimento a caracterização do contrato entre o lojista e o empreendedor como de locação. O tipo contratual é uma das questões mais controvertidas na doutrina sobre o assunto. Além disso, é desnecessário caracterizar o contrato para apresentar a definição do empreendimento. Ora, o

---

<sup>11</sup>Paula Castello Miguel utiliza o termo "empreendimento" em seu trabalho sobre "Contratos de 'shopping center'". (*Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v.107, p.137, jul./set. 1997).

<sup>12</sup>Trecho transcrito por PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping center: uma nova era empresarial*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.1.

<sup>13</sup>Publicação da ABRASCE intitulada "Shopping center e desenvolvimento econômico e social", citada por Orlando Gomes, op. cit., p.21.

contrato ser ou não de locação não é o que diferencia o *shopping center* dos demais empreendimentos.

Dinah Sonia Renault Pinto parte da definição estabelecida pelo ICSC americano para concluir que:

*o shopping center* encerra um grupo de lojas que obedeceram a um planejamento prévio e são unificadas não só pela arquitetura como também por uma administração única, sujeita a normas contratuais padronizadas. As lojas devem obedecer a uma distribuição no estabelecimento global, de acordo não só com o tamanho e tipos de lojas ('tenant mix'), como a exploração de ramos diversificados.<sup>14</sup>

Caio Mario da Silva Pereira, no trabalho intitulado "'Shopping Centers' – Organização econômica e disciplina jurídica",<sup>15</sup> não define o *shopping center*, mas ressalta que "não é uma loja qualquer; não é um conjunto de lojas dispostas num centro comercial qualquer; não se confunde com uma loja de departamentos (*store magazine*), já inteiramente implantada em nossas práticas mercantis há algumas dezenas de anos".

Segue indicando os elementos básicos que formam o *shopping center*, dentre eles, edifício de grandes proporções, confortáveis salões para instalação de numerosas lojas; seleção de lojas conforme ordenamento especial que atende a estudos destinados a distribuir os ramos de atividades segundo uma preferência técnica (*mix*) e levando em consideração que é necessário fixar a atenção dos consumidores sobre certas marcas ou denominações de maior atração (lojas-âncora); atenção à localização para evitar a concentração urbana; amplo estacionamento; oferta de atrativos para a clientela potencial; publicidade; cultivo do aspecto físico que evite a obsolescência; serviço de refeições; integração de área econômica, com instituições financeiras.

Sérgio Andrade Carvalho, ex-presidente da Associação Brasileira de *Shopping Centers*, proferindo discurso no Simpósio do Hotel Intercontinental, do

---

<sup>14</sup>PINTO, op. cit., p.1.

<sup>15</sup>PEREIRA, op. cit., p.17.

qual também participou Darcy Bessone, ressaltou como primeiro elemento físico para caracterização do *shopping center* o estacionamento de veículos automotores "já que sem tais veículos condutores, não se poderia armar o *shopping*". Ressaltou, ainda, como elementos importantes, as diversões para adultos e crianças, a questão da perfeição da segurança e o pagamento pelo lojista por todas as vantagens que, proporcionalmente, lhe são asseguradas, porque "um tal complexo não pode constituir uma dádiva".<sup>16</sup>

Alfredo Buzaid afirma que a definição do que é o *shopping center* não pode levar em conta apenas os aspectos externos do empreendimento.<sup>17</sup> Nesse sentido, "A estrutura interna do *shopping center* é o que realmente o caracteriza", lembra Paula Castello Miguel.<sup>18</sup>

Para Modesto Carvalhosa, a caracterização do *shopping center* está baseada em "planejamento e eficiência".<sup>19</sup> O autor se refere ao *shopping* como "complexo mercadológico" e assevera que todo o esforço em torno do *shopping* tem por "objetivo a máxima eficiência econômica decorrente da lucratividade e rentabilidade do conjunto".

Washington de Barros Monteiro ressalta outro elemento essencial da estrutura, que é a relação obrigacional existente entre lojista e empreendedor:

---

<sup>16</sup>As considerações feitas em palestra por Sérgio Andrade Carvalho foram citadas por Darcy Bessone, op. cit., p.26.

<sup>17</sup>Nas palavras de Buzaid: "O shopping center não é um simples edifício, dividido em numerosas lojas, com cinemas, boutiques, armazéns, restaurantes e áreas de lazer, cedidas a comerciantes de atividades diversificadas. E tampouco uma variedade de estabelecimentos comerciais, que expõem à venda tudo ou quase tudo quanto uma pessoa possa necessitar a fim de satisfazer as suas necessidades, comprando e levando em seu automóvel, que estaciona em lugar próprio, todas as mercadorias adquiridas". (BUZOID, Alfredo. Estudo sobre shopping center. In: **Shopping center**: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991. p.9).

<sup>18</sup>MIGUEL, op. cit., p.141.

<sup>19</sup>CARVALHOSA, Modesto. Considerações jurídicas sobre relações jurídicas em shopping centers. In: **Shopping centers**: questões jurídicas. São Paulo: Saraiva, 1991.

O *shopping center* caracteriza-se, sobretudo, pela sua sistemática ou ordenamento, com um complexo de relações internas entre o incorporador ou incorporadores do empreendimento e os lojistas e prestadores de serviços, de índole eminentemente obrigacional, inclusive entre os próprios lojistas e prestadores de serviços, ligados entre si por uma espécie de solidariedade e congregados, muitas vezes, numa entidade associativa para defesa de seus interesses.<sup>20/21</sup>

Dentre todas as definições da doutrina, encontram-se alguns elementos comuns que podem ser úteis para o estudo, quais sejam: uma construção única; várias lojas; estacionamento compatível com a quantidade de lojas; administração única; contratos padronizados; ramos diversificados de comércio; variação do preço da remuneração paga pelos lojistas, de acordo com seu faturamento; planejamento acerca do tamanho e tipos de lojas, de acordo com a localização e o público-alvo; planejamento acerca da forma de distribuição das lojas dentro do local, conforme tamanho, tipo e ramo de atividade.

---

<sup>20</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. Súmula integral do simpósio sobre centros comerciais. In: **Shopping centers: questões jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.162.

<sup>21</sup> Fontes importantes para a pesquisa deste tema são duas publicações que se tomaram clássicas sobre o assunto: "Shopping Centers: Aspectos Jurídicos", que compilou as opiniões expostas em seminário realizado em 1983" (publicando textos de Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Langoni, João Carlos Pestana de Aguiar e outros, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984) e "Shopping Center: Questões Jurídicas", publicada em 1991, com diversos estudos sobre a matéria (Alfredo Buzaid, Álvaro Villaça de Azevedo, Fernando Albino, J. A. Penalva Santos, J. Nascimento Franco, José da Silva Maquieira, Modesto Carvalhosa, João Carlos Pestana de Aguiar Dias, Ricardo Pereira Lira, Roberto Wilson Renault Pinto, Yussef Said Cahali, Marcus Faver, Miguel Pachá, Nilson de Castro Dião, Gualberto Gonçalves de Miranda. (**Shopping center...**, op. cit.).

## **2 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO ENTRE O LOJISTA E O EMPREENDEDOR DO *SHOPPING CENTER***

A busca pela definição da natureza jurídica do contrato celebrado entre lojista e empreendedor de *shopping center* deve ser feita, principalmente, para que seja possível estabelecer: qual a legislação aplicável para regulamentar as relações entre as partes envolvidas; em que medida a legislação de locação, que faz referência expressa a esse contrato, é aplicável; a denominação correta a ser dada ao contrato; e, até mesmo, para facilitar o estudo acerca dos tributos incidentes sobre essa contratação.

Para o presente trabalho é importante a definição da natureza jurídica do contrato, porque dessa forma se concluirá com que rigidez a lei de locações deve ser aplicada à relação jurídica e, assim, será possível solucionar o problema em foco: a validade da cláusula que impõe como condição para a renovação do contrato o pagamento, pelo lojista, de valor superior ao "aluguel" mínimo. Isso porque, dentre outros pontos que serão ainda abordados, a lei de locações impede que a renovação do contrato esteja condicionada a uma obrigação pecuniária.

Há várias discussões sobre a natureza jurídica desse tipo de contrato e formaram-se três teorias, como sendo as de maior destaque. Atualmente, a conclusão da doutrina ainda não é unânime.

## 2.1 CONTRATO DE LOCAÇÃO TÍPICO

No entendimento de Washington de Barros Monteiro,<sup>22</sup> do Ministro Cláudio Santos,<sup>23</sup> de Rubens Requião e dos Desembargadores Luis Antonio de Andrade e João Carlos Pestana de Aguiar, o contrato ora em pauta é típico e é de locação.

O fundamento dessa teoria é, basicamente, o de que estão presentes todos os elementos que caracterizam o contrato de locação, constantes no art. 1.188 do antigo Código Civil (art. 565 do novo Código Civil). Entendem que sendo um contrato de cessão temporária de uso e gozo de coisa não fungível mediante remuneração, é contrato de locação.

A maior parte dos que entendem tratar-se de contrato de locação não entende que seja locação pura e reconhece a existência, nos contratos ora em análise, de obrigações que comumente não compõem a locação. Mas concluem que há predominância desse último tipo contratual.

## 2.2 CONTRATO DE LOCAÇÃO ATÍPICO

No entendimento de Caio Mario da Silva Pereira<sup>24</sup>, Gladston Mamede<sup>25</sup> e Maria Helena Diniz<sup>26</sup>, dentre outros, o contrato ora em pauta é de locação com peculiaridades.

---

<sup>22</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. "Shopping centers". In: **Shopping centers: aspectos jurídicos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. p.166.

<sup>23</sup>SANTOS, Cláudio. A locação de espaço em 'shopping centers'. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 81, v.680, p.7, jun. 1992.

<sup>24</sup>PEREIRA, op. cit., p.15.

<sup>25</sup>MAMEDE, Gladston. **Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.43.

<sup>26</sup>DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de Imóveis urbanos comentada**. São Paulo: Saraiva, 1992. p.220 e segs.

Segundo essa corrente doutrinária, o contrato de locação caracteriza-se pelos elementos que lhe são essenciais. Para eles, outros elementos eventuais ou acidentais não têm efeito de desfigurá-lo. Consideram que o fato de o contrato entre lojistas e empreendedores de *shopping center* exigir modelação específica às contingências mercadológicas do empreendimento não retira do contrato a natureza de 'contrato de locação'. Entendem que se trata de locação com peculiaridades, mas nem por isso deixa de ser locação.<sup>27</sup>

### 2.3 CONTRATO ATÍPICO

Segundo a lição de Orlando Gomes<sup>28</sup>, reafirmada por Dinah Sonia Renault Pinto, Álvaro Villaça Azevedo<sup>29</sup>, Mário Cerveira Filho<sup>30</sup>, Darcy Bessone, Paula Castello Miguel<sup>31</sup> e, com algumas divergências em relação à tese principal, Alexandre Agra Belmonte<sup>32</sup>, o contrato não é típico e nem é de locação. Trata-se de contrato *sui generis*, que deve ser tratado de forma diversa do de locação.

---

<sup>27</sup>Jacques Bushatsky entende que o Prof. Caio Mário da Silva Pereira qualifica o contrato como de locação típico. Todavia, discordamos, porque da leitura dos trechos aqui destacados nos parece que o I. Professor está dentre os que entendem que o contrato é de locação atípica. (BUSHATSKY, Jaques. Os 'shopping centers' na Lei n.º 8.245/91. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 83, v.699, p.7, jan. 1994).

