

PROGRAMA DE ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM DIREITO COMERCIAL

CONTRATOS EMPRESARIAIS – CLÁUSULAS CONTRATUAIS NOS
CONTRATOS EMPRESARIAIS - MECANISMOS PARA SE EVITAR
CONFLITOS

Prof. Dr. MARCUS ELIDIUS MICHELLI ALMEIDA

CONTRATO DE SHOPPING CENTER

Aluno: Deolindo Luiz Rodrigues Neto

São Paulo – SP

2014

DEOLINDO LUIZ RODRIGUES NETO

CONTRATO DE SHOPPING CENTER

PUC/SP
Curso: Mestrado em Direito
Professor: Dr. Marcus Elidius Michelli
Almeida
Aluno: Deolindo Luiz Rodrigues Neto

SÃO PAULO
2014

1. Introdução

Uma sociedade exacerbadamente capitalista como a que de há muito vivenciamos, releva relações negociais cada vez mais modernas e sofisticadas,

cujo principal objetivo é sempre o de atrair em grande escala a atenção de pessoas ávidas pelo consumo.

É neste caminho que surgem os *shopping centers*, palavra de origem americana que significa “centro de compras”. Composto por diversos atrativos, o *shopping center* atrai tanto pela grande variedade de lojas que o compõe, como pela comodidade e facilidade que proporciona aos consumidores que o frequenta, coisas imprescindíveis para um negócio de sucesso no mundo moderno e cada vez mais dinâmico que vivenciamos.

Pode-se dizer que *os shopping centers são exemplos da característica cosmopolita do desenvolvimento econômico dos grandes centros urbanos*¹.

No que diz respeito aos benefícios gerados pelo *shopping center* Cristiane Paulsen Gonzalez relata que:

O shopping reuniu tudo o que era esperado e, como se não bastasse, surpreendeu positivamente, desempenhando inclusive um relevante papel social: além de proporcionar a otimização do tempo, tão escasso diante de inúmeras atividades que o homem moderno tem sob o seu encargo, resgatou o esquecido lazer em família. Nada como unir o útil ao agradável².

Contudo, e em que pese seu assente e louvável sucesso econômico-financeiro, as relações jurídicas que permeiam o *shopping center* sempre foram alvo de instigantes estudos, especialmente no que toca ao contrato firmado entre o empreendedor de *shopping center* e seus lojistas.

Assim, este trabalho se propõe a abordar as principais características do *shopping center* como empreendimento, bem como traçar os mais relevantes pontos que permeiam a relação contratual entabulada entre empreendedor e lojistas.

¹ RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Manual do Novo Direito Comercial*. Ed. Dialética.

² GONZALES, Cristiane Paulsen. *Código de defesa do consumidor na relação entre lojistas e empreendedores de shopping centers*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

2. Conceito

A Associação Brasileira de *Shopping centers* – (“ABRASCE”) define *shopping center* como:

Empreendimentos com Área Bruta Locável (ABL), normalmente, superior a 5 mil m², formados por diversas unidades comerciais, com administração única e centralizada, que pratica aluguel fixo e percentual. Na maioria das vezes, dispõe de vagas de estacionamento compatível com sua área de vendas e lojas âncoras³.

Adiante-se que a simples leitura da definição traçada pela associação nacional do gênero já denote algumas características elementares do *shopping center*, contudo, este ponto será melhor esmiuçado em capítulo específico do presente trabalho.

No campo doutrinário-jurídico, a professora Maria Helena Diniz ensina que o *shopping center*:

Envolve um complexo organizacional relativo a sua localização, a sua viabilidade econômica, à captação de recursos, à adesão ao tenant mix por parte dos lojistas, que se subordinarão a um contrato normativo que traça as normas para o seu bom funcionamento e sucesso comercial⁴.

Já para o festejado jurista Fabio Ulhôa Coelho:

O *shopping center* é um empreendimento peculiar, em que espaços comerciais são alugados para empresários com determinados perfis, de forma que o complexo possa atender diversas necessidades dos consumidores⁵.

Modesto Carvalhosa, com o brilhantismo que lhe é peculiar, de maneira resumida, mas extremamente esclarecedora, crê o *shopping center* em apenas duas palavras: *planejamento e eficiência*.

Além destes, o doutrinador Caio Mario da Silva Pereira, diga-se, mais incisivo, leciona que:

³ Disponível em <www.abrasce.com.br>. Acesso em 14 de maio de 2013.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos conceitos / Maria Helena Diniz*. – 3. ed. ampl. e atual.. – São Paulo : Saraiva, 1999.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial / Fabio Ulhôa Coelho*, volume 1 : direito de empresa - 16ª ed - São Paulo: Saraiva, 2012.

Na sua aparência externa é um edifício de grandes proporções, composto de confortáveis salões para instalação de numerosas lojas, arranjadas com gosto e até com certo luxo, distribuídas ao longo de vários andares, selecionadas em razão de ordenamento especial que atende a estudos destinados a distribuir os ramos de atividades segundo uma preferência técnica (mix) e levando em consideração que é necessário fixar a atenção dos consumidores sobre certas marcas ou denominações de maior atração (lojas-âncora). A situação topográfica é a de maior relevância, porque pretende livrar a clientela dos inconvenientes impostos pela concentração urbana em bairros de elevado índice demográfico. Levando ainda em consideração que a freguesia mais numerosa é composta de pessoas de classe média, que usam para sua locomoção o carro unipessoal ou familiar, o shopping tem de oferecer amplo estacionamento para veículos. Atendendo a quem, além do cliente, certo vai à procura de determinado produto, o shopping não descarta a clientela potencial, oferecendo atrativos (cinema, play ground, rink de patinação, centro de diversões) distribuídos de tal arte que alia o centro comercial a local de lazer⁶.

Assim, com os preciosos ensinamentos dos renomados juristas aqui relatados, podemos definir *shopping center* como empreendimento empresarial com características próprias, como a distribuição e a organização do espaço interno, a boa localização, o planejamento da atividade locatícia para empresários (lojistas), a otimização do marketing, administração única e centralizada e estacionamento. Todos estes itens possuem como principal objetivo promover a comodidade de seus consumidores e fomentar em grande escala o consumo.

3. Natureza Jurídica

Importa mencionar que a doutrina sempre travou saudável embate no tocante à natureza jurídica do contrato de *shopping center*. Ademais, é bom

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: organização econômica e disciplina jurídica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 580, fev/2004.

que se diga que boa parte das discussões já foram superadas, notadamente daqueles que enxergavam no contrato de *shopping center* natureza jurídica de uma sociedade em conta de participação e daqueles que, de outro lado, o comparavam a uma relação condominial entabulada entre lojista e empreendedor.

Neste aspecto, a discussão que sempre ganhou -- e ainda ganha -- corpo e alto nível de discussão na seara doutrinária diz respeito a se o contrato de *shopping center* possui natureza jurídica de contrato de locação ou natureza jurídica de contrato atípico misto.

Modesto Carvalhosa, Caio Mario da Silva Pereira e Fabio Ulhôa Coelho, por exemplo, prestigiam o entendimento de que se trata de contrato de natureza locatícia, porquanto existe expressa previsão legal na lei de locação⁷ (8245/1991) a respeito do contrato de locação em *shopping center*.

O professor Caio Mário da Silva Pereira, embora admita a existência de aspectos bastante específicos na relação contratual firmada entre lojista e empreendedor de *shopping center*, não os consideram suficientes para poder descaracterizar a natureza de locação da relação havida.

