

Shopping Center na Lei nº 8.245/91

Maria Bernadete Miranda

Mestre em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Empresarial, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Coordenadora e Professora do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Itu e Professora de Direito Empresarial, Direito do Consumidor e Mediação e Arbitragem da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque. Advogada.

1. Introdução

É sabido que o “**Shopping Center**” constitui um produto moderno da evolução tecnológica e que, entre nós, surgiu a partir de 1966. A este novo fenômeno do mundo dos negócios, são próprias e até peculiares as técnicas promocionais de marketing, da distribuição balanceada dos espaços de venda (tenant mix ou simplesmente mix), as implantações estratégicas das chamadas “**lojas âncoras**”, para atração de cliente às “**lojas magnéticas**”, os vastos parques de estacionamento, as áreas e equipamentos de lazer, etc., tudo compõe para a formação de um complexo comercial destinado a estimular o consumo de produtos e serviços.

Dois vetores principais vêm impelindo o público consumidor, representado pelas classes sociais mais privilegiadas aos centros comerciais: 1. A disponibilidade de condução própria, o que facilita o acesso aos “**shopping**”; 2. A segurança física, intra muros. Não é a toa que a responsabilidade de ressarcimento por furto (ou roubo) de veículos estacionados em áreas próprias de “**shopping center**” é atribuída aos empreendedores destes centros comerciais, a despeito de não haver contraprestação pecuniária específica. Segundo jurisprudência o estacionamento “**em espaço próprio para veículos assume dever de custódia**”. Diagnosticaram os Tribunais que, aí, o estacionamento implica num dever de guarda, embora sem a formalização do negócio jurídico de depósito. E enfatizam: “**Não se trata de manifestação de gentileza nem de amizade, mas de serviço complementar, remunerado de maneira indireta**”, ou seja, embutido no preço das mercadorias (R.T. 696/97,689/226,677/117,655/78,639/60).

Certamente em razão do fator segurança, os lojistas de “**shopping centers**” não e mostram receiosos de manter (obrigatoriamente), em funcionamento, seus estabelecimentos em horários noturnos. Por sinal, este horário excepcional

é ditado pelo regime jurídico próprio, ordinariamente previsto em seus regimentos estatutários, chamados de “normas gerais”, que integram os contratos de locação. As normas gerais são, geralmente, consubstanciadas em escritura pública, até para demonstrar que se tratam de regras permanentes e inalteráveis, a justificar a adesão por parte dos lojistas, que a elas se submetem como complemento das condições pactuadas no contrato principal (de locação). Este aspecto faz aflorar condição especialíssima de uso, a qual não é seguida pelas locações de loja de rua. Mesmo porque, faltando a estas a condição de segurança, nem sempre sobra, a esses comerciantes, interesses ou conveniências em estender no horário comercial até às 22 horas (JTACSP-RT-109/340).

É inquestionável, assim, a existência de um fato jurídico novo, gerado pela criatividade de modernas técnicas de venda, **“que deve compor uma unidade jurídica com características próprias”**, como observou, com pertinência, o magistrado Carlos Alberto Menezes, do TJRJ (RT 651/236). Tem-se, pois, novo produto do mercado, voltado principalmente a consumo varejista, o que não exclui, de forma alguma sua ampla aplicabilidade na venda por atacado. Quer neste como naquele, todavia manifesto é o dirigismo do empreendedor no exercício comercial dos seus lojistas, dando a falsa impressão de o comerciante ser uma espécie de sócio oculto em plena atividade de uma sociedade em conta de participação (cf. Rubens Requião, RT 571/15). É que, nesta primeira suspeita, deve ter preponderado - e muito - não somente o dirigismo imposto pelas **“normas gerais”**, refletindo o perfil comercial do empreendimento, como ainda, o efetivo e constante controle do desempenho comercial e lojista. Tanto justifica, também, o critério do **“aluguel percentual”**, que fornece elementos insuspeitos à aferição do desempenho comercial do lojista. Quanto melhor seu desempenho, maior o rendimento locativo.

