

**FACULDADES INTEGRADAS CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

EDSON CARLOS PEREIRA

**CONTROVERSIAS CONTRATUAIS EM SHOPPING
CENTERS**

**CURITIBA
2007**

EDSON CARLOS PEREIRA

**CONTROVERSIAS CONTRATUAIS EM SHOPPING
CENTERS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Curitiba, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Tokars

**CURITIBA
2007**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P436c Pereira, Edson Carlos.

Controvérsias Contratuais em Shopping Centers : revisão / Edson Carlos Pereira. – Curitiba, 2007.
162f.

Orientador: Fábio Tokars.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas Curitiba, 2007.

Bibliografia: f. 154-162.

Contém anexos.

1. Contratos – Shopping centers – Teses. 2. Direito comercial – Shopping centers – Teses. 3. Shopping centers – Contrato atípico misto – Teses. I. Tokars, Fábio. II. Faculdades Integradas Curitiba. III. Título.

CDU 347.74

EDSON CARLOS PEREIRA

CONTROVERSIAS CONTRATUAIS EM SHOPPING CENTERS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Curitiba, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Professor Dr. Fábio Tokars

Professora Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro

Professor Dr. Carlyle Pop

Curitiba, ____ de _____ de 2007.

**Aos meus filhos,
Saulo
e
Camila.**

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Fábio Tokars, pela compreensão e orientação no acompanhamento desta dissertação.

Ao Professor Doutor Jair Lima Gevaerd Filho, pela sugestão do tema.

Ao Professor Carlyle Pop, pelo incentivo na pré-qualificação.

Aos meus amigos Marta Marília Tonini e Paulo Luiz Durigan, pelo apoio incondicional.

PEREIRA, Edson Carlos. **Controversias Contratuais em Shopping Centers**: 161 FLS. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas Curitiba, Curitiba. 2007.

RESUMO

Os tribunais, de maneira geral, têm a tendência de tratar a cessão de espaços em shopping center tal qual a locação. Mas, em sua conceituação clássica, os *shopping* apresentam características peculiares, diferentes daquelas de empreendimentos com visível interesse imobiliário, características tais que devem ser observadas no tratamento jurídico a ser dado a esse conjunto, bem como na maneira como os tribunais, lojistas e empreendedores devem entendê-lo. Desta constatação procura-se investigar as teorias doutrinárias, separá-las, discuti-las. São abordados o conceito de *shopping center*, suas características e as modalidades existentes no Brasil; o contrato e a sua função social, seus princípios fundamentais, a prevalência dos novos paradigmas e as teorias sobre a sua natureza jurídica; as controvérsias em torno de cláusulas presentes em seu contrato, bem como a composição destes; e os equívocos em torno da sua figura. Sugere-se que os pactos contratuais no interior de shopping centers que obedeçam sua conceituação clássica devem ser abordados através da teoria da atipicidade mista, enquanto os demais resolvem-se pela lei de locações.

Palavras-chave: *shopping centers* – contrato atípico misto — função.

PEREIRA, Edson Carlos. Contractual controversies in shopping centers. 161 fls. 2007. – Faculdades Integradas Curitiba, Curitiba. 2007.

ABSTRACT

The courts, in general way, have the trend to deal with the cession spaces in the shopping mall, as the location. But, in its classic conceptualization, shopping mall presents peculiar, different characteristics of those of enterprises with visible real estate interest, characteristic such that must be observed in the legal treatment to be given to this set, as well as in the way as the courts, storekeepers and entrepreneurs must understand it. From this fact, it is looked to investigate the doctrinal theories, to separate them, discuss them. The existing concept of shopping center, its characteristics and modalities in Brazil are boarded; the contract and its social function, its basic principles, the prevalence of the new paradigms and the theories on its legal nature; the controversies around clauses written in its contract, as well as the composition of these; and the mistakes around its figure. One suggests that the contractual pacts in the interior of shopping centers that they obey its classic conceptualization must be boarded through the theory of the mixed atypicality, while excessively they are decided for the law of locations.

Key words: shopping centers - mixing atypical contract - function

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 SHOPPING CENTER: DADOS GERAIS	9
1.1 Breve Escorço Histórico.....	9
1.2 MODALIDADES	16
1.3 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL.....	20
1.4 CONCEITO JURÍDICO.....	25
2 VISÃO MODERNA DAS OBRIGAÇÕES	32
2.1 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS.....	41
2.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	50
2.3 PREVALÊNCIA DOS NOVOS PARADIGMAS DO CONTRATO	59
3 A LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTERS.....	61
3.1 GENERALIDADES DO CONTRATO DE LOCAÇÃO.....	61
3.2 CONCEITO E ELEMENTOS DA LOCAÇÃO	63
3.3 TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE <i>SHOPPING CENTER</i>	67
3.3.1 TEORIA DA LOCAÇÃO	67
3.3.2 TEORIA DA LOCAÇÃO COM ATIPICIDADE	71
3.3.3 TEORIA DOS CONTRATOS COLIGADOS	75
3.3.4 TEORIA DA ATIPICIDADE MISTA.....	77
3.4 FORMAS CONTRATUAIS	82
4 AS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS	84
4.1 ALUGUEL MÍNIMO E ALUGUEL PERCENTUAL	85
4.2 FISCALIZAÇÃO DA RECEITA PELO EMPREENDEDOR	88
4.3 ALUGUEL EM DOBRO.....	90
4.4 FUNDO DE COMÉRCIO E <i>RES SPERATA</i>	92
4.5 ATUALIZAÇÃO DO <i>MIX</i> PELO EMPREENDEDOR	97
4.6 IMUTABILIDADE DO RAMO DE COMÉRCIO E PROIBIÇÃO DE QUE O LOJISTA INSTALE FILIAL NAS PROXIMIDADES DO <i>SHOPPING CENTER</i>	98
4.7 FUNDO PROMOCIONAL	101
4.8 CESSÃO DO PONTO COMERCIAL.....	103

5 COMPOSIÇÃO DO CONTRATO	111
5.1 NORMAS GERAIS COMPLEMENTARES AO CONTRATO DE LOCAÇÃO OU USO DE ESPAÇO	115
5.2 ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS	117
5.3 REGIMENTO INTERNO	118
6 APONTAMENTOS DA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA	
ESTRANGEIRA.....	120
6.1 LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E OBRIGAÇÕES	120
6.2 ELEMENTOS OBRIGACIONAIS ATÍPICOS.....	122
6.3 MODALIDADES DE <i>SHOPPING Centers</i>	126
6.4 PERFIL FORMAL	127
7 PERSPECTIVAS DE ENFRENTAMENTO DAS CONTROVÉRSIAS	130
7.1 O EQUÍVOCO DO TRATAMENTO IGUALITÁRIO AOS DESIGUAIS	131
7.2 DESVIRTUAMENTOS E DESIGUALDADES	137
7.3 O PONTO CRÍTICO ENTRE LOJISTAS E EMPREENDEDORES	139
7.4 A ESTRUTURA FORMAL E O CONTEÚDO JURÍDICO DO <i>SHOPPING CENTER</i>.....	143
CONCLUSÃO	150
REFERÊNCIAS.....	154
ANEXOS.....	163

INTRODUÇÃO

Já de algum tempo, assiste-se à “exacerbação de um movimento dúplice, marcado, por um lado, pela *financeirização* das coisas (dinheiro que gera mais dinheiro) e, por outro, pela *mercadorização* de tudo o que possa ser convertido em valor de troca”¹. Não é de admirar que desse movimento surgissem vetores que determinariam a expansão dos “centros de compras” — entre nós mais conhecidos pela locução inglesa *shopping centers* —, um dos segmentos atuais da atividade empresarial, que tornou-se mundial.

O crescimento desse tipo de empreendimento e o conseqüente aumento das relações obrigacionais relativas a ele fizeram que os olhos jurídicos procurassem melhor conceituá-los, estabelecer seus limites, suas funções.

Observa-se que, no Brasil, existe um conflito de interesses no que concerne ao entendimento da função (o objetivo final) para a qual o *shopping center* foi criado e da sua natureza jurídica, e, conseqüentemente, também nas relações entre empreendedor² e lojistas. Isto se dá porque, como escreveu Ladislau Karpát, “O crescimento da atividade ocorreu de uma forma muito rápida, constituindo-se até numa verdadeira explosão, e a regulamentação não acompanhou”³.

A legislação atual referente ao contrato de uso de espaço em *shopping centers*, colocada apenas no artigo 54 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de

¹ ANTUNES, Ricardo. Apresentação. In: PADILHA, Valquíria. **Shopping center**: a catedral das mercadorias. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 13. Os grifos (apóstrofos e itálicos) constantes das citações feitas neste trabalho fazem parte, sempre, do texto original.

² A palavra “empreendedor” é utilizada, aqui, para designar o empresário que projeta, constrói e administra o *shopping center*.

³ KARPAT, Ladislau. **Shopping centers**: manual jurídico. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 7.

1991 (Lei do Inquilinato)⁴, não trouxe solução prática às questões envolvendo lojistas e empreendedores, porque o define como “simples locação”. Ressalte-se que ela faz “referência ao *shopping center*, sem que se encontre qualquer definição legal do que seja um *shopping center*”⁵.

Além da falta de legislação específica, esses conflitos decorrem do fato de que várias modalidades (tipos) de empreendimento são denominadas de *shopping center*⁶. Entretanto, um *shopping center* de fato, ou seja, a modalidade clássica apresenta características peculiares, que devem ser observadas no tratamento jurídico a lhe ser dado, bem como na maneira como os tribunais devem entendê-lo. Essas diferenças, entre outras coisas, têm reflexos na esfera de direitos e deveres que incumbem, reciprocamente, ao lojista e ao empreendedor.

Um *shopping center* clássico representa uma promessa de negócio diferenciado, protegido da concorrência, que traz certeza de vendas diante do enorme volume de pessoas que por ele transitam. Nele evidencia-se que o contrato firmado entre empreendedores e lojistas mostra-se atípico, complexo e diferenciado do contrato de locação comum. No entanto, o entendimento de que esse contrato é diferente de uma simples locação encontra resistência mesmo nos tribunais, e os julgados, não raro, mostram desconhecimento de condições comezinhas do direito empresarial, pois não atinam para as suas peculiaridades diferenciadoras. Assim, o *shopping center* provoca, nos observadores de sua trajetória e naqueles que militam

⁴ O artigo 54 dessa lei determina: “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” (ver: BRASIL. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**: lei do inquilinato. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75666>>. Acesso em: 13 jan. 2005).

⁵ PUGLIESE, Roberto J. Time sharing, flat service, apart hotel, *shopping center*, condomínios e loteamentos fechados — expressões modernas do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 85, v. 733, nov. 1996. p. 753.

⁶ As modalidades de *shopping centers* são discutidas no Capítulo 1 deste trabalho, item 1.2.

juridicamente com o seu contrato (no que concerne aos julgados) — que possui unicidade de várias relações obrigacionais⁷ —, quando dos embates entre empreendedores e lojistas, certa estranheza, vinda pelo tratamento igualitário concedido aos desiguais.

Quando os doutrinadores e, principalmente, os tribunais tratam igualmente todas as modalidades de *shopping centers* ou quando tratam a relação entre empreendedor e lojista como mera locação acabam por alimentar a tensão entre estes, e questões envolvendo ambos atualmente avolumam-se no judiciário. Dessa forma, enquanto não se atentar para a função para a qual o *shopping center* foi criado e não se definir a sua verdadeira natureza jurídica não existirão garantias nem para o empreendedor (que visa o retorno de seu investimento de forma diferenciada), nem para o lojista (que, pela estrutura e organização desse tipo de empreendimento, espera um volume substancial de vendas).

Essa tensão é maior nos empreendimentos que, apesar de denominados de *shopping center*, não se amoldam ao seu conceito clássico. Muitos, localizados em grandes cidades, ou em cidades de médio porte, que funcionam como pólo regional, não oferecem a organização e a organicidade inerentes a um *shopping center* clássico, como aquelas modalidades que não passam de locação com aspecto puramente imobiliário, por exemplo, onde o faturamento não será o esperado. Nesse caso, os lojistas não poderão ser sacrificados com obrigações financeiras que não lhes cabem, e, por sua vez, não poderão contar com o grande

⁷ O contrato de uso de espaço em *shopping center* é integrado pelas normas gerais complementares desse contrato, pelo estatuto da associação de lojistas e pelo regimento interno do *shopping center* (documentos discutidos, neste trabalho, no Capítulo 5).

volume de vendas que um *tenant mix* (ou *mix*) — o “arranjo tecnológico” referente ao planejamento, à organização e à estrutura de um *shopping center*⁸ — proporciona.

Da mesma forma acontece com os empreendimentos a que se denominam de *shopping center* mas se localizam em cidades de pequeno porte — com população em torno de 100 mil habitantes ou bem menos —, que não possuem grande número de pessoas com maior poder aquisitivo e que não têm a possibilidade de realizar um real *mix*. Muitas vezes, as próprias partes vêem todas as modalidades apenas como locação, sem atentar para as características específicas de um *shopping center* clássico, e não compreendem como um empreendimento dá certo e outro não.

Assim, existem diferenças substanciais entre as diferentes modalidades de *shopping centers*, que vão da sua formalização jurídica contratual (condomínio, incorporação imobiliária, sociedades) ao tamanho das localidades onde estão inseridos.

No Brasil, o ramo de *shopping centers* é um mercado em franca expansão — o país atualmente ocupa o sexto lugar do mundo em número de

⁸ Segundo Darcy Bessone, ao planejar a construção do *shopping center*, “o empreendedor há de deter-se na questão tópica da melhor localização do empreendimento. Será imprescindível que o terreno seja suficientemente grande para comportar, não apenas as lojas, mas também, e talvez até principalmente, todas as comodidades e atrativos, inclusive de lazer, que se aninham no *shopping*. Considerará, paralelamente, que o empreende para uma sociedade de um tipo singular: a do automóvel, isto é, a motorizada, para a qual a distância do centro da cidade será menos relevante. Ainda na fase de planejamento, terá de ter em vista que a estrutura da entidade atribuirá maiores espaços a usos ou atividades *comuns* do que às lojas, tais como estacionamento, parques de diversões, espaçosos corredores que são verdadeiras ruas internas (*malls*), elevadores, rampas e escadas rolantes, serviços estranhos ao comércio lojista (bancos, correios e telégrafos, telefones, assistência médica, segurança etc.). O arranjo tecnológico de todas essas coisas” é chamado de *tenant mix* (BESSONE, Darcy. Problemas jurídicos do “shopping center”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 79, v. 660, out. 1990. p. 10). Para maiores detalhes sobre o *tenant mix*, ver o Capítulo 4, item 4.5, deste trabalho.

shopping centers, a ponto de estar atraindo investimentos estrangeiros⁹ —, com grande importância para a economia local.

Com isso, pretende-se mostrar que diante do que o empreendimento realmente oferta (que depende da sua modalidade) e para o que foi criado (sua função) estabelece-se sua natureza jurídica, e que é nessas características que os julgados devem se pautar — o que trará à figura um tratamento jurídico diverso. Por conseguinte, este trabalho foi realizado com o objetivo de verificar, entre as teorias contratuais, a que melhor se aplica ao *shopping*; escorando-se, contudo, para isso, na sua modalidade e na função para a qual foi criado.

No desenvolvimento do trabalho, discute-se a tendência, por parte dos tribunais, de tratar todas as modalidades de *shopping center* de forma paritária. Nesse sentido, restringe-se, o foco de estudo, e, apesar dessa limitação, este

⁹ Segundo o boletim semanal *on line* da Associação Brasileira de Lojistas de Shopping Centers (Alshop) — associação à qual se filiam as associações de lojistas dos *shopping centers* —, disponibilizado em 19 de dezembro de 2006, “A Kimco Realty Corporation, uma das maiores empreendedoras norte-americanas fará investimentos em shoppings brasileiros a partir do ano que vem. Não houve declarações acerca de valores, mas a direção da empresa lembrou investimentos de US 1 bilhão no México nos últimos quatro anos. Parceria entre a também norte-americana Developers Diversifield e a portuguesa Sonae Sierra — associadas à Enplanta Engenharia — vai investir R\$ 600 milhões. Outras associações entre os fundos canadenses Cadillac Fairview e Ivanhoe Cambridge com as brasileiras Multiplan e Ancar envolvem recursos cujos valores totais ainda não foram divulgados, apenas parte deles: R\$ 160 milhões” (SHOPPINGS NOVOS atraem recursos estrangeiros. **InfoShop**, n. 51, 19 dez. 2006. Disponível em: <http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop51.html>. Acesso em: 28 dez. 2006). E, conforme o boletim divulgado em 23 de janeiro de 2007, “No ano passado, quatro grupos internacionais compraram participação em empresas brasileiras: GP Investimentos e o fundo americano Equity International compraram juntos quase 30% do Grupo Ecisa, que tem seis shoppings e administra outros 13. Outro fundo americano, o Developers Diversifield (mais de 500 centros de compra naquele país) fez parceria com o grupo português Sonae Sierra para os investimentos no Brasil. Pioneiro no recebimento de recursos estrangeiros, há dois anos o grupo Aliance fez uma *joint venture* com o fundo americano General Growth Properties. Resultados recentes da negociação foram investimentos de R\$ 300 milhões no Shopping Leblon, aberto no Rio de Janeiro no final do ano passado. O grupo está atualmente avaliando seis projetos, cada um deles envolvendo valores superiores a 100 milhões” (DESTAQUE. **InfoShop**, n. 53, 23 jan. 2007. Disponível em: <http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop53.html>). Acesso em: 24 jan. 2007).

trabalho pode ser considerado um passo adiante na identificação da natureza jurídica do *shopping center*.

Duas questões, portanto, podem ser consideradas de suma importância na análise sobre *shopping*: a base efetiva para a distinção desses empreendimentos e as conseqüências em termos de aplicação do direito.

Considerando-se essas diretrizes mestras, adotou-se, aqui, um plano de trabalho que, em linhas gerais, parte do geral ao específico, isto é, inicialmente são abordadas as categorias jurídicas e, ao final, procura-se relacioná-las ao objeto do trabalho.

Esse tema insere-se nas áreas de direito empresarial e cidadania, porque perpassa, necessariamente, pelos meios de produção, inserindo-se, assim, na linha de pesquisa adotada pelo Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas Curitiba: “Obrigações e contratos empresariais, responsabilidade social e efetividade”.

No primeiro capítulo faz-se uma breve caracterização do *shopping center*, e apresentam-se alguns dos dados que atestam sua importância no Brasil, bem como um breve histórico de seu desenvolvimento, suas modalidades, sua estrutura organizacional e conceitos jurídicos encontrados na literatura.

No segundo capítulo aborda-se a visão moderna das obrigações, quais sejam: função social, princípios fundamentais, prevalência dos novos paradigmas do contrato.

No terceiro capítulo mostra-se que a locação em *shopping center* — mesmo tendo um olhar diferenciado, pelo acolhimento dos princípios constitucionais

vigentes e também por mudanças em princípios gerais de direito, no que toca a sua valoração — possui cláusulas originais, específicas, e, por isso, é sujeita a controvérsias. Para tanto, estuda-se as generalidades do contrato, elementos e teorias sobre a natureza jurídica do contrato de *shopping center*, considerando-se a teoria da locação, da locação com atipicidade, dos contratos coligados e da atipicidade mista e, por último, as formas contratuais.

No quarto capítulo são discutidas as principais controvérsias desse contrato, demonstrando-se que, em razão da existência de cláusulas peculiares, o *shopping center* não encontra albergue na lei de locação.

No quinto capítulo identifica-se a composição do contrato, ou seja: normas gerais complementares ao contrato de locação ou uso de espaço, estatuto da associação de lojistas e regimento interno do *shopping center*.

O direito comparado, em breve estudo, estrutura-se no sexto capítulo, onde são examinados alguns dos aspectos jurídicos dos *shopping centers* em outros países.

No sétimo e último capítulo são abordados os equívocos em torno do *shopping center*, os quais partem da não-compreensão da sua natureza jurídica, resultado da indiferenciação entre as diversas modalidades, ou seja, entre o *shopping center* clássico e aqueles que têm pretensão meramente imobiliária. Evidenciam-se, assim, as perspectivas de superação das controvérsias em face dos estudos anteriores.

Na conclusão aponta-se que a teoria que melhor traduz o contrato de uso de espaço em *shopping centers* é a atipicidade mista, e a necessidade de

saber qual a função para a qual foi criado, pois só partindo dela pode-se chegar a sua natureza jurídica.

1 SHOPPING CENTER: DADOS GERAIS

1.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Todos somos consumidores — do nascimento à morte —, por razões que vão da “necessidade de sobrevivência até ao consumo pelo desejo, o consumo pelo consumo”¹. Conforme João Batista de Almeida, “as relações de consumo são dinâmicas, posto que, contingenciadas pela própria existência humana, nascem, crescem e evoluem, representando, com precisão, o momento histórico em que estão situadas”².

A “Revolução do Consumo e Comercial” foi anterior à Revolução Industrial e constituiu-se no elemento central da modernidade e modernização ocidental, que variou do século XVI até o XVIII³.

Lívia Barbosa salienta que “as origens históricas da moderna sociedade de consumo são alvos de muitas controvérsias, que poderiam ser divididas em dois tipos: um que se preocupa com o *quando* e outro com o *que*

¹ ALMEIDA, João Batista de. **Manual do direito do consumidor**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

² Ibid., p. 2.

³ BARBOSA, Lívia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 15. Sobre a diferença entre modernidade e modernização, Raymundo Faoro explica: “a *modernidade* compromete, no seu processo, toda a sociedade, ampliando o raio de expansão de todas as classes, revitalizando ou removendo seus papéis sociais, enquanto que a *modernização*, pelo seu toque voluntário, se não voluntarista, chega à sociedade por meio de um grupo condutor, que, privilegiando-se, privilegia os setores dominantes. Na *modernização* não se segue o trilho da 'lei natural', mas se procura moldar, sobre o país, pela ideologia ou pela coação, uma certa política de mudança. (...) a ação social, que dela decorre, não parte da economia, como expressão da sociedade civil. Na *modernidade*, a elite, o estamento, as classes — dizemos para simplificar, as classes dirigentes — coordenam e organizam um movimento. Não o dirigem, conduzem ou promovem, como na *modernização*. (...) Talvez se possa dizer, ainda, que a *modernização*, ao contrário da *modernidade*, cinde a ideologia da sociedade, inspirando-se mais na primeira do que na segunda” (FAORO apud PEDROSO, Leda Aparecida. Indústria cultural: algumas determinações políticas, culturais e sociais na educação. **Cadernos Cedex**, Campinas, v. 21, n. 54, ago. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0101-32622001000200006>. Acesso em: 30 mar. 2007).

mudou”⁴. Contudo, foi somente a partir do século XIX que surgiu uma sociedade de consumo estabelecida, com tipos de consumidores claramente diferenciados e novas modalidades de comercialização e *marketing*⁵.

Os *shopping centers* são elementos importantes para a economia, impondo uma nova tecnologia do olhar, ao apresentar mercadorias e serviços em um cenário diferenciado. Mário Cerveira Filho enfatiza que “desconsiderar a importância do shopping center no cenário urbano, a sua forma na atividade comercial, seria ignorar a própria realidade. Os shopping centers não somente vieram para ficar, como a sua expansão é irreversível”⁶.

Por esse modo de pensar, as pessoas seriam, por definição, insaciáveis, existindo uma propensão natural a consumir, que faz que qualquer aumento de renda ou salário seja alocado sempre no consumo de mais bens e mercadorias. Com isso, estabeleceram-se relações de consumo que acabam por ser bilaterais. De um lado, o fornecedor de bens e serviços e, de outro, o consumidor. Relações dinâmicas que são “contingenciadas pela própria existência humana” e que mostram, com exatidão, o período histórico em que se situam⁷. Segundo João Batista de Almeida,

Das operações de simples troca de mercadorias e das incipientes operações mercantis chegou-se, progressivamente, às sofisticadas operações de compra e venda, arrendamento, ‘leasing’, importação etc., envolvendo grandes volumes e milhões de dólares. De há muito, as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas,

⁴ BARBOSA, op. cit., p. 14.

⁵ ALMEIDA, op. cit., p. 2.

⁶ CERVEIRA FILHO, Mário. **Shopping centers: direito dos lojistas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.

⁷ ALMEIDA, op. cit., p. 2.

transformando-se, principalmente nos grandes centros urbanos, em operações impessoais e indiretas.⁸

O autor ainda assinala ainda que surgiram, em decorrência dessa evolução, “os grandes estabelecimentos comerciais e industriais, os hipermercados e, mais recentemente, os *shopping centers*”⁹. E considera que a “produção e o consumo em massa geraram a sociedade de massa, sofisticada e complexa”¹⁰.

E é essa mesma sociedade complexa e sofisticada que buscou, além do simples ato de comprar, o prazer e a diversão em um mesmo espaço, dando origem aos mega-estabelecimentos, onde o comércio de bens e serviços adquiriu uma conotação inusitada — das compras ao prazer do consumo, lazer e bem-estar¹¹.

Segundo Márcio Pecego Heide, não há consenso sobre a origem dos *shopping centers*, alguns advogando que é norte-americana, outros, que é canadense, mas é fato que “condições econômicas peculiares fizeram com que surgissem na área de Nova York e Nova Orleans, no início do século [XX], alguns empreendimentos com características próprias de SC [*shopping centers*] como o conhecemos”¹².

Nos Estados Unidos, a partir dos anos 1940, em razão da expansão da indústria automobilística, os centros de comércio (supermercados, por exemplo) foram obrigados a disponibilizar amplos estacionamentos: “até por força de

⁸ Ibid., p. 2.

⁹ Ibid., p. 2.

¹⁰ Ibid., p. 2.

¹¹ Ibid., p. 2.

¹² HEIDE, Márcio Pecego. Traços jurídicos, físicos e econômicos da modalidade de negócio chamada shopping center. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=610>>. Acesso em: 8 mai. 2006.

dispositivo legal (dependendo da cidade ou do Estado)”, deveriam dispor de estacionamento compatível com o tamanho do estabelecimento¹³.

No entanto, em relação ao seu conceito clássico, continua Márcio Heide, “foi no Canadá, a partir da década de 50 que [...] realmente tomou a forma de como conhecemos até os dias de hoje, devido às condições climáticas e econômicas desse país” — por condições climáticas o autor se refere aos seus invernos rigorosos, de até oito meses, que colocavam a necessidade de se criarem locais que contivessem “alguns elementos essenciais à sociabilização da população, daí decorrem as construções que agregam comércio, em sua grande variedade, oferta de serviços, lazer, climatização e estacionamento coberto”¹⁴.

No que toca ao seu desenvolvimento nos Estados Unidos, nesse país alguns empresários perceberam que a reunião, num mesmo local, de “vários ramos de negócios: compra, venda e prestação de serviços (dos mais variados ramos), bancos, escritórios, consultórios, lazer e alimentação”, agregaria grande número de pessoas, se elas pudessem satisfazer suas necessidades de consumo aliando, a isso, outros atrativos — ou seja, que essa reunião geraria “um excepcional foco atrativo de riquezas altamente lucrativo”¹⁵.

Por isso, Carlos Geraldo Langoni afirma que os *shopping centers* “constituem uma das mais significativas revoluções tecnológicas de caráter

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid. O boletim disponibilizado na internet pela Alshop em 23 de janeiro de 2007 chama a atenção para os dados que o International Council of Shopping Centers encontrou, para 2005, a respeito dos *shopping centers* nos Estados Unidos, e que dão uma idéia do que eles representam hoje nesse país: “O vigor do mercado norte-americano, o mais forte do planeta, oferece aos cidadãos nada menos de que 48.695 shopping centers que geram uma média de 12,7 milhões de empregos e são visitados mensalmente por 191 milhões de pessoas adultas [...]. O faturamento médio anual é de mais de US\$ 2 trilhões”; e, sobre 2006, diz que “Estimativas da Plunkett Research indicam que o volume total do varejo naquele país em 2006 movimentou em torno de US\$ 4,361 trilhões” (SHOPPING NOS Estados Unidos. **InfoShop**. n. 53, 23 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop.53.html>>. Acesso em: 24 jan. 2007).

nitidamente organizacional cujo impulso inicial ocorreu na década de 50, nos Estados Unidos” — e o que a caracterizou teria sido a forma como se combinaram os interesses dos empreendedores e os dos lojistas¹⁶. E Valquíria Padilha, discorrendo sobre seu surgimento, sustenta que eles são resultado de

[...] uma nova forma de industrialização da oferta e da demanda, além do próprio desenvolvimento industrial e tecnológico típico do século XX. Esses centros comerciais aparecem como uma última etapa do desenvolvimento da sociedade de massas (que nasce nos anos 1930) e participam de forma decisiva na construção de uma nova ‘cultura urbana’.¹⁷

No Brasil, conforme Ladislau Karpát, esse novo modelo de centro comercial e de serviços acabou revolucionando “por completo a prática do comércio unitário, e trouxe uma grande esperança de lucro a alguns privilegiados comerciantes, que tiveram a oportunidade de aderir aos primeiros Centros no país”¹⁸.

Dinah Renault Pinto lista os seguintes fatores como os responsáveis pelo seu surgimento no país:

- a) a descentralização para a periferia, em conseqüência do aumento e concentração da população nas áreas urbanas;
- b) o desafogamento do trânsito em virtude dessa descentralização;
- c) a facilidade de estacionamento de automóveis, pois há, obrigatoriamente, nos *shopping centers*, o *deck-parking*;
- d) a segurança que oferece contra a onda de violência existente, pois, sem dúvida, é muito mais difícil um assalto no *shopping*

¹⁶ LANGONI, Carlos Geraldo. “Shopping centers” no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). “**Shopping centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 56.

¹⁷ PADILHA, Valquíria. **Shopping center**: a catedral das mercadorias. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 22.

¹⁸ KARPAT, Ladislau. **Shopping centers**: manual jurídico. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 5.

center do que em estabelecimento comercial isolado ou mesmo em magazine.¹⁹

A autora complementa que, de acordo com Silvana Maria Pintaudi, eles surgiram quando do “desenvolvimento de monopólios na economia brasileira, representando uma tendência de atividades comerciais varejistas que antes não concentravam poder econômico” — e tiveram, muitas vezes, “o financiamento de bancos públicos, como a Caixa Econômica Federal”²⁰. Dessa forma, “as possibilidades para o surgimento e desenvolvimento dos SC no Brasil, a partir de meados da década de 1960, estavam colocadas não só pelo setor privado da economia, mas, também, pelo setor público”²¹.

O primeiro *shopping center* do país foi inaugurado em 1966, na cidade de São Paulo: o Shopping Iguatemi (Iguatemi São Paulo), o primeiro de muitos outros nessa cidade, como informa o *InfoShop* — boletim semanal que a Associação Brasileira de Lojistas de Shopping Centers (Alshop) disponibiliza na internet — de 23 de janeiro de 2007:

Em 1966, o primeiro shopping center, o Iguatemi, inaugurava uma nova fase do comércio, um empreendedorismo que nas décadas seguintes marcaria o perfil e o cotidiano de São Paulo e de seus habitantes. Em 1976, o Shopping Ibirapuera entrava no cenário, seguido pelo Eldorado em 81, o Morumbi em 82, o Center Norte em 84, o Interlagos em 88 e dezenas de outros nos anos seguintes. Hoje, os 10,750 milhões de moradores da cidade encontram nesses shoppings produtos e serviços de todos os tipos, de conserto de calçados à venda de automóveis. Tem shopping na cidade recebendo mais de 4,5 milhões de pessoas por mês, gente que vai às compras, ao cinema, ao teatro, jantar, almoçar, lancher, passear. Tudo com conforto, comodidade e segurança.²²

¹⁹ PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping center**: uma nova era empresarial. 3. ed. rev. e atual. por Vânia Renault Bechara Gomes e Marcos Bragança. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2.

²⁰ PADILHA, op. cit., p. 70.

²¹ PINTAUDI apud PADILHA, op. cit., p. 70.

²² SÃO PAULO 453 anos: de Anchieta ao shopping center. **InfoShop**, n. 53, 23 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop53.html>>. Acesso em: 24 jan. 2007.

Em 2006, conforme a Associação Brasileira de Shopping Centers (Abrasce)²³, existiam no país 315 *shopping centers* (em operação, 304), os quais eram responsáveis por 524.090 empregos diretos, representando um faturamento de 44 bilhões; já segundo a Alshop, o número era 622, o total de empregos diretos gerados, 831,400, e o faturamento, 60,3 bilhões²⁴.

Esse número expressivo é compreensível, pois esses empreendimentos, planejados dentro de modernas técnicas empresariais, aliam compras, lazer e serviços a um ambiente seguro; neles se encontra um complexo de lojas que oferece produtos diversificados, além de estacionamento próprio, constituindo-se em verdadeiros “templos de consumo”. Confirmando essa assertiva, Valquíria Padilha salienta:

Não é difícil perceber que um centro feito para compras de bens materiais foi sendo transformado — concomitantemente ao desenvolvimento do capitalismo mundializado — em um centro que alia estrategicamente mercadorias (alimentos, roupas e acessórios, perfumes, discos, livros etc.), serviços (correio, agências de viagens, bancos, salões de beleza, postos de gasolina etc.), lazer (cinemas, jogos eletrônicos, praças de alimentação, academias de ginástica etc.) e ‘cultura’ (exposições, apresentações musicais ou teatrais etc.). A estratégia dessa aliança está na busca do aumento do lucro de empresários e comerciantes, mas o discurso que se faz em paralelo para os cidadãos do meio urbano desenvolvido propaga a ideologia da melhor qualidade de vida. [...] o shopping center é hoje o mais capitalista templo de consumo, onde os desejos, os projetos, as paixões e as relações pessoais materializam-se em objetos — e seus signos — a serem consumidos. O shopping center constitui-se, na

²³ A Abrasce representa os interesses econômicos e patronais dos empreendedores de *shopping centers*, mas nem todos os do país são filiados a ela, como se depreende da diferença verificada entre o número de *shopping centers* que apresenta e o número apresentado pela Alshop.