<sup>28</sup>GOMES, op. cit., p.9.

<sup>29</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.716, p.112, jun. 1995.

<sup>30</sup>CERVEIRA FILHO, Mário. **Ações renovatórias e revisionais em shopping centers**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.5.

<sup>31</sup>MIGUEL, op. cit., p.135.

<sup>32</sup>O autor seleciona algumas das cláusulas mais comumente encontradas nesse tipo de contrato, e que o caracterizam, para demonstrar que conflitam diretamente com o instituto jurídico da locação: vedação da mudança de ramo ou cessão do fundo de comércio, autorização para o empreendedor realizar auditorias contábeis para fiscalização das arrecadações mensais dos usuários de lojas, aprovação do empreendedor aos projetos de montagem das unidades, obrigação do lojista de aderir e contribuir a determinada associação de lojistas, renúncia do lojista ao arbitramento, em

Isso porque, o que se deve analisar para definir a natureza jurídica de um contrato é a sua causa, ou seja, o motivo que levou as partes a firmarem aquele contrato. Segundo Orlando Gomes, fundamentado na lição de Sérgio Maiorca, mediante o exame da causa de um contrato que não tem modelo predefinido pela lei é que se pode verificar sua autonomia em relação a outro já definido pela legislação, como o qual se assemelhe, a ponto de se concluir pela inaplicabilidade das normas dirigidas à regulamentação deste último.

Explica, ainda, o autor que os contratos mais utilizados têm uma "causa típica" e por isso a lei os disciplina, para terem uma disciplina específica. Mas, afirma que é impossível que a lei descreva todos os tipos contratuais existentes, ainda mais considerando-se a rápida evolução da sociedade atual.

Para este autor, quando surgem novas figuras contratuais, antes de se fazer um exercício forçado para enquadrá-las nos tipos já descritos pela lei, deve-se examinar sua "finalidade econômico-social": "se é autônoma, idônea a definir um tipo contratual, por efeito ainda de sua tipicidade social – para usar uma expressão de Grassetti – determina a formação de um novo tipo contratual, cuja existência e identificação independem de ter 'nomen juris' registrado e regulamentação especial. Falta-lhe unicamente a tipicidade legislativa...".

O importante é que exista uma causa gerando a criação de esquema novo, diferente dos contratos já conhecidos. As partes contratantes precisam ter consciência de que a utilização do padrão de outro contrato não atingirá o propósito comercial que almejam.

Para os que entendem que o contrato entre o lojista e o empreendedor do *shopping center* é atípico, a legislação a ser aplicada é a do direito contratual, inclusive, dos contratos típicos, que será utilizada analogicamente.

---

ação renovatória, de aluguel estruturado de forma diversa da inicialmente contratada, base de cálculo do preço mensal, vinculada ao lucro do lojista. (BELMONTE, op. cit., p.10 e 11).

A sugestão de Orlando Gomes é no sentido de que se apliquem, concomitantemente, as regras do contrato de sociedade ou da parceria, ao lado de outras do contrato de locação ou do de arrendamento.

Para ele, devem ser excluídas as normas definidoras do regime jurídico desses contratos, até mesmo as imperativas, quando incompatíveis com o contrato atípico em questão. Isso significa dizer que somente serão aplicadas analogicamente as regras que não "matam o espírito do contrato",<sup>33</sup> em expressão perfeitamente bem escolhida por Orlando Gomes.

Para quem entende que o contrato entre lojista e empreendedor de *shopping center* é atípico, a cláusula que o diferencia do contrato de locação é a que prevê a remuneração do empreendedor calculada sobre o lucro do lojista. Para eles, essa cláusula é o motivo determinante do contrato. O contrato não se faria sem a aceitação dessa cláusula.

Na opinião de Orlando Gomes, ainda que se aceitasse o exercício equivocado de se forçar o encaixe do novo contrato num tipo contratual já conhecido, esse seria o contrato associativo ou de parceria. Jamais o de locação.

Segundo os adeptos dessa corrente, a peculiaridade do *shopping center* não é a reunião de várias atividades comerciais num só espaço físico. Se assim o fosse, o caso seria idêntico ao dos investidores que adquirem ou constroem edifícios para alugar as unidades para realização de atividade comercial.

O objetivo principal é ligar a rentabilidade das atividades comerciais desenvolvidas no *shopping center* à rentabilidade do empreendimento. E, para isso, o empreendedor monta um aparato de regras e procedimentos que viabilizam o objetivo das partes (por exemplo, editando as Normas Gerais e Complementares a que todos os lojistas aderirão).

Não se trata de contratos coligados, basicamente, porque suas características principais, que o diferenciam dos demais contratos, não resultam da

---

<sup>33</sup>GOMES, op. cit., p.9.

coligação de dois ou mais contratos. Na coligação de contratos, como alerta Orlando Gomes, não há unicidade de causa – cada contrato conserva a sua causa. Além do mais, como bem assevera o autor, ainda que se aceitasse tratar-se de contratos coligados, as regras da locação não se aplicariam à remuneração pelo uso do espaço cedido aos lojistas. Nesse caso, as regras seriam as da sociedade.

## 2.4 UM CONTRATO EM CONSTRUÇÃO

Dentre os adeptos de cada uma das correntes há, também, variações de entendimentos. Não existem, portanto, três blocos, cada qual com entendimentos bem definidos.

Pode-se afirmar que se trata de três correntes, porque as divergências entre os autores que compõem uma mesma linha de argumentação não levam a conclusões opostas, apenas trazem à tona diferentes sugestões sobre como solucionar a questão.

É o exemplo de Alexandre Agra Belmonte que, apesar de entender que o contrato ora em foco não é locação, enquadra-o como um outro tipo contratual: o de sociedade em conta de participação. Todavia, reconhece que é uma forma atípica dessa espécie de contrato.<sup>34</sup> Daí porque o enquadrámos dentre os que entendem que o contrato é atípico.

Parece ser mais aceitável a conclusão de Orlando Gomes e dos autores que aderiram a sua linha de raciocínio.

Não se pode negar que a cláusula que prevê o pagamento de remuneração pela cessão de espaço físico aos lojistas, vinculado ao seu lucro, impõe o reconhecimento de que é somente em virtude dessa condição contratual que o empreendimento torna-se atrativo para aquele que idealizou o *shopping*

---

<sup>34</sup>BELMONTE, op. cit., p.59.

*center*. Certamente, essa razão de ser do contrato não se confunde com a causa do contrato de locação.

Concorda-se com a posição do autor, no sentido de que não se pode adotar a solução mais cômoda, que seria a de esticar algumas características específicas desse tipo de contrato, e encolher outras, para encaixá-lo dentre uma das figuras típicas descritas na lei. Ao contrário, deve o legislador criar regulamentação nova e específica para o novo contrato, mas sempre atentando para evitar detalhar demais as regras a serem seguidas, sob pena de atrofiar a indispensável liberdade das partes em estipular as condições do contrato.

### 3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Em que pese a discussão acerca da natureza jurídica do contrato celebrado entre lojista e *shopping center* há uma certa convergência entre os doutrinadores acerca da aplicação da lei de locações (n.º 8.245/91) a esses contratos.

E nem poderia ser diferente. Afinal, a própria lei inclui esse contrato dentre os sujeitos às suas regras, como se pode ver no 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".

Para melhor demonstrar em que contexto se insere a discussão central do presente trabalho (relativa à validade da cláusula que vincula a renovação do contrato ao pagamento do aluguel mínimo por determinado período de tempo), vale lembrar as considerações de Paula Castello Miguel<sup>35</sup> acerca das principais razões pelas quais grande parte da doutrina acabou concluindo ser relevante aplicar a lei de locações a esses contratos.

A autora lembra que, até 1991, as leis que regulavam as locações não faziam qualquer menção aos contratos entre lojistas e *shopping centers*, o que acabou fortificando as discussões acerca da natureza jurídica desses contratos. Um dos objetivos da discussão era justificar a submissão do ajuste à lei de luvas (Decreto n.º 24.150/34), que garantia a renovação compulsória do contrato.

Muitos doutrinadores e parte da jurisprudência, na época, segundo informa a autora, apontavam para a aplicação analógica dos dispositivos da lei de locações que fossem compatíveis com o referido contrato.

Com isso se vê que o fato de o contrato em análise estar sendo regulado pela lei de locações não implica, necessariamente, dizer que se trata de contrato de locação.

---

<sup>35</sup>MIGUEL, op. cit., p.171.

Paula Castello Miguel cita alguns doutrinadores que concordam com essa conclusão, como, por exemplo, Amador Paes de Almeida e João Francisco Moreira Veigas.

Em verdade, o que parece ter ocorrido é um "encaixe artificial" do contrato na norma legal, para garantir alguns direitos ao lojista, essenciais para a segurança jurídica que precisa ter para investir no negócio e desenvolver sua atividade, como é o direito à renovação do contrato, garantido no art. 45.

Daí porque também fica evidente que a aplicação da lei de locações a esses contratos jamais poderá ceifar das partes a liberdade inerente aos contratos comerciais e, especialmente, aos contratos celebrados entre lojistas e empreendedores de *shopping center*.

Jaques Bushatsky<sup>36</sup>, ao definir o *shopping center*, ressalta a importância dessa liberdade. Segundo ele, o que distingue um *Shopping Center* é o planejamento das lojas a ponto de estimular as vendas de forma mais eficaz do que a que ocorre quando os comerciantes instalam-se fora do empreendimento. Não é apenas permitida, mas desejada a reorganização desse conjunto, para que o estímulo esteja em conformidade com as modificações do mercado. Para o autor, o *shopping center* é caracterizado pela organização das lojas segundo "técnicas mercadológicas que analisem desde a quantidade e disposição física das lojas e serviços até a composição dessa reunião (quem, como e onde entra cada comerciante ou prestador de serviços)". Também comenta que a estrutura jurídica é outra principal característica do empreendimento e deve permitir "o funcionamento perfeito da reunião peculiar de lojistas e prestadores de serviços, sob uma coordenação atenta e capaz".

---

<sup>36</sup>BUSHATSKY, op. cit., p.9.

E continua, afirmando que

sob a ótica de Messineo, a justificativa dogmática do contrato normativo torna-o fonte de autodisciplina, 'ou seja, da norma interpartes, pela qual a fonte de direito objetivo pode, em dada situação, residir naquelas próprias que a ela se sujeitam'. É, dessarte, o contrato normativo o invólucro dentro do qual nascem, vivem e morrem os contratos celebrados sob a sua égide, no sistema de verticalização dos instrumentos contratuais.

Pode-se concluir, portanto, que a manutenção das características que diferenciam esses contratos dos de locação típicos e os tornam tão interessantes para os lojistas, empreendedores e investidores, depende da liberdade que as partes envolvidas têm para criação de cláusulas diferenciadas das mais comumente utilizadas nos contratos de locação e já detalhadamente regulamentadas pela lei de locações.

O Ministro Cláudio Santos<sup>37</sup>, apesar de sua posição no sentido de que as regras do código de defesa do consumidor devem ser aplicadas analogicamente aos contratos firmados entre lojistas e empreendedores (como se verá a seguir), reconhece que o legislador da lei de locações preferiu preservar a iniciativa das partes e a lei lhes deu ampla liberdade. Reconhece, ainda, que as regras da lei de locações somente poderão ser aplicadas naquilo em que não comprometeram os objetivos do empreendimento.