É certo que esta primeira suspeita, gerada na órbita comercial, não atraiu adeptos. Mas continua válida para demonstrar que se testemunhava o nascimento de um tipo novo de **“negócio jurídico”**, a merecer ordenamento próprio. Identificava o festejado comercialista a **“coordenação ou coligação de vários contratos que estruturam juridicamente a organização e atividade”** (RT 571/18). E, enquanto lei específica não há, alertava que frente a **“fato novo”** não se pode-

ria aplicar *ad litteram* as normas da velha Lei de Luvas, lastimavelmente repetidas na Lei nº 8.245/91. Necessário se fazia que fossem conjugadas as regras do direito comum, da lei do inquilinato e dos princípios de equidade, atentando-se às circunstâncias especiais de cada caso concreto (RT 571/25).

Esta atipicidade contratual desafiou as mais cultas e sábias cabeças do cenário jurídico nacional, preocupadas em definir a natureza contratual desse contrato. Orlando Gomes divergiu da tese de “**contrato coligado**”, por não se verificar, na espécie, a manutenção da identidade dos vários contratos agrupados.

A seu ver, tratava-se de nova figura contratual, atípica que constitui desafio que desafio à doutrina. “**Reconhecer que se trata de um contrato atípico é a posição correta, e que não exige artifícios nem mutilações para submetê-lo a um disciplinamento consentâneo**” (RT 576/18). A pesquisa mais aprofundada do tema levou-o a identificar no “**aluguel percentual**” o traço marcante da relação jurídica em exame, por considera-lo “**o elemento chave do notório êxito dos centros comerciais dessa espécie**” (cf, Novíssimas Questões de Direito Civil, ed. Saraiva, 2ª ed. 1988, p. 360).

A sensibilidade do saudoso mestre manifesta-se com especial agudeza, ao ponderar que mesmo os que não se convenceram de que o “**contrato do lojista com o proprietário do Shopping Center é um contrato atípico misto**”, é de se reconhecer que não está sujeito “**direta e imediatamente ao regime do Dec. Nº 24.150/34**”. Ao menos, na totalidade de suas disposições (RT 576/21). Entre essas incompatibilidades, avulta a retomada da loja para uso próprio, pois o “**locador profissional, como é o dono do Shopping Center , estaria violentando o fim da empresa que organizou se agisse desse modo**” (RT 576/22).

Alfredo Buzaid identificou situação jurídica diferente: “**uma engenhosa criação da economia moderna**”. Chegou a detectar um interesse coincidente do proprietário do “**Shopping**” e dos lojistas, sem chegar a constituir uma *affectio societatis*. Há, aí, na lição do saudoso mestre uma combinação original de idéias que entendem, ao mesmo tempo, com interesse particular do empreendedor e da pluralidade dos comerciantes (cf. Da Ação Renovatória, ed. Saraiva, 1981, vol. II, p. 655/656).

Em nome da peculiaridade (ou originalidade) dessa relação de uso do espaço é que Buzaid, ao reconhecer a existência de um contrato novo, sugere o nome de “**contrato de estabelecimento**”.

Nascimento Franco, em recente obra (Ação Renovatória, ed. Malheiros, 1994, p. 63/64), registra a forte controvérsia estabelecida sobre o acesso à renovatória das locações de que são titulares os lojistas de “**shopping center**”, em face das peculiaridades dessas locações. Por ser unanimemente reconhecida sua singularidade, o consenso dos estudiosos conclamou a necessidade de legislação própria. Com efeito, como se admitir a exceção de retomada, se os “**espaços existem para serem alugados**”! E, se a legislação comum prevê situações destinadas a impedir a continuidade da locação, mister se faz que um regramento apropriado atenda às singularidades das locações dos lojistas de “**shopping**”. Até porque, mesmo as opiniões contrárias dos eminentes Washington de Barros Monteiro e de Caio Mário de Silva Pereira admitiram que não se cuida de “**locações puras**”, quando cotejadas com o modelo clássico.

O entendimento de Darcy Bessone foi enfático no sentido de que, a rigor, não havia como se reconhecer, in casu, a existência de contrato de locação entre o dono do “**shopping center**” e o lojista, pelo que, conseqüentemente, se afigurava inaplicável o instituto da renovação a esta nova situação (RT 660/14).