Como dito, o principal argumento dos que sustentam a natureza locatícia do contrato de *shopping center* possui amparo na lei de locação, que expressamente dispõe sobre o *shopping center*.

Contudo, este amparo na lei de locação é relativo. Os que defendem a locação como sendo a natureza jurídica do contrato de *shopping center* o fazem alegando possuir ele (o contrato) todos os elementos pertinentes a esta categoria de negócio jurídico.

⁷ Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em *shopping center*:

a) as despesas referidas nas alíneas a, b e d do parágrafo único do art. 22; e

b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.

Ocorre que no contrato de *shopping center* temos também as obrigações advindas de outros tipos contratuais, como o contrato de prestação de serviços, por exemplo.

Fabio Ulhôa considera *que entre o empreendedor e o lojista existe um contrato de locação, embora revestido de cláusulas especiais com vistas ao atendimento das características próprias do shopping*⁸.

Esta posição, em que pese competentemente sustentada por seus adeptos, não é compartilhada por parte da doutrina. Maria Helena Diniz, por exemplo, critica severamente tal posição, ao afirmar que *a moldura do contrato de locação não é idônea para guarnecer a relação entre o empreendedor do shopping e o lojista. Este contrai obrigações que não são próprias de um locatário*⁹.

Assim, tanto para a renomada professora, quanto para Orlando Gomes e Álvaro Villaça Azevedo, o contrato de *shopping center* é *atípico misto*. Álvaro Villaça Azevedo vai ainda mais longe, sugerindo a denominação de contrato de *centro comercial*.

A atipicidade do contrato de *shopping center* surge do fato de que, privado de *nomen iuris*, ele encerra inúmeras peculiaridades não encontrada em nenhum outro contrato. De outra banda, é misto porque contém diversos elementos de outros contratos, de maneira que não se pode dizer que pertença a qualquer dos tipos que se assemelha.

Diniz assevera com maestria o assunto, relatando que:

Há um *modus vivendi* peculiar no *shopping center* que não terá personalidade jurídica, por ser uma organização resultante de atos e idéias, que redundam em contratos diversificados, que, por sua vez, se fundem numa unidade

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* / Fabio Ulhôa Coelho, volume 1 : direito de empresa - 16ª ed - São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos conceitos* / Maria Helena Diniz. – 3. ed. ampl. e atual.. – São Paulo : Saraiva, 1999.

econômica e jurídica, transformando-se num só contrato *sui generis*, atípico e misto¹⁰.

Assim, esta nos parece ser a visão que mais se coaduna com a realidade, porquanto o contrato de *shopping center* carece de regulamentação legal específica que possa tratar de todas as especificidades encontradas em referido tipo contratual, que, como se verá, rege-se muito mais pelas normas ditadas pelo empreendedor do que pela lei de locação.

4. Características

É importante frisar que uma pessoa que loca determinado espaço -- mesmo que o faça para lojistas -- não pode ser considerado empresário, será

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos conceitos / Maria Helena Diniz*. -- 3. ed. ampl. e atual.. -- São Paulo : Saraiva, 1999.

apenas um investidor do ramo locatício, não podendo ser considerado empresário para os fins legais.

De igual forma, se esta mesma pessoa divide seu imóvel locado em diversas lojas (galeria), recebe pela contraprestação das lojas locadas, mas não organiza nem planeja a divisão do espaço locado, será igualmente pessoa atuante no ramo imobiliário, na locação de imóveis, mas não empresário.

Todavia, se no caso do último exemplo essa pessoa *organiza e planeja* a distribuição dos espaços locados, dando-lhes destinação específica, estar-se-á de frente de um empresário do ramo de *shopping center*.

Feitas essas primeiras considerações, pode-se extrair da doutrina que se dispôs a discutir a respeito do *shopping center* as seguintes características, encontradas em todos os empreendimentos deste tipo: **(i)** comodidade; **(ii)** segurança; **(iii)** espaço único; **(iv)** planejamento da distribuição do espaço (*tenant mix*); **(v)** diversidade de produtos ou serviços; **(vi)** estacionamento.

Todas essas características do empreendimento *shopping center* possuem como único escopo o oferecimento aos consumidores da mais variada sorte de produtos e serviços, de maneira cômoda e única, visando, invariavelmente, o consumismo deliberado.

Já no tocante às características das cláusulas dos contratos de *shopping center* propriamente ditas, de se ver que elas dizem respeito, especialmente, à remuneração devida pelo lojista ao empreendedor, e desdobram o aluguel numa parcela fixa, reajustável, e outra variável, proporcional ao faturamento do lojista/locatário. Interessante que para fins de mensuração da parcela reajustável, o contrato costuma autorizar o empreendedor a vistoriar as instalações e até auditar as contas dos locatários, fiscalizando o movimento econômico do lojista.

Afora esta característica essencial, as condições entre empreendedores e lojistas podem ser realizadas livremente, respeitadas

algumas ressalvas previstas na lei de locação. A propósito, esta é característica mais marcante do contrato de *shopping center*: a plena liberdade de contratar das partes.

Vale trazer alguns exemplos de cláusulas de responsabilidades dos empreendedores comumente encontradas em contratos de *shopping center*:

- a) reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel – pintura (fachada, esquadrias, etc.);
- b) indenizações previdenciárias e trabalhistas pela dispensa de empregados antes do início da locação;
- c) obras ou substituições de equipamentos que impliquem modificação do projeto ou memorial descritivo da data do habite-se;
- d) obras de paisagismo nas partes de uso comum; e
- e) despesas não previstas no orçamento, salvo nos casos comprovados de urgência ou força maior.

Lado outro, é corriqueiro estipular em contrato deste tipo as seguintes obrigações aos lojistas:

- a) submissão à fiscalização para fins de apuração do percentual (aluguel variável);
- b) impossibilidade de mudar o ramo de negócio, sem prévia autorização;
- c) impossibilidade de cessão, transferência ou sublocação do espaço sem prévio consentimento;
- d) submissão do projeto da loja imposto pelo empreendedor;
- e) pagamento 13^a aluguel, em alguns casos.

Demais disso, cumpre esclarecer que estão envolvidos na relação do *shopping center* as seguintes figuras: i) empreendedor: pessoa física ou jurídica que planeja, organiza, constrói e desenvolve o *shopping center*; ii) lojista: pessoa física ou jurídica que explora o espaço comercial; e iii)

administradora: contratada pelo empreendedor, a qual cabe a administração, total ou parcial do empreendimento.

Finalmente, de se ver que todas as características elencadas no presente capítulo relativas ao contrato de *shopping center* podem parecer -- numa primeira ótica -- pouco isonômicas, notadamente por conta de que alguns traços peculiares contidos no contrato (v.g. impossibilidade de alteração do ramo empresarial e submissão à fiscalização por parte do empreendedor). Todavia, essa impressão não se sustenta na medida em que as condições entre empreendedores e lojistas podem e devem ser realizadas livremente, já que esta condição é o que mantém o sucesso do negócio.

A plena liberdade de contratar das partes, com cláusulas intrinsecamente peculiares do tipo de negócio, é o que faz atender as características próprias do shopping, beneficia-as enquanto atividade empresarial e promove o sucesso do negócio shopping center.

Há, na relação entabulada entre empreendedor e lojista, evidente caráter de parceria e proporcionalidade, de modo que tal relação é vital à plenitude da liberdade de contratar.