Certamente que se os lojistas pudessem evitar algumas exigências feitas pelos empreendedores, como, por exemplo, o pagamento do aluguel percentual, evitá-las-iam, porque aumentariam seu lucro com o negócio. Por essa razão é que se deve reconhecer que as especificidades desse contrato limitam o campo de atuação não apenas do empreendedor, mas também dos lojistas.

Por outro lado, se não houvesse exigências como essas, muito provavelmente, os empreendimentos de *shopping center* não teriam feito tanto sucesso. É inegável que se a participação dos empreendedores fosse limitada a um simples aluguel mensal fixo, estes e os investidores não estariam tão empenhados em promover o empreendimento e torná-lo tão atrativo quanto é atualmente.

---

<sup>37</sup>SANTOS, op. cit., p.22.

Portanto, o sucesso do empreendimento depende, principalmente, dos termos do contrato firmado entre o lojista e o empreendedor de *shopping center*, na medida em que sejam vantajosos para ambas as partes. Para que o sucesso seja alcançado devem ser respeitadas as especificidades do ajuste, que decorre de uma fórmula completa e bem engendrada.

Como bem mencionado por Paula Castello Miguel, a introdução de qualquer regra, por menor que seja, pode prejudicar o empreendimento. Esse contrato envolve uma série de "obrigações que refletem uma gama de interesses extremamente complexa". Segundo a autora, é impossível fixar um procedimento padrão a ser seguido pelas partes e que garanta o sucesso do empreendimento. Os procedimentos são modificados constantemente de acordo com a evolução do mercado e da conjuntura econômica. Para ela, estabelecer regras fixas para os *shopping centers* pode ter por objetivo garantir um mínimo de estabilidade para as partes, principalmente para o lojista que convive com os amplos poderes conferidos aos administradores. Mas, também "pode representar o fracasso do empreendimento, pois a liberdade para tomada de decisões de forma rápida é essencial para a administração".<sup>38</sup>

Essas considerações demonstram que a lei de locações deve ser aplicada com precaução para que não represente o desvirtuamento do contrato atípico firmado entre o lojista e o *shopping center*. Ao que parece, é justamente a atipicidade do contrato que abre o leque de opções para que as partes possam diferenciar esse empreendimento dos demais.

Caio Mário da Silva Pereira<sup>39</sup>, na década de 1980, com propriedade, alertou ser prudente aguardar a sedimentação da doutrina e da jurisprudência sobre este o contrato, antes que se editasse lei específica a regulamentá-lo.

---

<sup>38</sup>MIGUEL, op. cit., p.176.

<sup>39</sup>No texto "Súmula Integral do Simpósio sobre Centros Comerciais", in: **Shopping centers: aspectos jurídicos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. p.19.

Paula Castello Miguel relata em 1997 a existência de ante projeto de lei que tramitava no Congresso Nacional, dispondo sobre *shopping center*, publicado no Diário Oficial da União de 8 de agosto de 1994. Conforme relata, a autora, o ante projeto atendeu às críticas em relação à necessidade de se estabelecer regras específicas para a renovação do contrato, devido à peculiaridade relacionada ao fundo de comércio no *shopping*. Assim, incluiu entre os requisitos para a renovação o bom desempenho do lojista, que será analisado conjuntamente pelo empreendedor e pela Associação de Lojistas.

Parece que a melhor forma de garantir o sucesso do empreendimento ainda continua sendo manter a mescla de leis a serem aplicadas, abusando-se das regras aplicáveis aos contratos em geral, inclusive a da boa-fé prevista no novo Código Civil<sup>40</sup>, deixando-se margem para a aplicação livre dos princípios do direito, suficientes para evitar abusos eventualmente praticados por uma ou ambas as partes e para garantir o equilíbrio contratual.

Não se pode admitir rigor nas regras a ponto de excluir as possibilidades de o empreendedor do *shopping center* acompanhar as constantes e rápidas modificações do mercado, sob pena de levar o empreendimento ao fracasso. Ao mesmo tempo em que se pode reconhecer a necessidade de proteção do lojista individual, também deve-se garantir muito mais proteção ao grupo de lojistas, interessados em "vizinhos" eficientes e capazes de atrair o público para o *shopping* e, conseqüentemente, para suas próprias lojas. O fracasso de um, nesse empreendimento, é desvantagem para todos.

Para Carlyle Popp, o legislador se absteve de interferir nas cláusulas contratuais porque seria inviável discriminar as situações plausíveis e o que seria ou não lícito, considerando as peculiaridades dessa relação jurídica. Entende, então, que devem prevalecer os princípios gerais do direito, os termos contratuais entre as

---

<sup>40</sup> Art. 113 e 422.

partes estabelecidos. Somente a parte procedimental e os poucos aspectos materiais descritos na lei podem ser levados em conta.<sup>41</sup>

Por essas e outras razões é que houve manifestação expressa dos lojistas e dos empreendedores no sentido de que fosse interrompida a tramitação do ante projeto de lei, antes referido. Paula Castello Miguel<sup>42</sup> informa que uma comissão formada por representantes de lojistas e pela Abrasce reuniu-se com o Ministro da Justiça, em 1993, para manifestar sua oposição à formulação de novas regras para reger a matéria. Temia-se que fossem criadas limitações ao regime em vigor, que dá liberdade de contratação.

O regime em vigor, por sua vez, vem sendo criticado por diversos doutrinadores,<sup>43</sup> sob diversos fundamentos, como: o contrato poderia ter sido caracterizado como atípico, faltou proteção aos lojistas, a regulamentação foi simplista etc.

É importante a ressalva, ainda, quanto à inaplicabilidade das regras do Código de Defesa do Consumidor a essa relação jurídica, pois o empreendedor do *shopping center* não é fornecedor de serviços e nem o lojista é consumidor.

Como se viu, entre eles há uma parceria que objetiva o sucesso do empreendimento, o que gerará lucros a ambos.

---

<sup>41</sup>Trecho transcrito no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido no Resp n. 123.847, da 6.<sup>a</sup> Turma, em que foi Relator o Ministro Vicente Leal e no acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná, na Apelação Cível 147.338-1, da 4.<sup>a</sup> Câmara Cível, em que foi relator o Dês. Ruy Cunha Sobrinho, in Revista de Direito Privado, São Paulo: RT, n.7, p.324, jul./set. 2001.

<sup>42</sup>MIGUEL, op. cit., p.180.

<sup>43</sup>Jaques Bushatsy, Mario Cerveira Filho (que, inclusive, indica objetivamente as mudanças que entende devam ser feitas na lei de locações), Gladston Mamede, Paula Castello Miguel, entre outros.

Vale ressaltar o entendimento de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, segundo o qual sequer se pode visualizar relação de consumo entre o empreendedor do *shopping center* e os seus freqüentadores.<sup>44</sup>

O Ministro Cláudio Santos, todavia, considera que mesmo não se tratando, esse tipo de contrato, como de consumo, não se deve afastar de todo a possibilidade de aplicação de alguns de seus princípios, quanto a cláusulas abusivas ou, até mesmo, quanto aos contratos de adesão. Segundo o referido autor, o CDC não adota um "sistema fechado de proteção para uma categoria econômica". Entende que esse código tem princípios que possibilitam a utilização da analogia, quando verificado o desequilíbrio contratual, diante da vulnerabilidade de um dos contratantes.<sup>45</sup>

Parece, todavia, mais adequado concluir que o novo Código Civil é norma suficiente para garantir o equilíbrio contratual, não sendo necessário invocar o código de defesa do consumidor, por analogia.

Aliás, pode vir a ser impróprio impor sanções previstas nesse código, como a da nulidade de determinadas cláusulas, ao contrato firmado entre empreendedores e lojistas de *shopping centers*, porque algumas dessas cláusulas são justamente as que garantem o sucesso do empreendimento. Exemplo disso pode ser a da cláusula que prevê a rescisão unilateral do contrato pelo empreendedor, caso o lojista não esteja alcançando o desempenho estipulado como satisfatório.

A rescisão é a medida que garantirá aos demais lojistas a segurança de que o empreendimento não será afetado pelo insucesso de um ou da minoria dos lojistas, dando-se margem de manobra para que o empreendedor tome as medidas necessárias para amoldar o empreendimento à realidade do mercado, trazendo ao

---

<sup>44</sup>LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Inexistência de relação de consumo entre o 'Shopping Center' e seus freqüentadores. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.122, p.211, abr./jun. 2001.

<sup>45</sup>SANTOS, op. cit., p.11.

conjunto produtos mais atraentes ao público do que aqueles porventura oferecidos pelo lojista que será "excluído".

Pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, essa medida poderia ser considerada abusiva e a cláusula que a fundamenta poderia ser considerada nula. Daí porque parece não ser adequado aplicar ao caso, nem mesmo analogicamente, as normas consumeristas, que arrolam as cláusulas abusivas, que por isso, são nulas.

É importante, ainda, que se reflita sobre se os contratos entre lojistas e empreendedores de *shopping centers* são de adesão e em que medida isso afeta a liberdade das partes. Poucos são os doutrinadores que se manifestaram sobre esse ponto. O Ministro Cláudio Santos entende tratar-se de contrato de adesão e, por isso, há campo fértil para cláusulas abusivas e iníquas, devendo, segundo o autor, o interprete postar-se em posição de vigilância e guardar o princípio da transparência e regras de interpretação recomendadas pela doutrina e pela lei. Jaques Bushatsky acompanha-o nesse entendimento.<sup>46</sup>

Não parece, todavia, que os contratos em exame sejam tipicamente de adesão, porque não há formulário previamente autorizado por autoridade competente e, apesar de algumas cláusulas serem estabelecidas unilateralmente pelo empreendedor, também há muita margem para negociação pelo lojista, não só quanto à remuneração, mas quanto ao que o lojista espera que o empreendedor faça para garantir o sucesso do empreendimento como um todo (por exemplo: exigir que haja do *shopping* uma loja âncora, que a publicidade seja feita com mais antecedência do que pretendia o empreendedor, que o rateio dos custos seja feito de forma diversa da proposta pelo empreendedor, que o estacionamento de veículos não custe mais que um determinado valor etc.).

---

<sup>46</sup>BUSHATSKY, op. cit., p.9.

## 4 FORMAS DE REMUNERAÇÃO DO EMPREENDEDOR

### 4.1 DENOMINAÇÃO CORRETA A SER DADA À REMUNERAÇÃO

O que causa estranheza é que, mesmo os autores que entendem não se tratar de locação referem-se à remuneração devida pelo lojista como "aluguel".

Maria Helena Diniz, percebendo essa incongruência, afirma que "embora se fale em aluguel mínimo e percentual, errônea é esta nomenclatura, pois aluguel não é, tampouco locação".<sup>47</sup> Mas, a própria autora, ao definir os tipos de remuneração, refere-se a aluguel, ainda que entre aspas.

Nada impede, todavia, que a prática seja modificada e que se passe a adotar um termo mais abrangente, como "remuneração".

Assim, como se está optando o entendimento de que o contrato entre lojista e empreendedor de *shopping center* é atípico, nesse trabalho será adotada a expressão "remuneração" e não aluguel.

### 4.2 A REMUNERAÇÃO MÍNIMA

Não há divergência na doutrina sobre o que vem a ser remuneração mínima. Conforme Paula Castello Miguel<sup>48</sup> explica, trata-se de um valor fixo, previsto em contrato, calculado conforme a localização e o tamanho da loja, podendo ser reajustado periodicamente, conforme previsto no contrato.