²⁴ Ver, respectivamente: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS. **Evolução do setor**. Disponível em: <http://www.abrasce.com.br/evo_setor.htm>. Acesso em: 18 dez. 2006d; e ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LOJISTAS DE SHOPPING CENTERS. **Brasil tem 622 shopping centers**. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/conteudo.asp?id=38&categoria=noticias>>. Acesso em: 8 jan. 2007. Os números da Abrasce, atualizados em outubro de 2006, se referem aos *shoppings centers* a ela filiados, os quais nem sempre se amoldam ao conceito clássico dessa figura, ou seja, ao que ela própria denomina de *shopping* “regional”; do número apresentado pela Alshop, atualizado em dezembro desse mesmo ano, 450 referem-se a *shopping centers* “tradicionais”, conforme sua própria denominação (ver discussão adiante), depreendendo-se que estes são os que mais se aproximam do conceito clássico da figura. Os dados fornecidos pela Abrasce não trazem especificação de número por modalidade.

sociedade capitalista, num espaço privado de consumo individual que oferece estrategicamente o lazer como atrativo importante. Parto também da premissa de que escolher o shopping center como opção de ocupação do 'tempo livre' pode confirmar e demonstrar a inserção do lazer na lógica do capital e de sua racionalidade. Ao incorporar o lazer num espaço de consumo por excelência, o shopping center torna-se uma representação importante da racionalidade do capital.²⁵

1.2 MODALIDADES

Na classificação da Alshop, há cinco modalidades distintas de *shopping centers* no país: tradicional, temático, *outlet*, rotativo e de atacado:

Shopping Tradicional - Estabelecimento construído especificamente para abrigar um centro de compras e que apresenta mix diversificado, praça de alimentação, área de lazer, estacionamento e elevado nível de conforto como ar condicionado, escadas rolantes, elevadores, segurança, etc. O número de lojas-âncora, a quantidade de lojas e o fato de haver lojas próprias junto com lojas alugadas são considerados fatores que completam as características dessa categoria.

Shopping Temático - Estabelecimento cujas lojas estão voltadas preferencialmente a um segmento básico do mercado.

Shopping Outlet - Estabelecimento que concentra lojas de fábrica, com alguns poucos ramos comerciais e de serviços considerados de apoio.

Shopping Rotativo - Estabelecimento com índice de conforto menor que o dos shoppings tradicionais, geralmente com lojas de tamanho reduzido e onde não se pratica a obrigatoriedade da permanência do lojista no shopping. Nele, a locação é feita por períodos diversos e mais curtos que nos shoppings tradicionais. O comércio habitualmente praticado no shopping rotativo está voltado a produtos de baixo valor. Também podem ser considerados como shoppings de desconto.

Shopping De Atacado - Estabelecimento cujas lojas operam exclusivamente com vendas no atacado. Atuam, basicamente, nos ramos de confecção, acessórios e calçados.²⁶

Já a Abrasce os classifica em seis modalidades:

²⁵ PADILHA, op. cit., p. 25; 30.

²⁶ CENSO brasileiro de shopping centers, IV. Disponível em: <http://www.intershopnegocios.com.br/noticias/via20_11_02.htm>. Acesso em: 12 dez. 2006. Segundo o editorial do boletim da Alshop disponibilizado em 8 de janeiro de 2007, dos 622 *shopping centers* que lhe são filiados, além dos 450 que classifica na categoria tradicional, existem 58 temáticos; 10 *outlets*; 80 rotativos; e 24 de atacado (ver: 8 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop52.html>>. Acesso em: 9 jan. 2007).

- a) Shopping Regional: Este tipo de shopping fornece mercadorias em geral (uma boa porcentagem de vestuário) e serviços completos e variados. Suas atrações principais são âncoras tradicionais, lojas de departamento de desconto ou hipermercados. Um shopping regional típico é geralmente fechado, com as lojas voltadas para um mall interno.
- b) Shopping Comunitário: O shopping comunitário geralmente oferece um sortimento amplo de vestuário e outras mercadorias. Entre as âncoras mais comuns estão os supermercados e lojas de departamentos de descontos. Entre os lojistas do shopping comunitário, algumas vezes encontram-se varejistas de 'off-price' [ponta de estoque] vendendo itens como roupas, objetos e móveis para casa, brinquedos, artigos eletrônicos ou para esporte.
- c) Shopping De Vizinhança: É projetado para fornecer conveniência na compra das necessidades do dia-a-dia dos consumidores. Tem como âncora um supermercado. A âncora tem o apoio de lojas oferecendo outros artigos de conveniência.
- d) Shopping Especializado: voltado para um mix específico de lojas de um determinado grupo de atividades, tais como moda, decoração, náutica, esportes ou automóveis.
- e) Outlet Center: Consiste em sua maior parte de lojas de fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de varejistas de 'off-price'.
- f) Festival Center: Está quase sempre localizado em áreas turísticas e é basicamente voltado para atividades de lazer, com restaurantes, fast-food, cinemas e outras diversões.²⁷

Desses, o regional (na classificação da Alshop, o que mais se aproxima dessa modalidade é o "tradicional") é o que reúne as características de *shopping center* clássico, pois, além de mercadorias em geral (principalmente vestuário) e "serviços completos e variados", utiliza, como âncoras, "lojas de departamentos ou hipermercados"; além disso, as lojas abrem-se para corredores internos. Não se incluem, nessa categoria, os *shopping centers* menores, em razão, por exemplo, de suas limitações em termos de campanha de *marketing* e atração de riquezas²⁸ — o Iguatemi São Paulo é um exemplo de *shopping regional*.

No *shopping* comunitário enquadram-se algumas galerias comerciais que apresentam especificidades, como, por exemplo, "ter um proprietário de várias

²⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS. **Definições**. Disponível em: <http://www.abrasce.com.br/ind_shopping/shopp_associados/num_shoppass.htm>. Acesso em: 15 mar. 2006b.

²⁸ HEIDE, op. cit.

lojas, estar em uma excepcional localização no sítio urbano”, ou grandes imóveis “divididos em pequenas lojas ou ‘boxes’”²⁹.

O *shopping* de vizinhança pode ser visualizado nos supermercados e hipermercados que locam lojas em seu interior visando ofertar, aos clientes, produtos e serviços que a sua própria estrutura não permite (lotérica, restaurante, cafeteria)³⁰. Segundo Márcio Heide, tanto esse como o comunitário “são meras adaptações às lacunas da lei”, sendo que aproveitam “empreendimentos construídos anteriormente à existência de ‘shopping center’ [...] somente para os novos lojistas estando os antigos subordinados à ordem jurídica normal de uma locação ordinária qualquer”³¹.

O *shopping* especializado (“temático”, segundo a Alshop) refere-se a grandes imóveis divididos em pequenos compartimentos, todos ofertando mercadorias semelhantes; a locação geralmente é por prazo inferior a cinco anos, mas há o “aluguel em dobro no mês de dezembro, aluguel percentual e *res sperata* proporcional ao tempo da locação, ou mesmo a cobrança de uma taxa para celebração do contrato (as famigeradas ‘luvas’); em renovando-se o contrato, o locador recebe outra vez a *res sperata*”³².

Os *outlet centers* consistem em grandes imóveis abrigando lojas de fábricas, que vendem seus próprios produtos com desconto, além de lojas de ponta de estoque. Conforme o autor, a locação pode “ser por tempo variado e não há a preocupação do locatário com a perenidade do negócio naquele ponto, pois esse estágio é comumente visto como incubatório. Os encargos com aluguel são fixos e

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

os demais custos baixíssimos” — para o Brasil, dá, como exemplos, “ainda que impróprios [...] os eventos ambulantes do tipo Mercado Mundo Mix e Mambo Mix”³³.

Ainda segundo o autor, a concepção de *festival center* “foi desenvolvida para que se desse um mínimo de legitimidade à cobrança de determinados encargos próprios do contrato de ‘shopping center’” a estabelecimentos localizados “em parques de diversão, centros integrados de cinema e com vistas no crescente mercado de parques temáticos”³⁴.

Como se vê, a Abrasce, associação que os congrega, admite como sendo *shopping center* empreendimentos completamente distintos em sua função e natureza, contribuindo (junto com a Alshop) para a confusão a respeito da formatação da figura, em contradição com requisitos que ela mesma dita para que possam ser qualificados como tal³⁵. No entanto, na caracterização de sua natureza jurídica o ponto central é, justamente, o fato de o empreendedor oferecer ao lojista um aviamento previamente construído, uma clientela cativa pelo todo que efetivamente oferece, com a constante preocupação de aumentá-la, utilizando, para isso, a organização e a setorização de lojas ou produtos, além de segurança etc.

Ainda, deve-se levar em conta que o fundo de comércio, próprio dos *shopping centers*, emprega uma nova conjuntura comercial, que oferece, aos que a ele se integrarão (lojistas), segurança de estar em um caminho muito próximo do sucesso, pois o alto investimento em publicidade, a forma adequadamente

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ A Abrasce dita requisitos que julga essenciais num *shopping center*, tendo instituído um “selo”, que concede aos empreendimentos que considera qualificados. Segundo essa associação, seu Conselho Deliberativo, ao conceder esse selo, “expressa sua convicção de que o shopping está projetado ou desenvolvido com obediência a preceitos internacionalmente consagrados pela indústria de shopping centers, de aplicação geralmente bem sucedida em empreendimentos anteriores” (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS. **Apresentação:** o que é a Abrasce. Disponível em: <<http://www.abrasce.com.br/selo.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2006a).

organizada das lojas e a variedade de serviços, aliados ao lazer, objetivam atrair um público numeroso e crescente, o que fará que sua rentabilidade aumente, tornando sua participação no empreendimento conveniente e oportuna.

1.3 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL

Em relação às características dos *shopping centers*, os conceitos assinalados deixam evidente muitas de suas nuances como empreendimento empresarial. Entre outras, são lugares seguros, amplos, que oferecem a possibilidade de fazer compras em um curto período de tempo (pelo fato de o consumidor ter acesso a vários ramos de comércio e de serviços) sem necessidade de grandes deslocamentos, e que contam com lazer e alimentação, proporcionando, dessa forma, economia de tempo³⁶ e segurança, e ainda viabiliza a imediata comparação de preços. Além disso, seu empreendedor tem a possibilidade de lucratividade e retorno diferenciados.

Sobre a estrutura organizacional do *shopping center*, Rubens Requião sustenta:

³⁶ Mário Henrique Simonsen (apud PINTO, op. cit., p. 10-11) conseguiu traduzir o significado que “ganhar tempo” tem no dia-a-dia nas cidades, na contemporaneidade: “Hoje, na verdade, quando nós olhamos as grandes aglomerações urbanas, nós chegamos à conclusão de que os indivíduos têm duas limitações a administrar: um orçamento de renda, que é uma das dimensões importantes para a população; e outro orçamento igualmente importante — o tempo. O tempo tornou-se fator escasso nas sociedades modernas e nos grandes centros urbanos. / Há várias razões pelas quais o tempo se transformou num fator escasso, que precisa ser administrado inteligentemente. A primeira razão é que nas grandes cidades o tempo é cada vez maior no deslocamento da casa ao trabalho e vice-versa. Uma segunda razão é a participação feminina crescente na força de trabalho, que diminui o número médio das horas de lazer. Uma terceira razão é que as diversões são cada vez mais freqüentes, a começar pela televisão. O indivíduo na sociedade moderna é um indivíduo que, por um lado, tem de administrar sua renda e, de outro, administrar o orçamento do tempo, tão interligados que a renda do indivíduo depende do tempo que ele tem disponível para trabalhar, e esse tempo pode ser absorvido por outros usos alternativos. De modo que as soluções economizadoras de tempo na sociedade moderna passaram a ganhar uma dimensão econômica extremamente importante [...]”.

O que caracteriza economicamente o ‘centro comercial’ como uma ‘inovação organizacional’ não é [...] a dimensão do prédio, nem a decoração esmerada, nem o equipamento sofisticado. [...] Este se distingue por sua *organização peculiar*. [...] a idéia de organização do centro comercial estrutura-se sobre um espaço imobiliário, de dimensão avantajada, para colher uma sorte de empresas comerciais varejistas e de serviços. Mas esse sistema não é organizado livremente pelo seu empreendedor, no sentido de procurar apenas o seu interesse na venda condominial das unidades ou na locação do salão comercial. Ele objetiva efeitos comunitários, tendo em vista um projeto racional e econômico.³⁷

E Caio Mário da Silva Pereira explica, com maestria, toda a organicidade econômica do *shopping center*, essa “cidade em miniatura”:

Para se entender o que seja essa figura do *shopping center*, não se pode deixar de mencionar um aspecto que antecede a problemática jurídica, que é a sua organicidade do ponto-de-vista puramente pragmático. O *shopping center* não é uma loja qualquer. Especialmente, o cliente não é um cliente qualquer. O freqüentador do *shopping center*, ao se aproximar daqueles conglomerados enormes, leva a impressão de que está em face de uma grande loja, como se fosse um acrescentamento ou um agigantamento efetuado às lojas tradicionais, ou ao *store magazine*, que entre nós já ganhou representatividade há muitas décadas. O *shopping center* não é uma loja qualquer. Ele apresenta tais características que, para entendê-lo, é preciso penetrar na sua organização, na sua origem, na sua formação, especialmente na sua organicidade.

Ele se apresenta como um belo edifício de proporções ciclópicas, composto de numerosos salões, de áreas de lazer, de estacionamento de veículos, de agências bancárias, tudo isso integrado em um conjunto, dando a impressão de que foi mera coincidência, de que todas aquelas entidades, aquelas lojas, aqueles comerciantes que lá se encontram alojados para vender suas mercadorias ali estão por acaso. Mas não estão. Tudo foi objeto de um estudo prévio, um estudo de *marketing*, um exame da viabilidade da sua promoção, a começar da sua localização. Onde se localiza o

³⁷ REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (“shopping centers”) no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÓBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). “**Shopping Centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 132-133.

shopping center? Todos reparam que o *shopping center* não está no centro comercial. Por quê? Porque um dos grandes problemas das cidades — um dos grandes problemas das grandes cidades —, é o da locomoção, é o de se localizar o cliente, de estacionar seu veículo e de procurar um local onde possa estar para se dirigir à sua loja. O primeiro problema do *shopping center* é a localização, é o estudo do lugar onde ele deve ser colocado — e observe-se que ele sempre se situa numa região mais ou menos periférica, mais ou menos afastada do aglomerado comercial, dotado sempre de um grande estacionamento de veículos. Por que esta idéia de colocar um estacionamento de veículos? É porque o *shopping center* é destinado especialmente à classe média, é o estabelecimento comercial oferecido ao grande público. E o homem da classe média utiliza-se, habitualmente, do veículo unipessoal ou unifamiliar e tem necessidade de um local para estacioná-lo. Por tal razão, o *shopping center* é colocado em local adequado, e deve ser dotado de um bom grande estacionamento. E as lojas não são também colocadas por acaso. Existe uma técnica. Não basta uma pessoa, um comerciante, por melhor que seja, interessar-se pela colocação de uma loja, num *shopping center*, para que ele escolha o lugar. Muitas vezes quer colocá-la em certo lugar e o organizador do *shopping center* não permite, porque há uma razão para que seja colocada em outro determinado ponto. A distribuição ou colocação das lojas tem uma razão de ser que, na técnica, na terminologia — que é importada dos Estados Unidos, onde o *shopping center* apareceu por volta da década de 50, pouco depois da II Guerra Mundial — é o *tenant mix*. A colocação tem em vista uma razão para que elas sejam distribuídas ora num andar, ora noutra; uma numa posição, outra noutra. E lojas de maior projeção — que, na terminologia têm a denominação de “lojas-âncora” — são colocadas especialmente em determinados pontos, como se fossem, assim, focos de atração do cliente, do freqüentador do *shopping center*, para aquele tipo de comércio, em razão da sua preferência por aquela mercadoria, por aquele magazine que ele já freqüenta, propiciando, ao mesmo tempo, que ele tenha acesso às outras.

Um dado curioso: muita gente pergunta qual é a razão de o *shopping center* ter um cinema, um teatro, um ringue de patinação, uma área de lazer. O motivo está em que o *shopping center* constitui também apresentação propagandística; ele é, ademais, local de atração não apenas para a dona-de-casa; um lugar onde a senhora ou o senhor vão fazer compras. Muitas vezes ali se vai apenas para distrair, para ver, porque é um local de distração, um local alegre, bonito, bem montado, bem organizado. E isso faz parte, isso é da técnica do *shopping center*: atrair as pessoas, ainda que não sejam os clientes que vão fazer compras; cultivar o cliente em potencial, aquele que, futuramente, pode vir a ser o comprador. Então, tudo isso é estudado, tudo isso é ordenado, é organizado de tal maneira que, quando se inaugura um *shopping center*, pode ele proporcionar todo esse leque de atrações, de tal modo que consiga, desde logo, entrar em funcionamento como se fosse uma cidade em miniatura, mas uma cidade concentrada, com uma variedade muito grande de lojas,

que oferecem ao grande público espécies diversificadas de produtos e de materiais que possam ser postos à disposição de todos.³⁸

Vê-se que o *shopping center* não constitui apenas um amontoado de lojas em um mesmo local; ele tem aspectos e peculiaridades especiais, próprias. Em um verdadeiro *shopping center* existe planejamento, prévia captação de lojistas, organização administrativa e de alocação das lojas, além de outros fatores, como compatibilidade de espaço físico e cuidados com a segurança, que acabam por definir a sua moldura.

Assim, verifica-se que, na realidade, nem todos os empreendimentos a que se denominam *shopping center* se amoldam às características argüidas no conceito clássico; a muitos deles faltam as principais (planejamento, estudo prévio e organização). No entanto, observa-se, muitas vezes, nos que não se adequam ao conceito clássico, que seus idealizadores têm a pretensão de obter frutos ou bônus sem arcar com o ônus de proporcionar ao lojista o princípio organizacional — ou seja, protegê-lo da concorrência excessiva, ofertando-lhe clientes, principalmente pelo estudo previamente realizado no que se refere à localização, à necessidade, ao público etc. Da mesma forma, muitas vezes, num *shopping center* clássico, os lojistas não entendem o porquê de o contrato de uso de espaço apresentar especificidades que fogem à simples locação.

Para demonstrar que o *shopping center* é um empreendimento complexo e não se limita ao seu aspecto visual, cabe lembrar a figura do empreendedor: o empresário que não é um mero locador de imóveis, mas o criador de um novo fundo de comércio. Como ensina Modesto Carvalhosa,

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Súmula integral do simpósio [sobre *shopping centers*]. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). “**Shopping Centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984a. p. 8-9.

[...] esse complexo mercadológico não se forma ao acaso, mas é fruto de um planejamento detalhado que implica estudos que vão desde a escolha da zona urbana adequada, passando pelo espaço imobiliário, até a definição dos estabelecimentos comerciais, que o *shopping center* deverá abrigar, seja de comércio convencional, seja de serviços.

Tudo isso tem por objetivo a máxima eficiência econômica decorrente da lucratividade e rentabilidade do conjunto econômico.³⁹

Outro exemplo é o planejamento da segurança, uma das estratégias utilizadas pelos *shopping centers* para manter seus clientes fiéis e atrair novos:

Prioridade total para a segurança. Esta é a estratégia dos shopping centers para se manterem como referência de local que garante a integridade física de seus frequentadores. E isso não é só retórica. Mais de 30% dos custos condominiais dos shopping centers são destinados à área de segurança, o que inclui aquisição de equipamentos, contratação e treinamento de mão-de-obra. Excluindo o controle de estacionamento, o gasto é de quase 25%. É pesado, mas necessário, segundo executivos do setor. Assim como também o é para o país, que gasta R\$ 84 bilhões anuais no setor, o equivalente a 10,5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Outras áreas — como Educação, por exemplo — não consomem mais de 4%.

Os shopping centers buscam aprimorar as ferramentas de que dispõem. Cerca de 75% dos empreendimentos usam circuitos fechados de TV, centrais de segurança e brigadas de incêndio funcionando 24 horas por dia [...].⁴⁰

Essa estratégia inclui, além de modernos (e muitos) equipamentos de segurança, grande investimento em pessoal. De acordo com Alexandre Villela, "O cliente sente falta da figura humana o protegendo"⁴¹ — e, por isso, a presença de seguranças aparelhados e uniformizados nos *shopping centers* é ostensiva:

A política de segurança dos shoppings, de um modo geral, é preventiva. Por isso é fundamental mostrar que há profissionais atentos, rondando todo o shopping, equipados com aparelhos de

³⁹ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em "shopping centers". In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 164.

⁴⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS. **Segurança**. Disponível em: <http://abrasce.com.br/arq_virtual/pesq_pontuais/seguranca.doc>. Acesso em: 28 dez. 2006e. Não foi possível saber a data dessa matéria, mas Alexandre Villela, citado como diretor do Shopping Center Recife, trabalhou neste até 2005.

⁴¹ VILLELA apud ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS, 2006e, op. cit.

rádio, para que qualquer movimentação estranha possa ser comunicada imediatamente. [...] Temos que mostrar ao cliente que o shopping está sendo vigiado. Nós usamos até automóveis e motociclistas paramentados para chamar a atenção do cliente.⁴²

E Luis Alberto Quinta diz que, além de cuidar da segurança dos freqüentadores do *shopping center*, os seguranças também são relações públicas, pois

Eles têm contato direto com o cliente. Além da cordialidade, têm que ter informações, saber conduzir diferentes situações e ser um modelo de comportamento para todos que estão no interior do shopping. Só através do treinamento constante é que essas pessoas vão absorver conceitos que farão com que ajam da forma adequada.⁴³

Outro ponto que mostra a importância dada à segurança em um *shopping center* é o fato de que, na hora de projetá-lo, já se deve pensar nela, ou seja, a arquitetura deve levá-la em conta, e, por isso, no projeto já são envolvidos especialistas em segurança:

Quantos acessos, quantas saídas de emergência, onde, com que capacidade, como serão controladas, onde estarão os bancos, joalherias, como será o fluxo do estacionamento, a iluminação externa — estes e muitos outros detalhes do projeto de shoppings devem ser pensados por arquitetos e engenheiros junto a profissionais da área de segurança.⁴⁴

1.4 CONCEITO JURÍDICO

Washington de Barros Monteiro ensina que, etimologicamente,

Shopping center vem a ser locução da língua inglesa e que literalmente corresponde a *centro comercial*.

⁴² Ibid.

⁴³ QUINTA apud ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS, 2006e, op. cit.

⁴⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS, 2006e, op. cit.

A locução advém de *shop*, que, no vernáculo, se traduz por loja, armazém, oficina, enquanto o verbo *to shop* indica o ato de fazer compras.

Shopping é, precisamente, o gerúndio de *shop*, isto é, a forma nominal do verbo, a significar o duplo aspecto do negócio — *o ato de vender e comprar*.

Por sua vez, a palavra *center*, também inglesa, está a designar um agrupamento ou uma concentração, que pressupõe a reunião, num mesmo local, das mais diversificadas atividades.⁴⁵

Mas a conceituação de *shopping center* é mais abrangente e complexa. Na definição adotada pelo International Council of Shopping Centers, dos Estados Unidos,

[...] é um grupo de estabelecimentos comerciais unificados arquitetonicamente e construídos em terreno planejado e desenvolvido. O *shopping center* deverá ser administrado como uma unidade operacional, sendo o tamanho e o 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.⁴⁶

Segundo Francisco Martins Pinheiro, “no Brasil não existe lei que define o que é shopping center. A definição mais aceita é dada pela ABRASCE”⁴⁷. Conforme o artigo 4º do estatuto desta, os empreendimentos, para serem definidos como *shopping centers* devem apresentar todas as seguintes características:

1. Sejam constituídos por um conjunto planejado de lojas, operando de forma integrada, sob administração única e centralizada;
2. Sejam compostos de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados ou especializados de comércio e prestação de serviços;

⁴⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. “Shopping centers”. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). “**Shopping Centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 160-161.

⁴⁶ INTERNATIONAL COUNCIL OF SHOPPING CENTERS apud PINTO, op. cit., p. 1.

⁴⁷ PINHEIRO, Francisco Martins. **O que é shopping center?** Disponível em: <<http://www.lojistas.net/id/oqes1.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2006b. O autor afirma, ainda, que, no país, “Existem centenas de associações de Lojistas em Shopping Centers, as quais não divulgam uma outra definição” (PINHEIRO, Francisco Martins. **Minuta de lei de shopping**. Disponível em: <<http://www.lojistas.info/id/mdld1.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2006a)

3. Estejam os locatários lojistas sujeitos a normas contratuais padronizadas, além de ficar estabelecido nos contratos de locação da maioria das lojas cláusula prevendo aluguel variável de acordo com o faturamento mensal dos lojistas;
4. Possuam lojas-âncora, ou características estruturais e mercadológicas especiais, que funcionem como força de atração e assegurem ao shopping center a permanente afluência e trânsito de consumidores essenciais ao bom desempenho do empreendimento;
5. Ofereçam estacionamento compatível com a área de lojas e correspondente afluência de veículos ao shopping center;
6. Estejam sob controle acionário e administrativo de pessoas ou grupos de comprovada idoneidade e reconhecida capacidade empresarial.⁴⁸

A seguir estão outros conceitos de *shopping center*:

É um empreendimento de um só empreendedor sendo este o *único proprietário* de todas as unidades, *única e exclusivamente de uso comercial*, que forma um *todo incindível*, dá unidades em locação em troca da *participação percentual* no faturamento da atividade comercial exercida pelo lojista que ele também incrementa, tem a administração única e centralizada, *todos os contratos são padrão*, entre suas diversas outras características jurídicas próprias de SC.⁴⁹

Um *shopping center* é uma cidade em miniatura; nasce planejada pelo empresário, que cuida da sua localização em determinado ponto, da sua organização racional e do seu funcionamento regulado por princípios que são dispostos em regimento interno e aceitos previamente por todos os titulares de unidade que operam dentro do conjunto. Cada uma destas fases do planejamento merece uma análise especial, dadas as circunstâncias que as promovem, as ordenam e as qualificam.⁵⁰

[...] é um conjunto de espaços físicos, estruturados e planejados racional e organizadamente, composto de áreas externas e internas, contendo unidades autônomas — lojas — destinadas ao uso comercial. Esse conjunto é dirigido por uma entidade empreendedora, sua titular, e regido por um contrato normativo chamado contrato de administração, escritura de normas gerais ou denominação semelhante, com a natureza também de convenção de condomínio, se houver lojistas proprietários. A estes se subordinam as demais relações jurídicas, entre as quais os contratos celebrados com os titulares das lojas, integrantes *ipso facto* da associação de lojistas, contribuintes do chamado 'fundo de promoção' para

⁴⁸ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS. **Estatuto da Associação Brasileira de Shopping Centers** – Abrasce. Disponível em: <<http://www.abrasce.com.br/estatuto.htm#associados>>. Acesso em: 15 mar. 2006c.

⁴⁹ HEIDE, op. cit.

⁵⁰ BUZUID, Alfredo. Estudo sobre "shopping center". In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 8.

atendimento das despesas com promoções, publicidade, estacionamento e outras, mediante o pagamento de uma contribuição mensal composta de uma parcela fixa e outra móvel, representada por um percentual sobre o faturamento bruto do seu comércio, ou corrigida monetariamente, se a segunda não alcançar o valor previsto, além da contribuição de determinada importância, a que se convencionou chamar *res sperata*, recolhida ao tempo da instalação do lojista no espaço por ele ocupado.⁵¹

Embora haja diferenças entre os conceitos, observa-se que, em todos, guarda-se a assertiva fundamental de que se trata de um instrumento de descentralização urbana e que preserva a competição entre pequenos e grandes empresários, fortalecendo a sua convivência. Ainda, pelos conceitos citados conclui-se que “o *shopping center* não é um simples edifício dividido em numerosas lojas, [...] tampouco é uma variedade de estabelecimentos comerciais” que oferecem diversificados produtos, com estacionamento próprio etc.; nele “surge um elemento novo, que é o empresário, o investidor do *shopping center*, que não assume apenas as vestes de um locador de imóvel, mas de um criador de um novo fundo de comércio”⁵² — também chamado de fundo de empresa⁵³.

⁵¹ SANTOS apud PUGLIESE, Roberto J. Time sharing, flat service, apart hotel, shopping center, condomínios e loteamentos fechados — expressões modernas do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 85. v. 733, nov. 1996. p. 751.

⁵² BUZAID, op. cit., p. 7. Sobre o fundo de comércio (discutido no Capítulo 4, item 4.4, neste trabalho), Alfredo Buzaid explica: “A generalidade dos autores costuma classificar os elementos que compõem o fundo de comércio em *duas categorias fundamentais*, que reúnem espécies variáveis e de natureza diversa, consoante a importância do ramo e da atividade mercantil: a) *direitos* ou *coisas incorpóreas*: I — o direito à renovação judicial do contrato de arrendamento; II — o nome comercial, compreendendo a firma e a denominação; o título e a insígnia do estabelecimento; a expressão ou sinal de propaganda; as marcas de indústrias e de comércio; as invenções e os privilégios; os modelos de utilidade, os desenhos e os modelos industriais; III — os direitos autorais e os de resguardo da norma ou pseudônimo contra os usurpadores; IV — o aviamento, a freguesia e sua defesa contra a concorrência desleal; b) *coisas corpóreas*: I — os imóveis, a saber, terrenos, construções, edifícios, fábricas, armazéns, depósitos, com tudo neles intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade, irretiráveis sem fratura ou dano; II — os móveis, isto é, as instalações, o mobiliário, os utensílios, veículos, máquinas, maquinismos, acessórios e pertences, a matéria-prima, os produtos manufaturados ou semimanufaturados, as mercadorias, ou fazendas em geral, os títulos ou efeitos do comércio” (BUZAID apud NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. “Shopping center”: características do contrato de “direito de reserva” da localização (“*res sperata*”). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 78, v. 648, 1989. p. 15-16).

⁵³ Conforme se verá no Capítulo 4, item 4.4, deste trabalho, o conceito de “fundo de comércio” vem, já há muito tempo, sendo ampliado, dando lugar ao conceito de “fundo de empresa”.

Existem importantes diferenças entre os conceitos de *shopping centers*, geralmente desconsideradas do ponto de vista prático na grande maioria de empreendimentos. Mesmo entre autores de renome, há pouco consenso sobre as definições exatas e as fronteiras entre eles.

A conceituação jurídica de *shopping center* suscitou, de início, duas investigações centrais. Em primeiro lugar, a necessidade de definir precisamente o tipo de contrato, muitas vezes obscurecido pela presença de uma série de outros núcleos formais, que tendia a dificultar uma posição única em relação ao empreendimento. Em segundo lugar, a necessidade de identificar a disciplina legal aplicável, o que nem sempre se mostrou simples diante do evidente caráter multidimensional que o negócio assumia, em razão de suas diversas modalidades e feitios.

A investigação tornou-se ainda mais árdua em razão da ausência de regulamentação específica do setor, nem sempre incontroversa; por isso mesmo, a definição do tipo contratual corresponde à determinação segura das normas a serem aplicáveis. Nem sempre é fácil definir o que é *shopping center*, já que prolifera cada vez mais um processo de crescente igualdade de tratamento, desconsiderando-se aí certo estado de inferioridade, ou — em linguagem consumerista — um verdadeiro estado de hipossuficiência, que caracteriza, por definição, o *shopping center*, em razão do tamanho, número de lojas, *mix* etc., ou seja, sua modalidade.

O *shopping center* é, na verdade, um fenômeno recente como objeto de estudo, e são poucos os estudos jurídicos dedicados a sua sistematização e à compreensão de sua disciplina, como já se afirmou.

Embora a doutrina brasileira nem sempre admita, a função econômica é o elemento essencial do negócio jurídico, ao lado dos elementos subjetivo, objetivo e formal. Do ponto de vista técnico, a função econômica consiste na mínima unidade de efeitos essenciais que caracteriza determinado negócio, sua função diferenciando-o dos demais. Somente com a identificação da função econômica do *shopping center* pode-se definir a sua natureza jurídica, qualificar o seu contrato, determinar a invalidade ou a ineficácia de certas relações jurídicas para as quais o exame dos demais elementos mostra-se insuficiente.

É através da função econômica do *shopping center* que se individualizam os elementos essenciais do contrato e, a partir daí, com tal constructo, pode-se proceder à investigação da presença (ou ausência) de tais elementos no concreto regulamento de interesses estabelecidos pelas partes. Segue-se que os efeitos do negócio, tanto no que concerne à exigibilidade das obrigações reciprocamente pactuadas entre as partes, como, principalmente, para fins de responsabilidade civil, dependem da individualização da função do negócio, capaz de lhe dar autonomia (existência), validade e eficácia.

Considerando-se essas assertivas, compreende-se que o *shopping center*, em estrito aspecto jurídico, é a pessoa jurídica que tem como objetivo a compra e venda de bens e produtos e a prestação de serviços, com função econômico-lucrativa de atração de riquezas, no respeito à harmonização dos interesses mercadológicos dos participantes, à transparência e com harmonia nas relações de concorrência, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio das relações entre todos — empreendedor, administrador, associação e lojistas.

Cabe, ainda, reiterar que o empreendedor é o agente que planeja e realiza a combinação dos elementos necessários à criação, implantação e implementação da complexa engrenagem do *shopping center*, bem como dos critérios de responsabilidade por parte da autonomia privada.

Dessa forma, a base diferenciadora das diversas modalidades de *shopping centers* reside, especificamente, na figura do empreendedor, na conotação clássica de idealizador da megacorporação empresarial, cuja natureza jurídica situa-se na completude negocial, ou seja: estrutura física, planejamento e diagnóstico estratégico e mercadológico, e, sobretudo, garantia do fluxo de clientela. Na ausência de qualquer um desses elementos, descaracteriza-se a figura jurídica do *shopping center*, pela ausência de sua completude negocial.

2 VISÃO MODERNA DAS OBRIGAÇÕES

A concepção de contrato contida no Código Civil brasileiro de 1916 é resultado dos ideais de um Estado liberal: num contexto histórico no qual havia nítida separação entre público e privado, bastava ao Estado não interferir no âmbito das disponibilidades particulares.