5. Fundo de comércio

O fundo do comércio é o complexo de bens (corpóreos e incorpóreos) reunidos pelo empresário para o exercício da atividade empresarial.

Sobre shopping center, o seu fundo de comércio, segundo Fernando Albino, está consubstanciado “na própria concepção do empreendimento, na distribuição inteligente e eficaz dos vários ramos do negócio (tenant mix), na estrutura organizacional, na administração, na idealização constante de campanhas promocionais”¹¹.

Por outro lado, há o fundo de comércio estabelecido pelo lojista, um ponto comercial locado do shopping. Nos dizeres de Silvio Venosa, há “um fundo de comércio dentro de outro, ou seja, há um ponto comercial locado do shopping, no interior de outro ponto comercial. Daí a expressão sobrefundo de comércio”¹²

Analisando a questão, Caio Mário da Silva Pereira concluiu que “Dentro do shopping Center há essa duplicidade de conceito de fundo de comércio. É fundo de comércio o global do shopping, como o é também aquele que é construído pelo usuário”¹³

A doutrina de Ives Gandra da Silva Martins esclarece que "os "shopping centers" são, em verdade, um sobreestabelecimento comercial, cuja estrutura permite que o estabelecimentos comerciais, que neles se instalem, existam e nele tenham sua principal razão de ser e força. Não há estabelecimento comercial instalado em "shopping center", que não tenham seus titulares o escolhido em função dos aspectos de agregação valorativa representada pelo acréscimo que tal instalação fatalmente provocará.

São, portanto, os "shopping centers", para todos os estabelecimentos que os compõem, uma espécie de sobreestabelecimento de onde recebem o principal fator de força mercantil, mesmo que sejam famosas as marcas ou renomadas as sociedades que se unam em suas dependências.

Isso porque quem escolhe um "shopping center" para nele instalar um estabelecimento, pretende desenvolver seu próprio comércio, mas sabe que o

¹¹ OLIVEIRA, Fernando Albino de. Fundo de comércio em shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; _____ (coord.). Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 55-77.

¹² Op. Cit., p. 250.

¹³ Shoppings Centers – Aspectos Jurídicos, Revista dos Tribunais, 1984, p. 17.

desenvolverá com substancial colaboração da entidade que lhe cede espaço, que lhe oferta promoção, que lhe garante um público frequentador, pelo simples fato de ser um "shopping" e independentemente da própria força¹⁴."

6. *Tenant Mix*

O tema pautado para tratamento no presente capítulo configura-se como o mais relevante elemento do *shopping center*.

¹⁴ "A natureza jurídica das locações comerciais dos "shopping centers"; Portal "Boletim Jurídico", pesquisado em 21/03/2011 e inserido em 14/09/2000 – destaques nossos.

A Empresa de Shoppings Center S.A. – IGUATEMI, define o *tenant mix* como o plano de distribuição dos tipos e tamanhos de lojas pelo shopping center, de modo a gerar conveniência lucrativa para os lojistas e para os empreendedores dos shopping centers¹⁵.

Fabio Ulhôa Coelho, ao tratar do assunto assim profetiza:

O empreendimento compreende, inclusive, uma relativa organização da competição empresarial.

[...]

Sem a organização da concorrência interna, não se pode considerar *shopping center* uma simples concentração de lojas num mesmo prédio.

[...]

Mesmo para enfrentar a concorrência entre os shoppings Center, o empresário deve constantemente ajustar o complexo às imposições do mercado de consumo (por exemplo: substituindo ou subtraindo lojas âncoras, oferecendo produtos da moda, melhorando a praça de alimentação).

[...]

Há todo um planejamento de distribuição do espaço (o *tenant mix*), de sorte a oferecer aos consumidores uma variada gama de produtos, marcas, além de atrativos na área de lazer e restauração. Ao locar uma loja, o empreendedor não pode perder de vista o complexo em sua inteireza, devendo atentar à necessária combinação da diversidade de ofertas, fator inerente ao sucesso do empreendimento. Se no shopping já há uma farmácia estabelecida, não se justifica, pela lógica do negócio, locar espaço para outra.

[...]

Por sua vez, o lojista, ao ocupar espaço no centro de compras, passa a fazer parte de um sistema empresarial, devendo se submeter às normas fixadas quanto ao horário de funcionamento, padrão dos produtos oferecidos, layout, bem como participar das promoções conjuntas de vendas, contribuir para a manutenção dos espaços comuns, integrar a associação dos lojistas etc¹⁶.

Vejamos como é tratado o conceito de *tenant mix* pela jurisprudência:

¹⁵ Disponível em <http://iguatemi.infoinvest.com.br/static/ptb/glossario.asp?menu_secao=menu_outras_info>. Acesso em 22 de maio de 2013.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* / Fabio Ulhôa Coelho, volume 1 : direito de empresa - 16ª ed - São Paulo: Saraiva, 2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - SHOPPING CENTER - CONTRATO ATÍPICO - MEDIDA CAUTELAR - ALTERAÇÃO DO NOME FANTASIA - IMPOSSIBILIDADE - LIBERALIDADE DAS PARTES - NOME FANTASIA ELEMENTO ESSENCIAL DO CONTRATO - NECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DAS EMPREENDEDORAS - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E LIBERDADE ECONÔMICA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A organização de um "Shopping Center" é uma atividade muito complexa que exige a escolha e seleção de unidades para proporcionar o equilíbrio da competição, conhecido também como tenant mix. (6799782 PR 0679978-2, Relator: Antonio Loyola Vieira, Data de Julgamento: 06/10/2010, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 492)

Apelações. Ações cautelar, declaratória e de despejo. Conexão. Contrato de locação comercial em Shopping Center. Contrato sui generes. Observância à Lei de Locações, às Normas Gerais do Shopping e ao tenant mix. Determinação dos ramos e localização das lojas e pontos-de-venda dentro do centro de compras. Sentença de procedência dos pedidos da cautelar e da declaratória e improcedente do despejo. Apelos do réu. Lojista que exerce a atividade de self-service no ramo de bar, restaurante e lanchonete. A perda da eficácia da medida liminar não impõe, necessariamente, a extinção da cautelar sem resolução do mérito. Ação principal, ajuizada apenas um dia após o termo final, julgada procedente. Princípio da causalidade. Dever do vencido em arcar com as despesas do processo. Fotos da praça de alimentação do Shopping mostram garçons de uniformes diferentes fazendo o atendimento a clientes nas mesas, demonstrando ser comum esse tipo de serviço. Inexistência de vedação contratual expressa. Não verificada violação a contrato de locação ou a Regimento Interno do Shopping, indevidas as multas impostas e a restrições feitas pelo réu, bem como ausente justa causa capaz de embasar o decreto de desalijo. Sentença que se confirma, em toda sua extensão. Não provimento dos recursos. (124299420058190203 RJ 0012429-94.2005.8.19.0203, Relator: DES. KATYA MONNERAT, Data de Julgamento: 04/08/2010, SETIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 13/08/2010)

Assim, o *tenant mix* nada mais é do que uma organização estratégica, um planejamento de distribuição do espaço, realizado através de estudos, que dispõe as lojas de maneira a atrair os consumidores, atendendo como base as

chamadas lojas âncoras, que como seu próprio nome diz, tem como objetivo seduzir os clientes.

O empreendedor deve adequar as lojas para comporem o estabelecimento, distribuindo-as racionalmente a fim de favorecer uma maior circulação dos frequentadores nas áreas do *shopping center*, até como forma de proteção da administração contra a excessiva concorrência ou a competição autofágica.