Gladston Mamede<sup>49</sup> ressalta que em alguns contratos pode-se encontrar o que chama de "artifício curioso". As partes definem um aluguel maior do que o que será

---

<sup>47</sup>DINIZ, op. cit., p.229.

<sup>48</sup>MIGUEL, op. cit., p.159.

<sup>49</sup>MAMEDE, op. cit., p.52.

pago, o qual será objeto de desconto por um período de tempo. Com isso, há aumentos constantes da remuneração mascarados pela redução periódica dos descontos.

Mário Cerveira Filho<sup>50</sup> indica dois métodos como sendo os básicos para a determinação do valor da remuneração. Pelo método "comparativo direto" se estabelece o valor mediante a pesquisa de mercado de locações semelhantes, de preferência no mesmo *shopping*. Pelo método da "renda", o valor é estabelecido mediante a aplicação de uma taxa de renda, calculada em função do valor do "capital-terreno e do capital-construção", sobre o valor do imóvel.

#### 4.3 A REMUNERAÇÃO "MÓVEL" OU PERCENTUAL

A remuneração percentual é a calculada mediante a aplicação de percentual sobre a receita bruta da loja. As remunerações mínima e percentual não são cumulativas. O que ocorre é que o lojista assume a obrigação de pagar ao empreendedor um determinado percentual sobre seu faturamento bruto, mas se esse valor for menor que o estipulado como remuneração mínima, o lojista pagará o valor mínimo. Ou seja, conforme bem colocado por Dinah Sonia Renault Pinto,<sup>51</sup> pagará sempre o maior valor.

Quanto a essa forma de remuneração, há alguma divergência na doutrina.

Alexandre Agra Belmonte<sup>52</sup> comenta que nada impede que o preço da "locação" seja variável, como o é no caso do aluguel percentual, desde que o valor final seja o "justo preço". Lembra que o aluguel percentual tem tamanha mobilidade que perde o caráter de certeza, ou seja, nunca se saberá o valor do preço, ainda que o índice seja conhecido, porque as vendas são imprevisíveis. Para ele, o aluguel

---

<sup>50</sup>CERVEIRA FILHO, Mário. **Shopping center: direito dos lojistas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.53.

<sup>51</sup>PINTO, op. cit., p.51.

<sup>52</sup>BELMONTE, op. cit., p.44.

percentual é um preço aleatório, deixando de ser uma contraprestação justa, ainda que exista a previsão de uma base mínima fixa. O autor entende que o aluguel percentual é, em verdade, uma retirada "pro labore da associação participativa". Fala em associação participativa porque entende que a cobrança da remuneração passa a ser uma atividade comercial do empreendedor, que passa a ter em mira o montante de vendas, lançando mão de instrumentos para aumentar as vendas dos lojistas e para fiscalizar seu faturamento.

Mário Cerveira Filho<sup>53</sup> afirma que o percentual a ser fixado para essa remuneração varia de *shopping para shopping* e de acordo com a atividade comercial. Entende que o lojista, nessa situação, tem um "sócio" que só participa dos lucros. Para ele a cláusula é legítima. Discorda do que entende ser a posição predominante na jurisprudência, segundo a qual o aluguel percentual não pode ser modificado, nem mesmo via ação renovatória. O autor entende que o percentual da remuneração pode ser discutido em ação renovatória, porque desde o Plano Real as vendas ficaram desaceleradas, o que geraria excessiva onerosidade aos lojistas, e porque, conforme o princípio da isonomia, não faz sentido outro comerciante que desenvolve a mesma atividade, no mesmo empreendimento, pagar aluguel percentual diferente.

Ladislau Karpat<sup>54</sup> informa que a fixação de aluguel em percentual sobre a arrecadação de uma atividade não é novidade, mas apenas não merecia tanta atenção, em outras épocas.

Lembra que o empreendedor emprega na construção desse tipo de empreendimento capital "infinitas vezes" maior do que normalmente se emprega na construção de lojas singulares de rua. Por isso, procura retribuição maior, mediante a remuneração proporcional.

---

<sup>53</sup>CERVEIRA FILHO, **Ações renovatórias**..., op. cit., p.57.

<sup>54</sup>KARPAT, Ladislau. **Locação e aluguéis em shopping centers**. São Paulo: Leud, 1997. p.179.

Considera que o percentual é imutável e deve ser respeitado na medida em que foi contratado livremente entre as partes. Comenta, com propriedade, que com os bons resultados do negócio, representados pela remuneração vantajosa, o empreendedor planejará futuras melhorias e expansões, necessárias até mesmo para enfrentar a concorrência.

Em sua opinião, a quitação mensal que é dada pelo empreendedor em relação à remuneração que lhe foi paga pelo lojista não prejudica o exame e a fiscalização posterior dos livros contábeis e registros, sendo possível a cobrança de diferenças eventualmente apuradas.

A maioria dos autores concorda que a fiscalização pelo empreendedor, dos livros e registro contábeis dos lojistas, é lícita e necessária, até porque somente assim pode ele conferir o valor da remuneração percentual que incide sobre o faturamento bruto.

Ladislau Karpát apenas ressalva que uma fiscalização ostensiva que resulte em prejuízo de vendas para o lojista, não é adequada, ou mesmo aconselhável.

Adotando a lição de Caio Mario da Silva Pereira, no sentido de que não há que se falar em sigilo comercial, já que as operações efetuadas no exercício de qualquer atividade não podem ser revestidas de segredo interpartes, aconselha que a documentação contábil esteja em local onde a fiscalização não atrapalhe a atividade exercida e que o locador evite enviar prepostos para fazer averiguações em número maior que o necessário.

Paula Castello Miguel<sup>55</sup> ressalta que a remuneração percentual é característica básica dos contratos entre empreendedores e lojistas de *shopping centers*, já que embasa toda a estrutura do empreendimento. Por isso, é a regra nesse tipo de contrato.

---

<sup>55</sup>MIGUEL, op. cit., p.159.

Para ela, o aluguel fixo é apenas uma forma de garantir ao empreendedor uma receita mínima, suficiente para a manutenção da estrutura do empreendimento, na medida em que as duas remunerações não são pagas cumulativamente.

Comenta que a estrutura organizacional oferecida pelo empreendedor é "a chave do sucesso do lojista", e o interesse do empreendedor de manter uma estrutura eficiente para atrair a clientela está assegurada na sua forma de remuneração.

E complementa dizendo que a doutrina e a jurisprudência têm sido unânimes em confirmar a legalidade desse tipo de cobrança de remuneração variável.

Apoiada na lição de Maria Helena Diniz, a autora afirma que como remuneração entende-se um aluguel certo e determinado ou somente determinável, não sendo necessário constar do contrato um valor fixo. Basta que haja uma fórmula pela qual se consiga determinar o *quantum* a ser pago.

O Ministro Cláudio Santos<sup>56</sup> afirma que não conhece manifestação doutrinária ou jurisprudencial contrária a essa forma singular de remuneração. O autor não se opõe à possibilidade de que se pleiteie em ação revisional ou renovatória a revisão da remuneração, inclusive da percentual.

Orlando Gomes<sup>57</sup> entende equivocada a posição daqueles que dizem que o aluguel percentual subverte a estrutura da locação, transformando-a em contrato de sociedade.

Argumenta que, do mesmo modo que um empregado não se torna sócio quando o seu salário se completa com participação nos lucros da empresa, o lojista não se torna sócio do *shopping center* porque paga a renda correlata ao uso da loja sob a forma de percentual.

Lembra que é da essência da sociedade a participação dos sócios nos lucros e nas perdas e afirma que nem o empreendedor e nem o lojista participam

---

<sup>56</sup>SANTOS, op. cit., p.16.

<sup>57</sup>GOMES, op. cit., p.23.

das perdas um do outro. Orlando Gomes elege a forma de remuneração (que denomina de "retribuição") como a mais ostensiva peculiaridade do contrato entre lojista e *shopping center*, e é justamente o que descaracteriza o contrato como sendo de locação. Em suas palavras, "essa forma de retribuição é de tal modo estranha à locação, se não imprópria, que tanto ela como qualquer forma participativa podem descaracterizá-la".

O autor entende que o aluguel percentual não pode ser modificado, nem mesmo pelo Juiz. Alega que permitir que o Juiz modifique o percentual para um lojista significaria aceitar que dois lojistas que praticam a mesma atividade no mesmo empreendimento pagariam valores diversos de remuneração, o que seria inaceitável. Para ele, o Juiz estaria "interferindo na economia do contrato por forma não autorizada, rompendo, demais disso, o equilíbrio necessário à organização do comércio no edifício, com repercussão deletéria no *tenant mix*".

Caio Mário da Silva Pereira<sup>58</sup> aponta que muito antes de existir *shopping center* no Brasil já se avençava aluguel composto de dois fatores – uma quantia certa e uma variável, calculada conforme o faturamento.

Comenta que tanto doutrina como jurisprudência não discordam da opinião de que o aluguel percentual é lícito e relembra as lições de Washington de Barros Monteiro e de Silvio Rodrigues, nesse mesmo sentido.

Em conclusão, parece que, realmente, não há ilegalidade no ajuste de uma remuneração variável, fixada em percentual sobre o faturamento bruto. Aliás, essa é uma das principais características desse tipo de empreendimento e é o que o torna tão atraente a investidores e ao empreendedor.

Além disso, o fato de o empreendedor estar participando dos lucros dos lojistas é um incentivo para que esteja sempre atento à organização do empreendimento, de forma a garantir que o *mix* de lojas, a publicidade etc. tornem o *shopping* atrativo para os consumidores.

---

<sup>58</sup>PEREIRA, op. cit., p.19.

O *tenant mix*, conforme explicação de Paula Castello Miguel, é a combinação de diversas atividades comerciais, "o sopesamento de ramos mercantis, de modo que o público desfrute de opções variadas, sem que falte uma especialidade, mas também sem o saturamento de outras".

É a técnica utilizada pelo empreendedor para estruturar seu empreendimento, adaptando-o ao público alvo. Robert Vladimir Mirschfeldt, citado pela referida autora, afirma que na elaboração do *mix*, procura-se definir, para cada ramo de comércio, o seu tamanho, forma e localização, levando-se em conta as necessidades da população da vizinhança. O objetivo é posicionar as lojas de maneira a economizar tempo e esforço para os clientes, permitindo que eles encontrem, num espaço limitado, diversas mercadorias, favorecendo também o lojista, porque ele se beneficia da atração exercida pelas lojas vizinhas e da chamada 'compra por impulso'.

Paula Castello Miguel ressalta que o *tenant mix* não é observado apenas quando o empreendimento é instalado, mas durante todo o tempo em que está em funcionamento. Afirma, ainda, que o empreendedor deve ficar atento às evoluções do mercado, novidades tecnológicas e de marketing, bem como ao potencial econômico de cada negociante instalado no *shopping*.

A vantagem desse tipo de remuneração variável, calculada em percentual sobre o faturamento, é justamente a possibilidade de a remuneração ser justa, ou seja, compatível com os esforços de ambas as partes: do lojista, em atender satisfatoriamente e oferecer produtos de qualidade por um preço atrativo; do empreendedor, em divulgar o empreendimento, manter um mix de lojas compatível com o tipo de público alvo, impor e modificar as regras de funcionamento do *shopping* para atender ao anseio do público etc.