Segundo Fran Martins, nesse código o conceito de contrato, lastreado no artigo 81, que definia o ato jurídico, era entendido “como acordo de vontades de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”¹. Tal concepção, entretanto, recebeu críticas pelo seu subjetivismo, pois, de acordo com “ela, o mero acordo de vontades seria o bastante para criar o contrato”². Por isso, deu-se maior atenção para a finalidade deste.

Contudo, como afirma Silvio de Salvo Venosa, “o fenômeno contratual se enfatiza quanto mais acentuada for a necessidade social de contratar”³. Por isso, verifica-se que a realidade jurídica torna evidente, como assinala o autor, que “até mesmo os poderes públicos preferem engajar-se em uma política contratual de inspiração privada a impor condutas por meio da lei”⁴.

¹ BEVILÁQUA apud MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 81.

² MARTINS, op. cit., p. 82.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20.

⁴ Ibid., p. 20.

O autor entende que “as transformações econômicas e sociais contemporâneas criaram um direito fracionado, no qual nem sempre os princípios fundamentais são facilmente identificáveis”⁵. Explica que a linha divisória e comparativa do Código Civil brasileiro de 2002 com o de 1916 reside na distinção entre um texto de sentido social e um de tendência individualista, ou seja, o código de 2002 vê o homem integrado na sociedade, enquanto o antigo divisou o indivíduo, com seus privilégios. Além disso, afirma: “a dinâmica contratual por vezes coloca na berlinda social modalidade atípica de contrato, obedecendo à premência social”⁶. E, reportando-se à nova realidade das mudanças sociais, assevera:

[...] as regras especiais sobre cada contrato apresentam verdade inegável, por serem particulares e dirigidas a contratação específica, muitas dessas normas são efêmeras, pois baloizam sob os ventos das mudanças sociais.⁷

E questiona:

[...] quantas já foram, por exemplo, as leis do inquilinato a alterar a relação locatícia imobiliária em nosso país? Que dizer também dos contratos bancários cujos princípios são constantemente alterados pelos planos e necessidades econômicas?⁸

Silvio de Salvo Venosa conclui:

Essa dificuldade é particularmente desafiadora para o jurista que, por formação, necessita de princípios estáveis. No entanto, o desafio da especialização é desafio deste período, era de rápidas e radicais mudanças em todos os ramos do conhecimento. Aos juristas é dada a tarefa de acompanhar essa especialização, que nada mais é que a busca da vocação histórica da ciência jurídica.⁹

Atualmente, o Código Civil giza que

⁵ Ibid., p. 22.

⁶ Ibid., p. 20.

⁷ Ibid., p. 21.

⁸ Ibid., p. 21.

⁹ Ibid., p. 21.

O contrato constitui uma espécie de negócio jurídico [...] de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, como prefere a teoria objetiva de Bülow, 'da autonomia privada', por ser ato regulamentador de interesses privados, por apresentar-se como uma 'norma' estabelecida pelas partes.¹⁰

Na verdade, o novo código não trouxe definições ou conceitos rígidos sobre o que é contrato, mas elencou, expressamente, os princípios constitucionais e não-constitucionais como princípios gerais de direito que, necessariamente, fazem parte da sua leitura atual. Hoje, como escreve Andreza Baggio Torres,

O conceito de contrato ganha nova formulação: contrato é o instrumento de satisfação das necessidades básicas do homem, como alimentação, moradia, lazer e educação, e deverá sempre ser firmado tendo como norte a proteção desses direitos.¹¹

O contrato, de um modo geral, pode ser conceituado como um acordo de vontades travado para produzir efeitos jurídicos. Não obstante essa seja uma das características que o distingue do ato jurídico em sentido estrito, que possui efeitos previstos em lei, os efeitos acordados pelas partes encontram-se adstritos à lei e nela encontram seus limites. Tais limitações são percebidas logo no exame dos requisitos de validade. Esse também é o entendimento de Paulo Nalin:

Antes de qualquer consideração sobre a relação contratual de um fato, uma conclusão inicial se apresenta oportuna, qual seja, a de que a discussão vem à tona em demonstração da utópica idéia de completude do sistema jurídico, por meio de sua plena codificação, pois este aspecto do contrato contemporâneo demonstra, justamente, que nem todos os fatos são pelo código captados, não

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos** – 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), o Projeto de Lei n. 6.960/2002 e a Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 8. v. 1.

¹¹ TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito civil constitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo. (Org.). **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 48. v. 2.

podendo o sistema, por outro lado, deixar de regular tais comportamentos contratuais não intencionais.¹²

Ao analisar o conceito de contrato, Paulo Nalin aduz:

A constatação da crise conceitual do contrato remete o intérprete ao desafio maior desta época posterior da modernidade: a tentativa de conciliação entre os valores constitucionais que repersonalizaram os institutos jurídicos privados, dentre o que não escapa o contrato, e o seu local de aplicação, predominantemente situado no mercado relevante. Valores constitucionais protetivos do homem no seu contexto social e regras de livre mercado, que sempre escravizaram este mesmo homem no seu egoísmo patrimonial [...] se apresentam como extremos inconciliáveis, numa clássica perspectiva do contrato, mas devem, agora, ser enfocados de modo convergente, mesmo que tal visão cause estranheza.¹³

Assim, tratando-se do estudo dos contratos, especificamente dos contratos entre particulares, regulados pelo Código Civil, alguns aspectos são de análise obrigatória, como, por exemplo, a sua função social. Como salienta Leonardo Mattietto, há

[...] a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre os quais está o de dispor de um direito contratual que, além de estampar operações econômicas, seja primordialmente voltado à promoção da dignidade da pessoa humana.¹⁴

Ainda sobre o conceito de contrato, o autor explica que

Não se pode mais afirmar, com precisão, ser o contrato, na descrição moderna do acordo de vontades, um instrumento simples, de uso universal e ahistórico, sem o prejuízo de serem remetidas a um vácuo jurídico inúmeras figuras não abrangidas pelos demais segmentos do Direito. Sobretudo [...] não se pode mais, com tranqüilidade, sustentar a existência de um conceito de contrato que

¹² NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001. p. 116.

¹³ *Ibid.*, p. 120.

¹⁴ MATTIETTO, Leonardo. **O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 164.

identifique toda a experiência jurídica contemporânea. [...] *Contrato, hoje, é relação complexa solidária.*¹⁵

O contrato, sendo espécie de negócio jurídico, tem como pressupostos de existência: agente, manifestação de vontade, objeto e forma. E, como requisitos de validade: agente capaz e legitimado, manifestação de vontade livre e de boa-fé, objeto lícito, possível e ao menos determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei.

Além das condições para que um contrato exista e seja válido (que atenda às determinações legais), é preciso que esteja em conformidade com os princípios constitucionais, com os princípios do direito civil, que cumpra sua função social. Na nova perspectiva — também chamada de pós-moderna —, além dos princípios, convergem, no contrato: boa-fé, equidade e justiça contratual, equilíbrio econômico, transparência nas relações contratuais, confiança, satisfação dos interesses dos contratantes, solidariedade — mostrando definitivamente que ele não tem apenas o seu objetivo anterior (calcado na autonomia da vontade) nem visa somente o seu cumprimento. Agora devem ser acompanhados, *pari passu*, seu nascimento, suas cláusulas, o comportamento das partes em toda a sua extensão ou existência, pois só assim estará indo em direção à dignidade da pessoa humana — o contrato, um dos meios mais importantes para a circulação de riquezas e, por consequência, para a realização dos desejos e valores do ser humano, passa a ter outra ótica.

Como antes, também agora ele não está apenas no campo das Obrigações, mesmo porque sobre ele se estrutura, no Código Civil, além da

¹⁵ *Ibid.*, p. 119; 255.

Sucessão, da Família, do Direito das Coisas, principalmente a vida econômica, possuindo inúmeros entendimentos e conceituações¹⁶.

Orlando Gomes ensina que

Emprega-se o vocábulo contrato em sentido *amplo* e *restrito*. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial.¹⁷

Diz, ainda, que, em razão da vida econômica, são feitos “arranjos e combinações” não definidos em lei, mas dignos de proteção¹⁸.

Todos os contratos, independente de sua classificação, nomeação, de serem regulados ou não, sujeitam-se a determinados princípios e pressupostos, sejam gerais de direito, sejam constitucionais. O modelo clássico assentava-se “nas concepções de ampla liberdade de contratar e de total submissão a seus termos, como se fosse lei entre as partes”¹⁹, e albergava os princípios gerais de direito consagrados: da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda* — o contrato vale como se fosse lei entre os contratantes), da autonomia da vontade (liberdade de realizar ou não o contrato e de estipular, elaborar suas cláusulas e condições), da relatividade dos efeitos (não atinge terceiros, é obrigação personalíssima e diz respeito apenas às partes), da intangibilidade dos contratos (repele, por ter concepção individualista, interferência sobre seu conteúdo até mesmo pelo Estado),

¹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8 (Atualização e notas: Humberto Theodoro Junior)

¹⁷ Ibid., p. 9.

¹⁸ Ibid., p. 20.

¹⁹ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2. ed. Saraiva, 2003. p. 25-26.

além de outros requisitos, pressupostos ou diferentes denominações para o mesmo viés, contudo lastreado na ideologia individualista²⁰.

Com esse modelo e a incidência clara de um direito contratual advindo do código napoleônico, confeccionado pela (e com vistas aos interesses da) emergente classe burguesa, o contrato tinha o olhar voltado para a propriedade. Da mesma forma, a leitura jurídica era de completa separação do público e do privado, daí o antigo Código Civil tratar das relações entre particulares e a Constituição restringir-se às questões que envolviam indivíduo e Estado (visando proteger aquele frente ao poder deste) ou das quais participasse o poder público. Inexistia a vontade e a possibilidade de que as normas constitucionais incidissem nas relações que diziam respeito a particulares, posto que se supunha — mesmo que apenas no aspecto meramente formal — serem, estes, sujeitos de direito dotados de igual capacidade jurídica²¹.

Assim, com lastro na liberdade contratual, na intangibilidade do contrato, bem como em figuras da sua moldura clássica, cometeram-se absurdos em relação aos mais fracos na relação contratual, o que acabou fazendo que surgisse um outro paradigma contratual, que objetiva a pessoa, não o patrimônio, e que aflorou no novo Código Civil: substituiu-se a igualdade formal pela substancial; inseriu-se, na nova leitura do contrato, valores como função social, boa-fé objetiva e equilíbrio econômico, por exemplo, com base em princípios constitucionais.

O código anterior ancorava-se na liberdade, na literalidade e no formalismo, e sobrelevava, nos pactos, a autonomia da vontade, a propriedade

²⁰ Ibid., p. 29-35.

²¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 48-49.

absoluta, a intangibilidade do contrato — elegia, pois, princípios do direito privado. Segundo Andreza Cristina Baggio Torres, “a moderna teoria do contrato não enfraqueceu a autonomia privada, apenas deu-lhe outro enfoque para fortalecer a verdadeira liberdade de contratar entre personagens socioeconômicos tão desiguais, pois, sem vontade livre não há contrato”²².

Esse novo paradigma é resultado de uma nova forma de pensar da sociedade no que se refere a esse instituto: agora exige-se transparência, equilíbrio econômico, boa-fé (antes, durante e depois de firmado). Passa o direito privado pela constitucionalização e, dessa forma, pela repersonalização, já que visa a pessoa, o ser humano, tanto que dá primazia à dignidade humana como valor último em termos constitucionais. Assim, os princípios constitucionais, hoje, são lidos como normas, com aplicação plena, e não mais só em lacunas, omissões; necessariamente, influenciam também o direito privado, interferem no econômico, do qual antes era separado, como separado era o direito público e o direito privado. O direito civil não mais é um sistema fechado, e nem poderia ser, diante da Constituição, que o preside.

Segundo Teresa Negreiros,

O processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição de seu centro valorativo — em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social.²³

A concepção do contrato, portanto, agora repousa no social. Nas palavras de Gustavo Tepedino:

²² TORRES, op. cit., p. 78.

²³ NEGREIROS, op. cit., p. 11.

Os princípios constitucionais da solidariedade social (art. 3º, I, CF), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) foram trazidos ao cotidiano das relações jurídicas privadas, ganhando densidade normativa e informando a nova teoria contratual.²⁴

Disso, segundo o autor, resulta que

O Código Civil perde [...], definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.²⁵

Heloísa Helena Barboza, analisando as mudanças que advieram na teoria contratual com o novo Código Civil, chama a atenção para o que considera a principal inovação em relação ao código anterior:

[...] necessário é que se enfatize o ponto central dessa nova ordem jurídica, especialmente no que respeita às relações privadas: substitui-se a ótica liberal, individualista, patrimonialista do século passado, por uma visão que se pode denominar humanista. O homem continua como centro de estruturação do sistema jurídico, porém, não mais como produtor e motor da circulação de riquezas, e sim como ser humano, que deve ser respeitado e assegurado em todas as suas potencialidades como tal. O patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar instrumento da realização das pessoas humanas. Em outras palavras, o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas regente das atividades econômicas. Insista-se: o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio.²⁶

Percebe-se que, na disputa entre os vários princípios ou na valoração destes, ou mesmo na disputa entre a nova e a velha moldura dos contratos, entre a liberdade individual e a solidariedade, e, principalmente, em razão da inversão que o contrato sofreu, será preciso usar de ponderação para alcançar,

²⁴ TEPEDINO apud NEGREIROS, op. cit., p. 28.

²⁵ Ibid., p. 50.

²⁶ BARBOZA apud NEGREIROS, op. cit., p. 32.

entre as duas leituras, o equilíbrio, porque, agora, tudo parte do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Agora o contrato não se presta ao aprisionamento, à dominação do outro, e sim a fazer circular riquezas, dar satisfação ao homem, mas na baliza da solidariedade, da transparência, na boa-fé, com igualdade na relação contratual, com casamento de vontades.

Na trilha desse novo paradigma dos contratos, e diante de sua fragmentação, também está o contrato de *shopping centers*, aqui em debate, como se verá adiante.

2.1 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Rodotá define “função” como “algo contraposto à estrutura, o dinâmico em relação ao estático”, ou seja, “função seria a maneira concreta de operar de um instituto, de um direito, de uma organização etc”²⁷. E J. J. Calmon de Passos afirma que “tudo quanto existe, existe para alguma finalidade, no sentido de que tudo quanto existe está associado a conseqüências de que é causa ou pressuposto e lhe revela a *função*”²⁸. Assim, segundo o autor, a

Função social [...] pode ser entendida como o resultado que se pretende obter com determinada atividade do homem ou de suas organizações, tendo em vista interesses que ultrapassam os do agente. Pouco importa traduza essa atividade exercício de direito, dever, poder ou competência. Relevantes serão, para o conceito de função, as conseqüências que ela acarreta para a convivência social. O modo de operar, portanto, não define a função, qualifica-a.²⁹

²⁷ Cf. PASSOS, J. J. Calmon de. Função social do processo. **Jus Navigandi**, Terezina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3198>>. Acesso em: 9 abr. 2007.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

Contudo, observa que, no âmbito do direito privado, o termo função social,

Só comporta concreção de seu conteúdo mediante uma formulação negativa. Impossível dizer-se, satisfatoriamente, qual seja a função social de qualquer indivíduo ou organização, traçando-se-lhes exaustivamente o seu agir, ou simplesmente se enunciando princípios, por mais numerosos e genéricos que sejam, Só negativamente é possível delimitar-se o espaço da função social do agir do homem ou de suas organizações. Enquanto liberdade, poder de atuar sobre as coisas e sobre outros homens, o homem não tem limites intrínsecos, salvo os naturais. Limitar a liberdade, o poder em que ela se traduz, é torná-la função, vinculá-la a determinados objetivos, pelo que lhe são postos limites. A função social é, assim, menos o que a atividade deve proporcionar que aquilo que ela não pode produzir, por lhe ter sido interdito.³⁰

Quando se fala de contrato, em específico de sua função social, o entendimento terminológico não poderia ser diferente. Assim, não é outro o entendimento de Tereza Negreiros, ao destacar a função social do contrato:

Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.³¹

Isso porque no âmbito um conjunto normativo o contrato não existe isoladamente, mas no contexto daquele, ou seja, é um dos institutos de que é composto o ordenamento jurídico, e, assim, acompanha o seu modo de inserção na sociedade, da qual é expressão. Essa evolução do ordenamento jurídico e, especificamente, do contrato, percorre o caminho das alterações que ocorrem na sociedade, da qual o direito é expressão cultural³².

³⁰ Ibid.

³¹ NEGREIROS, op. cit., p. 208.

³² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, o direito constitui “uma unidade conceitual no plano filosófico, uma unidade orgânica no plano científico, uma unidade teleológica no plano social”³³. Esse direito a que o autor se refere é constitucionalizado, socializado e despatrimonializado. Nesse sentido, o atual direito civil,

[...] transformado pela normativa constitucional, tem como fundamentos a superação da lógica patrimonial (proprietária, produtivista, empresarial) pelos valores existenciais da pessoa humana, que se tornam prioritários no âmbito do direito civil, porque privilegiados pela Constituição.³⁴

E, como enfatiza Leonardo Mattietto,

A conformação clássica do contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, voltado a obsequiar os valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. O contrato deixa de ser apenas instrumento de realização da autonomia privada, para desempenhar uma função social.³⁵

Antonio Junqueira de Azevedo explica que a idéia da função social do contrato

[...] está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o *valor social da livre iniciativa* (artigo 1.º, inc. IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro [...].³⁶

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 11. v.1.

³⁴ MORAES apud MATTIETTO, op. cit., p. 170.

³⁵ MATTIETTO, op. cit., p. 178.

³⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 87, v. 750, abr. 1998. p. 116.

Ocorre que, nesse ponto, como tudo no direito, cendem duas posições, pelo menos: uma constitucionalista pura, que assevera que a função do contrato, como a da propriedade, não pode ser interpretada de forma civilista, e uma outra, que dita a função social aqui tratada de modo amenizado.

Miguel Reale, por exemplo, pelo lado civilista, afirmou: “o ato de contratar corresponde ao valor da livre iniciativa, erigida pela Constituição de 1988 a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, logo no inciso IV do artigo 1º, de caráter manifestamente preambular”³⁷.

Se, portanto, uns continuam a dirigir-se para um capitalismo radical, entendendo que o mercado, sendo uma poderosa manifestação de liberdade do homem, deve ser preservado, outros, voltando o olhar para a Constituição de 1988, gizam os benefícios da livre iniciativa e da propriedade privada. — afinal o sistema é capitalista —, mas entendem que sem a intervenção estatal, direta ou indireta, o mercado, mesmo sendo um distribuidor de riqueza, não o faz de forma equânime. Daí falar-se, também, em função social do contrato sob os aspectos externo e interno da relação contratual, que Paulo Nalin denomina de nível extrínseco e nível intrínseco³⁸.

A função social, no aspecto externo, quer que o contrato funcione sem interferências prejudiciais de terceiros, mas também que, ao funcionar, não cause prejuízo a terceiros³⁹. Já no aspecto interno, vislumbram-se as mais importantes características da função social advindas do Código Civil, como, por exemplo, a onerosidade excessiva.

³⁷ REALE apud FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 32.

³⁸ FONSECA, 2007, op. cit., p. 39, nota 73.

³⁹ Ibid., p. 55.

Assim, diz Rodrigo Garcia da Fonseca:

Se faz sentido pensar na função social do contrato na interface dos contratantes com terceiros, é mais complicado vislumbrá-la na relação jurídica interna entre os próprios partícipes do contrato, sem a intervenção de nenhum terceiro.⁴⁰

Nesse sentido, o autor pergunta: “se a relação em questão é apenas entre os contratantes, onde estaria o elemento social”⁴¹? E conclui:

Parece aí, com a devida vênia, haver duas questões delicadas e relevantes, e que não devem ser ignoradas, pois podem levar a imprecisões sérias. De um lado, trata-se da função social do contrato quase que exclusivamente como um princípio programático, um sobre-princípio que justificaria uma série de normas específicas presentes na nova lei civil. Com isso, corre-se o risco de o conceito em si esvaziar-se, só se realizando através da aplicação de outras normas legalmente previstas. De outro, confunde-se em certas situações a noção de social não como relativa à sociedade, mas sim como referente às pessoas ou classes socialmente desfavorecidas. É quase como se a função social do contrato fosse um meio de realização de justiça social distributiva caso a caso, contrato a contrato.⁴²

Por isso, Rodrigo Garcia da Fonseca reafirma que “não por acaso alguns juristas privilegiam a função social do contrato no seu aspecto externo, e chegam a negar que ela possa de alguma forma se manifestar no trato interno entre os contratantes”⁴³.

É fundamental, ao analisar a função social do contrato, notadamente no seu aspecto interno, enquanto diretriz interpretativa, discernir de que tipo de contrato se está falando: se um contrato é feito entre uma empresa de prestígio e uma pessoa física, e está sujeito ao Código do Consumidor, a situação é uma; se as mesmas partes firmam um contrato que é regido pelo Código Civil, a hipótese é

⁴⁰ Ibid., p. 56.

⁴¹ Ibid., p. 56.

⁴² Ibid., p. 56.

⁴³ Ibid., p. 58.

outra; ou, ainda, se duas pessoas físicas firmam um contrato tipicamente civil ou duas empresas firmam um contrato essencialmente empresarial, as hipóteses são diferentes.

Como ressalta Rodrigo Garcia da Fonseca:

A mesma função social do contrato que em certas circunstâncias justifica uma interpretação do contrato que proteja a parte economicamente mais fraca, num contrato comercial, ou empresarial, entre empresas razoavelmente equivalentes, deve afastar o juiz de qualquer tentação de reescrever o conteúdo contratual.⁴⁴

Assim, de acordo com o autor, a função social do contrato “não pode prescindir, para a sua aplicação, do princípio da economicidade”⁴⁵, sofrendo variações de conformidade com o tipo e natureza de contrato; e “o impacto econômico da intervenção do juiz no conteúdo contratual será diferente em cada tipo de contrato”⁴⁶.

Não se pode perder de vista que a aplicação de função social do contrato de maneira simplista, no aspecto interno, pode levar à imprevisibilidade e à insegurança jurídicas, ao mundo dos negócios ou nas relações contratuais privadas, justamente em nome de uma justiça social que ainda não se encontra definida⁴⁷.

Rodrigo Garcia da Fonseca, ao reportar-se à afirmativa de Eduardo Sens dos Santos, de que o “contrato, como fato social e econômico que é, tem efeito cascata”⁴⁸, complementa: “especialmente na sociedade massificada dos dias de

⁴⁴ Ibid., p. 70.

⁴⁵ Ibid., p. 215.

⁴⁶ Ibid., p. 215.

⁴⁷ Ibid., p. 58.

⁴⁸ Ibid., p. 72, nota 146.

hoje”⁴⁹, ou seja, quando são inúmeros os conflitos contratuais, em especial, nos contratos empresariais.

Completando, aconselha:

Em especial quando o negócio é comercial ou empresarial, a intervenção do Estado legislador ou juiz no conteúdo contratual deve ser mínima, admitida apenas excepcionalmente. Essa é a essência da livre iniciativa consagrada constitucionalmente.⁵⁰

Em regra, há, portanto, toda uma especificidade de função em torno do contrato que não pode ser negligenciada ou esquecida.

Teresa Negreiros, ao analisar esse tema, propõe uma forma de aproximar ou afastar a regra da função social do contrato ou colocar em paz o confronto entre livre iniciativa, liberdade de contratar e a nova índole intervencionista, enfim, uma fórmula para conjugar ou conciliar os princípios antagônicos do contrato e os ditos antigos⁵¹.

Por isso, afirma que a caracterização do bem contratado em essencial, útil ou supérfluo cria o paradigma da essencialidade, de molde que essa essencialidade proporcione elementos e conceitos que permitam conjugar problemas sociais como problemas a serem enfrentados também pelo direito contratual⁵².

Em suma, no que toca à parte econômica, a melhor posição (conforme pensam os civilistas) é a de que a função social do contrato não pode apagar a sua vestuta e axiomática função.

⁴⁹ Ibid., p. 72.

⁵⁰ Ibid., p. 160.

⁵¹ NEGREIROS, op. cit., 384.

⁵² Ibid., p. 384.

O novo Código Civil, em seu artigo 421, por isso mesmo preconiza que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”⁵³; e, no artigo 422, que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”⁵⁴. Na redação desses artigos detecta-se uma nova direção na disputa entre o “ser” e o “ter”.

Nessa ordem de idéias, Silvio Venosa explica que,

[...] realçando o conteúdo social do novo Código, seu artigo 421 enuncia: ‘A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’. O controle judicial não se manifestará apenas no exame das cláusulas contratuais, mas desde a raiz do negócio jurídico. Como procura enfatizar o novo diploma, o contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade. Nesse diapasão, pode ser coibido o contrato que não busca essa finalidade.⁵⁵

É nesse mesmo tom que se expressa Teresa Negreiros: “na base desta doutrina econômica está a concepção de que a satisfação dos interesses individuais dá lugar, como consequência inexorável, à satisfação do interesse geral, que nada mais é do que a soma dos interesses individuais”⁵⁶. E, também, Paulo Nalin: “A leitura do contrato assim vista não ignora sua função econômica, mas antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá que se

⁵³ BRASIL. [Código Civil]. **Novo Código Civil brasileiro**: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Cosntituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 177.

⁵⁴ Ibid., p. 177.

⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 376.

⁵⁶ NEGREIROS, op. cit., p. 26.

indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes”⁵⁷.

Portanto, agora é preciso entender os contratos como objetivando, ao mesmo tempo, os interesses particulares e a realização dos valores da coletividade, o social.

Conforme Alberto Oliva, “se os contratos juridicamente perfeitos são violados, não há avanços sociais e crescimento econômico duradouro. Se ninguém é dono do que legitimamente conquistou, então a insegurança é a tônica”.⁵⁸

E Jeanne Blanchet conclui:

[...] na hipótese de se discutir judicialmente um contrato, não obstante se procure proteger a parte dita mais fraca de um contencioso, a fim, como se defende, de propiciar-se o equilíbrio da relação jurídica, tal postura não autoriza a desrespeitar o que foi livremente pactuado. Os contratos podem ser revistos e negociados, mas não unilateralmente e esta assertiva deve valer para ambas as partes, sob pena de se gerar a insegurança [...], em oposição ao Estado de Direito e ao bem comum.⁵⁹

Como já se destacou anteriormente, o novo olhar ou visão constitucional permitiu romper com a dicotomia público-privado, e o *shopping center*, por não representar um estabelecimento puramente individual, deve também exercer um papel social.

As teorias modernas, dentro da concepção social, indicam o caráter objetivista da propriedade como instrumento de realização de justiça social; assim,

⁵⁷ NALIN apud FRANÇA, Beatriz. A (des)construção do direito privado em face da despatrimonialização do sujeito de direito civil constitucional — aspectos constitucionais da autonomia privada. In: NALIN, Paulo. **Contrato & sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 95. v. 2.

⁵⁸ OLIVA apud BLANCHET, Jeanne. O novo Código Civil e a função social. In: NALIN, Paulo (Coord.). **Contrato & Sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 70.

⁵⁹ BLANCHET, op. cit., p. 71.

não se limita à satisfação individual, deve realizar também sua função social. Contudo, como destaca Jeanne Blanchet: “A função social, seja ela do contrato, da propriedade ou da empresa, não pode ser árdua a ponto de desconfigurá-los. Não há sentido, por exemplo, em admitir que a função de um instituto de direito inutilize ou anule o próprio instituto”⁶⁰.

E, conforme Rodrigo Garcia da Fonseca,

[...] cada tipo de contrato tem um feição específica, tem uma função social e econômica diferente, cujas particularidades devem ser levadas em consideração. Não é possível delinear, assim, uma única noção de função social para todos os contratos, pois haverá diferenças com relação aos vários tipos de contratações e especialmente aos bens da vida aos quais tais avenças se vinculam.⁶¹

Assim, embora a matéria seja controvertida, entre comercialistas e constitucionalistas, considera-se que o *shopping center* deve ser entendido dentro de uma concepção constitucional do direito civil, onde como estabelecimento comercial só terá uso legítimo se destinado a uma função social e nela encontrar seus limites, concretizando o princípio da solidariedade e realizando o valor máximo da dignidade da pessoa humana, contudo, não perdendo de norte sua particularidade.

2.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Segundo o dicionário Aurélio, princípio, do latim *principiu*, significa, entre outras coisas, “momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo”; “causa primária”; “elemento predominante na constituição de um corpo orgânico”;

⁶⁰ Ibid., p. 71.

⁶¹ FONSECA, 2007, op. cit., p. 237.

“preceito, regra, lei”⁶². A palavra é utilizada, nas várias áreas do saber, para estruturar um conjunto de conhecimentos “a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas”⁶³; o conceito de princípio — em qualquer campo do conhecimento — “designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”⁶⁴.

No sentido jurídico, diz Arianna Stagni Guimarães, “princípios são aquelas idéias fundamentais que orientam a atuação de todas as outras normas jurídicas presentes no sistema, constituindo-se na base do Direito”⁶⁵. Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁶⁶

Em seus primórdios, na fase jusnaturalista, os princípios jurídicos, mesmo considerados verdadeiros axiomas, nada mais eram que a inspiração de um ideal de justiça, não escritos em leis, e por eles se guiavam os aplicadores do direito. Na fase juspositiva eles ganharam normatividade, foram inseridos nos códigos

⁶² PRINCÍPIO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio eletrônico século XXI**. Versão 3,0. Ed. Nova Fronteira, nov. 1999.

⁶³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52.

⁶⁴ Ibid., p. 53.

⁶⁵ GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional**. São Paulo: Ltr. 2003. p. 85.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 230.

jurídicos, mas como elementos subsidiários, “meras pautas programáticas supralegais”⁶⁷; eram uma “válvula de segurança” para garantir o reinado absoluto da lei. No pós-positivismo, os princípios foram incorporados às constituições com *status* de “norma jurídica vinculante, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito”⁶⁸, embasando, assim, todo o sistema jurídico. Como explica Paulo Bonavides,

[...] na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo, no sistema, o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade. Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positividade, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica em novos conceitos de sua relevância.⁶⁹

Transferidos do direito privado para o direito público, houve uma alteração em suas funções: de meras fontes de integração do direito passaram a princípios constitucionais, servindo de fundamento para todo o ordenamento jurídico:

[...] de antiga fonte subsidiária em terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade deste século, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.⁷⁰

Hoje, afirma o autor, os princípios constitucionais são o esteio do sistema, da legitimidade constitucional — daí se dizer que violar um princípio é mais grave que violar uma norma, posto que todas devem ser vistas e, principalmente, interpretadas tendo aqueles como foco.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 232.

⁶⁸ ESPÍNDOLA, op. cit., p. 64.

⁶⁹ BONAVIDES apud ESPÍNDOLA, op. cit., p. 65.

⁷⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 254.

Quanto à distinção entre princípios jurídicos e princípios constitucionais, Roque Antonio Carraza diz que ela pode ser visualizada na função que eles desempenham no ordenamento jurídico: “os princípios jurídicos atuam como ‘vetores para soluções interpretativas’ (Celso Antônio Bandeira de Mello), e, os constitucionais, compelem o jurista a direcionar seu trabalho para as *idéias-matrizes* contidas na Carta Magna”⁷¹.

José de Albuquerque Rocha afirma que se podem apontar ao menos três funções nos princípios gerais de direito: função fundamentadora; função orientadora da interpretação; função de fonte subsidiária⁷².

O princípio, enquanto “mandamento nuclear de um sistema”⁷³ exerce a importante função de fundamentar a ordem jurídica em que se insere, fazendo que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem na principiologia constitucional “o berço das estruturas e instituições jurídicas” — os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, “a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”⁷⁴.

Especificadamente no que se refere aos contratos, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu novos e diferentes princípios, a partir de valores fundamentais declarados, já no início de seu texto, para a atividade econômica (cujos princípios gerais estão no artigo 170 e seguintes).

Como informam Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho,

⁷¹ CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 29.

⁷² ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p. 46.

⁷³ MELLO, op. cit., p. 230.

⁷⁴ Ibid., p. 254

A ênfase a aspectos morais produziu conseqüências no âmbito dos direitos obrigacionais, na teoria dos contratos, na teoria da responsabilidade civil, no relacionamento familiar. [...] Figuras como a revisão judicial dos contratos, o desfazimento de contratos em face da lesão e o controle administrativo de atividades ora encontram seu lugar ao sol.⁷⁵

O contrato possui, hoje, objetivo principal de defesa do coletivo, da sociedade, e visa melhor distribuição de renda.

O que importa notar é que o Estado tem, agora, função de intervenção reguladora, e, de acordo com esse princípio, “admite-se a ação estatal em negócios privados, para a obtenção do equilíbrio necessário entre os interesses das partes envolvidas, diante da expansão de certas atividades e de certas entidades empresariais privadas”⁷⁶.

Esse dirigismo econômico pelo Estado — a “ingerência do Poder no mercado, balizando negócios, dominando setores, normatizando, enfim, imiscuindo-se no mundo da economia”⁷⁷ — tem efeitos sobre os princípios gerais que balizam o direito das obrigações e, especificadamente, dos contratos.

A autonomia da vontade, ou o poder de auto-regulamentação de interesses, considerada como irmã da liberdade e da igualdade, relativizou-se, porque, na verdade, a igualdade era apenas formal, e não, real; e a liberdade fundamentalmente aprisionava os mais fracos nas garras dos mais fortes.

A mudança se deu porque a liberdade contratual, ao mesmo tempo em que foi um forte instrumento de circulação de riquezas, também foi um forte

⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. rev. e atual. da 2ª edição da obra O direito civil na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 27.

⁷⁶ Ibid., p. 28.

⁷⁷ Ibid., p. 116.

instrumento na exploração dos mais fracos⁷⁸. A compreensão de tal assertiva ocorre quando nos deparamos com a tese de Durkheim:

Não posso ser livre senão na medida em que outrem é impedido de beneficiar-se da superioridade física, econômica ou outra de que dispõe, para sujeitar a minha liberdade, e a norma social, só ela pode tornar-se obstáculo a esses abusos de poder.⁷⁹

Na verdade, a autonomia da vontade ou liberdade de contratar caracterizava-se,

Pela liberdade de contratar ou deixar de contratar, a de eleger as pessoas com quem se contrata ou deixar de contratar, a de determinar o contrato a ser celebrado, típico ou atípico, a de negociar o seu conteúdo e, por último, a de adotar a forma, verbal ou escrita, tida por mais conveniente.⁸⁰

Nesse sentido, tanto a liberdade de contratar quanto a liberdade contratual constituíam a *pacta sunt servanda*, ou, como afirma Lucimar de Paula, “o acordo feito tornava-se lei entre as partes contratantes”⁸¹.