Por fim, é importante observar que a atividade desenvolvida pelo empreendedor na formação do *tenant mix*, inclusive na pré-seleção das lojas e espaços, em função do conjunto, tem um valor do qual o lojista se beneficiará.

7. Contraprestações: a retribuição por aluguel e a *res sperata*

Ponto que também merece especial atenção quando falamos de *shopping center* diz respeito às contraprestações devidas pelos lojistas aos empreendedores deste ramo de negócio.

O aluguel devido pelos lojistas, por exemplo, possui natureza dúplice: é fixo e variável, prevalecendo sempre o de maior valor apurado em determinado período.

Para mensurar o valor desta parcela variável, é bastante comum os contratos desta natureza autorizarem o empreendedor/locador a auditar as contas dos lojistas/locatários, vistoriar as instalações ou, até mesmo, fiscalizar o movimento econômico em cada loja.

Ademais, há outras contraprestações inerentes ao contrato de *shopping center*, como a *res sperata*. A *res sperata* é uma prestação retributiva das vantagens em se estabelecer num complexo comercial que possui já uma clientela constituída¹⁷.

Em contrapartida ao pagamento da *res sperata*, o lojista tem a garantia que uma loja do shopping estará reservado a ele. Portanto, a *res sperata* é o direito que o lojista tem de integrar o complexo mercadológico desenvolvido pelo empreendedor.

Fernando Albino A. de Oliveira (in RDT 45/169), leciona acerca da *res sperata* que:

Trata-se da importância paga pelo lojista como retribuição pelos estudos técnicos procedidos pelo empreendedor do *shopping center*, envolvendo pesquisas de mercado, estudos de viabilidade econômica, de projetos e de alocação do tenant mix, garantia de reserva de espaço e direito de participar da estrutura organizacional do *shopping center*.

Neste sentido, pode-se afirmar que a *res sperata* tem por objetivo remunerar o empreendedor de *shopping center* pelos estudos técnicos e pela viabilização do empreendimento, garantindo o direito ao futuro lojista de participar do empreendimento e auferir dos benefícios por si criados.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* / Fabio Ulhôa Coelho, volume 1 : direito de empresa - 16ª ed - São Paulo: Saraiva, 2012.

Esta parcela é assemelhada a existente em contratos de franchising, onde o franqueado paga a título de participação inicial, determinada importância, sem prejuízo da obrigação do pagamento das prestações em caráter periódico.

Com efeito, as atividades desenvolvidas pelos empreendedores de *shopping center*, como a formação do *tenant mix* e a pré-seleção das lojas e dos espaços, possui um valor do qual o lojista fatalmente se beneficiará, e portanto, deve contribuir com a sua parcela. Esta, pois, a justificativa do pagamento da *res sperata*.

8. Jurisprudência

Complementarmente às informações trazidas no presente trabalho, e até como forma de melhor embasá-las, trazemos à baila, pois, julgados acerca do assunto.

Frise-se que a jurisprudência é bastante rica no debate dos contratos de *shopping Center*. Por isso, optamos por colacionar dois julgados que tomamos por emblemáticos.

No primeiro é asseverada a prevalência das condições livremente pactuadas entre as partes; no outro, é tratada a possibilidade de suspensão do pagamento da *res sperata* pelo lojista. Vejamos:

1. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL - LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER - CONTRATO ATÍPICO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR MATERIAIS E MORAIS LEI DO INQUILINATO - APLICAÇÃO - LEI 8245/1991 QUE ESTABELECE QUE NAS RELAÇÕES ENTRE LOCADOR E LOJISTAS LOCATÁRIOS PREVALECEM AS CONDIÇÕES LIVREMENTE PACTUADAS NOS RESPECTIVOS CONTRATOS, EM VIRTUDE DAS PECULIARIDADES DESSE EMPREENDIMENTO, QUE ENVOLVE UM COMPLEXO DE ATIVIDADES (ART. 54).

DÉCIMO TERCEIRO ALUGUEL - ALUGUEL PERCENTUAL FUNDO DE PROMOÇÃO - NÃO-ABUSIVIDADE - RELAÇÃO ASSOCIATIVA ENTRE EMPREENDEDOR E LOJISTAS, PARA CONSECUÇÃO DE PLANO ESTRATÉGICO ENVOLVENDO PRODUTOS E SERVIÇOS, COM VISTA A UM FIM COMUM: RENTABILIDADE PELA VENDA DE MERCADORIAS, DA QUAL PARTICIPAM AMBOS.

JUSTA EQUAÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTER*, BENEFICANDO AMBAS AS PARTES, O QUE JUSTIFICA A ATICIPIDADE DE CERTAS CLÁUSULAS NELE INSERIDAS.¹⁸

1. Cuida-se de ação de rescisão de contrato de locação de espaço em *shopping center*, com pedido de indenização por danos materiais e morais, sob a alegação de uma infundada conduta discriminatória que o shopping dispensaria ao lojista demandante, além de supostas cobranças abusivas efetuados pelo locador, ora réu, a título de aluguel, fundo de propaganda e condomínio.

¹⁸ Processo: Apelação 0006841-98.2008.8.19.0204 - Relator(a): Des. Marcelo Lima Buhatem - Julgamento: 25/04/2011 - Órgão Julgador: QUARTA CAMARA CIVEL - TJ/RJ

2. Aos contratos de locação em *shopping center* aplica-se a Lei do Inquilinato (art. 54 da lei 8.245/91), recorrendo às normas do Código Civil de 2002.

[...]

6. As partes celebraram, livremente, o pacto locatício, no qual, mutuamente, se comprometeram a adimplir as cláusulas ajustadas. Assim, ao passo que o shopping permite ao lojista a utilização do imóvel, lhe provendo toda a estrutura de segurança e de marketing, o locatário, em contrapartida, deve efetuar, mensalmente, o pagamento dos encargos de locação previsto no contrato, em valores razoáveis e de acordo com a realidade do mercado.

7. O art. 54 da Lei 8.245/91 prevê a liberdade contratual entre os lojistas e empreendedores, prevalecendo o contrato firmado entre as partes como a lei regente da matéria, e os demais artigos da Lei do Inquilinato se aplicando como disposições procedimentais.

8. Contudo, a aludida liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, e outros princípios jurídicos, nos termos do art. 421 a 425 do Código Civil Brasileiro, entre outros.

9. Nesse viés, nada há de abusivo ou ilegal no chamado “décimo terceiro aluguel”. A cobrança do aluguel referente ao mês de dezembro, certamente em todos os contratos de locação celebrados em *shopping center* é feita em dobro, tendo em vista a evidente relação de parceria e proporcionalidade que existe entre o faturamento do lojista – que aumenta consideravelmente no mês de dezembro – e o valor dos aluguéis, que são calculados com base no que aufero o locatário.

10. A doutrina e a jurisprudência majoritária acatam a cobrança do décimo terceiro aluguel, sob o argumento da liberdade contratual e da justa equação econômica nos contratos de locação em shopping, que justificam a atipicidade de certa cláusulas neles inseridas.

11. Também não se verifica qualquer abusividade na cláusula que estabelece o chamado “aluguel percentual”. Como bem destacado pela Min. Eliana Calmon, no REsp 178908, o aspecto mais interessante do *shopping center* e que o distingue como contrato atípico, é o propósito principal: relação associativa entre empreendedor e lojistas, que põem em prática um plano estratégico que mistura produtos e serviços, com vista a um fim comum: rentabilidade pela venda de mercadorias, da qual participam ambos.