Viu-se que entre os doutrinadores há os que utilizam a remuneração percentual como fundamento para demonstrar que o contrato realmente não pode ser tido como de locação (porque não seria aceitável a estipulação de aluguel cujo valor não seja previamente conhecido pelas partes). Há, também, os que utilizam de fundamento baseado na mesma remuneração para concluir que o contrato é de

locação (porque entendem que nada impede que o aluguel tenha preço variável, desde que a fórmula para seu cálculo esteja ajustada em contrato).

Parece, entretanto, que a remuneração percentual não deve servir como critério para definição da natureza jurídica do contrato. Isso porque não há na lei de locações nada que proíba que o aluguel seja variável, desde que previamente ajustada a forma de seu cálculo pelas partes, como acontece com a remuneração percentual.

Todavia, isso não é suficiente para se concluir que o contrato é de locação.

São outros os critérios que devem ser avaliados para a definição da natureza jurídica do contrato, os quais já foram analisados em item anterior.

Não parece ser o mais adequado o posicionamento daqueles que entendem que o percentual da remuneração deve ser revisto quando as vendas caem. Se as vendas caem, a remuneração recebida pelo empreendedor também sofre queda. Diminuir o percentual da remuneração representaria queda dupla no rendimento do empreendedor, fazendo com que o negócio se torne menos atraente.

#### 4.4 OUTRAS REMUNERAÇÕES

No mês de dezembro há a cobrança do aluguel em dobro da remuneração fixa, o que vulgarmente se denomina de "13.º aluguel".

Paula Castello Miguel<sup>59</sup> explica que o valor mínimo a ser pago no mês de dezembro equivale a duas vezes o aluguel normal, cobrado nos demais meses, assegurando-se ao empreendedor um ganho mínimo superior ao normal.

O aluguel percentual, conforme comenta a autora, continua inalterado, porque nos demais meses, o aluguel devido em dezembro será o maior dos dois valores: o aluguel mínimo, em dobro, ou o aluguel calculado com base no faturamento.

---

<sup>59</sup>MIGUEL, op. cit., p.160.

A autora justifica a cobrança em dobro no fato de as vendas aumentarem no mês de dezembro, em função do Natal. Dessa forma, diz ela, o empreendedor exige um melhor desempenho do lojista.

Com embasamento em jurisprudência, entende, ainda, que a cobrança é lícita tendo em vista a liberdade que as partes têm para estipular a remuneração, desde que respeitados os limites da lei de locações, a qual, por sua vez, não veda esse tipo de cobrança, na opinião da autora.

Mário Cerveira Filho cita outras remunerações que se podem encontrar nos contratos entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*: 14.º aluguel (aluguel em dobro no mês de maio – Dia das Mães), 15.º aluguel (pagamento em dobro no mês de junho – Dia dos Namorados), aluguel de garantia de desempenho (pagamento mínimo de aluguéis superiores ao mínimo fixado no contrato), aluguel complementar (cobrado toda vez que a inflação acumulada no período de reajuste variar ou entremear a variação de 10 pontos percentuais), aluguel compensatório<sup>60</sup>.

Para ele, depois do Plano Real, o consumo diminuiu muito não se justificando mais que se cobrasse o aluguel em dobro nas datas festivas. Lembra que é justamente no mês de dezembro que o lojista tem de arcar com o pagamento do 13.º salário, o que aumenta suas despesas e diminui seus lucros.

O autor entende ser abusiva, portanto, a cobrança em dobro do aluguel mínimo nessas ocasiões, porque, quando os lojistas faturam mais, o empreendedor participa dos lucros, já, quando as vendas decrescem, o prejuízo somente seria arcado pelos comerciantes. Conclui, então, que esses aluguéis abusivos podem ser anulados, mesmo que contratados, por meio de ação declaratória ou na ação renovatória.

---

<sup>60</sup> Conforme a explicação do autor, as partes reconhecem ser possível o índice contratual de reajuste variar de tal forma que a suspensão, por um ano, da periodicidade dos reajustes imposta por lei, ou a continuidade do reajuste anual imposto por lei, venha a acarretar efetiva e substancial redução do aluguel contratual, o qual foi fixado na presssuposição de moeda estável. As partes estipulam que, após a suspensão do período de reajuste, o lojista pagará ao empreendedor, além do aluguel mínimo ou percentual, um aluguel compensatório

Apenas um ponto do posicionamento do autor, todavia, merece ser comentado: na verdade, os comentaristas econômicos da época afirmavam que o consumo aumentou depois da implementação do Plano Real.

Ladislau Karpát<sup>61</sup> é da opinião de que é válida a cláusula que prevê o pagamento do aluguel mínimo em dobro, no mês de dezembro.

Fundamenta seu entendimento no art. 54 da lei de locações, segundo o qual prevalecerão as condições livremente pactuadas entre as partes e na conclusão de que a lei não proíbe esse tipo de estipulação. Ele vê o 13.º aluguel como uma espécie de compensação para o empreendedor.

Também é do entendimento de que o aluguel em dobro atende às peculiaridades desse tipo de contrato e afirma que sem esse tipo de compensação diferenciada, o empreendedor não teria como continuar investindo no empreendimento, aumentando-o e melhorando-o.

Dinah Sonia Renault Pinto tem opinião no mesmo sentido de Paula Castello Miguel e Ladislau Karpát, dentre outros. Já, Gladston Mamede<sup>62</sup> entende que o 13.º aluguel é abusivo e a cláusula que o prevê é nula, porque não representa uma contraprestação a algo a mais que o empreendedor oferece no mês de dezembro – "não há uma 13.ª utilização e gozo do imóvel, nem uma 13.ª prestação de serviços de administração e mercadologia".

Além disso, conforme o autor, a verba destinada à publicidade vem de um fundo específico, o fundo de promoção, portanto, nem por esse argumento se justificaria a cobrança do aluguel em dobro.

Arremata sua opinião lembrando que o custo com o 13.º salário de empregados não pode ser repassado aos lojistas, que também arcam com custo idêntico em relação a seus funcionários.

---

<sup>61</sup>KARPAT, op. cit., p.181.

<sup>62</sup>MAMEDE, op. cit., p.54.

Darcy Bessone<sup>63</sup> lembra que, além dessas remunerações, o lojista arcará igualmente com uma contribuição para o fundo de administração e, com outra, para o fundo de promoções e, eventualmente, pagando uma contraprestação pela *res sperata*<sup>64</sup>.

Não é o caso de, no presente trabalho, aprofundar a discussão, mas é importante ressaltar que há divergência na doutrina sobre se esses outros pagamentos comporiam ou não a remuneração pela cessão do uso de espaço.

---

<sup>63</sup>BESSONE, op. cit., p.30.

<sup>64</sup>Conforme a doutrina de Paula Castello Miguel, a *res sperata* é a contribuição que o lojista paga ao empreendedor pelo direito de integrar o complexo mercadológico desenvolvido pelo empreendedor. Geralmente é uma quantia mensal que será devida até o final da construção utilizada para capitalizar o empreendedor. Em contrapartida, o futuro lojista tem garantida a sua participação no empreendimento. É uma forma de captar recursos para a construção do shopping. (MIGUEL, op. cit., p.150).

## 5 A CLÁUSULA QUE IMPÕE CONDIÇÃO FINANCEIRA À RENOVAÇÃO DO CONTRATO

### 5.1 OS TERMOS DA CLÁUSULA

A grande maioria dos contratos de cessão de uso de espaço em *shopping centers* contém cláusula prevendo que o contrato somente será renovado se, nos últimos doze meses de vigência do ajuste, o lojista tiver pago remuneração superior à mínima.

Não há uma redação padrão para essa cláusula e há variações das exigências feitas. Por exemplo, alguns contratos prevêem obrigações alternativas. Se o lojista não conseguiu pagar valor superior ao mínimo nos últimos 12 meses de contratação, ininterruptamente, deverá, pelo menos, ter pago valor superior ao mínimo em mais de 1/3 dos meses de vigência do seu contrato.

Também há outras variações da exigência, como a previsão de que seja paga a remuneração mínima, naqueles períodos e não valor superior a esse.

Mário Cerveira Filho traz, no livro "Shopping Centers – direito dos lojistas"<sup>65</sup>, um modelo de escritura pública declaratória de normas gerais, que afirma ser a atualmente estabelecida pelos empreendedores de *shopping centers*.

No item "7.22" dessa escritura consta cláusula com a seguinte redação, que serve como exemplo do que se está analisando no presente trabalho:

É condição essencial para que o locatário tenha direito de pleitear a renovação do contrato que, nos 12 (doze) meses anteriores, haja pago, ininterruptamente, aluguel superior ao mínimo ou que, alternativamente, haja pago aluguel superior ao mínimo em mais e 1/3 (um terço) dos meses de vigência de seu contrato.

Nessa escritura, tomada como exemplo, referida cláusula localiza-se dentre aquelas em que se regula o aluguel.

---

<sup>65</sup>CERVEIRA FILHO, *Shopping center*, op. cit., p.107.

Todavia, a cláusula pode estar localizada dentre aquelas em que se estabelecem as obrigações do locatário<sup>66</sup> ou dentre as em que se prevêem condições para a renovação do contrato<sup>67</sup> ou, ainda, entre as cláusulas que estabelecem o direito de o empreendedor interferir no *mix* de lojas.<sup>68</sup>

Para facilitar o exame da questão, referir-se-á a essa cláusula como aquela em que se vincula a renovação do contrato a comprovação de que o lojista tenha garantido ao empreendimento uma margem mínima de faturamento previamente determinada entre as partes, em período de tempo também previamente combinado.

Nessa frase está-se abrangendo tanto os casos em que se exige pagamento da remuneração mínima, quanto de valor superior a esse, bem como está-se fazendo referência a todas as formas de estipulação desse tipo de obrigação, independentemente do período em que se verificará qual foi o valor pago pelo lojista ao empreendedor.

## 5.2 A FINALIDADE DA CLÁUSULA

Inicialmente, deve-se lembrar o que disse Orlando Gomes sobre o *shopping center*: que se trata de uma "inovação tecnológica no setor comercial, caracterizada pela introdução de um novo sistema de organização para vendas ao consumidor".<sup>69</sup>

É com essa premissa em mente que se deve analisar a finalidade da cláusula que vincula a renovação do contrato a comprovação de que o lojista tenha

---

<sup>66</sup>Conforme sugere Cláudio Santos, na obra "A locação em espaços de Shopping Center", (op. cit., p.17).

<sup>67</sup>Em verdade, foi dentre essas cláusulas que nasceu essa condição. A modificação de sua localização é fruto das tentativas dos doutrinadores de diminuir a discussão sobre sua validade, conforme fica bem claro no texto escrito por Paula Castello Miguel. (op. cit., p.174/175).

<sup>68</sup>Paula Castello Miguel, no texto já citado, também adota a posição no sentido de que referida cláusula é um meio para que o empreendedor mantenha o *mix*. Pág. 151.

<sup>69</sup>GOMES, op. cit., p.9.

garantido ao empreendimento uma margem mínima de faturamento previamente determinada entre as partes, em período de tempo também previamente combinado.

Essa estipulação não tem por destinatário apenas o empreendedor e aquele lojista em relação a quem se está examinando a possibilidade de renovação do contrato. Tem, também, em vista os interesses dos demais lojistas que compõem o empreendimento, porque seu sucesso depende do sucesso do conjunto. Se um lojista não está empenhado em melhorar a qualidade de seus produtos, melhorar a forma de atendimento dos clientes, melhorar a apresentação de sua loja, adequando-a constantemente às mudanças do mercado e novos padrões estéticos, todos os lojistas perderão com essa omissão daquele lojista negligente.