Contudo, com o dirigismo contratual público, essa liberdade contratual passou a ser questionada. Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges,

[...] autonomia da vontade e autonomia privada não têm conteúdo idêntico. A autonomia da vontade era o princípio do voluntarismo, segundo o qual o fundamento e a força obrigatória dos contratos encontravam-se na livre vontade das partes. Com a mudança de foco para a autonomia privada, compreende-se que a lei é fundamento do contrato, a vontade conforme a lei gera o vínculo jurídico, não a vontade pura. Assim, a lei, a ordem pública, a moral e os bons

⁷⁸ BIERWAGEN, op. cit., p. 37-38.

⁷⁹ DURKHEIM apud GONÇALVES, Oksandro. O princípio da etnicidade no direito contratual. In: NALIN, Paulo. (Org.). **Contrato & sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba, Juruá, 2006. p. 31. v. 1.

⁸⁰ NORONHA apud PAULA, Lucimar de. A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas. In: NALIN, Paulo. (Org.). **Contrato & sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 82. v. 1.

⁸¹ PAULA, op. cit., p. 82.

costumes compõem a autonomia privada, determinam as fronteiras da liberdade contratual, como bem demonstrou Francisco Amaral.⁸²

Assim, a autonomia de contratar ficou menor diante dos novos valores impostos pela Constituição e pelos princípios gerais de direito, agora expressos, e cede espaço à função social dos contratos, “e a boa-fé objetiva vem balizar o comportamento das partes em busca de equilíbrio e justiça”⁸³. Mais: “paralelamente à sua função social, o contrato passa a encontrar seus fundamentos de validade ou invalidade, também no comportamento das partes, na boa-fé das partes contratantes, na lealdade e na transparência”⁸⁴.

Enfim, a liberdade de contratar, a autonomia, vem também com as vestes da Constituição e dos princípios gerais de direito que, por certo, interferem nas relações contratuais, sejam públicas ou privadas. Dessa forma, o contrato traz agora, junto com a autonomia e a intangibilidade, uma finalidade social, devendo

[...] ser concluído e executado de forma socialmente responsável, com o fim de garantir o justo equilíbrio social; desse modo altera-se a sua perspectiva como instrumento de satisfação de interesses exclusivamente individuais, para também ser observado como mais um dos instrumentos destinados à realização de uma finalidade social.⁸⁵

Logo, a intangibilidade — que representa a impossibilidade de mudar o que foi avençado, uma vez definido pelas partes, ou seja, ninguém, nem mesmo o Estado, poderia se imiscuir (é lei entre as partes) — dos contratos sofreu outra leitura. A publicização do direito e do contrato faz derrogar tais preceitos, e aumenta-se, consideravelmente, o campo das nulidades e proibições a algumas

⁸² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 12 mar. 2007.

⁸³ TORRES, op. cit., p. 49.

⁸⁴ Ibid., p. 48.

⁸⁵ BIERWAGEN apud PAULA, op. cit., p. 94.

contratações, principalmente as que não trazem equilíbrio econômico entre as partes — enfim, o dirigismo traz reflexos à própria contratação em todas as suas fases.

A Constituição trouxe reflexos no contrato, provocou a chamada “crise do contrato”, porque, agora, é voltada para o social, para o pessoa, e não, mais, para o patrimônio. Acolhe o novo Código Civil, em sede contratual, tanto a teoria da lesão que permissiona a revisão do que foi avençado como a teoria da imprevisão.

Como se vê, o novo Código Civil abraçou valores constitucionais, sobretudo os relacionados à dignidade da pessoa humana, à solidariedade social, à igualdade e ao equilíbrio econômico — e fez isso sem rechaçar os velhos princípios, que convivem simultaneamente e em conjunto com os novos valores e princípios gerais de direito. A esse respeito Fábio Konder Comparato, com propriedade, edita:

A idéia de que a proteção da pessoa humana não se realiza apenas pelos institutos das liberdades públicas, pedra angular do Estado Liberal, mas exige também a promoção compulsória da igualdade social, permeia todo o direito constitucional contemporâneo. Em países subdesenvolvidos, cuja sociedade é fundamentalmente desarticulada por um processo de desigualdade progressiva, a questão dos chamados direitos sociais é crucial.⁸⁶

São princípios constitucionais aplicáveis, entre outros, o da solidariedade, o da função social da propriedade e o da dignidade da pessoa humana — este último, erigido como valor máximo do Estado. São princípios específicos da teoria geral dos contratos o princípio da autonomia da vontade, o da supremacia da ordem pública, o do consensualismo, o da relatividade, o da obrigatoriedade, o da revisão dos contratos, o da boa-fé e o da tutela do hipossuficiente.

⁸⁶ COMPARATO apud NEGREIROS, op. cit., p. 20.

Como os contratos devem ser animados pelo espírito desses princípios, conseqüentemente os contratantes, ao ajustarem determinada obrigação, devem estar atentos à supremacia do interesse coletivo sobre o individual e ao valor da pessoa humana. Um contrato, ao ser celebrado, além de criar obrigações entre as partes e gerar os efeitos legais esperados, deve cumprir sua função social, ou seja, não pode violar interesses coletivos; ao ser constituído, deve agregar valores à sociedade, seus fins estando obrigatoriamente vinculados à realização da dignidade humana.

Como se afirmou inicialmente, na visão constitucional do direito civil, o contrato não deve ser entendido apenas como uma releitura de institutos tradicionais; trata-se de um novo paradigma. De modo geral, como afirma Paulo Nalin,

Uma das possibilidades de apreciação da justiça social, no contexto do contrato, passa pela análise do valor da liberdade, a partir de uma dimensão da solidariedade. Mas, antes de se percorrer esse caminho mais amplo, mostra-se adequado revisitar o quadro principiológico que regula o 'novo contrato', inclusive, para se constatar se mudanças são perceptíveis, em face daquele regime de princípios modernos, cujos pressupostos informavam o contrato descrito pelo Código Civil (liberdade, igualdade — formal — e intangibilidade contratual), todos calcados no dogma da vontade dos sujeitos contratantes.⁸⁷

Assim, os princípios que caracterizam o contrato impõem deveres internos e externos à relação contratual. Quanto à relação entre os contratantes, estes devem agir de boa-fé, não apenas a boa-fé subjetiva, mas também a objetiva, que cria deveres anexos como o de lealdade e o de informação, alcançando as fases pré-contratuais e pós-contratuais.

⁸⁷ NALIN, 2001, op. cit., p. 123.

Os direitos fundamentais têm eficácia também nas relações privadas. O contrato não imporá condições desproporcionais entre as partes nem atentará contra o princípio da dignidade humana. No que concerne aos efeitos externos a essa relação, o contrato se tornará, também, um instrumento de realização do bem comum.

2.3 PREVALÊNCIA DOS NOVOS PARADIGMAS DO CONTRATO

A cláusula *pacta sunt servanda*, sob o enfoque do Código Civil de 1916, representava a obrigatoriedade dos contratantes de cumprir o convencionado. O contrato fazia lei entre as partes e poucas eram as situações que justificavam o não-cumprimento de uma obrigação, dentre as quais se pode citar aquela em que um dos contratantes podia legitimamente recusar-se a cumprir sua obrigação se o outro não havia cumprido o convencionado (*exceptio non adimpleti contractus*).

Entretanto, na perspectiva do novo Código Civil essa cláusula deve ser interpretada com reservas, haja vista que é modulada por valores maiores, como revela o princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da igualdade etc. Face a esse novo paradigma, o código restringiu a liberdade de contratar, adequando-a à nova realidade, conforme se observa dos artigos 421 e 422 (já citados) e dos artigos 478, 479 e 480, por exemplo:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.⁸⁸

Assim, o contrato ainda é lei entre as partes, e aquilo que foi pactuado deve ser cumprido, porém os princípios diretores impõem outros deveres, como o de haver proporcionalidade entre as obrigações assumidas, o de se proteger a parte hipossuficiente, concretizando o princípio da isonomia, o de não pactuar obrigações que firam a dignidade humana ou outros valores constitucionalmente tutelados.

⁸⁸ BRASIL, op. cit., p. 186.

3 A LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTER*

3.1 GENERALIDADES DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

Como este trabalho aborda os contratos de locação de coisas (bens imóveis urbanos), e, especificadamente, o contrato de uso de espaço em *shopping center*, é importante estabelecer as leis disciplinadoras de tal instituto.

No Código Civil de 1916, locação era o contrato

[...] pelo qual uma das partes, mediante remuneração paga pela outra, se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível, a prestação de um serviço apreciável economicamente ou a execução de alguma obra determinada.¹

Assim, assumia o código a existência de três espécies de locação: a de coisa — referente “unicamente ao uso e gozo de um bem infungível”; de serviço — “relativa a uma prestação de serviço economicamente apreciável, considerada em si mesma, independente do resultado”; de obra ou empreitada — quando objetivando “a execução de certa obra ou de determinado trabalho, tendo-se em vista um fim ou efeito”².

Essa sistematização foi condenada pelo direito moderno, que classificou, “como categorias distintas, todos os contratos que eram tidos como espécies do gênero *locatio*”³. Isto ocorreu porque, levando-se em conta o fato de que a locação pressupõe o retorno do objeto locado ao proprietário, não haveria sentido

¹ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos** – 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), o Projeto de Lei n. 6.960/2002 e a Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 106. v. 2.

² Ibid., p. 87.

³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 272. (Atualização e notas: Humberto Theodoro Junior)

em considerar-se a prestação de serviços e a empreitada como espécies de locação, mesmo porque, nesses casos, o objeto do contrato se consome com o decurso do tempo, ficando impossível a sua devolução ao locador. Como preceitua Orlando Gomes

[...] 'o característico da locação é o regresso da coisa locada ao seu dono, ao passo que o serviço prestado fica pertencendo a quem o pagou, e não é suscetível de restituição'. A assimilação dos *serviços às coisas*, para o fim de locação, justificava-se em Roma, cuja estrutura econômica se alicerçava no trabalho escravo. Modernamente, a equiparação do trabalho humano às coisas repugna à consciência coletiva. Inadmissível, assim, a concepção de que possa ser objeto de locação. A orientação atual de restringir às coisas o contrato de locação é realmente certa sob todos os pontos de vista.⁴

Assim, no direito moderno, a prestação de serviços, por exemplo, foi, em sua maior parte, absorvida pelo contrato de trabalho (e disciplinada pelo direito do trabalho), e a locação de obra redundou no contrato de empreitada. E, atualmente, no novo Código Civil tem-se capítulos diversos a cada contrato — todos, no entanto, considerados espécies do mesmo gênero⁵.

Desde o código de 1916, inúmeras outras leis trataram tal matéria, trazendo cada qual uma abordagem mais específica. Entretanto, a Lei nº 8.245/91 tratou de abordar toda a matéria relativa à locação predial urbana, revogando e substituindo, nos termos do seu artigo 90, todas as leis disciplinadoras das locações de imóveis⁶, e sua regência só não abrange, de acordo com o parágrafo único do seu artigo 1º,

⁴ Ibid., p. 307; citando, entre aspas, Cunha Gonçalves.

⁵ Ver Capítulo V: Locação de Coisas; Capítulo VII: Da Prestação de Serviço; e Capítulo VIII: Da Empreitada.

⁶ A Lei nº 8.494, editada em 23 de novembro de 1992, trouxe apenas uma pequena complementação à legislação existente (ver BRASIL. **Lei nº 8.494 de 23 de novembro de 1991**. Dispõe sobre a extinção do Índice de Salários Nominais Médios e o reajuste dos contratos de locação residencial, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/>

[...] a) as locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas, que continuam reguladas pelo Código Civil e pelas leis especiais, que, em relação à União, é o Dec.-lei 9.760, de 05.09.1946; b) as locações de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; c) as locações de espaços destinados à publicidade; d) as locações em apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; e) o arrendamento mercantil imobiliário, conceituado como *leasing* imobiliário, em qualquer de suas modalidades, que estejam abrangidas pelo sistema da Lei 6.099, de 12.09.1974, com as alterações introduzidas pela Lei 7.132, de 26.10.1983, bem como, atualmente, pela Resolução 2.309, de 28.08.1996, do Banco Central do Brasil; e f) as locações de imóveis rurais ou contratos de arrendamento rural.⁷

Todos os demais regimes locatícios de imóveis urbanos sujeitam-se a sua normatividade, mas aplicam-se, supletivamente, na forma do artigo 79, no que ela for omissa, as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, além das demais legislações por ela não revogadas.

Analisando-se o conceito de locação, vislumbra-se que o contrato de uso de espaço em *shopping center* não encontra, nela, plena tipicidade.

3.2 CONCEITO E ELEMENTOS DA LOCAÇÃO

O artigo 565 do Código Civil sintetiza o conceito de locação de coisas ao dispor: “na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra,

Leis/1989_1994/L8494.htm>. Acesso em: 11 out. 2005).

⁷ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Locação**: questões processuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 16-17.

por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”⁸.

Aquele que transfere o uso e gozo da coisa locada chama-se *locador*⁹; o que recebe a posse para uso e gozo da coisa locada chama-se *locatário*. A retribuição pelo uso e gozo da coisa chama-se aluguel.

Do próprio conceito de locação é possível extrair seus elementos, quais sejam: a) a coisa cujo uso e gozo se transferem; b) o preço correspondente a esse uso e gozo; c) o prazo de duração do contrato; d) o consentimento das partes contratantes¹⁰.

a) Coisa: para efeitos de locação, segundo Caio Mário da Silva Pereira, o objeto pode ser corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, inteiro ou fracionado; no entanto, deve ser infungível, uma vez que o locatário deverá, ao término do contrato, devolver ao locador a própria coisa locada — se fungível, tem-se contrato de mútuo¹¹.

Conforme Waldir de Arruda Miranda Carneiro, o antigo código não estabelecia distinção entre locação de uso (direito de utilizar-se da coisa locada para a destinação que lhe é própria) e de gozo (ou fruição — direito de dispor ou utilizar

⁸ BRASIL. [Código Civil]. **Novo Código Civil brasileiro**: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 201.

⁹ Apesar de o locador ser, “geralmente, o proprietário do imóvel locado, pode acontecer de assim não se titular, em alguns casos, como o do usufrutuário” (TUCCI, Rogério Lauria; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Tratado da locação predial urbana**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 27-28. v. 1).

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 173-178. v. 3.

¹¹ *Ibid.*, p. 173.

os frutos ou produtos da coisa)¹². Essa indiferenciação não encontrou amparo na doutrina pátria. De acordo com Pontes de Miranda, por exemplo,

Se bem que o Código Civil, art. 1.188, pareça conceber ‘uso e gozo’ (aliás, uso e fruição) como inseparáveis, tanto é locação o contrato pelo qual se cede o uso como aquele pelo qual se dão uso e fruto e aquele pelo qual apenas se atribui a desfrutação.¹³

b) Preço: segundo escreve Maria Helena Diniz, é o “aluguel ou renda que o locatário paga periodicamente pelo uso da coisa, em regra em dinheiro, embora possa ser solvido mediante entrega de frutos e produtos” ou em construções ou benfeitorias feitas pelo locatário¹⁴. Deve ser certo e determinado, ou, pelo menos, determinável, podendo, algumas vezes, revestir-se de cunho mais ou menos aleatório, como, por exemplo, estipular que o locador receberá 50% da arrecadação. Ele não pode, entretanto, constituir-se por um valor irrisório (que não se confunde com o preço baixo, ou seja, inferior ao valor de mercado, pois este não descaracteriza o contrato de locação), uma vez que, assim sendo, não se estaria frente à locação, mas ao empréstimo gratuito, à dissimulação, entre outros.

O valor do aluguel é fixado pelas partes contratantes (autonomia das vontades), não havendo, no entanto, oposição quanto ao fato de ser estimado por terceiros. Nunca, porém, pode ser fixado ao arbítrio exclusivo de um dos

¹² Segundo o autor, “Há, contudo, certos casos onde é possível a locação de coisas consumíveis ou fungíveis. Isto se dá quando os contratantes alteram, para determinado negócio, a destinação natural da coisa, transformando uma coisa fungível ou consumível em infungível ou inconsumível por acordo. Em virtude dessa convenção, coisas que não poderiam ser objeto de locação, acabam podendo ser locadas. É o que ocorre na chamada locação para exibição ou ostentação (*ad pompam et ostentationem*)” (CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. **Anotações à lei do inquilinato**: lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 3) — no exemplo de exibição ou ostentação dado por Washington de Barros Monteiro, é “como se alguém cedesse ao locatário, por certo prazo e aluguel, dez garrafas de uísque, a fim de que as mesmas servissem de ornamentação na abertura de um negócio” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1972-1973. p. 138).

¹³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial: Direito das obrigações: locação de coisas. Locação de uso e fruição. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 6. t. 40.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 217. v. 3.

contratantes, porque sua potestividade anularia o negócio¹⁵. O artigo 17, *caput*, da Lei 8.245/91, veda a estipulação do aluguel devido em moeda estrangeira, ou, ainda, vinculado à variação cambial ou ao salário mínimo. Em regra, tem-se que a dívida é *quérable*, ou seja, deve ser cobrada no domicílio do locatário, não obstante possa haver cláusula que estipule em sentido contrário.

c) Tempo: a locação possui caráter eminentemente temporário, não sendo admitida, assim, a locação perpétua. A perpetuidade, pela própria natureza da locação, a qual requer a devolução do bem locado ao final do contrato, é com ela incompatível.

Os contratantes têm o direito de estabelecer o contrato por prazo certo ou indeterminado. Exige-se, apenas, para as locações cujo prazo seja igual ou superior a dez anos, a vênua conjugal (artigo 3º da Lei nº 8.245/91).

d) Consentimento: segundo Caio Mário da Silva Pereira, trata-se do “elemento anímico da locação, gerador do vínculo jurídico”, que “subordina-se à capacidade e legitimidade das partes”¹⁶. Não basta, portanto, a capacidade dos contratantes, pois, embora determine a validade do contrato, este depende do consentimento daqueles. Acerca desse elemento, convém trazer à tona as explicações de Maria Helena Diniz:

O consenso das partes, na locação, rege-se pelos princípios gerais inerentes a todo contrato, estando sujeito a ser invalidado se apresentar vícios de consentimento: erro, dolo, lesão, estado de perigo e coação, ou vícios sociais; simulação e fraude contra credores. O consentimento deverá ser inequívoco, não se exigindo, porém, que seja expresso (escrito ou verbal); não se requer, obrigatoriamente, manifestação direta da vontade; será suficiente o consentimento indireto. [...] Se não houver consenso expresso ou

¹⁵ PEREIRA, 1999, op. cit., p. 175. v. 3.

¹⁶ Ibid., p. 176.

tácito a respeito da locação e das suas condições — objeto, aluguel, prazo e demais cláusulas — não se terá contrato algum.¹⁷

Por ser o consentimento elemento integrante do contrato de locação, este está sujeito a ser invalidado, por qualquer dos motivos que, em regra, informam o ato jurídico, como erro, dolo, coação e simulação. Igualmente, o contrato de locação pode ser pactuado sob condição quer suspensiva, quer resolutiva¹⁸.

Tudo isso, evidentemente, vem dasaguar no contrato de locação, que é espécie do gênero.

3.3 TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE *SHOPPING CENTER*

Diante dos aspectos ou características próprios do *shopping center*, uns entendem que sua natureza jurídica é a *locação*, ainda que seu contrato contenha cláusulas peculiares; outros defendem que se trata de *contrato misto* ou *coligado*, e que prepondera a figura da locação. Mas a corrente preponderante é a de que se trata de contrato *atípico misto*.

3.3.1 TEORIA DA LOCAÇÃO

A locação se conceitua quando uma “das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição” (artigo 565 do código Civil, já citado). A Lei nº 8.245/91, pelo fato

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 235. v. 3.

¹⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 30. v. 4.

de esse contrato ser típico e previsto em lei comum, entendeu desnecessário conceituá-lo. Quando essa lei colocou o contrato de *shopping center* sob a sua égide, parecia solucionado o problema da sua natureza jurídica (já que o trouxe para a esfera dos contratos de locação). Entretanto, a doutrina não é pacífica nesse entendimento.

Essa lei tratou do *shopping center* em seu artigo 54, onde giza: “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”¹⁹.

Ao inserir o contrato de *shopping center* na locação, mesmo que não tenha dissolvido as dúvidas existentes, tentou resolver a questão tormentosa da natureza jurídica dessa figura, que instigava, havia muito tempo, advogados, juízes e outros interessados, visto que tais empreendimentos estavam ganhando força, com considerável crescimento, inclusive sendo, à época, responsáveis por um enorme percentual da venda a varejo.

Já no início da década de 1980, seu alastramento era tão gritante que, no final de 1983, a Escola Superior da Magistratura Nacional realizou um simpósio, reunindo juristas de renome, como Caio Mário da Silva Pereira, Pestana de Aguiar, Orlando Gomes, Rubens Requião e Washington de Barros Monteiro, para discuti-lo. No entanto, no que diz respeito a sua natureza jurídica, nesse evento não se chegou a um consenso.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**: lei do inquilinato. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75666>>. Acesso em: 13 jan. 2005.

Sylvio Capanema de Souza, que também tratou do assunto em *A locação de espaços em shopping centers e a ação renovatória*, lançado no início da década de 1990, chama a atenção para essa falta de consenso:

Muito se tem discutido quanto à natureza jurídica dos contratos de cessão de uso de espaços em shopping centers. Os longos e doutos pareceres já emitidos, pelo que há de melhor em nossas letras jurídicas, bem como os sucessivos congressos e seminários já realizados, não conseguiram espancar as dúvidas.²⁰

Pois bem, no que toca à natureza jurídica do *shopping center*, a Lei nº 8.245/91, por conta de favorecer os anseios principalmente dos lojistas (interessados na questão da renovatória), à primeira vista encerrou o problema, pois considera o contrato de *shopping center* como locação e enquadrado na locação urbana não-residencial. Como resultado desse enquadramento há a possibilidade da renovação compulsória do contrato, caso não advenha hipótese de retomada pelo empreendedor.

Segundo os adeptos dessa teoria, o contrato estabelecido entre empreendedores e lojistas dos *shopping centers* constitui-se mero contrato de locação, uma vez que as peculiaridades existentes na sua relação, como o aluguel percentual, o aluguel em dobro, o pagamento do fundo de promoção etc., não retiram a sua natureza locatícia, já que não a descaracterizam. Luís Antonio de Andrade é adepto dessa corrente:

Uma das facetas que os *shopping centers* oferecem de modo constante à observação dos juristas deriva dos *vínculos locatícios*, que se estabelecem normalmente entre a pessoa que detém, organiza e administra o centro comercial e as empresas que nele se instalam, exercendo o comércio. [...] Nos contratos com cláusula de aluguel calculado sobre a receita ou o faturamento estão presentes

²⁰ SOUZA, Sylvio Capanema de. *A locação de espaços em shopping centers e a ação renovatória*. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p. 259. v. 1.

todos os elementos que caracterizam a figura jurídica da locação, tal como resulta do conceito legal, expresso no art. 1.188 do CC [...]. A circunstância, já tantas vezes assinalada, de ajustarem as partes o pagamento do aluguel — ou seja, a retribuição — em percentual sobre o rendimento periódico obtido não desnatura a relação locatícia, nem configura qualquer espécie de sociedade, ainda que em conta de participação.²¹

Washington de Barros Monteiro também entende que “esse contrato é, desenganadamente, o de *locação*, embora com algumas peculiaridades que, todavia, não chegam a descaracterizá-lo”²². Ainda, Caio Mário da Silva Pereira e Waldir de Arruda Miranda Carneiro, entre outros, entendem tratar-se de locação, como se pode ver a seguir, respectivamente:

[...] se trata de um vero e próprio *contrato de locação*. [...] O fato de esse ‘contrato de locação’, com toda a parafernália de dependências e acessórios, de tipo físico ou intelectual, exigir modelação específica às contingências mercadológicas do empreendimento não retira ao contrato a natureza de contrato de locação.²³

[...] a atual lei inquilinária pôs paradeiro, ao menos no que concerne ao direito positivo, à antiga discussão quanto à aplicação ou não das normas inquilinárias em razão de não poder precisar se as *relações entre empreendedor e lojistas em ‘shopping centers’* poderiam ser consideradas de locação. [...] Diante da expressa indicação legal, *não há como deixar de reconhecer a opção do legislador por classificar tais relações como locatícias*. [...] Aliás, tal escolha foi bastante apropriada pois, como já entendíamos desde antes da nova lei, em nada desnatura a relação jurídica locatícia, as diversas peculiaridades contratuais encontradas nos pactos relativos à utilização remunerada de lojas situadas em centros comerciais.²⁴

No que tange à tão discutida questão da fixação do aluguel em percentual incidente sobre o faturamento da empresa locatária, os adeptos dessa

²¹ ANDRADE, Luís Antonio. Considerações sobre o aluguel em “shopping centers”. In ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 169; 177.

²² MONTEIRO, Washington de Barros. “Shopping centers”. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 166.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Shopping centers”: organização econômica e disciplina jurídica. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984b. p. 77; 82.

²⁴ CARNEIRO, op. cit., p. 420-421.

teoria acreditam que a fixação não descaracteriza a sua natureza locatícia. E justificam essa afirmação com o próprio conceito legal de locação trazido pelo artigo 565 do Código Civil: nela deve haver “certa retribuição”, ao locador, pelo uso e gozo da coisa locada. Entendem que o vocábulo “retribuição” foi empregado em seu sentido mais amplo, podendo ser entendido como dinheiro ou qualquer outra forma de remuneração. Dessa forma, não haveria vedação legal quanto a sua fixação em porcentagem sobre os rendimentos do lojista.

Ressalte-se que, mesmo antes da edição da Lei nº 8.245/91, alguns doutrinadores já entendiam o contrato de *shopping center* como mera locação, e a lei acabou concretizando o que antes era tido apenas como uma posição doutrinária.

3.3.2 TEORIA DA LOCAÇÃO COM ATIPICIDADE

A adoção dessa teoria implica a aceitação do contrato estabelecido em *shopping centers*, ante as inúmeras características intrínsecas a ele, como sendo de locação com cláusulas atípicas²⁵. Seus adeptos entendem que seria simplista considerá-lo como mero contrato de locação, pois encontra-se repleto de características anormais a essa espécie contratual.

Todas as obrigações advindas tanto da associação dos lojistas quanto das normas complementares ao contrato de locação ou uso de espaço fazem que este se diferencie da locação comum, não deixando, no entanto, de tratar-se dessa espécie contratual, ou seja, esse contrato seria locação, mas com regras que, apesar de não a descaracterizarem, fazem que seja tratada como uma

²⁵ São atípicos ou inominados os contratos ainda não regulados em lei, e são bastante comuns no direito empresarial.

espécie atípica de locação, não como locação pura e simples. Por isso, em alguns aspectos serviria o contrato de locação, e, em outros, haveria a necessidade de contrato atípico. Como preceitua Orlando Gomes:

Se entender que a *cláusula* [que estabelece o aluguel percentual] não desfigura o contrato, porque não lhe empresta uma configuração diferente, nem exerce influência na sua *causa*, terá de interpretá-lo como um *contrato típico com cláusula atípica*.²⁶

Esse entendimento parte do pressuposto de que não se trata de mera locação, haja vista que o *shopping center* estabelece regras que não são peculiares a ela, pois, nele, o empreendedor não oferece apenas a locação das lojas para o comércio, mas também inúmeros benefícios e garantias para os locatários, como, por exemplo, fluxo de consumidores aptos à compra, promoções, estacionamento, segurança, um ambiente tranqüilo que foge à correria do dia-a-dia, etc. É por isso que Ives Gandra Martins defende a teoria da atipicidade:

Os contratos entre os *shopping centers* e os lojistas não são um contrato de locação de imóvel, mas um contrato mais abrangente, em que o imóvel é menos relevante que o complexo de elementos imateriais que tornam aquele ponto atraente e propício ao comércio.²⁷

Os *shopping centers* integram-se também de bens imateriais, que os tornam empreendimentos diferenciados daqueles que apenas ofertam locação para o comércio. Esses bens constituem-se em dois fundos de comércio: o do próprio

²⁶ GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “shopping center”. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). “**Shopping centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 99.

²⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A natureza jurídica das locações comerciais dos “shopping centers”. In: PINTO, Roberto Wilson Renaut; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers**: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 90.

shopping center e o que já possui o estabelecimento comercial instalado no empreendimento, ou seja, o do lojista²⁸.

O fundo de comércio próprio dos *shopping centers* (tratado por Ives Gandra Martins como “sobrefundo de comércio”²⁹) refere-se aos atrativos oferecidos àqueles que pretendem ali instalar suas lojas, como, por exemplo, publicidade adequada e administração ágil, que objetiva assegurar público freqüentador, assim como conseguir novos usuários.

Fábio Tokars, ao escrever sobre o fundo de comércio em *shopping centers*, traz a lição de Fernando Albino de Oliveira, que sustenta:

O *shopping* tem seu fundo de comércio consubstanciado na própria concepção do empreendimento, na distribuição inteligente e eficaz dos vários ramos de negócio (*tenant mix*), na estrutura organizacional, na administração, na idealização constante de campanhas promocionais.³⁰

Já o fundo de promoção dos lojistas consiste na arrecadação de valores dos próprios lojistas, valores que serão gastos em propaganda e promoções próprias. Os fins são os mesmos, mas as proporções, não. Por isso, Ives Gandra Martins assevera que ao fundo de comércio dos lojistas

[...] une-se, para viabilização de uso ou de vendas, aquele ‘sobrefundo de comércio’, que concerne ao *shopping center* e que adiciona potencialidade mercantil ao complexo de lojas nele situadas. Sem essa estrutura, os estabelecimentos comerciais não teriam a dimensão que têm, razão pela qual se deve entender que o *shopping*

²⁸ Ibid., p. 83.

²⁹ Ibid., p. 86. Segundo o autor, sobrefundo de comércio é o fundo de comércio do próprio *shopping center*, que consiste nos bens incorpóreos agregados pelos empreendedores, que fazem que os consumidores procurem o para o lazer, fazer compras, etc., em vez de estabelecimentos específicos neles instalados. Constituem-se como sendo o título do estabelecimento a freguesia, as marcas, as expressões de propaganda, o ponto comercial e a capacidade de gerar recursos, entre outros.

³⁰ OLIVEIRA apud TOKARS, Fábio. **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: LTr, 2006. p. 56.

center adiciona seu próprio fundo de comércio ao dos estabelecimentos lá instalados para valorizá-los.³¹

Assim, segundo o autor, o contrato estabelecido em *shopping centers* seria o de locação no que se refere à locação do espaço físico; entretanto, no que se refere à cessão do “sobrefundo” comercial, que nada mais é do que a representação dos bens imateriais que os *shopping centers* detêm, ela não pode ser regulada pela Lei do Inquilinato, pois esta só disciplina bens materiais.

É por isso que alguns autores entendem que é uma forma de locação atípica, estabelecendo-se a sua aplicabilidade tanto às regras da locação como às de um contrato atípico — ele comporta, segundo Ives Gandra Martins, uma “dupla natureza”:

Nos contratos [...] entre os lojistas e os *shopping centers* há sempre uma dupla natureza, que os faz, de um lado, idênticos ao de uma singela locação do espaço físico em contrato de locação comercial, mas que os torna, de outro lado, um contrato atípico, sem nenhuma vinculação com a lei de luvas no concernente à cessão da *res sperata* ou do uso do ‘sobrefundo comercial’, representado pelos bens imateriais de que os *shopping centers* são detentores *permanentemente*.³²

O autor conclui “que o ideal seria [...] que os *shopping centers* preparassem modelo contratual dissociando a locação física da cessão do ‘sobrefundo de comércio’”³³.

Modesto Carvalhosa preleciona no mesmo sentido de Ives Gandra Martins: “tal contrato possui todos os elementos essenciais à configuração de um contrato de locação; apresenta, no entanto, peculiaridades que o diferenciam de um

³¹ MARTINS, op. cit., p. 83.

³² Ibid., p. 88-89.

³³ Ibid., p. 93.

contrato de locação normal”³⁴. Ocorre, entretanto, que mesmo os adeptos dessa teoria não deixam de acreditar que a ele se aplicam as normas concernentes aos contratos de locação.

Entendem que o contrato tem, portanto, natureza de contrato de locação, no âmbito da aplicabilidade da Lei nº 8.245/91 às locações de imóveis comerciais, e, no que tange ao fornecimento de serviços administrativos, que se abre, pela própria disposição do *caput* do artigo 54 dessa lei, a liberdade de contratar, permitindo que os requisitos próprios dos negócios dessa natureza sejam atendidos.

3.3.3 TEORIA DOS CONTRATOS COLIGADOS

Os contratos coligados compõem-se de contratos distintos vinculados para alcançar determinada finalidade econômica, sendo que cada contrato se rege pelas normas de seu tipo. Segundo Orlando Gomes, são aqueles “nos quais há pluralidade de prestações próprias de vários contratos que se juntam ou justapõem”, além de aplicar-se, “direta e imediatamente”, aos que o formam, “as regras pertinentes a cada qual [...]”³⁵.

Eles têm o condão de formar uma unidade econômica, não-contratual, ou seja, não se forma um único contrato misto, mas há a união de contratos diversos, que irão disciplinar juridicamente a atividade sob sua incidência.

³⁴ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em “shopping centers”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 168.

³⁵ GOMES, 1984, op. cit., p. 94.