12. Portanto, as cláusulas que aproximam a aparente relação locatícia a uma parceria comercial não se afiguram abusivas. Na verdade, a opção por se estabelecer em *shopping center* garante ao lojista maior quantidade de clientes com muito mais segurança e

qualidade de serviços, sendo certo que, para tanto, deve arcar com o respectivo custo.

13. Ademais, não há o que se falar em desequilíbrio entre as partes contratantes, justamente por ser mera opção da sociedade se estabelecer em shopping. Diante das inúmeras vantagens oferecidas pelo condomínio ao lojista, descabe a pretensão de pagar pela locação somente o aluguel mínimo, como se tratasse de locação comercial propriamente dita.

14. É certo que o princípio da força obrigatória dos contratos há muito foi relativizado em razão de princípios como o da função social do contrato e vedação do enriquecimento sem causa. Entretanto, aqui, vislumbra-se integral preservação da função social do contrato, requerendo a apelante verdadeira quebra de isonomia em relação a todos os demais lojistas que pactuaram com o condomínio réu condições similares à presente.

15. No que tange à cláusula 5.12 que obriga o lojista informar o seu faturamento para determinação do aluguel percentual, nada tem de abusivo ou ilegal.

16. A auditoria de vendas é a obrigatoriedade do lojista informar o seu faturamento para determinação do aluguel percentual. Toda semana, o lojista preenche um formulário próprio informado os valores das vendas.

17. A atividade dessa auditoria decorre do próprio aluguel percentual, por isso, é um direito previsto no contrato.

18. Questiona o apelante, igualmente, a taxa de propaganda cobrada pelo shopping a título de fundo de promoção (cláusulas 7 e 7.1 do contrato locatício) que vem a ser a propaganda em Televisão, Outdoor, Busdoor, enfim toda propagando escrita e falada, alegando que em momento algum recebeu qualquer informativo, ou mesmo cópia da referida propaganda.

19. É bem verdade que a locação de *shopping center* é bastante onerosa porque, além do aluguel, o lojista paga o fundo de promoção e uma parcela das contas comuns, denominado, equivocadamente de condomínio. Nesse diapasão, a boa relação de transparência, realizada através da troca de informações, é que fortalece o relacionamento entre as partes do contrato de locação em *shopping center*

20. O lojista que pretende entrar no *shopping center* deverá solicitar o relatório de contas do condomínio e fundo de promoção, porque são despesas mensais que se somam ao valor do aluguel.

21. Desta forma, qualquer divergência, dúvida ou questionamento quanto ao fundo de promoção deverá ser comunicado, formalmente, à administração do shopping, para prestar os esclarecimentos pertinentes.

22. Não atendido o lojista tem este a faculdade de manejar cautelar de exibição de documentos, como é o

caso do autor apelante, que alega que não recebeu qualquer informativo ou mesmo cópia das propagandas realizadas pelo shopping, não sendo a via da rescisão contratual a adequada para tal fim.

[...]

29. Não tendo havido, portanto, descumprimento pelo réu das condições avençadas (pact sunt servanda), não merece prosperar o pedido de rescisão contratual, bem como qualquer pleito indenizatório, diante da inexistência de qualquer ato ilícito, seja ele contratual, ou extracontratual, pelo réu.

2. Superior Tribunal de Justiça:

COMERCIAL. SHOPPING CENTER. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO PELO LOJISTA (MIX). DESRESPEITO PELO INCORPORADOR - ADMINISTRADOR. DESVIRTUAMENTO DO OBJETO DO CONTRATO (RES SPERATA). PAGAMENTO PARCIAL DO PREÇO DE COMPRA DA LOJA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO ALEGADA PELO LOJISTA. POSSIBILIDADE. ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL/1916 E ART. 476, DO CÓDIGO CIVIL/2002. -

O lojista pode deixar de efetuar o pagamento total do preço do contrato de promessa de compra e venda de loja situada em *shopping center*, se o incorporador-administrador descumpre sua obrigação de respeitar a cláusula de exclusividade na comercialização de determinado produto pelo lojista (mix), permitindo que loja âncora venda o mesmo produto vendido pelo lojista. Trata-se de aplicação do art. 1.092 do Código Civil/1916 (art. 476, do Código Civil atual).

- Tratando-se de *shopping center*, o incorporador-administrador, além de ter a obrigação de entregar a loja num ambiente com características comerciais pré-determinadas no contrato assinado com o lojista (tenant mix), não pode alterar tais características depois de instalado o shopping, isto é, durante todo o período de vigência do contrato entre lojista e empreendedor, sob pena de desvirtuamento do objeto do contrato (res sperata). Recurso especial conhecido e negado provimento¹⁹.

Assim, é possível perceber que, no que tange aos contratos de shopping center, a jurisprudência entende que, sobre a liberdade de contratar entre locador e lojistas, “prevalecem as condições livremente pactuadas nos

¹⁹ Processo: REsp 764901 RJ 2005/0110738-7 - Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI - Julgamento: 09/10/2006 - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Publicação: DJ 30.10.2006 p. 299 – STJ.

respectivos contratos, em virtude das peculiaridades desse empreendimento, que envolve um complexo de atividades”. Noutra giro, em relação à *res sperata*, é permitido ao locatário “deixar de efetuar o pagamento total do preço do contrato de promessa de compra e venda de loja situada em *shopping center*, se o incorporador-administrador descumpre” a obrigação de respeitar a cláusula de exclusividade na comercialização de determinado produto pelo lojista.

9. Cláusula de raio – análise do caso Shopping Iguatemi

Tendo em vista que a redação do artigo 54 da Lei 8.245/91 estatui que “nas relações entre lojistas e *shopping Center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação”, uma cláusula comumente inserida nos contratos de locação é a cláusula se raio.

A cláusula de raio ou de exclusividade territorial é a proibição que o shopping impõe aos lojistas de explorar o mesmo ramo de comércio por eles exercidos em uma distância circunscrita determinada previamente.

O estudo da cláusula de raio mostra-se extremamente relevante na medida em que *“por meio dela que poderemos estudar a viabilidade de novos shoppings centers, a modificação do tenant mix de um determinado shopping, bem como a importância do mercado relevante no estudo da concorrência”*²⁰.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, entende que a cláusula de raio por si só não é ilícita, desde que "adstrita a razoavelmente prevenir comportamentos oportunistas e garantir o retorno do investimento sem impor limites não razoáveis à concorrência no mercado relevante" (CADE, Processo administrativo nº 08012.002841/2001-13. Disponível em <http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/Acordao-PA-2001-08012-002841-CenterNorte-ShoppingD.pdf>).

Nesse passo, mostra-se pertinente apontar que a análise da licitude da cláusula de raio *per se* é equivocada, pois, perante a lei brasileira, conduta alguma é lícita ou ilícita, do ponto de vista concorrencial, *per se*. Sempre é necessária uma análise concreta dos efeitos da conduta tida por nociva à livre concorrência.

Com o escopo de detalhar o presente estudo, portanto, mostra-se relevante a análise da licitude ou não de cláusula de raio sob a ótica de um caso concreto. Elegemos o caso do Shopping Iguatemi de São Paulo.