A cláusula ora em exame, então, permite que o empreendedor cuide dos interesses de todos os lojistas e não apenas e exclusivamente de seu próprio interesse pecuniário.

É uma forma de manter a qualidade do empreendimento e, conseqüentemente, de manter o interesse do público-alvo – os consumidores.

Daí porque essa estipulação geralmente vem dentre as normas gerais, estabelecidas em escritura pública, e não no contrato individualmente celebrado para cada loja cujo uso foi cedido. Trata-se de regra geral válida para todos os lojistas indistintamente considerados e cujo cumprimento pode, inclusive, ser exigido do empreendedor, pelos demais lojistas que se sintam prejudicados pela negligência de um determinado empresário. Ora, na medida em que essa cláusula consta na escritura pública declaratória nas normas gerais do empreendimento, vincula a todos os lojistas, como se se tratasse de uma relação jurídica única (ainda que formada por várias outras relações jurídicas). Dessa forma, os lojistas que estão cumprido suas obrigações têm legitimidade para intervir junto ao empreendedor exigindo que este tome providências em relação àqueles lojistas que não estão cumprindo as suas obrigações. Trata-se, inclusive, de uma questão de respeito ao direito de igualdade.

Não se pode deixar de mencionar, todavia, que nem sempre a queda de faturamento da loja e a impossibilidade de cumprimento da obrigação de faturamento mínimo naquele período de tempo estabelecido entre as partes, como condição para renovação do contrato, decorrem de negligência do empresário que administra a loja.

Algumas vezes também podem decorrer da inadequação do *tenant mix*. Como vários contratos entre lojistas e *shopping centers* têm vigência longa, considerando-se que se está, aqui, tratando de comércio, em que o mercado é "camaleão", modificando suas características com periodicidade praticamente impossível de ser antevista, não raras vezes o *tenant mix* arquitetado pelo empreendedor não é satisfatório para todo o período de vigência do ajuste. A distribuição das lojas no espaço do *shopping center*, portanto, levando-se em consideração os ramos de atuação de cada lojista, pode estar prejudicando o desempenho daquelas lojas que não são adequadas para o tipo de empreendimento que está sendo desenvolvido, considerando-se o público consumidor alvo. O público que frequenta o *shopping* pode não se interessar pelo tipo de produto que é oferecido por tal ou qual lojista.

Nessa situação, também, o empreendedor precisa ter uma válvula de escape para salvar o empreendimento e impedir que o mesmo seja contaminado pelo desinteresse que o público demonstrou em relação a determinada loja ou ramo de atividade nela desenvolvido.

Bom exemplo disso pode ser a existência de espaço para jogo de boliche num *shopping* localizado em bairro nobre e que, com o passar dos anos, foi-se tornando bairro de residência de pessoas idosas, sem filhos jovens. Hoje em dia a minoria do público com essas características interessa-se por esse tipo de jogo. Como essa atividade exige um amplo espaço para ser desenvolvida, grande parte do *shopping* estará praticamente inutilizada. E mais. Os lojistas vizinhos ao espaço destinado para boliche estarão fatalmente prejudicados, já que o público, sabendo

que naquela região há algo que não lhes interessa, desviam-se dali para visitar outras áreas do *shopping* que geram mais interesse.

Uma das válvulas de escape pode ser a cláusula que vincula a renovação do contrato a comprovação de que o lojista tenha garantido ao empreendimento uma margem mínima de faturamento previamente determinada entre as partes, em período de tempo também previamente combinado.

E é nesse ponto da discussão que surge a dúvida objeto do presente trabalho: a culpa pela queda de faturamento do lojista terá sido dele, do empreendedor ou do mercado? É justo que lhe seja tolhido o direito de renovação do contrato, mediante a invocação da referida cláusula? Muito provavelmente esse lojista, que se encaixa no exemplo do jogo de boliche, sequer pretenderá renovar seu contrato, se for consciente das mudanças de mercado. Mas, e se se tratar de lojista que não tem essa consciência?

É com essas premissas em mente que se passa à análise da validade da referida cláusula.

## 6 A VALIDADE DA CLÁUSULA QUE IMPÕE CONDIÇÃO FINANCEIRA À RENOVAÇÃO DO CONTRATO

Essa cláusula, em verdade, como se viu, não tem por objetivo único criar condição financeira à renovação do contrato. Ao que parece, sua principal função é garantir e manter o sucesso do empreendimento. O que se exige do lojista é perícia e prudência na administração de seu negócio, muito mais do que apenas faturamento alto. A margem mínima de faturamento no período estipulado pelas partes foi o método objetivo que se encontrou para checar o empenho do lojista e sua adequação aos padrões do empreendimento.

Vários juristas que se dedicaram ao estudo do tema reclamam que há pouca doutrina sobre o assunto dos contratos entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*. A polêmica em torno desses contratos, mesmo assim, já é grande. Os autores que os estudam dividem suas conclusões sobre os mais diversos aspectos do contrato.

O que se tem discutido é se tal cláusula é nula, uma vez que pode ser considerada contrária aos princípios da Lei n.º 8.245/1991 e aos seus art. 45 e 54, caput, que tratam especificamente dos *shopping centers*. Leia-se o teor da regra:

Art. 45. São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proibam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

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.

Existem, basicamente, três correntes doutrinárias. Há aqueles que entendem que a cláusula é válida, em qualquer situação, há os que afastam sua validade, dizendo-a nula e há os que enxergam algumas condições para a validade da cláusula.

O que se deve ter em mente, para a análise dessa cláusula, é, como diz Orlando Gomes, que algumas exigências se justificam

em face da perspectiva global em que devem ser consideradas as locações num *shopping center*, ressaltando a sua originalidade e concorrendo, somada a outras peculiaridades, para fortalecer a convicção de que o contrato é atípico, como sustento. Com efeito, uma cláusula desse jaez [referindo-se á cláusula que exige a aprovação do locador para a execução do projeto de instalação da loja] não se compreende, por falta de esteio fatural, numa locação isolada, isto é, numa locação propriamente dita.<sup>70</sup>

## 6.1 TEORIA DA VALIDADE

Para alguns autores, a cláusula seria válida e deveria ser respeitada integralmente, pois o *shopping center* constitui-se em empreendimento *sui generis*, cuja disciplina, por sua natureza, refoge às regras protecionistas da legislação comum em favor do locatário. Segundo esse raciocínio, declarar a nulidade dessa cláusula significaria desvirtuar as particularidades do contrato de locação de lojas em *shopping centers*, já que o insucesso de um empresário, senão imediatamente, pelo menos com o tempo, inegavelmente, minará o sucesso do empreendimento em seu todo, causando queda no movimento do *shopping*, queda nas vendas das demais lojas e perda patrimonial para o empreendedor, demais lojistas e eventuais investidores.

Paula Castello Miguel fundamenta-se no entendimento de Maria Helena Diniz, no sentido de que a lei de locações somente se aplica aos contratos entre lojistas e empreendedores quando não seja conflitante com as cláusulas do contrato, porque a lei seria um complemento aos contratos não se sobrepondo a eles. Isso para impedir que a lei afete a concepção do *shopping center*.

Com base nessa conclusão, Paula Castello Miguel afirma que a cláusula impeditiva da renovação baseada no desempenho do lojista prevalece por ser necessária para a manutenção do empreendimento – "o controle do 'mix' é essencial para o empreendedor".

E, por fim, a autora informa que o anteprojeto de lei que tem por objeto a regulamentação dos contratos entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*

---

<sup>70</sup>GOMES, op. cit., p.20.

prevê como requisito da renovação do contrato o bom desempenho do lojista, que será analisado conjuntamente pelo empreendedor e pela Associação de Lojistas. Mas a autora ressalta que, em verdade, a análise seria exclusiva do empreendedor, visto que é ele quem edita as regras a serem seguidas pela referida associação.<sup>71</sup>

## 6.2 TEORIA DA NULIDADE ABSOLUTA

Segundo alguns doutrinadores, a cláusula seria nula porque estaria contrariando diretamente o art. 45 da Lei de Locações, já que o *shopping center* limita o direito à renovação do contrato, impondo obrigação pecuniária ao lojista, constituída pelo pagamento de valor maior que o do aluguel mínimo, em período que antecede o fim do prazo contratual.

Cláudio Santos manifesta suas "reservas à eficácia desta condição", por considerá-la *in fraudem legis*, porque teria por objetivo anular um benefício conferido pela lei. Invoca os termos do art. 45, da Lei n.º 8.245/91.

Mas considera lícito que o empreendedor exija, contratualmente, o empenho do lojista, sob pena de resolução do contrato por inexecução de obrigação, fundada no art. 9.º, II. Cita, como exemplo, caso em que o lojista não repõe seus estoques porque prefere utilizar o capital em aplicações financeiras com ganho certo.

Ao tratar desse assunto, comenta que o lojista tem o direito de emendar a mora, em situação de desfazimento da locação por falta de pagamento de aluguel, ficando, todavia, no ar se a sugestão do autor é a de que o lojista poderia, após notificada a intenção do empreendedor, de resolver o contrato por inexecução de obrigação pecuniária, depositar em juízo a diferença entre os valores pagos mensalmente e os ajustados como mínimos devidos para garantir-lhe o direito de renovação do contrato.

---

<sup>71</sup>MIGUEL, op. cit., p.174/175.

Lembra que a ineficiência ou improdutividade do lojista reflete negativamente no fundo de comércio, prejudicando-o, também e ressalta que a Lei n.º 8.245/91 busca tutelar justamente esse fundo de comércio ao garantir a renovação do contrato.<sup>72</sup>

Apesar de as palavras do autor não autorizarem que se afirme categoricamente que a cláusula é nula, parece que seu raciocínio pende para essa conclusão e que, para ele, o único meio de o empreendedor garantir um rendimento mínimo pelo seu investimento no empreendimento seria prever que pagamentos em valores menores que o mínimo ajustado gerarão a rescisão do contrato por inexecução de obrigação do lojista.

Todavia, a análise desse raciocínio gera a seguinte dúvida: se se considerar lícito impor sanção tão grave ao lojista, como a resolução do contrato antes do prazo ajustado, por que não seria lícito o empreendedor recusar-se a renovar a contratação, após findo o prazo? Afinal, "quem pode o mais, pode o menos".

Mário Cerveira Filho, para quem os lojistas têm sido omissos, não procurando conhecer a lei, faltando-lhes iniciativa para exigir o que entende ser seu direito, qualifica a cláusula ora em exame como abusiva, por afronta ao art. 54, caput, da Lei n.º 8.245/91.

Para ele, o impedimento de alteração das cláusulas dos contratos entre lojistas e empreendedores de *shopping centers* não pode ser absoluta. Entende que o empreendedor está abusando da liberdade que a lei lhe deu para impor regras e está-se aproveitando da fraqueza do lojista, no momento da contratação.

Os fundamentos de seu raciocínio levam o leitor a lembrar a teoria invocada no direito do consumidor, da hipossuficiência.

---

<sup>72</sup>"É verdade, inclusive, que se reflete negativamente, no fundo de comércio do lojista o seu malogro, haver incorporado que como é de sabença, constitui-se no bem tutelado pelo direito ao assegurar a renovatória." (SANTOS, op. cit., p.9).

O autor, todavia, não explicita por que, em seu entendimento, o lojista, mesmo sabendo ser o pólo dito mais fraco da relação, sente-se obrigado a contratar com aquele empreendedor que impõe a cláusula em exame.