Enfim a coletânea de artigos dos mais renomados estudiosos (Shopping Center, ed. Saraiva, 1991) retratou as divergências entre os doutos, que o Ministro Cláudio Santos classificou em três grupos atestando a viva polêmica que continua inquietando essa relação de cessão de uso de espaços em centros comerciais:

1. uma gama variada de relações contratuais, sendo a principal delas a que compõe o contrato de locação, ou seja, a cessão do uso das lojas;
2. são contratos coligados, de acordo com a conceituação firmada pelo Supremo;
3. excogita-se de contrato atípico, com regular negócio novo (R.T. 680/12).

O reflexo dessa inquietação foi recepcionada, pela primeira vez, na história da legislação inquilinária, que lhe fez duas referências (art. 52, § 2º e art. 54, da Lei nº 8.245/91), com o que o legislador acabou reconhecendo que essas “**loca-**

ções” (é como as diagnosticas) - embora “**locações**” - se revestem de peculiaridades específicas, que não se fundem com as locações tradicionais de “**lojas de rua**”. Essas ressalvas legais ainda estão longe de apaziguar a polêmica. Bem ao contrário, estão a demonstrar que, efetivamente, se trata de singularidades que reclamam tratamento legislativo próprio, na medida em que a situação é estranha ao regramento inquilinário comum.

O fato é que a complexa relação jurídica, traduzida, até materialmente, em vários instrumentos atrelados entre si, ainda não conferem salvaguardas apropriados aos seus contratantes. Tanto explica porque o irrequieto e culto espírito do Prof. Darcy Bessone vem apresentar anteprojeto de lei destinado a disciplinar, especificamente, os contratos de “**Shopping Center**”, que reabre, com renovadas energias, o exame do tema.

Nesse trabalho, se as relações jurídicas entre a empresa empreendedora e as empresas lojistas não são diagnosticadas como “**contrato de locação**”, mas sim, batizadas de “**contratos de comunidade empresarial vendedora - CEV**”, também o anteprojeto, coerentemente, não se vale do “**aluguel**”. Fica, na expressão generalizada da “**remuneração**”, admitindo a prática do desdobramento : parte fixa e parte variável (porcentual vinculada ao movimento). A parte variável, por ser óbvia, há de retratar o desempenho comercial do lojista, que deve se afinar com o padrão comercial do “**shopping**”. Este resultado mercantil é erigido, em até mais um requisito, a ser satisfeito pelo lojista, para ver reconhecido seu direito á renovação compulsória do CEV (contrato de comunidade empresarial vendedora). Mas, quanto aos demais pressupostos, adota o processo renovatório à legislação inquilinária comum.

Nesse passo mostra o anteprojeto a dificuldade de se desgarrar, por completo, do instituto da renovação da locação. Não abriga, de conseqüência, as “**locações**” de espaços, cujos contratos escritos sejam inferiores a cinco anos. Continua atípico, ainda que tenha menos de cinco anos de duração. Nem por isso, o anteprojeto contempla essa última hipótese com a renovação compulsória, embora o lojista demonstre ter alcançado desempenho comercial à altura do padrão desejado pelo “**shopping**”. Vale dizer que esse lojista se encontra sujeito a rescisão judicial por denúncia vazia.

2. Denúncia Vazia

O § 2º do art. 52, da Lei nº 8.245/91, ao vedar a retomada para uso próprio do locador (o empreendedor), reduziu as hipóteses de retomada, ainda que seja motivada, como forma de assegurar a proteção do fundo de comércio criado pelo lojista. Neste passo, há de se levar em conta, como observa a Profª Maria Helena Diniz (Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada, p. 222), que a matéria envolve “**problema do tenant mix, primordial no planejamento e no sucesso do shopping**”.

Com efeito, se, necessariamente, há de ser preservado o plano do tenant mix, a eventual substituição do lojista que negocia com roupas para homens somente pode ser admitida por outro comerciante do ramo correlato. Caso contrário, poderá ser comprometido o programa de distribuição das atividades comerciais, com direito reflexo nos interesses comerciais, com direito reflexo nos interesses comerciais. Isto significa que, em tese, quando retomado for o espaço locado de um lojista, a mesma atividade desenvolvida pelo lojista retirante há de ser restabelecida pelo novo locatário.