A cláusula de raio impõe aos locatários de espaços no Shopping Iguatemi a proibição) de que eles instalem ou mantenham outros

²⁰ BUSHATSKY, Daniel. *Os contratos de franquia e a recente decisão do CADE contra a cláusula de raio em Shopping Centers*. Revista Jus Vigilantibus, Terça-feira, 11 de março de 2008.

estabelecimentos dedicados ao mesmo ramo num raio de 2.500 metros do Shopping Iguatemi²¹.

Tal proibição tem como objetivo evitar uma concorrência que se instauraria com o concorrente mais direto e próximo do Shopping Iguatemi, atualmente o Shopping Eldorado, e eventuais novos empreendimentos, caracterizando uma restrição concorrencial de caráter vertical:

“Como se sabe, as práticas restritivas, ou anticompetitivas, verticais são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços, ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores às suas na cadeia de produção. Nesses casos, as empresas vendedoras (ou compradoras) tentam impor, às firmas compradoras (vendedoras) de seus produtos ou serviços, determinadas restrições sobre o funcionamento normal dos negócios, que podem trazer prejuízos à livre concorrência” (Jorge Fagundes. Cláusula de Raio e o Caso Iguatemi, in Revista do IBRAC, Vol. 14, n.6, 2007, p. 71).

Tendo em vista o teor da cláusula de raio do Shopping Iguatemi foi instaurado processo administrativo com base nos artigos 21, incisos III, IV, e V e no artigo 20, inciso I, todos da Lei nº 8.884/94, pela Procuradoria do CADE, que considerou ilegal a utilização da cláusula de raio pelo Shopping Iguatemi em seus contratos de locação.

O CADE, em 04.09.2007, decidiu o seguinte:

“conheceu do presente Recurso de Ofício no presente Processo Administrativo, dando-lhe provimento, considerando, por maioria, a Representada, como incurso no art. 20, inciso I c.c. o art. 21, inciso IV e V, da Lei nº 8.884/94, condenando-a ao pagamento de multa no valor equivalente a 2% (dois por cento) do seu faturamento bruto anual, determinando, ainda, a imediata cessação da prática, além de outras determinações, tudo nos termos

²¹ “Os locatários não poderão ter outro estabelecimento (sede ou filial) dedicado ao mesmo ramo de atividade por ele exercida nos respectivos SUC dentro de um raio de 2.500m (dois mil e quinhentos metros), contados do centro do terreno do Shopping Center, salvo autorização da administração”.

do voto do Relator, o qual acolheu requerimento do MPF, no sentido de que seja oficiada a SDE, a fim de que seja promovida investigação sobre a prática de cláusula de raio pelos demais Shoppings Centers que integram o mesmo mercado relevante do Iguatemi (Eldorado, Morumbi, Jardim Sul, Villa-Lobos e Higienópolis). Vencido o Conselheiro Sicsú”.

Considerou o CADE que, com mais de 40 anos de funcionamento, o Shopping Iguatemi se solidificou no mercado paulista, sendo não só o pioneiro em São Paulo, mas o primeiro de alto padrão, condição *“que lhe confere uma posição de preferência dentre lojas voltados para público classe A, que naturalmente prefere ocupar espaços comerciais já frequentados por esse tipo de público”*. (PA CADE, fl. 999).

Além disso, entendeu também que *“tal circunstância caracteriza uma espécie de ‘prêmio pela existência’, com público já fiel à marca, experiência no ramo e a possibilidade de agir estrategicamente perante prováveis entrantes”* (PA CADE, fl. 999).

Não é razoável, portanto, considerar que tamanha solidez possa ser significativamente fragilizada perante concorrentes (alto padrão) que comprovadamente são detentores de menor poder de mercado (PA CADE, às fls. 993/997).

Nesse sentido foi também conclusão manifestada no Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82, quanto aos preços cobrados por m² pelo Shopping Iguatemi, reiterada no Processo Administrativo nº 08012.006636/97-43, que deu origem a presente discussão:

“(...) no que se refere à inferência de poder de mercado, o importante é que de fato o Iguatemi consegue cobrar preços acima de seus custos marginais, seja simplesmente por causa da diferenciação ou por outros critérios de eficiência, e mais do que isso, ele consegue cobrar preços muitos superiores aos de seus concorrentes. Assim, o fato de os lojistas sujeitarem-se a pagar preço maior para estar no Shopping Iguatemi atesta a inequívoca incidência do poder de mercado”.

Atualmente, é eficaz a decisão proferida pelo CADE que determinou a abstenção de incluir e exigir a cláusula de raio em seus contratos de locação de espaços comerciais.

A despeito de ter o Condomínio Shopping Iguatemi de São Paulo ter ajuizado ação para obter a suspensão da referida decisão, esta está produzindo seus plenos efeitos, conforme decisão prolatada pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.024062-2/DF:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **DECISÃO DO CADE. CONDENAÇÃO DE SHOPPING CENTER A NÃO ESTIPULAR CLÁUSULA DE RAIOS** E AO PAGAMENTO DE MULTA. REALIZAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO. ART. 65 DA LEI 8.884/93. OFERECIMENTO DE FIANÇA BANCÁRIA PARA GARANTIR O VALOR DA MULTA. PROVIMENTO PARCIAL DO AGRAVO

1. Caso em que a decisão agravada antecipou a tutela para **suspender o julgamento do CADE que condenou o Shopping Iguatemi de São Paulo** a) ao pagamento de multa de 2% sobre o seu faturamento bruto; b) **a cessar a infração, abstendo-se de incluir e exigir cláusulas de raio em seus contratos de locação de espaços comerciais**; c) a publicar a decisão do CADE, por dias consecutivos, durante uma semana, em jornal de maior circulação da cidade de São Paulo.

2. O art. 65 da Lei n. 8.884/94 prevê uma condição necessária, mas não suficiente, para suspender a execução de toda a decisão do CADE. A garantia do Juízo, em valor suficiente, como no caso, pode até suspender a execução da multa, mas não basta apresentar caução para suspender a obrigação de não fazer, sendo necessária a presença dos requisitos autorizadores da antecipação da tutela: verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, *caput*, I e II), além da vedação de irreversibilidade do provimento antecipado (CPC, art., 273, § 2º).

3. Tendo sido o julgamento do CADE precedido de processo administrativo que tramitou por longo tempo, no qual foi assegurado o contraditório e a ampla defesa, há uma presunção de legitimidade na decisão de mérito do

Órgão administrativo responsável por garantir a liberdade de iniciativa e a livre concorrência.

4. Nesse contexto, o que transparece verossímil é a vedação de os Shoppings Centers obrigarem seus lojistas a observar de cláusula de raio de forma ilimitada, sem a possibilidade de denúncia pelas partes contratantes, notadamente na hipótese dos autos, em que a cláusula impugnada também não está delimitada no tempo e no espaço e nem definida quanto ao seu objeto.

5. Também relevante o argumento de que cabe ao lojista decidir se quer ou não abrir nova franquia em outro shopping/empreendimento, este próximo ou não, de onde já se encontra estabelecido, sendo dever do Estado reprimir infração a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, para garantir a defesa do consumidor, na forma da Lei Antitruste, que tipifica as infrações à ordem econômica.

6. Agravo de instrumento ao qual se dá parcial provimento para suspender em parte a decisão judicial agravada e permitir a execução da obrigação de não fazer imposta pelo CADE ao Shopping Iquatemi de São Paulo (abster-se de incluir e exigir cláusulas de raio em seus contratos de locação de espaços comerciais). Permanece suspensa a execução do título extrajudicial apenas em relação à aplicabilidade da multa, uma vez que suficientemente garantido o Juízo”.