Segundo Rubens Requião, é essa a natureza jurídica do contrato estabelecido nos *shopping centers*, pois

Os contratos a ele relativos não se fundem, mantendo unidade apenas econômica, sem vir a constituir nova categoria jurídica. Daí por que o centro de compras não chega a ser um contrato, mas apenas uma organização fundada em vários contratos.³⁶

Para o autor, o contrato não é o de locação, tampouco atípico misto, porque não há a formação de uma nova espécie contratual, e sim uma congregação entre os vários contratos que se interligam (o de locação ou de uso de espaço, as normas gerais complementares a ele, o estatuto da associação dos lojistas e o regimento interno do *shopping center*), mas que não chegam a formar um novo tipo contratual. Em suas palavras:

Os contratos que surgem em torno da organização não se fundem, nem resultam num novo contrato. Eles apenas se *congregam*, ou melhor, se *coligam*, a fim de disciplinar o empreendimento comum. Cada um permanece com a sua individualidade jurídica própria, embora unidos por laços econômicos de interesses entre seus componentes.³⁷

Também Claudio Santos entende que são contratos coligados:

Os contratos de *shopping centers*, assim considerados todos aqueles necessários à ativação do centro de consumo, consoante minha reiterada opinião, são contratos coligados, com predominância do contrato de locação de espaço ou de loja, em consonância com a nova lei das locações.³⁸

Os que advogam a teoria dos contratos coligados acreditam que, nessa espécie contratual, há a conexão de vários contratos, no qual haverá a

³⁶ REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais ("shopping centers") no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). "**Shopping centers**": aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 131.

³⁷ Ibid., p. 130.

³⁸ SANTOS, Claudio. A locação de espaços em "shopping center". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 81, v. 680, jun. 1992. p. 15.

incidência das normas pertinentes a cada espécie, uma vez que não há unidade de causa.

3.3.4 TEORIA DA ATIPICIDADE MISTA

Antes de analisar os elementos que justificam a adoção da teoria da atipicidade mista, é preciso entender o que seria o contrato atípico misto: é atípico porque sua formação ocorre “no exercício da autonomia privada, para auto-regulação de interesses, que demandam modelo inexistente no quadro legal”; e misto porque sua “estrutura engloba elementos típicos de dois ou mais contratos nominados”³⁹.

Os que adotam essa teoria partem do estudo “da sua *causa* ou função econômico-social distinta”, nos exatos termos colocados por Orlando Gomes⁴⁰, seu precursor. Segundo seus ensinamentos, para compreender a natureza jurídica da locação em *shopping center* é necessário o conhecimento de três de suas peculiaridades, que são altamente significativas: o aluguel percentual, a associação dos lojistas e o seu regimento interno⁴¹.

Aqui, convém buscar a origem da atipicidade desse contrato, qual seja, a causa ou função econômico-social. Se a criação é condicionada à finalidade econômico-social e possui uma causa única, distinta e autônoma a definir um tipo contratual diverso dos contratos notórios, não bastando a simples modificação de um esquema legal típico, além de estabelecer que seu propósito comercial não pode

³⁹ GOMES, 1984, op. cit., p. 93.

⁴⁰ Ibid., p. 114.

⁴¹ Ibid., p. 89.

ser alcançado por meio de outra relação contratual, o contrato é atípico misto.

Segundo Darcy Bessone,

A análise das relações jurídicas, que nele [*shopping center*] se passam, acusa logo a sua fonte criadora, que é uma orgânica finalidade econômico-social, isto é, uma causa *unitária*. Esta introduz no palco jurídico um contrato *independente* de qualquer outro, oriundo dos tipos contratuais conhecidos e praticados antes. Exprimindo direitos e obrigações, que se interligam *indissoluvelmente*, ele forma um complexo, singularizado pela *autonomia*.⁴²

De acordo com Orlando Gomes, entre os elementos que desfiguram o contrato de locação estão, entre outros: aluguel percentual; fiscalização, pelo empreendedor, do faturamento do lojista para incidência do aluguel percentual; pagamento de despesas com ar-condicionado; obrigação de contribuir para promoções coletivas; filiação à associação dos lojistas e submissão às sanções especiais; aluguel em dobro no mês de dezembro; dever de respeitar as normas estabelecidas por meio de normas complementares; desenvolvimento de atividades compatíveis com as técnicas desprendidas pelo empreendedor, para manter o nível de comercialização; apresentação pelo lojista, ao empreendedor, para exame e aprovação, de projetos de instalações comerciais, letreiros e decorações; pagamento, pelo lojista, de uma quantia em dinheiro, em razão da *res sperata*; obrigação do empreendedor de administrar o *shopping center* mantendo em pleno funcionamento o sistema de iluminação e de hidráulica das áreas comuns⁴³. Enfim, esse contrato,

Privado de *nomen juris*, tem, todavia, uma configuração que resulta de elementos que são estranhos ao tipo legal mais próximo. Delimitada a sua figura, como a vejo, aplicam-se-lhe os princípios gerais que valem para todos os contratos e, *por analogia*, as regras

⁴² BESSONE, Darcy. Problemas jurídicos do "shopping center". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 79, v. 660, out. 1990. p. 10.

⁴³ GOMES, 1984, op. cit., p. 114-115.

do contrato com o qual tem maior afinidade, que é a *locação*, à exceção daquelas que rejeitam, ou, em termos bem mais expressivos, daquelas que matam o espírito da inovação.⁴⁴

As inúmeras peculiaridades do contrato de *shopping centers*, por todos os motivos acima expostos, desfiguram a *locação*, e, por isso, seria um contrato atípico misto.

É pela causa, isto é, pela causa final para a qual se realiza que se determina o tipo, a espécie, a qualidade do contrato. E um simples exame da causa do contrato de uso de espaço em *shopping center* mostra que esse contrato não é *locação*, porque ninguém faz *shopping center* para receber renda do prédio, de sala ou salão que aluga. Como preceitua Orlando Gomes,

O traço marcante da relação jurídica travada entre o dono do *shopping center* e os lojistas é a *forma de remuneração* do uso temporário, para exploração comercial das lojas, o chamado 'aluguel percentual', considerado o elemento-chave do notório êxito dos centros comerciais dessa espécie. Em vez de pagar quantia fixa, como sucede adequadamente no contrato de *locação* de coisa imóvel, o *lojista* entrega parte do valor do seu faturamento mensal. Demais disso, contrai obrigações e aceita comportamentos que não são próprios de um locatário.⁴⁵

Ocorre, entretanto, que se aplicam ao contrato estabelecido em *shopping centers* as normas concernentes ao de *locação*, como preleciona o próprio Orlando Gomes. Mas as características dessa espécie contratual (forma de remuneração do uso das lojas, que visa uma maior lucratividade ao empreendedor; fiscalização do faturamento do lojista pelo empreendedor; fixação uniforme e antecipada do critério para aumentar o aluguel mínimo; existência de proibições e práticas ligadas ao uso da loja, como proibição de vendas de produtos de segunda

⁴⁴ Ibid., p. 115.

⁴⁵ Ibid., p. 93.

mão e materiais obsoletos, entre outras) são diversas das da locação, e, por isso, não há que pensar nesta última.

Maria Helena Diniz, no mesmo olhar, explica:

O contrato de *shopping center* é, por tais razões, um contrato atípico; seria impropriamente uma 'locação' para fins comerciais, tendo como prestação um 'aluguel' percentual, calculado sobre o faturamento mensal da loja, que seria pago ao empreendedor como forma de participação no lucro do lojista pelos serviços que presta na publicidade, na administração, na organização etc. Locação não é, mas pela atual lei inquilinária, com o escopo de resolver certos problemas, ante a omissão legislativa, ficou estabelecido que cairá sob sua égide, em certos casos.⁴⁶

Para Álvaro Villaça Azevedo, o contrato de *shopping center* é atípico misto porque formado pelo contrato de locação (típico) e por outros elementos atípicos, e, sendo assim,

Acontece que [...] o elemento típico, quando somado com outro elemento típico ou mesmo atípico, desnatura-se, compondo-se esse conjunto de elementos um novo contrato, uno e complexo, com todas as suas obrigações formando algo individual e indivisível.⁴⁷

Segundo Fábio Ulhoa Coelho,

O empresário que se dedica ao ramo dos *shopping centers* exerce uma atividade econômica peculiar, pois não se limita a simplesmente manter um espaço apropriado à concentração de outros empresários atuantes em variados ramos de comércio ou serviço. A sua atividade não se resume à locação de lojas aleatoriamente reunidas em um mesmo local. Ele, decididamente, não é um empreendedor imobiliário comum.⁴⁸

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**: lei n. 8.245, de 18-10-1991. 8. ed. rev. atual. e aum. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 243.

⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidades em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers**: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 47.

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 67. v. 1.

Ainda de acordo com o autor, um empreendedor imobiliário aluga os seus imóveis comerciais a quem se propuser a pagar o aluguel que pede. Ele está preocupado unicamente com o valor de mercado do seu imóvel e com a solvência do locatário. Quem cria apenas uma galeria deve esperar de retorno o mero valor da locação. O empreendedor de *shopping center* diferencia-se, pois organiza o *tenant mix*, ficando “atento às evoluções do mercado consumidor, à ascensão ou decadência das marcas, às novidades tecnológicas e de *marketing*, bem como ao potencial econômico de cada negociante instalado no seu complexo”⁴⁹.

Em setembro de 1989, Álvaro Villaça Azevedo, em parecer sobre a natureza jurídica atípica do contrato de uso de espaço em *shopping centers*, escreveu:

Relembremos, pois, de que o contrato em estudo apresenta peculiaríssimas obrigações: 1.^a) o utilizador tem de informar o empreendedor sobre seu faturamento, por planilhas, para que se possa elaborar o cálculo do aluguel percentual ou variável (prestação de fazer); 2.^a) o empreendedor, na falta dessa informação ou não se contentando com ela, pode fiscalizar esse faturamento, até na ‘boca do caixa’ (prestação de fazer), sem qualquer impedimento por parte do utilizador (prestação de não fazer), mas agindo com toda a cautela, discrição e urbanidade, por seus prepostos (prestação de fazer, por terceiros); 3.^a) o utilizador deve contribuir para o Fundo de Promoções Coletivas, com o valor, geralmente, de dez por cento sobre o do aluguel pago (prestação de dar, sem ser aluguel), para propiciar campanhas promocionais do Centro Comercial, que reverte em benefício de todos (empreendedor e utilizadores); 4.^a) o empreendedor também deve contribuir para esse Fundo (prestação de dar, afora a cessão do uso ou do uso e gozo da unidade); 5.^a) o utilizador deve pagar 13^o salário aos empregados e ao pessoal da administração do Centro Comercial (prestação de dar a terceiros); 6.^a) todos os utilizadores aderem ao sistema normativo criado pelo ‘Shopping Center’, constante da Escritura Declaratória de Normas Gerais Regedoras das Locações dos Salões de Uso Comercial e do Regulamento Interno do Condomínio do Centro Comercial, que deve ser seguido à risca pelos mesmos utilizadores (prestação de fazer); 7.^a) por esse sistema de regras, os utilizadores devem desenvolver atividades, nos moldes das melhores técnicas, para manter o nível de comercialização do ‘Shopping Center’ (prestação de fazer); 8.^a) o utilizador, a não ser com anuência expressa do empreendedor, está

⁴⁹ Ibid., p. 67-68.

proibido de ceder o contrato de utilização de sua unidade (prestação de não fazer); 9.^a) o utilizador deve pagar ao empreendedor, para compensar o fundo de empresa por este criado, uma importância em dinheiro, em razão da 'res sperata' (prestação de dar, completamente diferente do aluguel ou de qualquer encargo de eventual locação); 10.^a) o utilizador não pode deixar seu estabelecimento fechado, por mais de trinta dias (prestação de não fazer); 11.^a) o empreendedor obriga-se a administrar o 'Shopping Center', mantendo em pleno funcionamento o sistema de iluminação e de hidráulica das áreas comuns (prestação de fazer); 12.^a) o utilizador não pode comercializar objetos de segunda mão, de segunda linha, recuperados por seguro ou salvados de incêndio (prestação de não fazer); 13.^a) o utilizador deve apresentar à Administração do 'Shopping', para exame e aprovação, seus projetos de instalações comerciais, letreiros e decoração, elaborados por profissional idôneo e capaz, nos moldes e com as restrições constantes da Escritura normativa (prestação de fazer); dentre muitas outras obrigações.⁵⁰

Ao final do parecer, concluía: "o contrato atípico misto, em causa, resta indene dessa atuação legislativa"⁵¹.

A atipicidade mista é a moldura que mais agasalha a natureza jurídica do contrato aqui debatido. Trata-se de contrato diferente do de locação, pois, embora apresentando características desta, também apresenta características de outros contratos, o que cria um novo tipo, pela complexidade e variedade dos interesses. Enfim, é um contrato que não se acomoda confortavelmente nos conhecidos contratos típicos.

3.4 FORMAS CONTRATUAIS

Muito se tem questionado sobre a formalização jurídica de um *shopping center* (o seu regime jurídico). Entende-se que a formatação do empreendimento influenciará o aspecto da relação com o possível futuro lojista. Três

⁵⁰ AZEVEDO, 1991, op. cit., p. 52.

⁵¹ Ibid., p. 54.

são as suas formas mais usuais de formalização jurídica: condomínio *pró indiviso* (tradicional); incorporação imobiliária (condomínio especial); sociedades⁵².

O condomínio *pró indiviso* possibilita a compra e venda ou mesmo transferência da posse das frações ideais; recaem sobre si as regras dos artigos 623, III, 1.139 e 633 do Código Civil brasileiro.

Na incorporação imobiliária o empreendimento é composto por partes autônomas e partes de uso comum. Cabem aos proprietários das partes autônomas as frações ideais do terreno onde aquele está edificado, bem como as partes de uso comum; os proprietários das partes autônomas podem delas dispor, desde que observando as imposições e exigências inerentes àquele. A incorporação imobiliária é regulada por lei especial (nº 4.591/64).

Nas sociedades o empreendimento é instituído e administrado por uma das formas societárias previstas no direito empresarial.

⁵² VERRI, Maria Elisa Guarandi. **Shopping centers**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 38-45.

4 AS PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS

Como já colocado anteriormente, o contrato estabelecido entre lojistas e empreendedores apresenta questões controvertidas, e a doutrina pátria não pacificou o seu entendimento nem mesmo com o advento da Lei nº 8.245/91, que trouxe para o âmbito de sua aplicabilidade o contrato de *shopping centers*.

De acordo com Claudio Santos,

[...] não se pode deixar de salientar estarem os contratos de locação de espaço ou lojas individualizadas em *shopping centers* sob a incidência, tanto quanto possível, das normas gerais do contrato de locação, asseguradas, porém, as condições livremente pactuadas. É o que se lê no *caput* do art. 54 da Lei das Locações Prediais Urbanas.¹

Também já se colocou que esse contrato compõe-se de outros documentos, que a ele são incorporados, e que geram direitos e obrigações entre as partes, quais sejam: as normas gerais complementares ao contrato de locação ou uso de espaço, o estatuto da associação dos lojistas e o regimento interno do *shopping center*. No dizer de Ladislau Karpát:

[...] as relações que se estabelecem nos Shoppings Centers, entre empreendedores e locatários, se constituem através de um aglomerado de contratos, recheados de cláusulas das mais variadas naturezas. Conseqüência natural desta situação é, com freqüência, o surgimento de dúvidas a respeito da validade ou não, de uma ou outra cláusula, ou dúvidas a respeito da interpretação de cláusulas².

Em decorrência desse contrato e dos documentos que a ele se integram, surgem questões controvertidas quanto à validade de determinadas

¹ SANTOS, Claudio. A locação de espaços em "shopping center". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 81, v. 680, jun. 1992. p. 11.

² KARPAT, Ladislau. **Shopping centers**: manual jurídico. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 137.

cláusulas neles impostas. Entretanto, é através delas que se tem uma melhor visão da função e da natureza jurídica do *shopping center*.

4.1 ALUGUEL MÍNIMO E ALUGUEL PERCENTUAL

Uma das questões controvertidas no que diz respeito aos *shopping centers* é a que denota a possibilidade da fixação do aluguel de duas maneiras distintas e alternativas: um aluguel mínimo, calculado sobre o tamanho do espaço locado, reajustado periodicamente de acordo com o avençado pelas partes, desde que com lastro em índice legal; e um aluguel variável de acordo com o faturamento bruto do lojista. Será pago ao empreendedor, dentre os dois, aquele que representar maior valor.

Sobre essa cláusula, é pacífico, na doutrina e na jurisprudência pátrias, o entendimento de que ela é plenamente válida. Claudio Santos, por exemplo, diz desconhecer

[...] manifestação doutrinária contrária a essa singularidade na remuneração das locações em *shopping centers*. De igual modo, a jurisprudência brasileira, sem discrepância considera válido o aluguel assim pactuado, até mesmo em locações comerciais tradicionais.³

Já se discutiu se essa fixação descaracterizaria o contrato de locação, bem como se equipararia as relações travadas entre empreendedores e lojistas a uma sociedade em conta de participação, dentre outras questões que se fizeram presentes nas discussões acerca do tema. Afastou-se, no entanto, a possibilidade de se tratar de sociedade em conta de participação, tendo em vista faltar o elemento essencial de caracterização da figura, a *affectio societatis*, pois o

³ SANTOS, op. cit., p. 16.

empreendedor não participa dos prejuízos porventura auferidos pelo lojista. Também já se questionou até que ponto esse critério influiria na determinação da natureza jurídica do contrato. Muitos doutrinadores entendem que é uma cláusula atípica, caso de Maria Helena Diniz, que preleciona: “Essa participação percentual do empreendedor no lucro em pagamento do uso do imóvel onde se pratica a atividade mercantil é estranha à locação”⁴. Também Mirabelli, conforme Orlando Gomes,

[...] discorrendo sobre a remuneração (*corrispettivo*) na locação, [...] informa que, nesses casos, a natureza particular da retribuição pode transformá-la em um *contrato atípico*, assim a participação percentual no lucro em pagamento do gozo do imóvel onde se exerça uma atividade comercial.⁵

Caio Mário da Silva Pereira, adepto da teoria da locação, entende que é perfeitamente válida: “Assentado que é válido avençar a escala móvel aplicada ao aluguel, não deixa este de ser lícito se revestir a forma alternativa”⁶. E Washington de Barros Monteiro, seguindo o mesmo raciocínio, diz que

Tal convenção é perfeitamente válida e eficaz, pois não infringe, direta ou obliquamente, qualquer disposição legal. [...] O *aluguel participativo*, com a previsão de um mínimo ou piso contratual, insere-se no princípio da autonomia da vontade, que é sabidamente uma das vigas mestras do nosso Direito Contratual e que, por conseguinte, há de ser acatado.⁷

Verifica-se, que, no que tange à validade da cláusula que prevê a fixação dessas formas de aluguel, não há o que discutir, e sua adoção acaba por

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**: lei n. 8.245, de 18-10-1991. 8. ed. rev., atual. e aum. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

⁵ GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “shopping center. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 103.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Shopping centers”: organização econômica e disciplina jurídica. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984b. p. 79.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. “Shopping centers”. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping Centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 166.

gerar duas outras cláusulas: a fiscalização, pelo empreendedor, da receita do lojista e o aluguel em dobro no mês de dezembro. Entretanto, é preciso ressaltar que esse duplo aluguel não é peculiar ao contrato de uso de espaço em *shopping center*, porém destoa dos moldes da legislação inquilinária⁸, em específico da forma corretiva dos aluguéis contratados: “Essa cláusula possibilita o ajustamento automático dos valores contratados, de tal forma que [...] as duas partes do aluguel vão sendo corrigidas, sendo devida a fixa quando o percentual da variável não ultrapassar seu valor”⁹.

Enfim, ela permite, de um lado, que o locatário ou utilizador do espaço fique coberto de prejuízos pelo estabelecimento de um aluguel mensal alto, principalmente nos meses de menor movimento comercial, e, de outro, que o locador seja compensado nos meses de maior movimento. Com tal duplicidade, ela objetiva “dar um tempo” ao lojista, mesmo aquele que possui boa “marca”, e previnem-se, ambas as partes, dos meses ruins ou de crises.

Nada existe que vede essa cláusula, entendida como válida mesmo em contratos de locação, posto que o artigo 565 do Código Civil, que trata da locação das coisas, não reza “retribuição certa”, mas, sim, “certa retribuição” — dessa forma, basta que seja determinável por aspectos estabelecidos.

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidades em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 24.

⁹ Ibid., p. 22.

4.2 FISCALIZAÇÃO DA RECEITA PELO EMPREENDEDOR

O aluguel percentual, ou seja, variável, sujeita o lojista à fiscalização do seu faturamento pelo empreendedor. A recusa em permitir tal fiscalização acarreta infração contratual.

Tem-se como necessária essa fiscalização, na medida em que traz segurança, ao empreendedor, de que o aluguel percentual está incidindo sobre o faturamento real. Além disso, ao contratar com o *shopping center* o lojista já tem o prévio conhecimento dessa prática, e, assim, se aceita abrir mão do direito de sigilo de sua contabilidade, em razão da peculiaridade do empreendimento, não há como negar o direito de fiscalização por parte do empreendedor, para que possa se assegurar de que a renda bruta está sendo computada e informada com exatidão. A forma como se dá esse procedimento é descrita por Álvaro Villaça Azevedo:

[...] o valor desse aluguel variável fixa-se, em primeira plana, de acordo com as informações que devem ser prestadas pelo utilizador, sobre seu faturamento, ao empreendedor, por meio de planilhas mensais; em segunda, por providências deste, fiscalizando, diretamente, aquele, quando o utilizador não lhe fornecer elementos seguros e indispensáveis para o aludido cálculo de valor, ainda que por exames de escrituração e por controle, à 'boca do caixa'.¹⁰

O empreendedor, conforme se denota, em razão de cláusula prevista nas normas gerais, tem o direito de fiscalizar, durante o horário comercial, as vendas efetuadas, os livros, as fichas e a contabilidade das lojas, a fim de conferir as receitas dos lojistas, apurando o lucro obtido e a veracidade das informações por eles prestadas, para, em sendo o caso, a incidência do aluguel percentual.

¹⁰ Ibid., p. 24.

Dinah Renault Pinto enumera os documentos necessários para a efetiva fiscalização:

Para averiguação e fixação do aluguel percentual a ser pago deverá o lojista preparar e manter na loja locada, ou em sua sede, conservando-o pelo prazo mínimo de dois anos, todos os livros e registro que constem: escrituração contábil, balanços, estoques e inventários de mercadorias, registro de toda a venda à vista, a prazo e a crédito, o movimento diário de todas as operações comerciais e o pagamento e as devoluções dos impostos.¹¹

Essa cláusula é considerada plenamente válida por renomados doutrinadores, como Caio Mário da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro e Álvaro Villaça Azevedo¹², pois está intimamente ligada à forma de remuneração estabelecida nos *shopping centers*, sendo que o modo como tal fiscalização ocorrerá deve estar previsto nas normas gerais.

O entendimento é plausível, porque, tendo em vista que os *shopping centers* são estruturados para atrair um número cada vez maior de consumidores, seria incoerente permitir práticas que contrariassem seus objetivos. Na esteira da permissividade dessa cláusula, Orlando Gomes concluiu:

[...] certo é que, quanto maior for a soma das vendas realizadas no mês, maior será a *renda*, ou melhor, a *receita* do *shopping center*. Daí o interesse deste em fiscalizar a vendagem das lojas, juridicamente estabelecido no direito de examinar os livros e documentos que a espelham. Esse *controle* pressupõe uma espécie de *colaboração* entre concedente e lojista, inadmissível em um lídimo contrato de locação.¹³

Mas pode gerar divergências a forma como essa fiscalização será exercida pelo empreendedor ou seu preposto. Não se permite o exercício da fiscalização através da prática abusiva, vexatória e constrangedora, ou que venha a

¹¹ PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping center**: uma nova era empresarial. 3. ed. rev. e atual. por Vânia Renault Bechara Gomes e Marcos Bragança. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 92.

¹² PEREIRA, op. cit., p. 79-80; MONTEIRO, op. cit., p. 166; AZEVEDO, op. cit., p. 24-25.

¹³ GOMES, op. cit., p. 109.

atrapalhar a atividade do comerciante e mesmo prejudicar as vendas. Como escreve Álvaro Villaça Azevedo,

Nossos tribunais têm julgado pela validade dessa cláusula, desde que não se cometam abusos. [...] Essa fiscalização, para não configurar abuso, deve conter-se nos lindes da discricção, do comedimento e da urbanidade, principalmente quando exercitada no interior do estabelecimento de vendas do utilizador, para que não exista óbice à realização negocial deste.

É perfeitamente possível conviver essa forma de pesquisa com o exercício do comércio, desde que não ocorram [...] constrangimentos.¹⁴

Percebe-se, pela cláusula que permite a fiscalização, em conjunto com outras (fundo promocional, por exemplo), que não se trata de simples locação, pois só interessa ao *shopping center*, e lá se instala, o lojista que tenha potencial de faturamento ou faturamento maior, tanto que se inicia com o faturamento previsto ou que se sabe “bom” justamente porque o empreendedor não pretende apenas a locação.

4.3 ALUGUEL EM DOBRO

Outra cláusula peculiar do contrato de *shopping center* é a que prevê a cobrança do aluguel em dobro no mês de dezembro, bem como a obrigatoriedade do lojista em adimpli-la.

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

¹⁴ AZEVEDO, op. cit., p.24; 25-26.

na construção de uma loja de rua, uma vez que oferece inúmeros serviços que atraem os consumidores e acabam beneficiando diretamente os lojistas, e, por isso, acredita que no mês em que há o maior número de vendas a sua rentabilidade também deve ser maior.

O valor do aluguel devido em dobro é o valor do aluguel mínimo, não do percentual, mas se este último representar valor superior ao dobro do mínimo, será ele o aluguel devido pelo lojista. A respeito, afirma Dinah Renault Pinto:

[...] esse aumento no preço devido pelo lojista no último mês do ano não constitui um aluguel a mais, mas deriva da forma organizacional dos *shopping centers*, que têm por finalidade uma cooperação intensa dos empreendedores e dos lojistas.¹⁵

Os empreendedores de *shopping centers* fundamentam essa cobrança na liberdade de pactuação, prevista no *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.245/91. Além disso, esse artigo, ao trazer as hipóteses de vedação de cobrança pelos empreendedores, não a elenca como proibitiva, como leciona Ladislau Karpát:

Também por não esbarrar em nenhum preceito legal, protegido pela legislação inquilinária, é legal e devido o aluguel em dobro nas locações em Shoppings, quando assim pactuados. O art. 54 da Nova Lei do Inquilinato até contempla a incidência desta previsão, ao dispor que, nas relações entre lojistas e empreendedores de Shopping Centers, prevalecerão as condições livremente pactuadas, nos contratos de locação respectivos.¹⁶

Há, no entanto, entendimento contrário, segundo o qual a cobrança do 13º aluguel (como também é chamado) é injusta, pois o lojista não utiliza a loja nem os serviços prestados pelo empreendimento duas vezes no mesmo mês, e, por isso, tal cláusula seria passível de anulação. Dessa forma é o ensinamento de Mamede Gladston:

¹⁵ PINTO, op. cit., p. 85.

¹⁶ KARPAT, op. cit., p. 28-29.

Dir-se-á que há, em dezembro, um movimento maior de publicidade; mas as verbas destinadas à publicidade provêm de um fundo específico, o fundo de promoção [...], para o qual contribuem todos os lojistas. Não se exige do administrador qualquer desembolso extra para tanto. Diz-se que há o 13º salário. Porém, é esse ônus do próprio empreendimento e não um serviço extra [...].¹⁷

Como se vê, essa cláusula suscita entendimentos divergentes, o que acaba por gerar demandas judiciais para decidir acerca da sua validade ou não. A contribuição dos doutrinadores é importante, principalmente porque não há legislação específica. Modesto Carvalhosa, comentando a validade das cláusulas atípicas em contratos de locação comercial, afirma:

Admite o direito que as partes possam livremente auto-regular seus interesses particulares, dentro dos limites impostos à autonomia privada, através dos negócios jurídicos, dotados pela lei de eficácia jurídica.

O contrato, sem dúvida, é o principal instrumento a permitir livremente a auto-regulação desses interesses.

Desse princípio de liberdade contratual diante das exigências decorrentes do progresso tecnológico, das necessidades sociais, dos novos fatos econômicos, inúmeros novos esquemas contratuais tipificados ou não pelo direito foram surgindo.

Nada impede, com efeito, que em determinados contratos-tipo sejam inseridas cláusulas atípicas, de forma a melhor disciplinar determinadas relações jurídicas novas que não mais se satisfazem com os tradicionais esquemas contratuais.

É o que ocorre com os contratos de locação celebrados entre o *shopping center* e os lojistas.¹⁸

4.4 FUNDO DE COMÉRCIO E *RES SPERATA*

O fundo de comércio, como já se falou, é composto pelos bens materiais e imateriais integrantes do estabelecimento comercial. Álvaro Villaça Azevedo, explicando a evolução desse conceito, “objetivado pelo Decreto n.

¹⁷ GLADSTON, Mamede. **Contrato de locação em shopping centers: abusos e ilegalidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 54.

¹⁸ CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em “shopping centers”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 128.

24.150/34” (Lei de Luvas), diz que a jurisprudência o ampliou, para fundo de empresa, “para possibilitar a abrangência de um maior número de empresas beneficiárias dessa chamada Lei de Luvas, estendendo seus efeitos às de atividade tipicamente civil” — e cita Waldirio Bulgarelli, que esclarece que esse decreto faz referência somente a comércio e indústria¹⁹. Também cita Arnaldo Wald, que explica que a “jurisprudência estendeu o conceito (de fundo de comércio e indústria) a situações assemelhadas” — por exemplo, a “escolas, hospitais, clínicas, hotéis, pensões, cartórios de notas”, entre outros²⁰.

Da mesma forma, Pestana de Aguiar acentua que o “moderno alcance empresarial [...] conduz o fundo de comércio para além dos estreitos limites das atividades mercantis, abrangendo outras com fins lucrativos [...]”, e relaciona, como exemplos, entre outros, estabelecimentos de ensino, casas de saúde, cinemas, teatros, hotéis, pensões, salões de beleza, empresas telefônicas, academias de ginástica, alfaiatarias, tinturarias, estabelecimentos de crédito e agências de turismo²¹. Assim, as lojas que se instalarão nos *shopping centers* certamente possuem um fundo de comércio, pois,

Partindo-se da idéia empresarial de um ‘fundo empresarial’ com os mesmos valores jurídicos e econômicos do fundo de comércio, e verificando-se que algumas atividades [...] podem instalar-se em um *shopping center*, devemos concluir que toda e qualquer atividade empresarial instalada em espaços ou lojas dos *shoppings* ostentará necessariamente esse fundo.²²

Além do fundo de comércio próprio das lojas, há o fundo de comércio do *shopping center*, que advém da sua natureza, ou seja, o estudo prévio

¹⁹ AZEVEDO, op. cit., p. 26.

²⁰ WALD apud AZEVEDO, op. cit., p. 26.

²¹ SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Anotações sobre o mundo jurídico dos “shopping centers”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers**: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 191.

²² Ibid., p. 192.

mercadológico, a distribuição das lojas e altos investimentos em *marketing*, dentre outros fatores. Como escreve Álvaro Villaça de Azevedo,

Realmente, os investidores desses centros comerciais propiciam, dentro de certos padrões de conforto, de segurança, de possibilidade de estacionar e de possuir, reunidas, lojas das mais diversificadas espécies, uma unidade, uma concentração de estabelecimentos, o que, por si, acrescenta valor local de verdadeiro fundo de empresa desses mesmos empreendedores.²³

Os empreendedores empregam, nos *shopping centers*, antes mesmo do término de sua construção, uma logística propícia para a distribuição das lojas, realizando campanhas publicitárias, etc., o que acaba por trazer, ao futuro lojista, certa garantia de sucesso e lucratividade. Em razão desse fundo de empresa, os *shopping centers* têm incluído, no contrato estabelecido com os lojistas, a figura da *res sperata*, que consiste na contraprestação da cessão do fundo de comércio, como explica Álvaro Villaça Azevedo:

Em razão desse fundo de empresa [...], têm os *shopping centers* feito incluir, nos chamados contratos de locação de suas unidades, cláusula denominada *res sperata* ('coisa esperada'), que consiste no pagamento, pela utilizadora, além do aluguel, de uma soma em dinheiro, como retribuição das vantagens de participação no centro comercial, dele usufruindo e participando de sua estrutura, enquanto durar seu contrato. Desse modo, com esse pagamento, a utilizadora terá direito a fruir do aludido fundo de empresa do empreendedor, composto de seu patrimônio imaterial.²⁴

Conforme Modesto Carvalhosa, a natureza jurídica da *res sperata* ainda é controversa:

Esse pagamento, conhecido como *res sperata*, tem sua natureza jurídica controvertida, entendendo alguns tratar-se de reserva ou garantia da locação; outros considerando-a como retribuição de estudos de *marketing*, cota do custo de empreendimento ou, ainda,

²³ AZEVEDO, op. cit., p. 29.

²⁴ Ibid., p. 29.

contrapartida da cessão do fundo de comércio que será formado pelo empreendedor.²⁵

Penalva Santos dá à *res sperata* o sentido de “algo que acede a parcela do fundo do comércio do inquilino, pertencente ao desenvolvedor em relação à loja, durante a locação”²⁶. Entretanto, aqueles que não a vêem como cessão do fundo de comércio entendem tratar-se de uma garantia de locação. Assim, o futuro lojista, em contrapartida pelo pagamento, recebe a segurança de vir a ter um espaço no *shopping center*, quando da sua inauguração, e de poder usufruir dos benefícios por ele oferecidos. A isso dá-se o nome de “direito de reserva ou garantia de reserva”.

Caio Mário da Silva Pereira entende que a *res sperata* é garantia de locação,

[...] uma forma de captação de recursos em que o empreendedor recebe dos futuros usuários, ou futuros lojistas, quantias com que contribuem durante a fase de construção, até o momento em que a edificação se completa e é aberta à utilização efetiva.²⁷

Maria Helena Diniz tem o mesmo entendimento:

O empreendedor antes de construir o centro comercial firma um contrato a título de direito de reserva da localização (*res sperata*) com o futuro lojista, que pagará certa quantia periódica durante a fase de construção, angariando-se, assim, recursos até a conclusão da obra. Tal avença não se confunde com o contrato que terá vigência após a construção do *shopping center*, para fins de atividade comercial.²⁸

²⁵ CARVALHOSA, op. cit., p. 175.