Sobreleva, ainda, considerar que a retomada compulsória do lojista, quando cumpre todos os seus compromissos contratuais, apenas encontra justificativa na hipótese de o mesmo não demonstrar razoável desempenho comercial. Neste caso, estaria comprometendo o prestígio do “**shopping**”, ainda que cumpra, pontualmente, todas as demais obrigações pecuniárias. Sem essa perspectiva, inexistente diferença entre os contratos de duração de cinco ou menos anos, não se justificando a retomada por “**denúncia vazia**” somente por ser de prazo inferior. Encontrando-se perfeitamente em dia com o cumprimento de todas as suas obrigações contratuais, a retomada de sua loja não encontra justificativa na “**denúncia vazia**”, somente porque divergiu do valor das “**luvas**” exigidas pelo empreendedor. A discórdia, neste caso, há de ser resolvida exatamente segundo os mesmos parâmetros dos demais lojistas, cujo direito à renovação é inquestionável.

Afinal, a situação aflitiva desses desprotegidos lojistas faz lembrar as razões do revogado Decreto nº 24.150.34. Não constituirá, seguramente, intolerável

limitação ao direito de propriedade, mas bem ao reverso, se mostrará perfeitamente compatível com seu fim social, a necessidade de se regular as relações entre os donos de shopping centers e lojistas, por meio de adequada disciplina legal, com o fim de proteger a atividade empresarial desses comerciantes, quando demonstram aptidão, capacidade e habilidade comercial à altura do padrão objetivado pelo seu empreendedor.

De fato, em 1934 e, como maior razão, agora, **“não seria justo atribuir, exclusivamente, ao proprietário tal quota de enriquecimento, em detrimento, ou melhor, com o empobrecimento do inquilino que criou o valor”**. Assim, se a divergência com o lojista de contrato de prazo menor de cinco anos esta centrada apenas no acertamento do novo valor locativo, afigura-se abusivo o exercício do direito da retomada por denúncia vazia. Este conflito de interesse se resolve, plenamente, no âmbito da revisional de aluguéis. Não mediante denúncia emotiva que, sem dúvida, chega a agredir a função social da propriedade, preconizada no art. 5º, XXIII, da Carta Magna.

Impõe-se a proteção da contribuição comercial desse lojista na preservação, ou até, no engrandecimento do prestígio do shopping, não podendo ser tratado com regra diversa, somente por não ostentar o escudo protetivo da renovação compulsória.

Significa que incorre onerosidade para qualquer das contratantes, não se pode permitir o desequilíbrio do princípio da comutatividade contratual: nem o enriquecimento indevido do lojista, nem o locupletamento abusivo do empreendedor. Com base nesses princípios, a construção pretoriana se impôs, antes do advento da atual Lei nº 8.245/91, ao admitir, por analogia, a ação revisional dos contratos protegidos pela Lei nº 6.239/75, que regulava as ações de despejo de hospitais, escolas, etc. É de considerar que as duas exceções previstas na atual Lei do Inquilinato, em benefício das locações do **“shopping”**, robustecem a inviabilidade da denúncia vazia.

Se a divergência se concentra apenas no valor do aluguel, a aplicação analógica dos dispositivos que regem a renovação compulsória apropriada se mostra. Isto porque, na esteira do magistério de Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed., For., 1979, p. 210), Há disposição legal que re-

gula caso semelhante. Quer isto dizer que vale para qualquer contrato de “**shopping**” o direito à renovação, independente do prazo de vigência do contrato. Basta que se recorra à analogia.

3. Renovação do Contrato

A inovação mais significativa, introduzida pela Lei nº 8.245/91, no tocante à renovação, foi a de pretender conceituar as relações entre o empreendedor e o lojista no “**Shopping Center**”, como sendo de natureza locatícia, para lhes aplicarem as disposições sobre a renovação.

As notórias perplexidades sobre que seja, na órbita jurídica, o “**Shopping Center**”, bem como sobre o que se passa entre o empreendedor e o lojista, impediram que o legislador de 1991 percebesse que a lei não necessitava de mencionar a locação, para que pudesse compreender o instituto da renovação as referidas relações ente o empreendedor e o lojista. Pode-se compreender que as agruras suportadas pelo lojista, em decorrência da divergência teórica entre juristas e julgados, tenham levado a agarrar-se à figura da locação, como a única tábua de salvação que conseguiram vislumbrar. Desse pavor, terá se valido o empreendedor para aliciar a adesão do lojista, até mesmo a falsa idéia da pactuação livre, em uma situação de clara diferença de forças contratuais em confronto. O legislador de 1991, em lugar de submeter-se a barganhas de entes privados, deveria sobrepor-se a elas, para exercer sua prerrogativa de poder superior, cujo dever é sempre o de disciplinar corretamente as relações jurídicas.