(TRF - 1ª Região – Agravo de Instrumento 2008.01.00.024062-2 – Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues – publicado no e-DJF1 em 28.10.2008)²².

Vejamos o entendimento do E. Tribunal de Regional Federal da 1ª Região no agravo de instrumento acima referido:

“(…) cabe ao lojista decidir se quer ou não abrir outra franquia em outro Shopping/empreendimento, próximo ou não, de onde já se encontra estabelecido, sendo dever do Estado proteger o consumidor de medidas que venham a ferir sua liberdade de escolha, sob pena de infração à ordem econômica.

(…)

²² Extraído de:

<http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php?proc=200801000240622>, acesso em 30.05.2013, às

Com efeito, se a obrigação contratual da cláusula de raio for ilimitada, sem a possibilidade de denúncia pelas partes contratantes, há de ser reprimida pela Autarquia Antitruste. É a hipótese do Shopping Iguatemi de São Paulo. Além de a cláusula de raio prevista nos contratos firmados com seus lojistas não estar delimitada no tempo e espaço e definida quanto ao seu objeto, não há nenhum elemento nos autos administrativos que demonstre a tentativa de concorrência predatória pelos estabelecimentos concorrentes.

(...)

O fato é que a cláusula de raio, na forma como utilizada pelo Shopping, parece prejudicar a livre concorrência, e, em última instância, a liberdade de escolha do consumidor, o que não pode ser tolerado pelo Estado.

Enfim, o que parece verossímil é a vedação de os Shoppings Centers obrigarem seus lojistas a observar a cláusula de raio de forma ilimitada, sem a possibilidade de denúncia pelas partes contratantes, notadamente na hipótese dos autos, em que a cláusula impugnada também não está delimitada no tempo e no espaço nem definida quanto ao seu objeto.”

(TRF - 1ª Região – Agravo de Instrumento 2008.01.00.024062-2 – Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues – publicado no e-DJF1 em 28.10.2008 – grifos nossos)

No caso concreto do Shopping Iguatemi, em nossa opinião:

(i) inexistem justificativas econômicas ou benefícios para o consumidor que justifiquem a implantação de uma cláusula que cause restrição à concorrência tão forte;

(ii) a cláusula de raio não possui prazo determinado, ou seja, **o locatário é obrigado a acatar *ad eternum* e a restrição imposta pelo Shopping;**

(iii) **a cláusula acarreta o fechamento do mercado**, ou seja, a imposição de exclusividade territorial por parte do Shopping Iguatemi prejudica seu concorrente por que impede que ele tenha acesso à contratação de outros lojistas;

(iv) não há a possibilidade de denúncia pelas partes contratantes;

(v) ignora caber ao lojista decidir se quer ou não abrir nova franquia em outro shopping/empreendimento, este próximo ou não, de onde já se encontra estabelecido, sendo dever do Estado reprimir infração a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, para garantir a defesa do consumidor, na forma da Lei Antitruste, que tipifica as infrações à ordem econômica;

(vi) não há nenhum elemento nos autos administrativos que demonstre a tentativa de concorrência predatória pelos estabelecimentos concorrentes.

Nesse sentido, doutrina concorrencial brasileira aponta que a imposição de cláusulas de exclusividade – como a cláusula de raio –, pode trazer uma série de efeitos negativos para a concorrência (e, conseqüentemente, para os consumidores), como (a) o fechamento do mercado, (b) o aumento dos custos por parte dos concorrentes, (c) a facilitação da formação de cartéis e (d) a diminuição das opções do consumidor (Paula A. Forgioni. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 447 a 455).

Há que se concluir, portanto, que, quando da análise da licitude da cláusula de raio, deve ser considerados o potencial de prejudicar a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, e o consumidor.

10. Externalidade positiva das lojas-âncoras em shopping center

Outra questão que nos pareceu interessante, foi a questão da peculiaridade da posição das lojas-âncora em shoppings centers, da qual passaremos a tratar.

Atualmente, há um crescente movimento de integração dos conceitos econômicos ao direito, como também há movimento reverso.

Um dos conceitos mais relevantes das ciências econômicas trazido para o estudo do Direito é o de externalidades. Conforme preleciona a professora Rachel Sztajn da Universidade de São Paulo (USP):

“Externalidade, termo largamente empregado pelos economistas, ligado a benefícios ou custos nascidos e presos ao exercício de atividade que não são suportados pelo seu exercente, por quem lhes dá causa, mas recaem sobre terceiros “externos” à sua origem, pessoa, grupos de pessoas ou a sociedade. Externalidades são comuns na vida de relação e, muitas vezes, são desejadas e fomentadas.

Os efeitos, positivos ou negativos, decorrentes da ação de algum agente econômico, particular ou do Estado, podem recair ou afetar pessoas não acopladas a ela, atividade. Externalidade é, portanto, o efeito experimentado por alguém, mas que deriva de ato, fato ou ação de outrem”²³.

Por outro lado, tese já consagrada na doutrina exterior, principalmente em revistas jurídicas especializadas em publicações em Direito e Economia, que exemplifica bem externalidade positiva, mas que no Brasil ainda não possui ampla divulgação, é a que demonstra numericamente os efeitos positivos causados pelas lojas-âncoras para os Shoppings Centers e para as demais lojas que dividem o espaço dentro destes centros comerciais, comumente chamadas de lojas satélite.

Conforme já tratamos acima, lojas-âncoras são aquelas apresentam poder atrativo de clientela não apenas para o seu estabelecimento, mas, por seu tamanho, investimento em propaganda e detenção de marca reconhecida por todos consumidores, captam consumidores para dentro do Shopping Center onde estão situadas, refletindo nas vendas das demais lojas do empreendimento como um todo.

²³ Sztajn, Rachel. Externalidades e Custos de Transação: A redistribuição de Direitos no Novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, Editora Malheiros, Jan-Mar/2004, vol. 133, p. 7.

A atração natural de clientela é um exemplo claro de externalidade positiva causada pelas lojas-âncoras. Segundo clássico trabalho sobre o tema²⁴, enquanto os Shoppings Centers economizam para o consumidor gastos na procura dos produtos desejados, concentrando uma grande gama de opções de consumo em um único lugar, eles criam uma intrincada rede de externalidades e incentivos entre proprietários de lojas, como a C&A, e desenvolvedores dos empreendimentos. Certas lojas, tais como as lojas-âncoras e lojas de marcas reconhecidas nacionalmente, geram externalidades positivas atraindo tráfico de clientes não só para suas próprias lojas, mas também para as lojas satélite.

Concomitantemente, estudos demonstram numericamente que lojas-âncoras possuem um forte impacto sobre a imagem que os consumidores têm dos Shoppings Centers, elevando indicadores de escolha dos centros comerciais onde se encontram²⁵; que uma maior presença de âncoras num Shopping Center tem influência direta no aumento das vendas e, conseqüentemente, dos valores do metro quadrado para locação das outras lojas existentes no centro comercial onde estão.

Dessa forma, em vários níveis, o sucesso de cada loja e do Shopping Center depende da presença de outras lojas. No entanto, em um Shopping, a importância de cada loja é relacionada diretamente a soma de externalidades geradas por cada estabelecimento. Logo, inserir os mesmos incentivos contratuais, como o valor do aluguel, para todas as lojas é economicamente injusto e ineficiente: lojas que geram mais externalidade por sua presença devem ter incentivos diferenciados, como pagar aluguéis relativamente mais baixos²⁶, deixar de pagar valores devidos a título de *res sperata*.