Em verdade, o lojista tem outras opções de locais para estabelecer sua loja, como galerias e ruas. Sabe-se que não é porque a loja está estabelecida fora do *shopping center* que estará fadada ao insucesso. Ao contrário, em toda cidade existem ruas conhecidas como as que abrigam as lojas de marcas mais conhecidas com produtos de qualidade acima da média. Essas regiões costumam contar com policiamento redobrado ou, pelo menos, com segurança garantida pelos próprios lojistas que dividem as despesas com a contratação de seguranças particulares.

Conforme o raciocínio de Mário Cerveira Filho, o empreendedor impõe cláusulas como a que se está examinando, porque o lojista não tem condições de a elas se opor, sob pena de não conseguir um espaço no *shopping center* e, com isso, sua atividade estar com os dias contados. Como se o lojista não tivesse outra opção, senão a de instalar seu negócio em *shopping center*.

Daí, conforme o autor, a cláusula criada pelo empreendedor teria por objetivo burlar a proteção legal ao direito de renovação e não o objetivo de manter o "mix" ou de garantir o sucesso dos demais lojistas e do empreendimento, que estariam ameaçados pela imperícia de um vizinho. Para o autor, então, o juiz pode interferir na autonomia da vontade para corrigir o que entende ser uma distorção da evolução do usos e costumes.

Gadston Mamede<sup>73</sup> entende que são ilícitas todas as cláusulas que buscam fixar resultados mínimos para o lojista, transformando em infração contratual o fato de não se atingir tais metas. Em seu entendimento, o empreendedor, que ele denomina como "*responsável pelo shopping center*", pode elevar a performance comercial do locatário ao nível de hipótese para resilição contratual, sem ofender os direitos de uso e gozo da coisa e de exploração do ponto comercial. Invoca as agruras do mercado

---

<sup>73</sup>MAMEDE, op. cit., p.121.

brasileiro como justificativa para seu raciocínio. Para ele, o direito de propriedade não é incompatível com o direito à renovação, os quais a Lei n.º 8.245/91 buscou harmonizar. Segundo suas palavras "a legislação não desconhece os direitos do proprietário, mas, por igual, não desconhece os direitos do locatário e se esforça por evitar abusos".<sup>74</sup> Compreende que devem ser impostas restrições ao princípio da autonomia da vontade, em virtude do desequilíbrio que entende haver na vida atual e filia a tese ao que dizia Espínola Filho,<sup>75</sup> em 1957, acerca da "socialização do direito privado", que exigiria o "intervencionismo do Estado".

### 6.3 TEORIA DA VALIDADE CONDICIONADA À PROVA DA MÁ ADMINISTRAÇÃO DO LOJISTA

#### 6.3.1 A Teoria

Há, por fim, os que sustentam que a cláusula não é nula, mas seu cumprimento não deveria ser exigido de forma radical e inflexível.

Deve o locador demonstrar, exaustivamente, que o faturamento da loja ficou aquém do mínimo esperado por culpa do locatário. O faturamento insatisfatório seria apenas um dos dados a ser averiguado para a investigação da culpa do lojista.

Também se deve verificar a questão da recessão econômica, dificuldades temporárias do segmento, comparação entre o faturamento do lojista em questão e o dos demais e, até mesmo, o sucesso de todo o empreendimento.

O que se deve analisar, em resumo, são todos os componentes do risco empresarial. E o que caracterizará a culpa do lojista será sua inaptidão ou falta de talento para o exercício da atividade.

---

<sup>74</sup>MAMEDE, op. cit., p.67.

<sup>75</sup>ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Manual do inquilinato no direito civil vigente. 5.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p.456, citado por Gladston Mamede, op. cit., p.67.

Segundo essa corrente, o aluguel fixo mínimo serve justamente para garantir a remuneração do empreendedor em tempos difíceis, em que as vendas ficam aquém do esperado.

Portanto, não faria sentido impedir ao lojista que administrou seu negócio dentro dos padrões da normalidade a renovação do contrato, baseando-se a negativa unicamente no pagamento do aluguel mínimo, porque o empreendedor já está com sua remuneração garantida, pelo referido pagamento.

Caio Mario da Silva Pereira,<sup>76</sup> ao analisar se há direito do lojista a renovação compulsória do contrato, pondera que o legislador do Decreto n.º 24.150/34 (a Lei n.º 8.245/91 quase nada mudou a regra, nessa parte) teve o propósito de amparar o fundo de comércio, valorizado pelo trabalho do locatário, confrontando-o com o valor do imóvel. E foi com esse objetivo que concedeu o direito à renovação compulsória.

Em seu entender, essa regra merece melhor análise quando aplicada aos contratos entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*. Examina o que considera ser a primeira indagação: se em termos de *shopping center* seria correto falar em integração do fundo de comércio na atividade do lojista.

O autor menciona a tese no sentido de que, nesse caso o empreendedor, a quem denomina "organizador", já oferece condições que no comércio tradicional custam o esforço e o tempo do comerciante, ao montar o *shopping*, cuidando para que atenda às exigências de mercado e funcionalidade, distribuindo as lojas conforme exame prévio de necessidades do público.

Segundo essa tese, o lojista de *shopping center* não seria o "criador da propriedade comercial" e nem o "articulador do fundo de comércio"<sup>77</sup>, mas sim o empreendedor, que idealizou todo o conjunto.

---

<sup>76</sup>PEREIRA, op. cit., p.24/25.

<sup>77</sup> PEREIRA, op. cit., p.24/25.

Mas Caio Mário da Silva Pereira entende que, mesmo assim, é justo atribuir ao lojista a construção do fundo de comércio, porque é ele quem cativa a clientela com a qualidade do atendimento, dos produtos e/ou serviços. O segundo ponto analisado é o da existência do direito do lojista de *shopping center* à renovação compulsória.

Para ele, cabe ao Juiz analisar se estão presentes os requisitos que dão ao locatário o direito à renovação, não se devendo levar em conta a vontade do legislador, porque a lei adquiriria força autônoma e deve ser interpretada "no seu conteúdo de comando"<sup>78</sup>.

Entende que a aferição dos requisitos deve ser feita objetivamente, assim como deve ser feita quando da verificação do direito do empreendedor de fazer a retomada do imóvel. Para ele, "o aluguel da loja em *shopping center* será sempre uma circunstância fática a ser apurada e sopesada pelo julgador, que decidirá segundo o seu *arbitrium boni viri*. Nem se dirá, portanto, que nunca ocorra o direito de retomada, nem se afirmará a sua cabida. É uma pretensão conjuntural, e assim deve ser considerada".<sup>79</sup>

E, por último, afirma que cabe ao Juiz, com apoio de um perito, avaliar se os parâmetros para fixação do aluguel serão mantidos ou modificados, conforme estiver a realidade de mercado do momento.

Segundo Jaques Bushatsky, a lei de locações consagrou a liberdade contratual, mas sem impedir que viessem a ser reputadas nulas as cláusulas ilegais ou injustas.<sup>80</sup>

A questão a ser solucionada, então, é a seguinte: a cláusula que vincula a renovação do contrato à comprovação de que o lojista tenha garantido ao

---

<sup>78</sup> PEREIRA, op. cit., p.24/25.

<sup>79</sup> PEREIRA, op. cit., p.24/25.

<sup>80</sup>BUSHATSKY, op. cit., p.8.

empreendimento uma margem mínima de faturamento previamente determinada entre as partes, em período de tempo também previamente combinado é ilegal ou injusta? Afronta o direito do lojista ao fundo de comércio ou mantém a integridade do empreendimento? Ao estabelecer esse tipo de cláusula, o empreendedor está abusando de sua liberdade de estabelecer regras para o empreendimento ou está buscando meios de mantê-lo atrativo e lucrativo para ele e para os demais lojistas?

É curioso perceber que os mesmos fundamentos utilizados por aqueles que entendem que a cláusula é nula (como, por exemplo, o invocado por Mário Cerveira Filho<sup>81</sup>, utilizando a lição de Caio Mário da Silva Pereira<sup>82</sup>, no sentido de que o direito exige uma "atualização que atenda não somente a realidade, aos fatos, mas ao dinamismo destes") também servem para demonstrar que o contrato entre lojista e *shopping center* merece atenção diferenciada dos demais contratos regulados pela lei de locações e que, se não considerados os aspectos que levaram o empreendedor a enxergar vantagem em criar e manter o empreendimento, essa nova forma de oferecer lazer, produtos e segurança ao público estará fadada ao insucesso. Servem, portanto, também para evidenciar que posições radicais não dão a melhor solução ao problema.

Certamente deve-se proteger a parte contratualmente mais fraca e tentar manter o equilíbrio contratual. Mas jamais se pode admitir que a proteção à parte mais fraca venha a ser tamanha que torne o empreendimento desinteressante para aquele que o construiu, idealizou e o mantém e que, conseqüentemente, pode desistir dele e desativá-lo. Quem perderá será o público em geral.

Ao que parece, a justiça da cláusula somente poderá ser analisada quando as peculiaridades do caso concreto forem avaliadas, levando-se em conta o empenho e a técnica adotadas pelo lojista na administração de seu negócio, a

---

<sup>81</sup>CERVEIRA FILHO, **Ações renovatórias...**, op. cit., p.67.

<sup>82</sup>PEREIRA, op. cit., p.15.

evolução do mercado na época em que o contrato estava vigorando, os planos governamentais, a situação econômica das demais lojas integrantes do empreendimento e o próprio empenho do empreendedor em manter o *shopping* atrativo para o público-alvo.

Ora, se existe espaço para se avaliar a justiça ou injustiça da cláusula, não se pode considerá-la nula de pleno direito e nem ilegal, por si só. Sua aplicação ao caso em que não deveria ser aplicada é que será ilegal. A subsunção da norma ao fato é que será incorreta, mas a norma, em si mesma, não deve ser considerada ilegal e afastada para todos os casos, indistintamente.

Mário Cerveira Filho<sup>83</sup> cita (apesar de discordar) acórdão do 2.º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo,<sup>84</sup> em que este analisou a legalidade da cláusula que estabelece como condição para a renovação o pagamento ininterrupto por doze meses de valor superior ao aluguel mínimo.

Nos termos do acórdão referido, merecia reforma a decisão do Juiz de Primeiro Grau, que declarou nula a cláusula em comento. O Tribunal reconheceu que o contrato de *shopping center* é *sui generis*, "cuja disciplina refoge às regras protecionistas insculpidas na legislação comum em favor do locatário".

Invocando o raciocínio de que o mau desempenho de um repercute em detrimento dos outros (de Dinah Sônia Renault Pinto), considerou que a cláusula é válida. Todavia, ponderou que não pode ter aplicação drástica e inflexível a ponto de obstar o exercício do direito à renovação do contrato.

Ressaltou que cumpre ao locador demonstrar, exhaustivamente, que o faturamento de determinada loja teria ficado aquém do mínimo esperado por culpa de seu titular. E prossegue, decidindo que o mau desempenho do lojista, o faturamento insatisfatório é apenas um dado, mas outros fatores podem estar

---

<sup>83</sup>CERVEIRA FILHO, **Ações renovatórias...**, op. cit., p.65/67.

<sup>84</sup>11.ª Câmara, ap. c/ Rv 426.489-7, j. 16-3-1995.

concorrendo, tais como recessão econômica, dificuldades sazonais de determinados seguimentos e outros fenômenos inerentes ao risco empresarial.