²⁶ SANTOS apud BESSONE, Darcy. O “shopping” na lei de inquilinato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 81, v. 680, jun. 1992. p. 27.

²⁷ PEREIRA, op. cit., p. 76.

²⁸ DINIZ, op. cit., p. 240. Ver, no Anexo A deste trabalho, modelo de contrato de pagamento pelas vantagens que oferece o *shopping center*, quando já em funcionamento.

A *res sperata*, como escreveu Caio Mário da Silva Pereira, “com esta ou com aquela denominação, é um contrato que se perfecciona na etapa de construção e aparelhamento do *shopping center*, com todas as características de negócio jurídico contratual [...]”²⁹.

Ressalte-se que ela é muito questionada pelo lojista se o empreendedor não agrega o fundo de comércio que deve vir embutido no empreendimento, bem como o planejamento e a organização. Quando o fundo de comércio não é adimplido devidamente, o conflito pode ser dirimido por ações indenizatórias.

Na verdade, tal cláusula tem como escopo não a construção do empreendimento, mas compensar o empreendedor por não ter o lojista que formar, com suas próprias forças, a clientela e mesmo o fundo de empresa, dado o sólido esquema devidamente programado. Tanto é verdade que, se se trata de um empreendimento “disputado” pelos lojistas, ela continua a existir mesmo quando ele já está em funcionamento.

Pode-se dizer que tudo aquilo que sonha e poderia almejar o lojista, para que seu negócio lucre e prospere, o empreendedor o faz para o conjunto, e é nessa “promessa” e “expectativa” que se agasalha a *res sperata*.

Assim, entende-se que a promoção do empreendimento, o estudo organizacional, o planejamento, etc., deva existir de modo concreto, sob pena de a *res sperata* ser indevida. Da mesma forma, há que se levar em conta que só vai obtê-la aquele empreendimento que for disputado, que acenar para o lojista com o sucesso.

²⁹ PEREIRA, op. cit., p. 76-77.

4.5 ATUALIZAÇÃO DO *MIX* PELO EMPREENDEDOR

Nos *shopping centers*, antes de sua construção há um estudo prévio, organizacional, dos ramos de atividade comercial que lá serão instalados, bem como da distribuição das lojas em pontos estratégicos, o que certamente acarretará uma *benesse* ao lojista e, conseqüentemente, ao empreendedor. É o chamado *tenant mix*.

Conforme Carlos Geraldo Langoni, o *tenant mix* é um

[...] um planejamento estratégico de modo a explorar com a maior eficiência possível todo o mercado potencial previamente analisado em seu conjunto. É exatamente a avaliação desse mercado, suas preferências e tendências que constitui um elemento chave para definir o *mix* das atividades que deverão fazer parte do *shopping center*. A existência de um mecanismo de planejamento central dessas atividades, cujo caráter permanente é conseqüência do interesse direto do empreendedor no sucesso de cada uma das atividades isoladas, assegura ao longo do tempo a manutenção de um *mix* de produtos e serviços, assim como sua eventual adaptação, em face de alterações detectadas pela avaliação contínua do mercado.³⁰

Outra cláusula controvertida é a que prevê a possibilidade de alteração do *mix* pelo empreendedor, ou seja, a mudança do local do estabelecimento comercial do lojista, de acordo com as necessidades mercadológicas vistas pelo empreendedor. Devido a esse motivo, segundo Penalva Santos, ela é plenamente válida:

E não encontro obstáculos para uma alteração unilateral do *mix*, desde que não represente um ônus ao encargo fora do comum para o lojista. Logicamente, se o lojista acaba de instalar-se a transferência imediata para outro lugar representa, pelo menos, um

³⁰ LANGONI, Carlos Geraldo. "Shopping centers" no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). "**Shopping centers**": aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 57.

incômodo inaceitável, a quebrar o equilíbrio que se pretende exista no contrato entre empreendedor e lojista.³¹

Assim, tendo em vista os aspectos peculiares dos *shopping centers*, principalmente no que tange a sua organicidade, verifica-se que algumas cláusulas abarcadas em seu contrato visam, unicamente, benefícios ao empreendimento, e, conseqüentemente, a todos os lojistas. Existe, neles, uma organização e distribuição de molde a ser uma “corrente” cujos elos são interligados e devem sujeitar-se ao estudo, ao planejamento e às condições que o empreendimento almeja para todos.

4.6 IMUTABILIDADE DO RAMO DE COMÉRCIO E PROIBIÇÃO DE QUE O LOJISTA INSTALE FILIAL NAS PROXIMIDADES DO *SHOPPING CENTER*

O *mix* refere-se à organização e distribuição das lojas, realizadas pelos empreendedores dos *shopping centers*, e visa atender aos desejos e necessidades dos compradores, na medida em que as dispõe de maneira que sejam todas percorridas, não concentrando, em certo ponto, aquelas do mesmo ramo, por exemplo; ou, ainda, não deixando todas as lojas-âncoras juntas. Se isso ocorresse, pessoas que procuram um *shopping center* para comprar um sapato e lá encontram todas as lojas em um mesmo corredor, poderiam não percorrer os demais lugares. O *mix* objetiva o contrário: distribui as lojas de sapatos por todos os corredores, e o consumidor deverá percorrer todo o *shopping center* para fazer a sua compra. Assim, as chances de ele se interessar por um outro produto, diverso do que veio adquirir, é muito maior. É isso o que justifica a cláusula de atualização do *mix*, já citada, e corrobora sua validade e eficácia.

³¹ SANTOS apud BESSONE, op. cit., p. 25.

Na opinião de Rubens Requião, essa

[...] distribuição das lojas tendo em vista a planificação do conjunto do centro comercial, impedindo-se que uma venha a coincidir com a outra, no seu objetivo de harmonia, constitui um fato normal, dada a disposição de se obter, no todo, a integração.³²

Maria Elisa Gualandi Verri também destaca a importância do *mix* para os *shopping centers*: “o planejamento encontra tal requinte que cada espaço ocupado deve ter uma razão de ser, sendo previamente estudado”, e tal “estrutura procura oferecer aos consumidores facilidades suficientes para que eles se dirijam a *shopping centers*”³³.

Diante da importância do *mix* para o empreendimento, o contrato impõe uma cláusula que determina que a mudança do ramo de comércio, ou até mesmo a inclusão de produtos ou serviços pelo lojista, deve, obrigatoriamente, ter a anuência do empreendedor. A recusa, por este último, deve ser motivada, listando todas as razões que justificam o impedimento da alteração.

Rubens Requião entende que essa cláusula também é plenamente válida:

A imutabilidade do ramo de negócio ou de serviço objeto da loja locada tende a constituir, portanto, uma obrigação contratual na locação. Essa cláusula, no meu entender, é perfeitamente lícita e se compreende integralmente na planificação e organização do centro.³⁴

Caso o empreendedor não apresente justificativa plausível para a recusa de que uma loja mude de ramo de comércio, poderá o lojista demandar

³² REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (“shopping centers”) no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). “**Shopping centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 154.

³³ VERRI apud GLADSTON, op. cit., p. 108.

³⁴ REQUIÃO, op. cit., p. 154.

contra ele, com fundamento no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal³⁵: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³⁶.

No entendimento de Ladislau Karpát, “A proibição evita que se afronte o tenant-mix que, se não respeitado, poderia inclusive comprometer o empreendimento como um todo”³⁷.

Além disso, encontra-se, no contrato, a proibição de que o lojista constitua ou tenha filial de sua loja nas redondezas do *shopping center*.

Ladislau Karpát entende que quando a cláusula “apenas proíbe o estabelecimento da locatária, nas proximidades, não fere os bons costumes, não infringe qualquer lei, e tampouco agride o princípio da boa-fé”³⁸. Essa visão, entretanto, não é pacífica. Mamede Gladston, por exemplo, afirma:

É comum preverem os contratos de *shopping center* uma proibição de que o lojista constitua ou mantenha filial de sua empresa, ou uma outra empresa congênere ou similar, nas redondezas do *shopping*. Alguns contratos chegam a estender essa proibição aos sócios e diretores da empresa locatária.

Está-se aqui diante de mais um abuso injustificável que contraria diversas normas jurídicas. Antes de mais nada, a vigente Constituição Federal não mais permite que sejam postos limites à capacidade dos cidadãos [...] de livre agir e de livre concorrer. Basta lembrar que a livre iniciativa é fundamento da República, assim definido assim definido pelo artigo 1.º, IV, da Constituição Federal.³⁹

Como se vê, a proibição pode ser estendida aos sócios ou cotistas das sociedades empresariais instaladas no *shopping center*, impedindo-os de

³⁵ GLADSTON, op. cit., p. 109.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 15; 17.

³⁷ KARPAT, Ladislau. **Locação em geral e aluguéis em shopping centers**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 152.

³⁸ Ibid., p. 152.

³⁹ GLADSTON, op. cit., p. 109-110.

participarem de outras empresas que explorem o mesmo ramo de atividade desenvolvido no empreendimento ou mesmo que instalem outras lojas nas proximidades. No entanto, há quem entenda que viola o já referido princípio preconizado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, uma vez que fere o princípio da autonomia da vontade, tornando o ato nulo.

4.7 FUNDO PROMOCIONAL

O fundo de promoção faz parte do estatuto da associação dos lojistas e consiste na contribuição, dada por estes, para investimentos em promoções e propagandas que visem atrair o maior número possível de consumidores. Essa contribuição “constitui-se em mais uma das despesas acessórias da locação”, e será destinada à associação dos lojistas, não ao empreendedor⁴⁰.

Em razão de a sua natureza ser diversa da “taxa condominial, [o fundo] deve obrigatoriamente ser administrado pelos próprios lojistas, através de sua associação. A arrecadação nos *shoppings* se dá pela participação dos lojistas, na proporção do tamanho de suas lojas, ou unidades comerciais”⁴¹. Ele “é, portanto, a fonte financiadora de todo o esforço publicitário do *shopping center*”⁴². Visa atender às necessidades próprias do empreendimento e garantir o sucesso de vendas.

É considerada plenamente válida a contribuição destinada ao fundo promocional. Primeiro, porque ao contratar o lojista já tem plena consciência de que

⁴⁰ KARPAT, 2000, op. cit., p. 137.

⁴¹ Ibid., p. 137.

⁴² GLADSTON, op. cit., p. 132.

deverá arcar com essa despesa; segundo, porque não há previsão legal que proíba tal cobrança. Segundo Dinah Renault Pinto, o fundo promocional “é, sem dúvida, uma criação dessa organização chamada *shopping center*”, e é de grande importância, pois todo o *marketing* é realizado por ele, com o objetivo de “beneficiar a todos os comerciantes”; as promoções realizadas em datas comemorativas (Natal, Dia das Mães, Páscoa, por exemplo) “são festejadas de modo global, aproveitando a todos os lojistas e, conseqüentemente, aos proprietários da organização, pois quanto mais lucros as lojas obtêm, maior o índice percentual da remuneração”⁴³.

Os problemas advindos dessa cláusula são a possibilidade de despejo quando o lojista não efetua o pagamento da taxa referente ao fundo de promoção e o tratamento diferenciado, no que tange ao valor pago, entre os grandes e os pequenos lojistas⁴⁴.

Em alguns *shopping centers*, as lojas-âncoras são isentas do pagamento do fundo de promoção ou não o pagam de forma proporcional. Essa, segundo Ladislau Karpat, é uma das questões problemáticas referentes ao fundo promocional, ou seja, a discriminação dos lojistas. Mas, continua o autor, “Discutir a validade ou não desta isenção concedida às âncoras é como mergulhar num oceano profundo. A validade ou não deste tipo de cláusula, na verdade, comporta mais de uma solução”⁴⁵.

Tanto no aluguel como no fundo de promoção, as lojas-âncoras, devido à sua utilidade e função também para as demais, têm o privilégio de não participar de forma igualitária e proporcional com as demais porque, além de utilizar

⁴³ PINTO, op. cit., p. 57.

⁴⁴ KARPAT, 2000, op. cit., p. 137.

⁴⁵ Ibid., p. 137.

áreas enormes, oportunizam a todos os lojistas, e ao próprio empreendimento, lucro, pois funcionam como “chamariz” de clientes. Em relação a esse tratamento especial dado às âncoras, diz Márcio Heide:

Dependendo do empreendimento, em via de regra, muita dessas lojas-âncora não contribuem para as campanhas promocionais ou fundo de promoção promovidas pela Associação de Lojistas, pois, afinal, são elas o grande atrativo do ‘shopping’ e a saída delas do ‘shopping’ implicaria num enorme ‘embaraço’ de imagem junto aos demais lojistas, futuros em especial.

4.8 CESSÃO DO PONTO COMERCIAL

Antes de formular o contexto em que ocorre a cessão do ponto comercial em *shopping center*, cabe esclarecer o que é estabelecimento empresarial.

Na definição de Waldírio Bulgarelli, empresa é “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”⁴⁶.

Ricardo Negrão, ao expor o conceito de empresa, reportando-se ao entendimento de Waldírio Bulgarelli, explica: “relacionam-se o empresário, o estabelecimento e a empresa de forma íntima: o sujeito de direito que exercita (empresário), através do objeto de direito (estabelecimento) e os atos jurídicos decorrentes (empresa)”⁴⁷.

E Marcelo Moscoliato esclarece que

⁴⁶ BULGARELLI apud NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial**. Campinas: Bookseller, 1999. p. 75.

⁴⁷ NEGRÃO, op. cit., p. 75.

A definição de empresário e de empresa a partir do Código Civil e os desafios à compreensão dessas noções são muito relevantes ao Direito Comercial, em especial para dar contornos ao indivíduo ou à pessoa jurídica que, a partir da definição poderão, gozar de benefícios.⁴⁸

Contudo, admite que é “possível inferir o conceito jurídico de empresa como sendo o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou de serviços”⁴⁹.

Por estabelecimento comercial, Oscar Barreto Filho entende “o complexo de bens, materiais e imateriais, que constituem instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração de determinada atividade mercantil”⁵⁰.

Em relação ao ponto comercial, Ricardo Negrão explica que se trata de “elemento incorpóreo do estabelecimento empresarial [...]. É o local onde o empresário fixa seu estabelecimento e ali exerce sua atividade”⁵¹.

No anteprojeto do Código Civil, que incorporou o antigo direito comercial, Miguel Reale afirma que a empresa é composta por

[...] três fatores, em unidade indecomponível; a habitualidade no exercício de negócios que visem a produção ou a circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade.⁵²

Nesse mesmo passo, Fabio Ulhoa Coelho conceitua empresa (todas e todos os tipos de empresa, não só *shopping center*), como “atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens e

⁴⁸ MOSCOGLIATO, Marcelo. O conceito de empresa à luz do novo Código Civil. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini (Coord.). **Temas de dissertação nos concursos da magistratura federal**: estudos em homenagem ao professor Benedito Celso Benício. São Paulo: Ed. Federal, 2006. p. 267-268.

⁴⁹ Ibid., p. 283.

⁵⁰ BARRETO FILHO apud NEGRÃO, op. cit., p. 110.

⁵¹ NEGRÃO, p. 123.

⁵² REALE apud LIPPERT, Marcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**: elemento de unificação no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 122.

serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”⁵³. E Alfredo Assis Gonçalves Neto explica que o “direito ao local em que se situa o estabelecimento denomina-se *ponto comercial*”⁵⁴. Por isso, em sua opinião,

O exercício do comércio durante algum tempo no mesmo local representa um valor economicamente apreciável por expressar um referencial do ramo de atividade nele desenvolvido, determinador do movimento comercial da empresa. [...] mas não lhe é essencial, eis que certas atividades econômicas podem prescindir de um local determinado para que sejam desenvolvidas, como seria o caso do *comércio ambulante* e, eventualmente, o das *empresas de transporte e fretamento*.⁵⁵

E assevera: “O direito ao local existirá, igualmente, mesmo que a relação jurídica que o confere ao empresário não decorra de contrato de locação [...]”⁵⁶.

Outros autores, diversamente, “sustentam ser o direito que assiste ao locatário comerciante de obter a renovação compulsória de locação do imóvel em que exerce o comércio”, caso de Eunápio Borges, conforme informa Alfredo Assis Gonçalves Neto⁵⁷.

Assim, o direito ao local independe do preenchimento das condições legais previstas para a renovação compulsória da locação; pode, até mesmo, não ser oriundo de contrato de locação, mas de outro ajuste que o assegure.

⁵³ COELHO apud LIPPERT, op. cit., p. 122.

⁵⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 132.

⁵⁵ Ibid., p. 132.

⁵⁶ Ibid., p. 134.

⁵⁷ Ibid., p. 132, nota 6.

O artigo 1.142 do Código Civil dita: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou sociedade empresária”⁵⁸.

Como o estabelecimento é formado por uma diversidade de bens corpóreos e incorpóreos, para que o bem se enquadre e forme o estabelecimento é necessário, além de sua destinação funcional, ser titularizado pelo empresário (proprietário do fundo), e deve mostrar-se transferível. Sem esse tríptico critério, tal bem não se enquadra no estabelecimento.

No caso do *shopping center*, tem ele o fundo do comércio consubstanciado na própria concepção do empreendimento, na distribuição inteligente e eficaz dos vários ramos de negócios (*tenant mix*), na estrutura organizacional, na administração, na idealização constante de campanhas promocionais.

A esse respeito, Fábio Tokars observa:

Importa notar que o *shopping center* abrange sempre uma multiplicidade de estabelecimentos, formada pelo conjunto das lojas ali instaladas e pelo próprio empreendimento, que, em si, se constitui numa atividade empresarial.⁵⁹

Continuando em sua assertiva, o autor cita Fernando Albino de Oliveira:

O *shopping* tem seu fundo de comércio consubstanciado na própria concepção do empreendimento, na distribuição inteligente e eficaz dos vários ramos de negócio (*tenant mix*), na estrutura

⁵⁸ BRASIL. [Código Civil]. **Novo código civil brasileiro**: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 328.

⁵⁹ TOKARS, Fábio, **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: LTr, 2006. p. 56.

organizacional, na administração, na idealização constante de campanhas promocionais.⁶⁰

E, ao final, Tokars conclui:

[...] 'da forma pela qual os contratos são redigidos, trata-se de cessão do fundo de comércio do empreendedor'. Contudo, deve-se notar, neste aspecto, que o administrador não cede seu estabelecimento ao lojista, já que a atividade desenvolvida por este será de natureza absolutamente diversa daquela empreendida pelo administrador. Trata-se de dois negócios empresariais distintos, um consistente na administração do *shopping* (que se perfaz exatamente com a cessão de espaços aos lojistas) e outro consubstanciado no comércio varejista oferecido ao consumidor (que não era anteriormente desenvolvido pelo administrador).⁶¹

No contrato formado entre o administrador e o lojista, não há que se cogitar em transferência de fundo de empresa, seja em razão de seu caráter temporário, seja porque os elementos cedidos pelo administrador não são, em si, suficientes para o desenvolvimento da atividade do lojista. Este terá, com o contrato, direito à utilização do espaço, sobre o qual, evidentemente, deverá organizar a instalação de todos os elementos corpóreos e incorpóreos (mobiliários, mercadorias, título de estabelecimento etc.), para que sua atividade possa ser desenvolvida de maneira eficaz. Assim, o que o administrador cede ao lojista é apenas parte dos elementos necessários ao funcionamento da atividade que ali será desenvolvida.

Nesse sentido, explica Fábio Tokars:

O contrato de *shopping center*, de outro lado, passa a constituir-se em elemento integrante do estabelecimento empresarial do lojista. Assim, no caso de cessão do fundo, aplicam-se ao contrato de *shopping center* as regras previstas no art. 1.148 do novo Código Civil.

Por tais razões, [...] não ocorre, no contrato ajustado entre o administrador e o lojista, um *trespasse* de estabelecimento (havendo a transferência apenas de um elemento necessário, mas insuficiente, para o desenvolvimento da atividade empresarial), bem como que,

⁶⁰ OLIVEIRA apud TOKARS, op. cit., p. 56.

⁶¹ TOKARS, op. cit., p. 57; citando, entre outras, Fernando Albino Oliveira.

no caso de venda do estabelecimento de um lojista para outro, o contrato firmado com o administrador deverá ser considerado como um elemento integrante da universalidade que se intenta transferir.⁶²

É comum a inclusão de cláusula que veda a cessão do ponto comercial, exceto se houver a anuência do empreendedor. Isso ocorre porque este, através do *mix*, distribui adequadamente as lojas de acordo com o tipo de comércio ou de serviço e com a melhor localização para cada um.

O artigo 13 da Lei nº 8.245/91 também dispõe sobre a cessão do ponto comercial: “A cessão da locação, a sublocação, e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio do locador”⁶³.

Logo, não restam dúvidas quanto à obrigatoriedade da anuência expressa do empreendedor. Como escreve João Augusto Basílio:

Em suma, são válidas as cláusulas contratuais que vedam a cessão de contrato, a cessão da maioria das cotas ou ações do estabelecimento comercial do lojista e, ainda, a alteração da atividade sem o consentimento do empreendedor, tudo em razão da preservação da estrutura organizacional desenvolvida pelo empreendedor, prevalecendo nesse caso o interesse maior da comunidade sobre o interesse individual do lojista.⁶⁴

Havendo a cessão sem a sua anuência, essa harmonia poderia estar sendo quebrada, o que prejudicaria os lojistas e o empreendimento, conforme assevera Ladislau Karpát:

Considero também, como quase toda a corrente doutrinária, nula a cláusula que proíbe a cessão da locação nos Shopping Centers, mas não nula aquela que condiciona a cessão à anuência do empreendedor. Preserva-se assim a liberdade contratual, restrita apenas pelos limites legais impostos, mantendo a proteção legal ao

⁶² TOKARS, op. cit., p. 57.

⁶³ BRASIL. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**: lei do inquilinato. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75666>>. Acesso em: 13 jan. 2005.

⁶⁴ BASILIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 127.

Ponto Comercial, respeitando o direito do empreendedor-locador que tem o dever legal de proteger o seu empreendimento.⁶⁵

O que denuncia a demanda judicial é a recusa infundada do empreendedor à cessão do ponto comercial a terceiro. E, caso haja previsão contratual expressa atribuindo a ele o direito de não aceitar, imotivadamente, a cessão, tem-se que ela é nula, pois está ao seu exclusivo arbítrio.

A questão reveste-se de grande importância porque nos *shopping centers* não se busca apenas o adimplemento do aluguel mínimo, mas também o sucesso do empreendimento como um todo, e, por isso, o empreendedor busca manter, nas lojas, excelente qualidade.

A validade dessa cláusula encontra agasalho na doutrina, tanto que Alfredo Buzaid, evidenciando a diferença entre cessão da locação pura e simples e cessão da locação de unidade de *shopping center*, afirma que cada qual

Tem regime jurídico próprio, de que resultam importantes conseqüências. Enquanto é ineficaz na locação comercial comum, a cláusula que proíbe a alienação do contrato de locação juntamente com o fundo de comércio, consoante se deduz do art. 30 do Decreto (extinto) 24.150, é, ao contrário, válida a cláusula limitativa, que a subordina ao consentimento do proprietário de centro comercial. Da experiência legislativa, doutrinária e jurisprudencial dos povos cultos da Europa, como França e Itália, extraímos as lições de que é lícito ao proprietário opor-se à cessão, estribados em motivos graves. Não se trata de oposição ao mero alvedrio do proprietário, por ato de capricho pessoal, nem proibição absoluta ao direito de o inquilino ceder a locação quando vende o fundo de comércio; cuida-se de limitação relativa, cuja razão de ser está na peculiaridade do centro comercial que a instituiu não no interesse pessoal de um contratante, mas para atender ao interesse comum da pluralidade de locatários do edifício.⁶⁶

E Orlando Gomes adverte:

⁶⁵ KARPAT, 1999, op. cit., p. 69.

⁶⁶ BUZAID, Alfredo. **Da ação renovatória**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 668. v. 2.

Facultá-la ou vedá-la não faz mal ao *direito de renovação*, não lesa o direito do locatário ao fundo de comércio. De resto, não há propriamente direito à cessão, e, quando se pense de modo contrário, é incontroverso o entendimento de que seu exercício precisa ser autorizado pelo locador. Aliás, a proibição é um imperativo da própria organização do *shopping center*. A cláusula proibitiva é, pelo exposto, não somente uma *cláusula lícita*, mas, também *inerente* às locações em questão.⁶⁷

Também Álvaro Villaça Azevedo concorda com a cláusula que exige a anuência do empreendedor para a cessão da loja a terceiro:

Está evidente, nesse tipo de contratação, que o utilizador, ao ingressar no centro comercial, está imbuído de que passa a fazer parte de uma engrenagem, como peça insubstituível, a não ser nos casos expressamente programados e mencionados no contrato, que o autorizem à dita cessão contratual.

Não se quer, com isso, dizer que o centro deva ser estático, sem alterações. Em verdade, essas alterações ficarão a critério do empreendedor, que dará anuência expressa aos utilizadores, em cada caso, sob pena de sua negativa colocar-se à rigorosa fiscalização do Poder Judiciário.⁶⁸

Tal cessão do ponto comercial, que necessita da vênua do empreendedor, por certo não pressupõe – no dizer de Tokars já citado - o trespasse de estabelecimento, já que é apenas um dos elementos, porém não suficiente para compor a universalidade do estabelecimento.

⁶⁷ GOMES, op. cit., p. 106-107.

⁶⁸ AZEVEDO, op. cit., p. 35.

5 COMPOSIÇÃO DO CONTRATO

Conforme já visto, o contrato de uso de espaço estabelecido nos *shopping centers* é integrado pelas normas gerais complementares a ele, pelo estatuto da associação dos lojistas e pelo regimento interno do *shopping center*, e trazem inúmeras cláusulas que impõem deveres e obrigações entre empreendedores e lojistas¹. Nesse contrato, várias são as questões que, por serem controvertidas, demandam soluções, sendo as principais cláusulas que ensejam tais debates as tratadas neste trabalho. Tanto são controvertidas, que diz Rubens Requião: “Já ouvi dizer que muitas dessas condições são draconianas, impostas por um contrato leonino, unilateralmente, aplicadas apenas aos locatários, sem que o locador tenha maiores obrigações”².

Entretanto, a própria lei inquilinária disciplina acerca da prevalência de condições livremente pactuadas pelas partes contratantes nos *shopping centers*, além do fato de que, no direito civil, a liberdade contratual consiste em princípio fundamental, embora com restrições — as quais envolvem os aspectos, já mencionados, da ordem pública e dos bons costumes, por exemplo, e, principalmente, o princípio da boa-fé. Assim, como ensina Maria Helena Diniz,

É preciso não olvidar que a liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse

¹ Ver, nos anexos B, C, D e E deste trabalho, modelos desses documentos.

² REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (“shopping centers”) no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÓBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 157.

coletivo. Pelo Código Civil, no art. 421, 'A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato'.³

Observando-se a função social do contrato, verifica-se que as restrições impostas dizem respeito a tudo o que ferir os princípios da ordem pública e dos bons costumes⁴.

Segundo explica Ladislau Karpát, "Existem alguns princípios gerais do direito, que devem ser observados, na formação dos contratos, como por exemplo: quem exercita o próprio direito não prejudica a ninguém. *Pacta sunt servanda*"⁵. Mostrando que, *a priori*, o pactuado livremente deve ser observado, posto que apenas relativo o princípio, o autor, levando em conta o aspecto puramente locatício (que aqui não é o caso), afirma:

As cláusulas restritivas, impostas comumente aos locatários, se forem válidas, sujeitam o locatário ao seu cumprimento. Todavia, [...] muitas vezes estas cláusulas restritivas extrapolam os limites do que pode ser pactuado num simples contrato bilateral. De sorte que as cláusulas claramente nulas, ou ainda aquelas que contrariem os objetivos da Lei Inquilinária, são inválidas, não obrigando o locatário a respeitá-las.⁶

Em se tratando de casos que possam ensejar nulidade, por suscitar dúvidas no que tange a sua validade, a ação judicial a ser proposta é a declaratória, que consiste no meio judicial hábil para determinar sua validade ou não. Dessa forma, o judiciário solucionará o litígio, atribuindo o provimento jurisdicional adequado.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 33. v. 3.

⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: obrigações**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 13.

⁵ KARPAT, Ladislau. **Locação em geral e aluguéis em shopping centers**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 148.

⁶ Id. **Shopping centers: manual jurídico**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 160-161.

No que diz respeito à garantia, por qualquer das partes contratantes, da aplicação de determinada cláusula, outras ações podem ser propostas para assegurar a aplicabilidade dos direitos previstos contratualmente, como, por exemplo, a ação cautelar, a indenizatória e a de despejo com fundamento em infração contratual, entre outras.

Enfim, tais cláusulas cabem perfeitamente em um empreendimento que, sem o esforço do lojista, traz organicidade e um fundo de comércio em curto espaço de tempo, ou o sucesso já pronto e determinado, que dificilmente seria possível em um comércio normal de rua, a não ser após um longo período e com grande esforço comercial e de publicidade. Se isso fosse considerado, os julgados estariam no caminho certo, e acabariam muitas das controvérsias que hoje estão em pauta no judiciário. É preciso, portanto, ter claro que as divergências que ocorrem entre lojistas e empreendedores seriam resolvidas com o delineamento da função e da natureza jurídica desse contrato.

A inclusão do *shopping center* na lei inquilinária — precisamente em um artigo — não resolveu questões fundamentais a seu respeito (o que é, qual a sua natureza jurídica, qual a sua função)⁷. Carlos Geraldo Langoni, através de detalhada análise do que existe de concreto na relação contratual entre empreendedores e lojistas, bem como da função do *shopping center*, afirma:

Ao invés de um esquema convencional de remuneração do investimento com base na venda dos imóveis ou no aluguel puro e simples — o que transformaria o empreendimento em mais um negócio imobiliário — o *shopping center*, ao estabelecer uma relação direta entre sua rentabilidade e a rentabilidade das atividades que ali irão se desenvolver, criou as pré-condições para a otimização do *marketing* a um nível nunca antes imaginado pelo sistema de

⁷ BESSONE, Darcy. Problemas jurídicos dos “shoppings centers”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 79, v. 660, out. 1990. p. 8.

comércio convencional. Paradoxalmente, portanto, o que há, de fato, de inovador nos *shopping centers* é a relação contratual que assegura a participação dos investidores no faturamento (e, portanto, nos lucros) das atividades que ali se desenvolvem. Estabelece-se uma permanente integração entre os interesses dos empreendedores do *shopping center* e os dos comerciantes, que constitui a base para a realização posterior de ganhos de produtividade, onde parcela significativa é, inclusive, transferida para os consumidores.⁸

Daí salientar-se, que, para diferenciá-los, é preciso atentar ao tipo de contrato, que, no presente, passa ao largo da aplicação da locação ou legislação locatícia, posto que nem mesmo esta última o prevê.

Realmente, não há como falar em simples locação quando se desvendam as características de um contrato de mera locação imobiliária e as de um contrato de uso de espaço em *shopping center*. O universo jurídico deste é constituído pelo contrato de locação ou uso de espaço, pelas normas gerais complementares ao contrato de locação ou uso de espaço, pelo estatuto da associação dos lojistas e pelo regimento interno do *shopping center*. Sabendo-se da importância desses documentos, que integram o contrato denominado até então como “locação”, já que as obrigações neles estabelecidas são a causa de toda a discussão em torno dos *shopping centers*, é necessário trazê-los para a análise, com o objetivo de esclarecer, justamente, as diferenças entre um simples e puro contrato de locação e o contrato de uso de espaço em *shopping centers*.

O que se viu até agora e que restou sem solução deve-se ao fato de que, depois de 1983 (ano do simpósio sobre *shopping centers*), com exceção de publicações esparsas, não existiu a preocupação jurídica de delinear a figura, da mesma forma que não ficou claro a todos do que realmente se tratava: um

⁸ LANGONI, Carlos Geraldo. “Shopping centers” no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). “**Shopping centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 56-57.

fenômeno organizacional que reúne inúmeras lojas com a promessa de sucesso e lucro.

No entanto, como explica Darcy Bessone, “Se se atribui nome errado a uma certa coisa, ela não deixa de ser o que é. Se a um homem dá-se nome de mulher, ele não muda de sexo só por isso”⁹ — daí não se confundir o *shopping center* com galerias ou mesmo centros comerciais cujo empreendedor vislumbra, em princípio, apenas recebimento de aluguéis.

5.1 NORMAS GERAIS COMPLEMENTARES AO CONTRATO DE LOCAÇÃO OU USO DE ESPAÇO

As normas gerais complementares ao contrato de locação ou uso de espaço constituem, como diz o próprio nome, regras estabelecidas pelo empreendedor que complementam o contrato e integram-se a ele (gerando direitos e obrigações para ambas as partes), tanto que “formam um todo harmônico e indissociável, por isso, necessariamente devem ter interpretação conjunta”¹⁰.

A constituição e a obrigatoriedade das disposições desse documento complementar se processam em duas fases. Primeiro o empreendedor vai a um tabelionato e formaliza, por escritura pública, de cunho declaratório, as normas gerais complementares do contrato de locação ou uso de espaço, documento que contém as disposições que regerão seu empreendimento, declarando seus deveres e os dos lojistas, juntamente com suas obrigações. O segundo passo é trazer essa escritura ao conhecimento do interessado, ou seja, as normas gerais devem ser

⁹ BESSONE, 1992, op. cit., p. 25.

¹⁰ CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. **Anotações à lei do inquilinato**: lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 424.

apresentadas ao interessado como prova da ciência dessas condições, somente assim obrigando-o a respeitar o que está nelas disposto¹¹.

Por meio desse documento aditivo do contrato de locação ou uso de espaço são estabelecidos os seguintes aspectos: construção do imóvel e sua destinação; modificações do projeto de construção; projetos e obras; utilização das lojas; áreas de circulação e uso geral; aluguel; fiscalização do aluguel apurado com base no faturamento bruto; encargos e despesas decorrentes da locação; a garantia dada no contrato (fiança ou depósito); marca e logotipo do *shopping center*; exigências dos poderes públicos; cessão, sublocação ou empréstimo das lojas; da dívida dos locatários; o regimento interno; a associação dos lojistas; a rescisão e as multas. Essas normas, portanto, estabelecem as condições de funcionamento dos *shopping centers*, às quais se submetem tanto o empreendedor quanto os lojistas, sob pena de sofrerem sanções.