A ação renovatória pode ser conceituada como sendo a que possui o locatário para obter a renovação judicial de seu contratante locatício, sempre que verificados os requisitos do artigo 51 da Lei nº 8.245/91.

Sua sentença, quando decreta a procedência da ação, é de natureza predominantemente constitutiva positiva, eis que dá ao autor novo prazo contratual, alterando inclusive, algumas cláusulas do contrato.

Na vigência do Decreto nº 24.159/34, havia a chamada “**ação denegatória**”, na qual o locador podia manifestar o seu interesse em não renovar a locação (art. 26). Quer pela confusa redação do artigo que dava a entender que o locador poderia propor até mesmo a ação renovatória, quer pela inutilidade prática

daquela ação, quer ainda, pelas inúmeras controvérsias jurídicas acerca de tal, direito, a ação negatória foi muito pouco utilizada, vindo a cair, progressivamente no desuso.

A nova lei inquilinária, mui sabiamente, não manteve as disposições do referido artigo art.26 do Decreto nº 24.150/34, não havendo, pois, diante das novas regras, ação negatória nem dúvidas quanto a não ter locado direito renovatório.

São assim na atualidade, titulares da ação renovatória:

- a) o locatário (caput do art. 51);
- b) seus cessionários ou sucessores na locação (§ 1º do art. 51);
- c) a sociedade de que ele participe, quando o contrato autorizar a utilização do imóvel pela sociedade e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio (§ 2º do art. 51);
- d) o sócio remanescente da sociedade dissolvida por morte de um dos sócios (§ 3º do art. 51);
- e) o sublocatário parcial ou total do imóvel (§ 1º do art. 51). Observe-se que proposta a ação pelo sublocatário do imóvel, ou de parte dele, serão citados o sublocador e o locador, como litisconsortes, salvo se, em virtude da locação originária ou renovada, o sublocador dispuser de prazo que admita renovar a sublocação; na primeira hipótese, procedente à ação, o proprietário ficará diretamente obrigado à renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário.

Tal como ocorria na vigência do Decreto nº 24.150/34, a ação renovatória da nova lei deve ser proposta no interregno de um ano a seis meses antes do término do prazo contratual, ocorrendo a decadência do direito à renovação caso o autor perca essa oportunidade (§ 5º art. 51).

Se o locatário não propuser a ação no referido prazo, a locação perde sua característica especial de locação renovável, ingressando na vala comum das locações não residenciais em sentido amplo.

Para que exista direito à renovação de determinada locação há que se encontrarem preenchidos os seguintes requisitos: a) ser a atividade explorada no imóvel locado comercial, industrial ou empresarial (art. 51 caput e § 4º); b) possuir o contrato forma escrita e estar em vigor por tempo determinado (art. 51, I); c) ter o contrato, ou a soma dos contratos, prazo mínimo de cinco anos, ininterruptos (art. 51, II); d) estar o locatário em exploração da mesma atividade (ramo) pelo

prazo mínimo e ininterrupto de três anos (art. 51, III); e) ter o locatário cumprido rigorosamente o contrato em curso (art. 71, II e III).

Em suma, enquanto previsão legal expressa não é editada, o recurso à aplicação analógica se mostra, no mínimo, oportuno e razoável, para inadmitir a denúncia vazia em locações de espaços de “**Shopping Center**”, e em admitir a ação renovatória nestes mesmos espaços.

Referências Bibliográficas

BITTAR, Carlos Alberto. **Novos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1993.

BUSHATSKY, Jaques. **Shopping center visto pelos tribunais**. Bauru: Edipro, 1993.

BUZUID, Alfredo. **Da ação renovatória**. São Paulo: Saraiva, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KARPAT, Ladislau. **Shopping centers – Manual jurídico**. São Paulo: Hemus, 1993.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Juarez. **Comentários à lei de locação de imóveis urbanos**. São Paulo: Saraiva, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro:Forense, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2001.

VERRI, Maria Elisa Gualandi. **Shopping centers – Aspectos jurídicos e suas origens**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