Para o 2.º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo é, portanto, indispensável a demonstração da culpa do locatário e a sua inaptidão ou falta de talento para o exercício da atividade.

E finaliza concluindo: "o aluguel mínimo fixo, como alternativa contratual eleita pelas partes para contraprestação locatícia, serve justamente para obviar as incertezas inerentes ao risco negocial, que também [e de todos, ou seja, de empreendedores e lojistas que formam a comunidade empresarial dos *shopping centers*".<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> 2º TA Civ de São Paulo, 11.ª Câmara, ap. c/ Rv 426.489-7, j. 16-3-1995.

## CONCLUSÃO

*Shopping center* define-se, como se viu, não apenas por sua complexa estrutura física, mas pelo binômio *planejamento e eficiência*. O empreendimento somente será considerado um *shopping center* se reunir os requisitos de construção aceitos como mínimos pela Abrasce e, também, contar com o esforço conjunto de empreendedores e lojistas, no sentido de garantir a eficiência econômica, alcançada pela formação do *mix* de lojas, representado pela correta escolha do que será ofertado ao público e pela disposição das lojas no empreendimento, conforme tamanho e atividade.

Para que o conjunto deixe de ser considerado apenas um aglomerado de lojas, ainda é necessária a centralização da organização nas mãos do empreendedor, a publicidade constante, a modernização periódica da construção e da decoração, a modernização das atividades desenvolvidas e dos produtos oferecidos.

As características específicas do contrato entre empreendedores e lojistas de *shopping centers* diferenciam esse contrato de todos os demais ajustes que possam ser considerados semelhantes.

Uma das principais peculiaridades consiste no elemento que incentiva os empreendedores a criarem e manterem esse tipo de empreendimento: a participação nos lucros dos lojistas.

O recebimento de uma remuneração mensal fixa não é o principal fator que leva aqueles que têm experiência no mercado e capital, a construir, organizar e manter o complexo espaço onde funcionará o *shopping center*.

Essas especificidades devem ser consideradas no momento de se decidir pela aplicabilidade da lei de locações às relações entre as partes contratantes.

O risco de se ignorar essas peculiaridades é representado pela probabilidade de o aplicador do direito acabar por desvirtuar o contrato, tornando-o

inviável para os interessados e, portanto, causando a escassez ou até o sumiço, no Brasil, de uma opção que agrada ao público em geral.

Não raras vezes foi possível assistir a esse fenômeno. É o que está ocorrendo, por exemplo, com o arrendamento mercantil de veículo automotor. Depois de questionamentos judiciais de todo gênero, esse contrato quase foi desvirtuado pelo Poder Judiciário. Ainda exemplificando, foram proferidas inúmeras decisões<sup>86</sup> no sentido de que há cobrança de juros nesse tipo de contratação (quando não há). Vale lembrar que, no passado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o pagamento parcelado do valor residual garantido descaracterizava o tipo contratual e transformava o ajuste em compra e venda parcelada<sup>87</sup>.

Em razão da falta de atenção dos aplicadores do direito, as sociedades arrendantes diminuíram muito as contratações no país, reduzindo as opções daqueles que não dispunham de capital ou entendiam não ser interessante desmobilizar o ativo financeiro de sua empresa para ter acesso ao bem.

Daí porque é importante que o aplicador do direito esteja atento as características específicas do contrato evitando forçar a aplicação de normas que não se encaixam perfeitamente ao caso.

Dentre as teorias que procuram definir a natureza jurídica do contrato entre lojista e empreendedor de *shopping center*, a mais adequada, sob o ponto de vista de se respeitar as especificidades do ajuste, é a que o considera contrato atípico.

Portanto, seria impróprio referir-se à remuneração paga pelo lojista como *aluguel*, não tivesse essa denominação já sido adotada como padrão inclusive

---

<sup>86</sup> Até o segundo semestre de 2003, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná ainda tinha dúvidas sobre a existência ou não de cobrança de juros nesse contrato, conforme se vê no acórdão da apelação n. 234214-3, julgada em 27/8/2003, em que foi relator o Desembargador Ruy Cunha Sobrinho, publicado no DJ 6449.

<sup>87</sup> Em 20/05/2002 havia sido editada pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula 263 dispondo acerca da descaracterização do contrato. Em seguida, 13/5/2004, o mesmo Tribunal editou a Súmula 293, dispondo que "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil", sendo revogada a Súmula anterior.

dentre os autores que concordam não se tratar de contrato de locação. Nada impede, todavia, que esse costume seja modificado para adequar o termo, utilizando-se, simplesmente a expressão *remuneração*.

Seguindo essa conclusão é que se torna possível ajustar os termos contratuais à legislação vigente sem torná-lo pouco atrativo aos investidores, empreendedores e lojistas.

Nem por isso, admite-se dizer que os lojistas, considerados o pólo mais fraco da relação jurídica, estariam desprotegidos. Não é necessária legislação específica regulamentando o contrato para que os lojistas estejam protegidos.

Como a lei de locações inclui esse dentre os contratos por esta regulamentados, não se poderá deixar de aplicá-la, no que couber. A atenta aplicação da lei de locações oferece algumas garantias que, se não forem suficientes, não impede que o lojista recorra ao Poder Judiciário ou a arbitragem para manter o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

A aplicação da lei de locações não poderá ceifar das partes a liberdade inerente aos contratos comerciais e, especialmente, aos contratos celebrados entre lojistas e empreendedores de *shopping center*.

Nem todas as normas da lei de locações devem ser aplicadas ao contrato. Aquelas que forem incompatíveis com a fórmula que gerou a formação desse tipo de contrato devem ser desconsideradas, aplicando-se as regras do direito contratual, inclusive (analogicamente) de outros contratos típicos, que não o de locação.

É importante considerar que nem sempre o lojista é o pólo mais fraco da relação. Aquelas grandes lojas de departamentos, por exemplo, que são consideradas “âncoras”, porque atraem o público para o *shopping* têm poder de negociação igual o maior que o do empreendedor. Portanto, também nesse aspecto o aplicador do direito deve ser cuidadoso, evitando a generalização de conclusões e dando preferência para o exame do caso concreto.

O código de defesa do consumidor não se aplica aos contratos entre lojistas e empreendedores de *shopping centers*, porque aquele não é consumidor e

nem esse é fornecedor de serviços. Trata-se de típica relação entre comerciantes que se tornam parceiros, visando lucro para ambos. Mas suas regras podem, em alguns casos, ser invocadas analogicamente para garantir o equilíbrio entre as partes.

Realmente, é importante aguardar a sedimentação do contrato na doutrina e na jurisprudência antes que se edite lei específica regulamentando o ajuste.

O ajuste da remuneração mensal variável a ser paga pelo lojista, baseada no seu faturamento é uma das principais características dessa relação jurídica, como já dito.

Portanto, nada mais justo que admitir que o empreendedor recuse-se a renovar o contrato com o lojista, se esse for desidioso na administração de seus negócios. Essa desídia, todavia, deve ser examinada com atenção e técnica. Devem ser levadas em conta circunstâncias de mercado, de edição de planos econômicos. Deve ser comparada a evolução do faturamento do lojista em questão com os demais lojistas que desenvolvam atividades iguais ou semelhantes para que não se cometam injustiças, no sentido de se considerar o lojista como culpado pela queda de faturamento, em momentos nos quais seu esforço e competência não fariam diferença.

A lei de locações veda estipulações em que o locador imponha obrigação financeira como condição para a renovação do contrato de locação.

Todavia, a cláusula que em que se vincula a renovação do contrato a comprovação de que o lojista tenha garantido ao empreendimento uma margem mínima de faturamento previamente determinada entre as partes, em período de tempo também previamente combinado **não impõe condição financeira**.

Prevê que o lojista esteja na média de sucesso esperado para aquele tipo de atividade, consideradas as condições de mercado, como requisito para a permanência do lojista no empreendimento.

Portanto, a cláusula com essa conotação não é nula e nem inválida.

A análise do caso concreto será crucial para que se verifique acerca da validade da cláusula. A postura do lojista e do próprio empreendedor, durante a vigência do contrato deverão ser verificadas e avaliadas, para que se evite que o empreendedor cometa abusos fundamentados nessa cláusula, prejudicando o lojista competente e atencioso.

É importante para a manutenção do equilíbrio entre as partes que a cláusula seja afastada, quando o empreendedor tenta dela utilizar-se de forma abusiva e indevida.

Exemplo dessa abusividade está na tentativa de burlar o direito de o lojista manter o ponto comercial que desenvolveu com seu empenho e o conhecimento do ramo em que atua.

Não raras vezes, o empreendedor do *shopping center* tenta impedir a renovação do contrato em momentos anteriores àqueles em que sabidamente as vendas crescerão, como nas datas comemorativas, pretendendo repassar o espaço locado a outro lojista cobrando valores superiores aos contratados com o anterior.

Esse tipo de prática não pode fugir ao estudo do intérprete e aplicador do Direito, na medida em que prejudica o lojista que investiu na divulgação de sua marca junto ao público alvo do *shopping* e contribuiu para tornar o empreendimento, em sua totalidade, atrativo para os consumidores.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE JÚNIOR, Pedro Paulo de. O perfil do empreendedor de empresas de base tecnológica em incubadoras: o caso do CELTA. In: ENCONTRO NACIONAL DE EMPREENDEDORISMO - ENEMPRE, 3., 2001, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis, 2001.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.716, p.112-137, jun. 1995.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **Natureza jurídica dos shopping centers**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 1989.
- BESSONE, Darcy. O 'shopping' na lei de inquilinato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 81, v.680, p.22-33, jun. 1992.
- BUSHATSKY, Jaques. Os 'shopping centers' na Lei n.º 8.245/91. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 83, v.699, p. 7-10, jan. 1994.
- BUZAID, Alfredo. Estudo sobre shopping center. In: **Shopping center: questões jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CARVALHOSA, Modesto. Considerações jurídicas sobre relações jurídicas em shopping centers. In: **Shopping centers: questões jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CERVEIRA FILHO, Mário. **Ações renovatórias e revisionais em shopping centers**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CERVEIRA FILHO, Mário. **Shopping center: direito dos lojistas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não concorrência nos 'shopping centers'. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.97, p. 23-28, jan./mar. 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de Imóveis urbanos comentada**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um 'shopping center'. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.576, p.10-26, out. 1983.
- KARPAT, Ladislau. **Locação e aluguéis em shopping centers**. São Paulo: Leud, 1997.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Inexistência de relação de consumo entre o 'Shopping Center' e seus frequentadores. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n.122, p.211-223, abr./jun. 2001.
- MAMEDE, Gladston. **Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- MEIRA, Paulo Ricardo dos Santos; COSTA, Felipe Campelo Xavier da. **Serviço ao cliente final no varejo de shopping center: o "mix" ideal de serviços como fator de sucesso na implantação de um shopping center.** São Paulo: Atlas, 1997.
- MIGUEL, Paula Castello. Contratos de 'shopping center'. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v.107, p.137-182, jul./set. 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. "Shopping centers". In: **Shopping centers: aspectos jurídicos.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Súmula integral do simpósio sobre centros comerciais. In: **Shopping centers: questões jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 1991.
- PEREIRA, Caio Mario da Silvia. 'Shopping centers': organização econômica e disciplina jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.580, p.15-26, fev. 1984.
- PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping center: uma nova era empresarial.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SANTOS, Cláudio. A locação de espaço em 'shopping centers'. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 81, v.680, p.9-22, jun. 1992.