Caio Mário da Silva Pereira, discorrendo sobre esse documento, assevera:

O que é essencial neste tipo de normação de conduta não é o fundamento contratualista. Uma pessoa pode voluntariamente ingressar naquela comunidade e, *ipso facto*, submeter-se às regras de comportamento a ela pertinentes; pode dela retirar-se e escapar de sua cogência; como pode nunca se lhes submeter. Mas, pelo fato de entrar, ainda que momentaneamente, naquele complexo, está sujeita ao seu império.¹²

¹¹ KARPAT, 1999, op. cit., p. 13.

¹² PEREIRA, Caio Mario da Silva. "Shopping centers": organização econômica e disciplina jurídica. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). "**Shopping centers**": aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984b. p. 81.

5.2 ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO DOS LOJISTAS

A associação dos lojistas é uma sociedade civil de direito privado, sem fins lucrativos, constituída pela totalidade de lojistas de um mesmo *shopping center* — a filiação é obrigatória e, além disso, eles devem pagar uma contribuição para o custeio da associação. “É dirigida por um conselho deliberativo e por uma diretoria executiva cujo presidente é seu representante legal, todos os dirigentes são eleitos em assembléia geral, correspondendo a cada sócio um voto”¹³.

Segundo Dinah Renault Pinto, que analisou o estatuto de uma dessas associações, seus objetivos são:

- a) cultivar as relações entre as pessoas físicas e jurídicas locatárias do *shopping center*, promovendo em especial o intercâmbio de experiências e informações;
- b) amparar os legítimos interesses dos sócios perante os poderes públicos e quaisquer órgãos ou entidades de direito público ou privado;
- c) realizar, por si ou por terceiros, estudos e serviços de utilidade para seus associados;
- d) cooperar com os órgãos de identidades afins de forma a obter maior unidade de ação no trato dos assuntos relacionados com a comercialização em *shopping center*;
- e) estabelecer normas éticas e regulamentos capazes de disciplinar as atividades comerciais de seus associados;
- f) promover a ampla divulgação do *shopping center* como fonte geradora de múltiplas atividades comerciais, como elemento de aprimoramento de mão-de-obra, como atividade participante do desenvolvimento urbano, como local de melhor conforto e oportunidade para sua clientela potencial, utilizando especialmente para este fim os recursos previstos e referentes ao Fundo de Promoção do *shopping center*; e
- g) praticar, enfim, todos os atos de direito no legítimo interesse de seus associados e da coletividade que representa.¹⁴

¹³ GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “shopping center. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). “**Shopping centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 90.

¹⁴ PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping center**: uma nova era empresarial. 3. ed. rev. e atual. por Vânia Renault Bechara Gomes e Marcos Bragança. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 55-56.

Mesmo que sejam vários os seus objetivos, na verdade, em termos práticos, sua função primordial é administrar o fundo de promoção, o qual, segundo Ladislau Karpát, “destinar-se-á a manter as despesas de propaganda e promoções, para as quais o locatário concorrerá com uma contribuição, verba esta podendo já estar previamente definida nos estatutos da Associação, ou não”¹⁵.

Portanto, a associação de lojistas é de suma importância, pois de sua atuação ao lado do empreendedor dependerá o sucesso do *shopping center*. Uma associação atuante, disposta a realizar um bom trabalho, atenta às datas importantes para o comércio e às promoções que podem atrair pessoas, possíveis compradores, ao *shopping center*, por certo será de grande auxílio na condução deste.

5.3 REGIMENTO INTERNO

Acerca da função do regimento interno — relacionada à organização administrativa do *shopping center* —, Álvaro Villaça Azevedo esclarece:

Nesse regimento disciplinam-se o uso das lojas e das áreas de circulação, a utilização dos bens e o aproveitamento dos serviços para os que freqüentam o edifício, a clientela, os visitantes, os fornecedores, os empregados das lojas e todos quantos se encontrem sob a fiscalização da administração do empreendimento.¹⁶

Como se vê, esse documento regulador disciplina os vários interesses que ocorrem internamente ao empreendimento, estabelecendo

¹⁵ KARPAT, 1999, op. cit., p.16.

¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidades em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 25.

procedimentos e condutas para as pessoas que por ele circulam, inclusive de caráter comportamental e no que se refere aos trajés, além de regular as relações entre lojistas e mesmo entre consumidores e lojistas; também trata das coisas e das atividades que ali se encontram, objetivando o conforto de todos e, principalmente, que o empreendimento consiga realizar o seu objetivo (vendas, serviços, lazer, etc.).

Outras abrangências do regimento interno: trata das mercadorias (da forma como proceder sobre sua movimentação no empreendimento); do asseio, conservação e limpeza, tanto dos estabelecimentos individuais quanto do empreendimento como um todo; da segurança para lojistas e freqüentadores; determina a utilização e os horários de uso do ar-condicionado; horários excepcionais de funcionamento; disciplina o estacionamento; etc.

O regimento é, na verdade, complemento das normas gerais complementares, e, por isso, Cristiane Paulsen Gonzalez entende que

[...] o fator determinante da necessidade ou não de um Regimento Interno é o grau de detalhamento empregado na elaboração da Escritura de Normas Gerais Complementares, posto que, se for genérica, bem-vinda será a regulamentação correspondente.¹⁷

¹⁷ GONZALEZ, Cristiane Paulsen. **Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojistas e empreendedores de shopping centers**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 53.

6 APONTAMENTOS DA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA ESTRANGEIRA

Antes de começar a explanação acerca dos aspectos jurídicos dos *shopping centers* em outros países, analisando-se algumas de suas particularidades e distinções, é importante observar as particularidades comuns. Aqui será abordado o direito comparado nos Estados Unidos, Argentina, Uruguai, França e Portugal.

6.1 LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E OBRIGAÇÕES

Nos Estados Unidos não há legislação específica no que refere ao tratamento jurídico da figura *shopping center*. João Augusto Basilio afirma que a matéria “é tratada no âmbito das normas gerais do direito dos contratos, onde está presente a regra de que deve sempre prevalecer o interesse público e os dispositivos legais aplicáveis”¹.

Nesse país, denomina-se *lease* (cuja tradução literal é locação) ao contrato de ocupação do espaço em *shopping center*; os empreendedores são denominados *landlords* e os lojistas, *tenants*². Embora essa ocupação seja considerada, em parte, como locação, muitos dos contratos de *shopping center* celebrados fogem a essa figura, pois, pelo fato de suas cláusulas contratuais não serem negociadas, haja vista serem ofertadas em vias impressas impositivas, o contrato pode ser considerado como de adesão.

Também na Argentina não há legislação específica aplicável. Prevalece a autonomia da vontade das partes; contudo, há imposição de regras de

¹ BASILIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 225.

² Ibid., p. 226.

convivência entre empreendedores e lojistas. Quando da ocorrência de litígio, é aplicada, por analogia, as regras pertinentes aos contratos de locação³.

No que se refere à licença municipal para a instalação do *shopping center*, são utilizadas as regras das *ordenanzas* sobre galerias comerciais⁴. Reconhece-se, aqui, semelhança com o Brasil, no que dispõe o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2000), que estabelece as normas gerais sobre política urbana.

A seção XII desse estatuto (Do estudo de impacto de vizinhança), no artigo 36, dispõe:

Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.⁵

No Uruguai também não há legislação específica, aplicando-se, tal qual na Argentina e nos Estados Unidos, a legislação referente aos contratos de locação de imóveis. Contudo, como observa João Augusto Basilio:

[...] (i) não há limite na legislação uruguaia quanto aos dias e quanto aos horários de funcionamento, sendo permitido que os *shoppings* funcionem sete dias por semana, em horários bastante amplos, e (ii) [...] a legislação sobre locação de imóveis [...] privilegia a autonomia da vontade, dando total liberdade às partes para estipular as cláusulas contratuais necessárias ao bom desempenho dos centros de comércio, como, por exemplo, a fixação de aluguel fixo e aluguel percentual, havendo apenas limitação quanto ao prazo de duração

³ Ibid., p. 219.

⁴ Ibid., p. 219.

⁵ BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10257>. Acesso em: 13 mar. 2007.

do contrato, que não poderá ser estipulado por período superior a quinze anos.⁶

Na França, aplica-se a Lei de 1926, com as respectivas alterações do Decreto nº 53.960, de 30 de setembro de 1953, e suas posteriores modificações. Tanto a lei quanto o Decreto cuidam especificamente do fundo de comércio.

Em Portugal também não existe legislação específica. Para os litígios entre empreendedores e lojistas são utilizadas as regras do Código Civil; do Regime de Arrendamento Urbano (RAU); o Decreto-lei nº 417, de 25 de novembro de 1983, que dispõe sobre os horários de funcionamento; a Portaria nº 424, de 5 de julho de 1985, que estabeleceu o que é centro comercial e seus requisitos de funcionamento; o Decreto-lei nº 190, de 6 de junho de 1989, que trata dos estabelecimentos de venda a varejo — hipermercado e *shopping center*.

6.2 ELEMENTOS OBRIGACIONAIS ATÍPICOS

Na Argentina, não há menção sobre a existência de elementos obrigacionais atípicos nos contratos de *shopping centers*.

No Uruguai, a fixação do aluguel em *shopping centers* segue a tendência brasileira e americana.

Na França, segundo Roberto Wilson Renault Pinto,

A doutrina e a jurisprudência [...] têm entendido que o amparo da locação comercial pela Lei de 1926, com suas alterações pelo Decreto n. 53.960, de 30.9.1953, e posteriores modificações, através do direito à renovação do contrato, depende principalmente de ser este detentor de fundo de comércio, por força do artigo 1º respectivo,

⁶ BASILIO, op. cit., p. 220.

que dispõe, *in verbis*: ‘Les dispositions du présent décret s’appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels *un fonds est exploité, que ce fond appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel...*’ Para fins de determinação do detentor desse fundo de comércio em certas atividades comerciais novas, como nos contratos de franquia, nas locações *gérance*, nos *shopping centers*, em que a regra geral —o locatário é quem cria e detém o fundo de comércio — não se aplica inteiramente, na França considera-se que: a) o fundo de comércio, bem imaterial, está vinculado ao negócio *shopping center*, como um todo; b) como bem imaterial é indivisível [...]; c) inexistente uma clientela própria ou uma administração autônoma dos lojistas de *shopping center*, de locação *gérance*, ou de franqueados.⁷

Em Portugal, de acordo com o Decreto-lei nº 417, exige-se, tal qual no Brasil, a administração centralizada do *shopping center* na figura do empreendedor, assim como igual período de funcionamento para todos os lojistas, ou seja:

‘[...] unidade de gestão, entendendo-se por esta a implementação, direcção e coordenação dos serviços comuns, bem como a fiscalização do cumprimento de toda a regulamentação interna; [...] o período de funcionamento (abertura e encerramento) das diversas lojas deverá ser comum, com a excepção das que pela especificidade das diversas lojas se afastem do funcionamento usual das outras actividades instaladas’.⁸

A posição dos doutrinadores portugueses quanto à natureza jurídica do *shopping center* também é controvertida, pois, enquanto Antunes Varela admite que o contrato adequado à natureza jurídica do *shopping center* é o inominado, Galvão Telles afirma que se trata de contrato misto⁹.

A concepção de Antunes Varela tem por base um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 12 de julho de 1994, transcrito por João Augusto Basílio:

⁷ PINTO, Roberto Wilson Renault. O Fundo de Comércio dos “shopping centers” e o decreto n. 24.150/34. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers**: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 228.

⁸ PORTUGAL apud BASILIO, op. cit., p. 222.

⁹ BASILIO, op. cit., p. 222.

Consequentemente, o *centro comercial* está reconhecido, pela lei, como uma realidade, que deve revestir-se de certas características, na prática traduzidas pela interdisciplinaridade e complementaridade das lojas que a compõem; pela prestação de serviços ao público consumidor (desde o estacionamento a zonas de lazer, daí que seja comum hoje, as pessoas irem passear e conviver a um centro comercial das grandes cidades, como antigamente se ia passear 'na Avenida' ou 'no Chiado', v.g.); pela prestação de serviços, como segurança ou arranjo de zonas fora das lojas, pelo empreendedor do centro comercial aos lojistas; pela própria escolha dos lojistas, de certo modo '*intuitu personae*', por força da conjugação pessoal que não pode deixar de existir nessa 'colmeia' humana; pela possibilidade de uma retribuição que tenha em vista os proventos, já que estes últimos também reflectem o apreço em que a clientela tem o centro comercial e não tanto, especificamente, esta ou aquela loja, nele existente.¹⁰

Nos Estados Unidos, na maior parte "das vezes, o contrato de *Lease* é precedido de um contrato chamado *Agreement to Lease*, onde são estabelecidas várias das regras que irão prevalecer no contrato de *Lease*"¹¹.

O *agreement to lease* corresponde à figura da *res sperata* existente no Brasil, ou seja, é um pré-contrato, estabelecido entre as partes anteriormente à construção do empreendimento.

Quanto ao sistema de pagamento pela ocupação de espaço em *shopping center*, nos Estados Unidos ele é semelhante ao utilizado no Brasil, ou seja, aluguel fixo e variável (percentual). O cálculo desses valores varia conforme a área utilizada pelo *tenant* e sua localização.

A ação renovatória de locação deve constar expressamente em contrato, com prazo pré-fixado. Assim, obriga-se o *tenant* a comunicar sua vontade de renovação ao *landlord*, pois, do contrário, torna-se extinta a locação ou adesão.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL apud BASILIO, p. 223.

¹¹ BASILIO, p. 224.

De forma diversa do que existe no Brasil, é legalmente obrigatório, para o *tenant*, o pagamento de todos os custos ordinários e extraordinários de manutenção do *shopping center*, como também das contribuições ao fundo de promoção e à associação de lojistas.

Sobre os poderes do empreendedor na gestão do *shopping center*, João Augusto Basílio esclarece que

[...] jurisprudência americana tem declarado válidas cláusulas que versam sobre o rígido controle a que se submete o *tenant*, como, por exemplo, a necessidade de interveniência do *landlord* em questões como a alteração do ramo de atividade e do nome da loja, a alteração do controle acionário do *tenant*, a fiscalização direta dos números apresentados nos demonstrativos de aluguéis, e ainda, a vedação de que sejam feitas *sales* fora das épocas estabelecidas pelo *landlord*.¹²

O autor informa, ainda, que, além das obrigações já destacadas, existem outras cláusulas cerceadoras de direitos do *tenant*, conhecidas como *restrictive covenants*:

[...] (i) deverá o *tenant* ocupar uma determinada parte mínima da loja a ser fixada pelo *landlord*; (ii) o horário de funcionamento da loja será fixado pelo *landlord*, configurando infração contratual o fechamento do estabelecimento em horário diverso do estipulado contratualmente; (iii) cada *tenant* deverá manter o seu estoque em nível a ser estabelecido pelo *landlord*, bem como será por este fixado o número mínimo de funcionários que trabalharão na loja; (iv) a atividade a ser exercida na loja somente poderá ser a que foi autorizada contratualmente pelo *landlord* etc.¹³

Também existem *restrictive covenants* que possibilitam a aplicação da Lei Antitruste americana, “tais como a cláusula de raio e a que estabelece que

¹² Ibid., p. 226.

¹³ Ibid., p. 226.

não poderá ser vendido no interior do centro de comércio nenhum produto ou serviço que já seja comercializado por um *tenant* ocupante daquele *shopping*”¹⁴.

Em todo caso, a doutrina e a jurisprudência americanas reconhecem que as relações contratuais do *shopping center* devem ter um tratamento jurídico diferenciado das locações de lojas de rua. Contudo, existem cláusulas que podem ser questionáveis legalmente, como a prefixação de preços, boicote de grupos e divisão de mercado¹⁵.

6.3 MODALIDADES DE SHOPPINGS

Na Argentina, no Uruguai e na França inexistem definições em relação às modalidades de *shopping centers* — são todos denominados apenas *shopping* ou centros comerciais.

Em Portugal, a Portaria nº 424/85 (que definiu o que é centro comercial) exige o cumprimento dos seguintes requisitos:

[...] ‘área bruta mínima de 500m² e um número mínimo de 12 lojas, de venda a retalho e de prestação de serviços, devendo estas, na sua maior parte, prosseguir actividades diversificadas e especializadas’.

‘Instalação de todas as lojas com continuidade num único edifício ou em edifícios ou pisos contíguos e interligados, de molde a que todos

¹⁴ Ibid., p. 226. Pedro Paulo Salles Cristofaro esclarece que a “origem dessas cláusulas precede a existência da indústria dos shopping centers. As primeiras cláusulas de raio surgiram nos Estados Unidos na época da depressão econômica dos anos 30 do século passado, quando proprietários de imóveis passaram a admitir o pagamento de aluguéis calculados com base na receita bruta dos locatários, seja como forma de atrair lojas de departamento para áreas menos valorizadas das cidades, seja como meio de reduzir as despesas fixas do comerciante em dificuldades. A fixação de um aluguel variável, limitado a um determinado percentual da receita do locatário, seria uma forma de reduzir os riscos do locatário, facilitando-lhe a celebração do contrato de locação” (CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. **As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência**. Disponível em: <http://www.loboeibeas.com.br/artigos_17.htm>. Acesso em: 2 abr. 2007.

¹⁵ VERRI, Maria Elisa Gualandi. **Shopping Centers**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 145.

usufruem de zonas comuns privativas de centro pelas quais prioritariamente o público tenha acesso às lojas implantadas'.¹⁶

Segundo João Basílio, nos Estados Unidos, Harvey M. Harber distingue três modalidades de *shopping centers*, tendo como critérios metragem e tipos de lojas que ali são instaladas, ou seja:

[...] *Regional Centers*, que possuem lojas que chegam a ter 90.000m² de área construída, neles instalados, em regra, pelo menos dois grandes magazines ou lojas de departamento, além das tradicionais lojas âncoras; [...] *Community Centers* são aqueles *shoppings* com lojas que chegam a ter 17.000m², sendo um exemplo característico de loja de grande porte um supermercado ou uma loja de departamento, que funcionam como lojas âncoras; [...] *Neighborhood Centers*, estes de dimensões menores, com lojas atingindo até 7.000m², onde via de regra um supermercado faz as vezes de loja âncora.¹⁷

6.4 PERFIL FORMAL

Apesar das poucas informações obtidas sobre o perfil formal dos *shopping centers* em outros países, existem pontos comuns nos diferentes locais, talvez até por influência sociocultural, tais como: natureza jurídica, contrato de locação, envolvendo aluguel fixo e percentual, centralização administrativa através da figura do empreendedor, *tenant mix*, *res sperata*, fundo de promoção e associação de lojistas.

Maria Elisa Gualandi Verri afirma que, no entanto,

[...] é inegável a diferença existente entre os *shopping centers* da América do Norte, da Europa e da América do Sul. De início, por existir uma diferença gritante entre os países desses continentes. Na América do Norte a facilidade em encontrar-se espaços para implantação dos *shopping centers*, e o investimento maciço do setor privado, sem grandes interferências dos Poderes Públicos,

¹⁶ PORTUGAL. *apud* BASILIO, op. cit., p. 222.

¹⁷ BASILIO, p. 228.

facilitaram o proliferamento desses centros comerciais. Outrossim, na Europa sempre se fez premente o planejamento de espaços. Esse aspecto fez, por exemplo, com que os Poderes Públicos exercessem um papel bem mais ativo quando do planejamento e aprovação dos *shopping centers* europeus.¹⁸

Em estudo comparativo entre os países da Europa, algumas particularidades, segundo a autora, são notórias, salientando-se que nesse continente os *shopping centers* se localizam próximos aos centros habitacionais e não ocupam grandes espaços. Especificando-se algumas diferenças, resumidamente, apresenta-se o que a autora salienta em seu estudo:

a) Na França, na Holanda e na Inglaterra, e na maior parte da Europa, “as entidades públicas de planejamento sempre exerceram grande influência na determinação do local para a implementação de um *shopping center*”. Os franceses sempre preservaram o que denominam “campos verdes”¹⁹.

b) Na Inglaterra há grande preocupação com o uso do solo, “principalmente pela necessidade de aproveitamento e planejamento de espaços”, e os primeiros *shopping centers* surgiram atrelados “ao planejamento de novas cidades, com previsão de integração”²⁰.

c) A Suécia foi o primeiro país da Europa a adotar “o modelo americano de *shopping centers*, “em razão de algumas características peculiares deste país — por exemplo, baixa densidade populacional, que possibilita a existência de grandes áreas disponíveis, e alto poder aquisitivo da população”²¹.

¹⁸ VERRI, op. cit, p. 137-138.

¹⁹ Ibid., p. 138.

²⁰ Ibid., p. 138.

²¹ Ibid., p. 138.

No entanto, conforme esclarece a autora, “é inegável a diferença existente entre os *shopping centers* da América do Norte e da América do Sul”²², isto porque

Na América do Norte a facilidade em encontrar-se espaços para implantação dos *shopping centers*, e o investimento maciço do setor privado, sem grandes interferências dos Poderes Públicos, facilitaram o proliferamento desses centros comerciais. Outrossim, na Europa sempre se fez premente o planejamento de espaços. Esse aspecto fez, por exemplo, com que os Poderes Públicos exercessem um papel bem mais ativo quando do planejamento e aprovação dos *shopping centers* europeus.²³

Contudo, faz uma observação que se traduz na grande discussão encontrada no Brasil, mesmo após a Lei nº 8.245/91:

Os próprios autores americanos não negam que o *shopping center* precisa de uma estrutura diferenciada para alcançar sua finalidade. Devem estar presentes uma grande diversidade de lojas e facilidade de locomoção, estacionamento, etc., para atrair a clientela. E as lojas devem ser apostas estrategicamente, também para atrair a clientela. Portanto, não basta que um *shopping center* seja composto de um conjunto de lojas. Regras têm de ser impostas, entre elas as restritivas, para que seja mantida a organização dos *shopping centers*. Concordam, pois, que as cláusulas restritivas são necessárias.²⁴

Como se vê, se no Brasil existem muitas questões não resolvidas sobre os *shopping centers*, em outros países a realidade não é diferente.

²² Ibid, p. 138.

²³ Ibid, p. 137-138.

²⁴ Ibid., p. 146.

7 PERSPECTIVAS DE ENFRENTAMENTO DAS CONTROVÉRSIAS

Todo o arrazoado teórico precedente mostrou que o conteúdo do artigo 54 da Lei nº 8.245/91 não abrange as relações jurídicas complexas existentes no *shopping center*.

À primeira vista bastante simples e até intuitiva, é, no entanto, de grande complexidade a verificação do que é ou não *shopping center*, seja em razão das vacilações conceituais inerentes a um *shopping center*, seja pelas dificuldades que surgem no momento de formular um conceito jurídico.

Apesar de o tema ser muito versado e teorizado, ainda não se chegou à plena consciência do que efetivamente seja um shopping ou quais efetivamente seja sua diferenciada característica, apesar de sua relevância, enfim, as problemáticas referentes a ele ainda não estão esclarecidas.

Não obstante a visível e preponderante utilidade, no regramento dos elementos que desfiguram o contrato de locação e mostram como alternativa a opção pela teoria da atipicidade mista é necessário também o estudo analítico do conceito de *shopping center*. Na verdade, a dificuldade em precisar o que é *shopping center* é agravada pela ausência de definição legal expressa em lei.

A insistência com que o tema costuma ser versado pela doutrina é explicada pela grande influência que exerce em termos de aplicação do direito, constituindo-se em critério para a solução de inúmeros problemas e conflitos jurídicos.

Adiante abordam-se situações com o intuito de responder, ao final deste capítulo, questões que esclarecem a efetiva base para a distinção entre as várias modalidades de *shopping center* e, principalmente, as conseqüências em termos de aplicação do direito.

Como se verá, o entendimento sobre *shopping center* se constrói sobre a pluralidade de preceitos concretos contidos na definição de um modelo, e não sobre a pluralidade de modalidades, porque naquele reside sua grande utilidade sistemática e prática, e não nestas. Se constrói ainda no aspecto de sua real função.

7.1 O EQUÍVOCO DO TRATAMENTO IGUALITÁRIO AOS DESIGUAIS

Já se observou que o verdadeiro *shopping center* é um empreendimento que traduz tudo o que espera um lojista em termos de clientela e faturamento, devido aos benefícios que traz.

Em *Estabelecimento empresarial*, Fábio Tokars afirma:

Como realidade econômica, o estabelecimento [empresarial] existe desde os primeiros estágios do desenvolvimento da mercancia como atividade organizada. Afinal, os antigos mercadores também realizavam a conjugação dos elementos necessários ao desenvolvimento de sua profissão. Por mais primitiva que se mostrasse a mercancia, a mesma dependia de um aparato instrumental, ainda que rústico, organizado pelo mercador.³¹²

Esse “aparato instrumental”, necessário já em épocas remotas, é ainda mais necessário para o comércio nos dias atuais, principalmente no

³¹² TOKARS, Fábio. *Estabelecimento empresarial*. São Paulo: LTr, 2006. p. 15.

que se refere aos *shopping centers*. Para que se tenha um parâmetro, tradução maior desse empreendimento é o Shopping Iguatemi São Paulo, um exemplo de que existem *shopping centers* e empreendimentos denominados “*shopping centers*”. Reitera essa diferença uma matéria sobre ele publicada em 2004 pela revista *Veja SP* com o título “A guerra dos shoppings”.

O Iguatemi tinha então, entre suas 380 lojas, grifes como Emporio Armani, Zara, Tiffany, Salvatore Ferragamo e Louis Vuitton. Por mês, passavam por seus corredores 1,4 milhão de pessoas, que podem ter representado mais de 1 bilhão de reais em compras naquele ano³¹³.

Segundo a matéria, pesquisa realizada no ano anterior (2003) pela imobiliária americana Cushman & Wakefield o colocava “como o 22º ponto comercial mais caro do mundo e o número 1 do Brasil”³¹⁴. A fórmula utilizada pelo Iguatemi era investir “pesado” em marcas luxuosas e exclusivas. Assim, a certas marcas famosas, que lhe emprestavam prestígio, eram dados benefícios para se estabelecerem ali, tais como

[...] desconto no aluguel ou no condomínio e ajuda na criação de campanhas promocionais. O shopping pode também isentar o inquilino de luvas — soma paga na assinatura do contrato, independentemente do aluguel, para a loja ocupar o ponto — valor que chega a 20 000 reais por metro quadrado. Mas isso não sai de graça. Em troca, a administração impõe no contrato de locação uma cláusula que impede essas marcas de se instalarem em shoppings concorrentes.³¹⁵

Com tais valores econômicos envolvidos, vê-se que é impossível tratar o *shopping center* de cidades de pequeno porte da mesma

³¹³ DUARTE, Alessandro. Guerra dos shoppings. *Veja SP*, São Paulo, a. 37, n. 25, 23 jun. 2004. p. 12.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 12.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 12.

forma como se trata um Iguatemi ou um que efetivamente detenha um fundo de comércio próprio, formado, justamente, por condições que obteve em razão de sua organização.

Da mesma forma, é impossível, mesmo se localizados em cidades de porte médio ou grande, considerar empreendimentos que nada oferecem ou prometem, ou que não tenham organicidade, *tenant mix*, atratividade de lojas, serviços, conforto ou fundo de comércio próprio, como *shopping centers* na acepção clássica do que aqui se trata. Nas cidades pequenas esses empreendimentos nascem sem que se tenha realizado estudo de estatística, público-alvo ou projeção, e, dessa forma, não podem ofertar freqüentadores com poder aquisitivo ou qualquer poder de compra. Assim, em ambos os casos, não se pode impor aos lojistas algumas características que efetivamente não possuem, ou estes imporem algumas condições (de faturamento, por exemplo) que não estavam embutidas no convite para participarem do empreendimento.

Vê-se que existem diferenças: um *shopping center* de fato não pode revestir-se de mera locação, pois pretende muito mais, inclusive participação nos lucros, pelo que oferta aos lojistas; outros, efetivamente, não passam disso, haja vista tratarem-se apenas de empreendimentos imobiliários.

Como já exposto, a Abrasce entende que há alguns requisitos para um empreendimento ser considerado *shopping center*. Também já se explicitou que há casos em que o *shopping center* foi criado levando-se em conta fatores primordiais como a localização das lojas e realizando-se pesquisa de mercado para verificação da possibilidade de ter público numeroso, e que

existem empreendimentos que deixam dúvidas quanto a sua caracterização como verdadeiros *shopping centers*, pois foram criados sem planejamento e não oferecem a estrutura e a organicidade, previamente pensadas, responsáveis por trazer os consumidores, ou seja, não oferecem ao lojista uma infra-estrutura já pronta, principalmente no que se refere a estes.

Já existem empreendimentos aos quais se denominam *shopping centers* em cidades com pouco mais de 100 mil habitantes, como, por exemplo, no Paraná, na cidade de Apucarana (\pm 117 mil habitantes), e mesmo em cidades com menos, como Araçongas (\pm 90 mil habitantes) e Jandaia do Sul (\pm 36 mil habitantes).

Nesses casos, é difícil criar um fundo de comércio no que toca à clientela ou mesmo em relação ao aspecto organizacional, até pela escassez de lojistas (o que torna impossível selecioná-los) e de possibilidades de efetuar um verdadeiro *tenant mix*. Evidentemente, a consequência é que um empreendimento criado nessas circunstâncias não possuirá as características de um *shopping center* previamente idealizado e não poderá contar com um fluxo certo de pessoas e a certeza da viabilidade econômica.

Na cidade de Apucarana, por exemplo, um *shopping center* surgiu pelo espírito empreendedor de alguns empresários, de ramos díspares, que, sem planejamento adequado, levantaram um imóvel suntuoso para o porte da cidade. Como ela não oferece lazer na periferia, nos finais de semana, pelo fato de haver um terminal de ônibus urbanos praticamente em frente ao empreendimento, ocorre para ele um grande número de pessoas cujo potencial financeiro é incompatível com o sonho dos lojistas — em outras palavras, não

são reais consumidores. Assim, justamente nos fins de semana, quando em outros *shopping centers* se tem afluência de um maior número de consumidores em potencial, nas pequenas cidades, em que o *shopping center* foi construído sem a realização de qualquer estudo preparatório, seja no que se refere à localização do empreendimento, seja no que se refere aos potenciais clientes, o fluxo de pessoas é formado por quem é divorciado do consumo em razão do baixo poder aquisitivo, e o freqüentador destoa do real consumidor que interessa ao lojista. Na verdade, nessas cidades são poucas as pessoas com condições financeiras de freqüentá-los, mesmo as de classe mais abastada, e que possam proporcionar condições de sobrevivência para todas as lojas.

Por conta desses fatores, emergem muitas polêmicas entre empreendedores e lojistas, em função da forma e dos índices do valor do condomínio — que geralmente é alto —, e, principalmente, porque não há o faturamento esperado. O lojista se vê, então, com despesa elevada e sem o retorno que imaginou possível. Por sua vez, o empreendedor tem a pretensão de uma rentabilidade difícil de obter, e o empreendimento praticamente apresenta um retorno de aluguel.

Esse lojista, que tem, como termo de comparação, *shopping centers* de cidades grandes — ou de porte médio, mas que são pólo regional —, não entende o distanciamento que há entre um empreendimento e outros. Vale ressaltar que nesses empreendimentos inexistente promessa de fundo de comércio já pré-existente, *res sperata* ou coisa que o valha. Aliás, o procedimento é inverso: o empreendimento fica à procura de lojistas dispostos a iniciar um novo comércio ali, tal qual o de sua loja de rua, ou mesmo

dispostos a mudar-se para o seu interior. Além disso, é rara a auditoria real no faturamento dos lojistas — e a grande maioria das lojas, se não todas, paga o mínimo.

Diante dessas diferenças e características tão díspares, fica clara a necessidade, quando se analisam questões envolvendo um *shopping center*, de se levar em conta não só de qual modalidade se trata, ou seja, vale indagar ainda o objetivo final para o qual foi criado, e se ele detém efetivamente as características de mera locação ou as de um grande empreendimento que carrega embutidas várias outras promessas e objetivos, previamente ofertados — caso do fundo de comércio minuciosamente planejado, e que, por certo, trará prosperidade ao lojista, oportunizando ao empreendedor participar do lucro deste.

Vale ressaltar que, quando o empreendimento é planejado sob todos os aspectos e requisitos de um verdadeiro *shopping center*, nasce praticamente coroado de sucesso e com valor econômico considerável, possuindo em seu funcionamento inicial uma verdadeira massa de clientes para os lojistas. Assim, fica claro que a figura do *shopping center* envolve, quando de sua atividade de oferta para os lojistas, um complexo de dados e promessas que resultam em um contrato diferenciado.

Outra coisa a se considerar é que as modalidades diferenciadas de *shopping centers* ocorrem também em razão da variação de agentes que os compõem e dos que deles fazem parte, como empresas de incorporação, construção imobiliária, administração e *marketing*, ou grupos

com objetivos de diversificação, investidores institucionais como fundos de pensão, grupos de empresários, consórcios de bancos ou grandes empresas.

Os julgados, de modo geral, não levam em conta as diferenças entre as diferentes modalidades de *shopping centers*, inclusive perdendo de vista a realidade socioeconômica própria das regiões onde estão instalados³¹⁶. Por exemplo, não levam em conta o fato de um *shopping center* criado em um grande centro urbano não ser da mesma modalidade nem possuir a mesma realidade daqueles construídos em cidades com 80 ou 100 mil habitantes, posto que, nessas, inexistente o fluxo necessário de pessoas com potencialidade de consumo; também não levam em conta que mesmo empreendimentos localizados em grandes centros podem não ter sido criados com os mesmos objetivos.

Alguns julgados (bem como empreendedores e lojistas) não atentam para o fato de que existem várias modalidades de *shopping centers* e que as circunstâncias de cada um são diversas justamente também em razão do objetivo para o qual foi criado e da sua função.

7.2 DESVIRTUAMENTOS E DESIGUALDADES

Além das características diferenciais já citadas, vale pontuar alguns casos concretos que, efetivamente, demonstram que nem todos os *shopping centers* são iguais, principalmente em razão de desvirtuamentos, seja no seu nascedouro, seja em sua expectativa:

³¹⁶ Ver, no Anexo F deste trabalho, resultados de julgados envolvendo empreendedores e lojistas, que mostram o tratamento igualitário dado aos *shopping centers*.

Em trabalho que escreveu em 2000, Márcio Heide evidenciou alguns casos envolvendo *shopping centers* que podem ser usados ainda hoje como exemplos para o que se tem observado no decorrer deste estudo:

O caso mais atual que temos notícias é exatamente o *Recreio Shopping Center*, cuja arquitetura assemelha-se mais a um supermercado com galeria estendida. Tem como loja âncora um supermercado, e o empreendedor é a Construtora SANTA ISABEL S.A. A imprensa divulgou as dificuldades pelas quais passam os lojistas do *Recreio Shopping Center* de terem de sustentar seus dispendiosos negócios sem a respectiva contrapartida, pois o que adquiriram como ponto comercial em um 'shopping center', segundo os lojistas, não condiz com realidade a eles prometida e vendida, como constataram em realidade. Teme-se que possivelmente não haja nenhum 'shopping center' no entendimento objetivo do conceito. [...]

O *Tijuca Shopping Center* é outro exemplo. Sem 'habite-se' e entregue em precárias condições aos lojistas em dezembro de 1996. Tal empreendimento finalizado pela CIMA, iniciado pela Imobiliária Nova York na década de 70, teve que alterar radicalmente seu projeto original para enquadrar-se na definição da ABRASCE para ser considerado um 'shopping center'. O atual estágio jurídico é deveras complicado, uma vez que por causa dessas modificações algumas lojas deixaram de existir e seus proprietários as estão reclamando na justiça. Também já houveram reclamações quanto ao aluguel em dobro no mês de dezembro uma vez que já o cobraram em 1996, primeiro mês de funcionamento, embora precário. Além disso alguns lojistas reclamam da falta de transparência da prestação de contas do condomínio e suspeitam que custearam a finalização das obras, diluídas através da cota condominial. Ainda existem inúmeras lojas vazias, grande parte do estacionamento sem finalização e o ar-condicionado ruidoso, sendo alvo de várias fiscalizações e multas e até ameaça de interdição.

Outro caso [...] é o *Terra Encantada* [...], parque temático inaugurado em novembro de 1997 também de forma precária, portanto aquém das expectativas pretendidas pelos lojistas ao contratarem as locações. Tais contratos de locação são como se o Terra Encantada fosse um 'shopping center', que também rezam o pagamento de 'luvas' (*res sperata*), aluguel em dobro em dezembro e aluguel percentual, auditorias.

A BRASCAN, fundadora da ABRASCE e empreendedora de ilibada e reconhecida capacidade é a empreendedora do *Shopping Center do Paço do Ouvidor*, notável empreendimento sem estacionamento, com apenas 34 lojas, muitas delas voltadas para a rua, sem campanhas de marketing, tendo muitas lojas vazias na atualidade. Seria o caso de experiente empreendedor cometer equívocos ao lançar um empreendimento que em pouco tempo tem quase a totalidade das lojas fechadas e não mais as consegue alugar?

Um lojista ajuizou ação questionando que o *Shopping Center do Paço do Ouvidor* não seria um SC de fato, alegando exatamente a falta dos elementos caracterizadores. Possivelmente, com o objetivo de não ter uma sentença judicial desfavorável, a BRASCAN resolver encerrar a lide em um acordo generoso.

Outro caso é o do *Tijuca Off-Shopping*, cujo signatário dessa contratou uma locação em uma loja que não pertencia ao locador com quem foi pactuada a locação, como se fosse um SC de fato, sem 'habite-se' e em precárias condições de funcionamento que causou a quebra de boa parte dos lojistas que lá se instalaram. Trata-se de dois condomínios com quatro lâminas de prédios residenciais com dois conjuntos de galerias de lojas separados por uma rua. Os contratos não são padronizados e muitos deles não contêm uma única cláusula diferente de uma locação ordinária, apenas os dos felizardos lojistas que pactuaram seus contratos em início de 1995, em sua expansão. A gigantesca inadimplência do condomínio inviabiliza qualquer tentativa de propaganda ou mesmo a manutenção dos já precários prédios.³¹⁷

Vê-se, assim, que mesmo em grandes centros, como o Rio de Janeiro, nem todos os empreendimentos que se propõem a ser *shopping center* trazem os requisitos inerentes a essa figura.

7.3 O PONTO CRÍTICO ENTRE LOJISTAS E EMPREENDEDORES

Com as diferenças já descritas e com os valores econômicos envolvidos entre um empreendimento que possa ser denominado de *shopping center*, como o Iguatemi, e outros empreendimentos que assim se denominam, mas que não o são efetivamente, vê-se que não é possível tratá-los da mesma forma. Ou seja, não é possível tratar as diferentes modalidades de *shopping centers* — mesmo de centros maiores — igualmente, pois possuem as

³¹⁷ HEIDE, Márcio Pecego. Traços jurídicos, físicos e econômicos da modalidade de negócio chamada shopping center. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=610>>. Acesso em: 8 mai. 2006.

características essenciais dessa figura, como, por exemplo, a organização e grande fluxo de pessoas.

Em empreendimentos que se amoldam ao conceito clássico de *shopping center* existe fila de espera de pretendentes ao convite para ali se instalar; nos que não o são, muitas vezes o lojista é procurado para que deixe a rua e venha para o empreendimento, que, na realidade, não pode ofertar um fluxo grande de pessoas.

Shopping centers de cidades pequenas, ou que não contêm embutidas no empreendimento promessas de conforto ao consumidor, de segurança, de diversificação em um só lugar, que não têm um fundo de comércio e consumidores em potencial, podem ser apenas uma grande galeria. Mesmo os empreendimentos localizados nos grandes centros, se não possuem um estudo organizacional no que se refere à parceria entre empreendedores e lojistas, além dos demais aspectos também já vistos, não podem ser identificados como *shopping centers*.

Desse ponto nodal é que surgem os embates judiciais entre lojistas e empreendedores. Enquanto um empreendimento identifica-se realmente como *shopping center* na acepção total do termo e tem seu objetivo na venda a varejo, com todo o aparato de estratégia e de planejamento, além de oferecer várias vantagens e projeções futuras de venda ao lojista, aparecendo mesmo como instituto de produção e com aspecto econômico, outros têm sua razão de ser na mera locação. Assim, é relevante entender que a colocação, como um todo, da figura do *shopping center* na locação é equivocada.

Apenas aqueles empreendimentos que dependem de elevados investimentos, cuja relação contratual advém de função econômica que tem precedente, devem ser considerados *shopping centers* na acepção clássica do termo. Eles possuem uma organização que redundando em um contrato diversificado, para o qual as partes e os tribunais devem ter um olhar diferenciado do que têm para os demais envolvendo empreendimentos que se lançam sobre a mera locação.

É preciso ver que determinadas situações irão influenciar a futura relação do empreendedor com os lojistas e a visão de cada um junto ao empreendimento, já que a caracterização deste como *shopping center* tem repercussões até no faturamento, para ambas as partes; ainda, é preciso considerar que os empreendedores também possuem obrigações.

O desvirtuamento da figura trouxe tensão entre empreendedores e lojistas, e, por vezes, mesmo entre os próprios lojistas, pela falta de uma correta distribuição de atividades, ou seja, pela falta de um *mix* planejado. E trouxe desafios inclusive às regras que lhe são próprias, necessárias para a sua subsistência, além de desafios às leis econômicas e, por consequência, às regras jurídicas que, de forma equivocada, enxergam as diversas modalidades da figura de maneira uniforme — os julgados, com base na lei de locação, não distinguem as diferenças entre os empreendimentos, sejam extrínsecas ou intrínsecas. Além disso, seu desvirtuamento também trouxe a sua disfunção, pois, em muitos empreendimentos, o objetivo não passa da mera locação.

Por certo que existem *shopping centers* que foram minuciosamente planejados para atendimentos regionais, com pesquisas socioeconômicas, planejamento de lojas por categorias e objeto; e outros que surgiram completamente independentes, por obra do mero entusiasmo de empreendedores, sem qualquer estudo, mesmo de localização, e sem análises pelos próprios lojistas que dele irão fazer parte.

Por não levar em consideração tantos aspectos essenciais e não visualizar seus verdadeiros contornos e propósitos, muitas vezes os julgados não levam em consideração, por exemplo, a diferenciação ou os privilégios que devem existir em lojas-âncoras ou setores especialíssimos.

É óbvio que, quando a administração do empreendimento fornece benefícios para determinadas lojas — como isenção ou redução de condomínio para lojas-âncoras —, a despesa será rateada entre as demais. Isso é possível porque o empreendedor de um *shopping center* não é “um empreendedor imobiliário comum”³¹⁸. Dessa forma, lojistas e empreendedores devem resolver seus conflitos de interesse tendo em vista a real função e a real natureza do negócio em que estão envolvidos. Se tais aspectos estiverem definidos, com certeza haverá transparência nas relações existentes entre ambos, bem como nas existentes entre os próprios lojistas. Além disso, dar-se-á um norte para os julgados que, em geral, encaram todos os *shopping centers* como mera locação.

Enfim, o principal ponto de divergência na relação entre empreendedor e lojista reside nas diferenças existentes entre as modalidades

³¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 67. v. 1.

de *shopping centers*, na estrutura jurídica que constituem. Da mesma forma, os tribunais resolveriam inúmeros impasses e amenizariam a tensão entre as partes se tivessem em foco tais diferenças, os fatores que os diferenciam, e não os tratassem de maneira linear. Na delimitação da sua natureza jurídica, o aspecto a ser levado em consideração é se é mera locação ou se é um *shopping center* de fato, com a estrutura que acarreta.

7.4 A ESTRUTURA FORMAL E O CONTEÚDO JURÍDICO DO SHOPPING CENTER

Como já observado, o artigo 54 da Lei nº 8.245/91 firmou o entendimento da doutrina jurídica. Nesse entendimento — prevalecente também nos tribunais, até mesmo no Superior Tribunal de Justiça —, o contrato de *shopping center* é o de locação, porém com atipicidades a serem respeitadas, a fim de viabilizar o empreendimento, qual seja: um conjunto de lojas planejado, coordenado e com administração centralizada.

O *shopping center* abriu caminho para um desvio da perspectiva jurídica que, além de subtrair o seu conceito, tem levado a doutrina a desconsiderar as conseqüências que pode exercer em termos de aplicação do direito.

Assim, buscou-se, aqui, decompor os elementos constituintes do *shopping center*, bem como suas modalidades, isolando os diversos fundamentos que compõem a sua complexa forma conceitual. A análise do *shopping center* por modalidade e por número de elementos, ou seja, a sua decomposição em tipos, não solucionou o seu problema conceitual. Pelo

contrário, sua generalização trouxe muitas questões, algumas ainda sem resposta.

De forma geral, delineou-se um paradigma conceitual de *shopping center*. Mas a necessidade de disciplinar a matéria através de um processo lógico e de uma análise formal impõe estudá-lo como um todo, buscando as interfaces entre as suas diversas modalidades, pelo estabelecimento de uma linguagem jurídica comum.

Nesse sentido, pode-se conceituar *shopping center* como um *conjunto de estruturas e relações jurídicas comerciais e de serviços, definidas através de contrato e de cláusulas operacionais, realizadas entre o empreendedor e o lojista, logicamente ordenadas, planejadas e coesas, destinadas a integrarem o empreendimento e atender ao anseio do consumidor final, visando certeza de livre concorrência, clientela e lucratividade*. Pode-se ampliar tal conceito retirado basicamente do que extrai do direito comparado acrescentando metragem, número de lojas e outras características, enfim, em legislação específica delinea-lo.

O *shopping center* é, portanto, o produto da conjugação de duas forças convergentes: a do empreendedor como planejador e gestor do *mix* de lojas oferecido ao consumidor; e a do lojista como operador do seu ramo específico de varejo. Relacionados a esse conceito, encontram-se, ainda, alguns elementos importantes, como ambiente, recursos, resultados, controle e modelo.

O ambiente compreende a estrutura comercial, definida através do princípio fundamental do *shopping center*, que é o de conceder ao

empreendedor o poder de definir e escolher um conjunto de lojas (*mix*) destinado à comercialização de bens e serviços, coordenado por uma administração centralizada. A relação contratual entre o empreendedor desse conjunto de estruturas e o detentor dos espaços comerciais (lojistas) deve unir interesses comuns, e por isso é imprescindível o *tenant mix*, que possibilita a obtenção de uma produtividade máxima de cada espaço comercial. Visando conceituar o que é *shopping center* e diferenciá-lo do empreendimento que não deve ser assim denominado, há necessidade de preencher requisitos, dentre eles e dentre outros já declinados: o mínimo permitido de área do terreno (ou seja, acima de 30.000m²), e de área construída (acima de 50.000m²).

Os recursos representam um conjunto de objetos fornecidos ao *shopping center*, pelo empreendedor, visando seu contínuo realinhamento às necessidades dos consumidores e às mudanças de mercado. Os recursos realizam-se por meio do *mix* de lojas, da arquitetura, da operação e de serviços de apoio à comunidade. Portanto, respondem às necessidades do mercado, propiciando o desenvolvimento da atividade varejista. Nesse sentido, deve existir um número mínimo de lojas permitido (por exemplo: a partir de 100 lojas satélites, duas lojas âncoras, 30 lojas de alimentação, dois cinemas e estacionamento com 1000 vagas/veículos).

Os resultados são avaliados através de critérios estabelecidos pelo empreendedor, pela administração e pelos lojistas, tendo como objetivo o controle da produtividade, introduzindo-se, se necessário, modificações na estrutura através dos recursos. Assim, em um orçamento de uma loja, o gasto real pode ser comparado com o planejado e, dependendo dos resultados,

ações corretivas podem ser tomadas. Esses resultados devem alcançar um mínimo estabelecido de consumidores/mês.

O controle é exercido pelo empreendedor e pelo administrador, em específico sobre o *mix*, possibilitando as atualizações para acompanhamento das inovações de mercado.

O modelo é uma abstração, uma representação do *shopping center*, para facilitar a análise e a confrontação com a realidade de mercado.

Esses elementos constituem a base para a distinção dos empreendimentos denominados *shopping centers*. Como se pode ver, sob análise, muitos dos *shopping centers* existentes no país atenderiam a esse conceito.

Verifica-se, por conseguinte, que muitos dos empreendimentos denominados *shopping centers* não se enquadrariam nos objetivos de tais elementos, e, portanto, não poderiam ser denominados de *shopping centers*. Esse é o critério de medida da adequação do empreendimento ao modelo real de *shopping center*. Para a realização desse critério de medida, o administrador tem como instrumentos: o controle do *mix* do *shopping center* — onde é decidida a marca que vai estar lá dentro; o produto ou o serviço que vai ser oferecido ao consumidor; os serviços prestados de segurança, limpeza, manutenção, *marketing*, posicionamento de imagem, promoções etc.

Contudo, ainda tem sido dispensada grande atenção à função dos contratos em *shopping center*, sobretudo após a Lei nº 8.245/91, assim como às suas controvertidas questões. Isto se deve à complexidade do tema e

à generalização do uso da denominação *shopping center* para estruturas comerciais formadas por diversas lojas, sob o regime de locação ou não, com características similares às de um verdadeiro *shopping center*.

Como já analisado, a tendência tradicional na criação do *shopping center* foi a da verticalização das atividades, com o empreendedor assumindo riscos e benefícios oriundos da locação de seus espaços. Esse fato é importante para a diferenciação entre o perfil de um verdadeiro *shopping center* e o de outros empreendimentos que apenas utilizam tal denominação, haja vista que seus proprietários não assumem os riscos elevados do empreendimento.

Essa característica, intrínseca à estrutura do *shopping center*, oferece aos lojistas as condições necessárias para a abertura de um leque de negócios, numa fórmula altamente propícia para enfrentar os desafios da concorrência, construindo ações estratégicas de longo prazo, propósitos comerciais e formulando um processo de articulação com os demais elos de toda a estrutura, como unidade global.

À luz dessa discussão sobre o perfil do *shopping center*, pode-se compreender a necessidade de rever a legislação e de não aceitar para relação tão complexa, o singelo sistema locatício imposto pelo artigo 54 da Lei nº 8.245/91. Na verdade, diante dos muitos questionamentos referentes ao conceito e à estrutura do *shopping center*, surgiram dúvidas quanto a sua natureza jurídica e à efetiva aplicação legal e mesmo quando é ou não um empreendimento que apenas não seja denominado shopping, contudo, tratar-se de um shopping na sua concepção efetiva.

A tendência em favor de uma compreensão simplista e única do *shopping center* ligou-se à ausência de diferenciação entre os principais elementos que estavam a circunstanciar essa atividade comercial, imaginando-o como uma empresa essencialmente locatícia.

Como resposta à legislação imposta, mas obediente à concepção jurídica que o concebeu, o *shopping center* existe no cenário dos negócios apoiado em sua competência e traduzindo sua vocação comercial, decorrente da *expertise* de seu empreendedor ou das operações empresariais que comanda, como uma forma contratual atípica.

Esses aspectos determinam a origem e a natureza jurídica do *shopping center* e produzem um particular e, certamente, forte impacto sobre as características que lhe são pertinentes, definindo-lhe a sua verticalização e grau de controle.

Justifica-se, portanto, a adoção da teoria da atipicidade mista. Contudo, como adverte Álvaro Villaça Azevedo,

O que se torna necessário é a regulamentação, em nossa legislação, dos contratos atípicos com a fixação, expressa, de seu conceito e dos princípios gerais que os informam, dos princípios da liberdade contratual, com as limitações específicas, que se fazem indispensáveis.³¹⁹

Assim, tendo em vista todas essas diversidades, mas sob a ótica de uma única função (lucrativa), no *shopping center* é natural encontrar-se uma constelação de outras estruturas organizativas e legais.

³¹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 201.

Assim, percebe-se que, para a diferenciação entre o *shopping center* clássico e aqueles que apenas se denominam *shopping center*, devem ser desenvolvidas normas mais específicas. Confundir requisitos e regras é desconhecer o que cada qual proporciona. Neste trabalho, entende-se que é através da exigibilidade do cumprimento de determinados requisitos aliados a outros fatores como para que foi criado e ainda a maneira de participação ou modo de operar do empreendedor que se determina o que realmente é um *shopping center*. Logo, o traço distintivo reside na forma como essas especificidades se apresentam.

8 CONCLUSÃO

O estudo, já em seu título, indica que se vai tratar de uma determinada e específica controvérsia, a qual se diz existente. E o desenvolver do tema, de fato, demonstrou que os negócios envolvendo a cessão de espaços em shopping center careceriam de alguma explicitação, ainda que a doutrina e os tribunais, de maneira geral, tratem-nos de forma paritária à locação, e isso já desde antes da Lei nº 8.245/91 (lei do inquilinato).

Trilhou-se o caminho, então, de precisar adequadamente a real função econômica dos shopping centers e descrever a atuação do empreendedor, elementos que iriam indicar a sua natureza jurídica e, enfim, de que empreendimento se trata. Mas como a função e mesmo a natureza jurídica dos shopping centers baseiam-se em algo que se pode chamar de nova concepção mercantil, essa análise conduziu à necessidade de reposicioná-los formal e materialmente, pois o entendimento rígido que se tem atualmente sobre essas questões já não se sustentava.

Até pelos inúmeros posicionamentos esboçados neste trabalho, percebe-se que o contrato celebrado entre lojistas e empreendedores

é uma **relação contratual complexa**, em face das condições peculiares desse empreendimento, derivadas da sua função efetiva, no aspecto econômico, ou seja, da peculiar função para a qual foi criado. Ora, em vez de um esquema convencional de remuneração do investimento, com base na venda dos imóveis ou aluguel puro e simples — o que o transformaria em mais um negócio imobiliário —, o fenômeno *shopping center* cria uma relação direta entre a sua rentabilidade e a rentabilidade das atividades que ali se desenvolvem. É, assim, um negócio diferenciado tanto em sua apresentação organizacional quanto física e juridicamente, onde há uma permanente integração de interesses entre empreendedores e lojistas, a qual constitui a base para a realização posterior de ganhos. Dessa forma, vê-se que ele realmente encontra eco na sua própria função e natureza jurídica, daí a necessidade de serem compreendidas mais precisamente.

Para essa compreensão, o conceito generalizado que se tem atualmente sobre *shopping center* não pode ser a categoria fundamental, sob pena de destruir toda garantia de justiça e de não ir além da mera descrição - há que se diferenciar, além de tudo que se disse alhures, também entre as diversas modalidades desse tipo de empreendimento.

Diante dos elementos que compõem o contrato e diante de suas cláusulas originais e diferenciadas, pretendeu-se dizer que a teoria que melhor se aplica a sua natureza jurídica é a da **atipicidade mista** – mas isso quando sua moldura designa um grande investimento e fornece ao lojista, além de um estudo prévio e planejamento permanente, uma clientela pronta justamente pelos atrativos que contém, o que vai desaguar na relação encargo-remuneração pactuada. De outro lado, se o contrato não possui tal moldura

clássica e o empreendimento nasce apenas com vistas ao recebimento de aluguéis, não proporcionando a organicidade peculiar de um *shopping center* (*mix*, etc.), não se pode exigir dos lojistas determinados encargos e cláusulas, pois que seria, então, de mera *locação*.

É essa delimitação, ou melhor, a sua ausência, que vai resultar na dificuldade de transpor as divergências entre lojistas e empreendedores, e que persistirá justamente enquanto não for esclarecida corretamente a natureza jurídica desse contrato. Percebe-se que nos contratos que envolvem a cessão de uso de espaço em shopping center não tem, como dito, a natureza jurídica da locação quando o empreendimento foi criado com aspectos que suplantam a visão meramente imobiliária.

Se realmente trata-se de *shopping center* que se amolda ao conceito clássico, em que objetivamente se tem um estudo prévio, uma organização esmerada, proporcionando ao lojista um fundo de comércio (principalmente clientela) que levaria anos para formar; e se, pela estrutura e aparato, forma-se, de plano, também para o empreendimento, um fundo de comércio, então se está frente a uma “parceria”, em que ambos, empreendedor e lojista, ganham e na qual existe solidariedade, transparência no contrato, equilíbrio entre as partes. Nessa moldura, se está em uma estrada de mão dupla: o empreendedor oferece espaço pronto e fica alerta a toda possível mudança, ampliação, anseio do mercado, para proporcionar, ao conjunto de lojas, a melhor clientela e venda. O lojista efetua a venda, e tem, o empreendedor, um percentual do lucro aferido. Tanto um como o outro almejam um negócio diferenciado, protegido da concorrência, com constantes

mudanças no empreendimento, de sorte a ter sempre novidade no conjunto. A natureza jurídica desse contrato, portanto, é a atipicidade mista.

Diferentemente, o empreendimento que não faz grandes investimentos ou, o faz mas não possui estudo prévio no que toca a público-alvo, localização, organização para o constante desenvolvimento e interesse de clientela, assim como um *tenant mix* bem elaborado, têm, por certo, pretensão exclusiva nos alugueres. A natureza jurídica desse contrato, portanto, é a locação.

Sustenta-se que não se pode tomar uma obrigação contratual pela outra: seus objetivos são díspares e proporcionam resultados, para ambas as partes, completamente diversos. Ora, um empreendimento, tendo uma natureza jurídica, e ofertando ao lojista comércio diferenciado e pronto, seu contrato, suas cláusulas terão uma leitura; outra leitura deverá ter o empreendimento de cunho meramente imobiliário.

Apesar de a lei do inquilinato referir-se a tais pactos indistintamente sob o manto das obrigações locatícias, sugere o estudo que não eles se resolvem como simples locação quando o empreendimento se amolda às características clássicas da figura. Sendo o empreendimento funcional nos moldes clássicos, e, portanto, mantido por contratos baseados na solidariedade e equilíbrio econômico entre empreendedores e lojistas, caberia aos tribunais exegese que permita considerá-lo em moldes que superem ao da simples da locação e permitam às partes validamente integrar determinadas nuances. Esses elementos, por sua vez, residem e vinculam-se especificamente à figura do empreendedor, como idealizador da

megacorporação empresarial, cuja natureza jurídica situa-se na completude negocial, ou seja: estrutura física, planejamento e diagnóstico estratégico e mercadológico, e, sobretudo, garantia do fluxo de clientela.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual do direito do consumidor**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, Luís Antonio. Considerações sobre o aluguel em “shopping centers”. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 168-181.

ANTUNES, Ricardo. Apresentação. In: PADILHA, Valquíria. **Shopping center: a catedral das mercadorias**. São Paulo: Boitempo, 2006. p.13-16.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LOJISTAS DE SHOPPING CENTERS. **Brasil tem 622 shopping centers**. Disponível em: <<http://www.alshop.com.com.br/conteudo.asp?id=38&categoria=noticias>>. Acesso em: 8 jan. 2007.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS. **Apresentação**: o que é a Abrasce. Disponível em: <<http://www.abrasce.com.br/selo.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2006a.

_____. **Definições**. Disponível em: <http://www.abrasce.com.br/ind_shopping/shopp_associados/num_shoppass.htm>. Acesso em: 15 mar. 2006b.

_____. **Estatuto da Associação Brasileira de Shopping Centers - Abrasce**. Disponível em: <<http://www.abrasce.com.br/estatuto.htm#associados>>. Acesso em: 15 mar. 2006c.

_____. **Evolução do setor**. Disponível em: <http://www.abrasce.com.br/evo_setor.htm>. Acesso em: 18 dez. 2006d.

_____. **Segurança**. Disponível em: <http://abrasce.com.br/arq_virtual/pesq_pontuais/seguranca.doc>. Acesso em: 28 dez. 2006e.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidades em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 17-53.

_____. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 87, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BASILIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BESSONE, Darcy. O “shopping” na lei de inquilinato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 81, v. 680, p. 23-33, jun. de 1992.

_____. Problemas jurídicos dos “shoppings centers”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 79, v. 660, p. 7-16, out. 1990.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2. ed. Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. rev. e atual. da 2ª edição da obra O direito civil na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BLANCHET, Jeanne. O novo Código Civil e a função social. In: NALIN, Paulo (Coord.). **Contrato & Sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 63-72. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 12 mar. 2007.

BRASIL. [Código Civil]. **Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n^{os} 1/92 a 44/2004 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n^{os} 1 a 6/94**. Brasília: Senado Federal, 2004.

_____. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991: lei do inquilinato**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Disponível em:
<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75666>>.
Acesso em: 13 jan. 2006.

_____. **Lei nº 8.494 de 23 de novembro de 1991**. Dispõe sobre a extinção do Índice de Salários Nominais Médios e o reajuste dos contratos de locação residencial, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/1989_1994/L8494.htm>. Acesso em: 11 out. 2005.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10257>. Acesso em: 13 mar. 2007.

BUZAID, Alfredo. **Da ação renovatória**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

_____. Estudo sobre “shopping center”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 1-15.

CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. **Anotações à lei do inquilinato: lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em “shopping centers”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 163-177.

CENSO brasileiro de shopping centers, IV. Disponível em:
<http://www.intershopnegocios.com.br/noticias/via20_11_02.htm>. Acesso em: 12 dez. 2006.

CERVEIRA FILHO, Mário. **Shopping centers: direitos dos lojistas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. **As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência**. Disponível em:
<http://www.loboeibeas.com.br/artigos_17.htm>. Acesso em: 2 abr. 2007.

DESTAQUE. **InfoShop**, n. 53, 23 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop53.html>>. Acesso em: 24 jan. 2007. Seção Alshop News.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos** – 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), o Projeto de Lei n. 6.960/2002 e a Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos** – 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), o Projeto de Lei n. 6.960/2002 e a Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

_____. _____. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

_____. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada: lei n. 8.245, de 18-10-1991**. 8. ed. rev. atual. e aum. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUARTE, Alessandro. Guerra dos shoppings. **Veja SP**, São Paulo, a. 37, n. 25, p. 12-13, 23 jun. 2004.

_____. _____. 8 de jan. 2007. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop52.html>>. Acesso em: 9 jan. 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio eletrônico século XXI**. Versão 3,0. Ed. Nova Fronteira, nov. 1999.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 237.

FRANÇA, Beatriz. A (des)construção do direito privado em face da despatrimonialização do sujeito de direito civil constitucional — aspectos constitucionais da autonomia privada. In: NALIN, Paulo. **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba, Juruá, 2006. p. 81-102. v. 2.

GLADSTON, Mamede. **Contrato de locação em shopping centers**: abusos e ilegalidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “shopping center. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 88-115.

_____. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. (Atualização e notas: Humberto Theodoro Júnior)

GONÇALVES, Oksandro. O princípio da etnicidade no direito contratual. In: NALIN, Paulo. (Org.). **Contrato & sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba, Juruá, 2006. p. 25-38. v. 1.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Apontamentos de direito comercial**. Curitiba: Juruá, 1998.

GONZALEZ, Cristiane Paulsen. **Código de Defesa do Consumidor na relação entre lojistas e empreendedores de shopping centers**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional**. São Paulo: Ltr, 2003.

HEIDE, Márcio Pecego. Traços jurídicos, físicos e econômicos da modalidade de negócio chamada shopping center. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=610>>. Acesso em: 8 mai. 2006.

KARPAT, Ladislau. **Shopping centers**: manual jurídico. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Locação em geral e aluguéis em shopping centers**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LANGONI, Carlos Geraldo. “Shopping centers” no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 56-69.

LIMA FILHO, Francisco das C. O Estado social: modelo espanhol e modelo brasileiro. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 4, n. 150. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=891>>. Acesso em: 8 mar 2007.

LIPPERT, Marcia Mallmann. **A empresa no Código Civil**: elemento de unificação no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 30 mar. 2007.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes das obrigações: contratos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. v. 4.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A natureza jurídica das locações comerciais dos “shopping centers”. In: PINTO, Roberto Wilson Renaut; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 79-96.

MATTIETTO, Leonardo. **O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos**. São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial: Direito das obrigações: locação de coisas. Locação de uso e fruição. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 40.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 9. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1972-1973. (2ª Parte: Direito das obrigações - 1973)

_____. “Shopping centers”. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 160-167.

MOSCOGLIATO, Marcelo. O conceito de empresa à luz do novo Código Civil. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini (Coord.). **Temas de dissertação nos concursos da magistratura federal: estudos em homenagem ao professor Benedicto Celso Benício**. São Paulo: Ed. Federal, 2006.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. (Pensamento jurídico, II)

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial**. Campinas: Bookseller, 1999.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. "Shopping center": características do contrato de "direito de reserva" da localização ("res sperata"). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 78, v. 648, p. 13-16, 1989.

PADILHA, Valquíria. **Shopping center: a catedral das mercadorias**. São Paulo: Boitempo, 2006.

PAULA, Lucimar de. A problemática da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações contratuais contemporâneas. In: NALIN, Paulo. (Org.). **Contrato & sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 73-96. v. 1.

PEDROSO, Leda Aparecida. Indústria cultural: algumas determinações políticas, culturais e sociais na educação. **Cadernos Cedes**, Campinas, v. 21, n. 54, ago. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0101-32622001000200006>. Acesso em: 30 mar. 2007).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Súmula integral do simpósio [sobre *shopping centers*]. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **"Shopping Centers": aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984a. p. 5-19.

_____. "Shopping centers": organização econômica e disciplina jurídica. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **"Shopping centers": aspectos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984b. p. 70-87.

_____. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 3.

_____. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

PINHEIRO, Francisco Martins. **Minuta de lei de shopping**. Disponível em: <<http://www.lojistas.info/id/mdld1.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2006a.

_____. **O que é shopping center?** Disponível em: <<http://www.lojistas.net/id/oques1.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2006b.

PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping center: uma nova era empresarial**. 3. ed. rev. e atual. por Vânia Renault Bechara Gomes e Marcos Bragança. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINTO, Roberto Wilson Renault. A doutrina e a jurisprudência francesas a respeito do fundo de comércio nos "shopping centers". In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping**

centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1991.

PINTO, Roberto Wilson Renault. O Fundo de Comércio dos “shopping centers” e o decreto n. 24.150/34. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers:** questões jurídicas: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 219-241.

PUGLIESE, Roberto J. Time sharing, flat service, apart hotel, shopping center, condomínios e loteamentos fechados — expressões modernas do direito de propriedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 85, v. 733, p. 731-762, nov. 1996.

REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (“shopping centers”) no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). **“Shopping centers”:** aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 116-159.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Locação:** questões processuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** obrigações. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Claudio. A locação de espaços em “shopping center”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 81, v. 680, p. 9-22, jun. 1992.

SÃO PAULO 453 anos: de Anchieta ao shopping center. **InfoShop**, n. 53, 23 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop53.html>>. Acesso em: 24 jan. 2007.

SHOPPINGS NOS Estados Unidos. **InfoShop**. n. 53, 23 jan. 2007. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop.53.html>>. Acesso em: 24 jan. 2007. Seção Alshop News.

SHOPPINGS NOVOS atraem recursos estrangeiros. **InfoShop**, n. 51, 19 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.alshop.com.br/infoshop/infoshop51.html>>. Acesso em: 28 dez. 2006. Seção Alshop News.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. Anotações sobre o mundo jurídico dos “shopping centers”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. (Coord.). **Shopping centers:** questões jurídicas: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 179-202.

SOUZA, Sylvio Capanema de. A locação de espaços em *shopping centers* e a ação renovatória. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. (Coord.). **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p. 259-271. v. 1.

TOKARS, Fábio. **Estabelecimento empresarial**. São Paulo: LTr, 2006.

TORRES, Andreza Cristina Baggio. Direito civil constitucional: a função social do contrato e a boa-fé objetiva como limites à autonomia privada. In: NALIN, Paulo. (Org.). **Contrato & sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá, 2006. p. 47-79. v. 2.

TUCCI, Rogério Lauria; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Tratado da locação predial urbana**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VERRI, Maria Elisa Guarandi. **Shopping centers**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