Em resumo, a forma de internalização deste efeito positivo criado pelas lojas-âncoras para os demais varejistas dentro do Shopping Center, assim como para o próprio empreendimento, a loja-âncora pagaria um valor inferior

²⁴ Goul, Eric D., Pashigian, B. Peter e Prendergast, Candice. Contracts, Externalities, and Incentives in Shopping Malls. *The Review of Economics and Statistics*. MIT Press. Agosto 2005, Vol. 87, Nº. 3, PP. 411-422.

²⁵ Damian, Diana Simona. *The impact of the anchor store on the performance of a commercial centre*. Tese de Mestrado em Gestão Internacional: ISCTE Business School, Dezembro de 2008. Disponível em 14 de dezembro de 2009: http://loki.iscte.pt:8080/dspace/bitstream/10071/1454/1/Master_Thesis_DSD.pdf

em comparação com as lojas satélite, na proporção aproximada da externalidade que criam para o Shopping e para as demais lojas.

Dessa forma, o Shopping receberia o aluguel no valor justo e correto correspondente pelo espaço que loca para a loja-âncora e para os demais lojistas, já incluído no preço, o benefício que recebe de ter uma loja que atrai movimento para o seu empreendimento, e as lojas satélite pagariam mais, mas em troca veriam o resultado de suas vendas aumentarem na mesma proporção que a diferença do aluguel.

Em estudo paradigmático publicado no Brasil, referente aos valores pagos por lojas-âncoras na cidade de São Paulo, encontrou-se uma diferença média de valores acima de 80% dos aluguéis pagos por lojas-âncoras e lojas satélite, o que se justificaria justamente pela externalidade positiva criada pelas âncoras para as satélites: Os valores resultantes da correlação entre lojas satélite e âncoras, ou seja, o fato de que as âncoras pagam pelo aluguel de espaço em shopping Center valores em média 80% menor que as lojas do tipo satélite, são prova inquestionável da externalidade positiva gerada pelas âncoras, pois em outras condições não haveria qualquer espaço para negociação com os empreendedores²⁷.

Sendo assim, diante da importância que exerce no estabelecimento, em razão da clientela que atrai, há que se reconhecer a possibilidade de pagamento de valor locatício inferior por lojas-âncora ao valor pago por lojas satélite do estabelecimento. Ainda, é possível que haja outros tipos de tratamento diferenciado, como a isenção de pagamento de valores a associações de lojistas, entre outros.

²⁷ Gomide, Tito Lívio Ferreira. *Engenharia legal: novos estudos*. 2 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito (LEUD), 2008, p. 38.

11. Ação renovatória no contrato de locação de espaço em shopping center

Em razão das características próprias do contrato de locação em shoppings centers, discutia-se na doutrina o descabimento de ação renovatória nesses casos, eis que o exercício do direito de inerência ao ponto pelos lojistas poderia caracterizar o engessamento do empreendimento comercial.

Para que o locatário tenha direito à renovação de seu contrato, é preciso que preencha os requisitos do art. 51 da Lei 8245, *verbis*:

“Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

[...]

§ 5º do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.”

A petição inicial deverá conter, além dos requisitos do art. 282 do código de processo civil, os requisitos dispostos no art. 71 da Lei 8245, quais sejam:

“Art. 71. Além dos demais requisitos exigidos no art. 282 do código de processo civil, a petição inicial da ação renovatória deverá ser instruída com:

I - prova do preenchimento dos requisitos dos incisos i, ii e iii do art. 51;

II - prova do exato cumprimento do contrato em curso;

III - prova da quitação dos impostos e taxas que incidiram sobre o imóvel e cujo pagamento lhe incumbia;

IV - indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação;

V – indicação do fiador quando houver no contrato a renovar e, quando não for o mesmo, com indicação do nome ou denominação completa, número de sua inscrição no ministério da fazenda, endereço e, tratando-se de pessoa natural, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e o número da carteira de identidade, comprovando, desde logo, mesmo que não haja alteração do fiador, a atual idoneidade financeira;

VI - prova de que o fiador do contrato ou o que o substituir na renovação aceita os encargos da fiança, autorizado por seu cônjuge, se casado for;

VII - prova, quando for o caso, de ser cessionário ou sucessor, em virtude de título oponível ao proprietário.

Parágrafo único. Proposta a ação pelo sublocatário do imóvel ou de parte dele, serão citados o sublocador e o locador, como litisconsortes, salvo se, em virtude de locação originária ou renovada, o sublocador dispuser de prazo que admita renovar a sublocação; na primeira hipótese, procedente a ação, o proprietário ficará diretamente obrigado à renovação”.

De acordo com a redação do Art. 52. da Lei 8.245/91, o locador não estará obrigado a renovar o contrato quando por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade.

Não é possível a exceção de retomada nas locações de espaço em shoppings centers com fulcro no inciso II do artigo 52, quando o imóvel vier a ser utilizado pelo próprio locador o ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

Normalmente, nas ações renovatórias, há a discussão de revisão de valores do aluguel. O valor da renovação de aluguéis deverá ser averiguado pelo método comparativo, para se encontrar um valor justo e razoável. Nesse sentido:

LOCAÇÃO - AÇÃO RENOVATÓRIA - CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO DO NOVO LOCATIVO - VALOR DO METRO QUADRADO OBTIDO POR COMPARAÇÃO COM O PREÇO PRATICADO NAS DEMAIS LOCAÇÕES DO SHOPPING CENTER - CRITÉRIO JUSTO QUE REFLETE AS REAIS CONDIÇÕES DO MERCADO - POSSIBILIDADE DE O INQUILINO REQUERER A ALTERAÇÃO DO INDEXADOR DO ALUGUEL - ART. 72, §5º, DA LEI 8.245/91 QUE DEVE SER INTERPRETADO EXTENSIVAMENTE - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - RECURSO IMPROVIDO. "O método comparativo utilizado pelo perito oficial estabelece contraprestação pecuniária justa na medida em que reflete valores praticados nas mesmas circunstâncias, não havendo nos autos elementos a justificar a utilização de critério diverso para composição do aluguel a vigor com a renovação". Sendo caso de se interpretar extensivamente a regra disposta no

artigo 72, §5º, da Lei nº 8.245/91, nada mais justo que o magistrado, acatando o pedido deduzido pelo inquilino na petição inicial, estabelecesse tratamento isonômico entre os locatários instalados no mesmo empreendimento comercial, alterando o índice de reajuste do aluguel" (TJ/SP. 1144537009. Apelação Com Revisão. Relator: Artur Marques . Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 18/02/2008).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO RENOVATÓRIA. VALOR DO ALUGUEL. SHOPPING CENTER. MÉTODO COMPARATIVO. VERBA SUCUMBENCIAL DEVIDA. A adoção do método comparativo para arbitramento do aluguel revela-se o mais adequado em caso de shopping center, eis que os valores das lojas são iguados por normas gerais de uso, iguais para todas, nivelando os preços de custos operacionais. É sucumbente a parte que não consegue a fixação do aluguel no montante pleiteado, ainda mais quando o valor está próximo da contraproposta do locador, admitindo-se a condenação na verba sucumbencial. Apelo provido. (Apelação 132172000 MA, Relatora: CLEONICE SILVA FREIRE, Data de Julgamento: 19/03/2001, SAO LUIS).

Questão que se coloca é se a renovatória pode ser negada com finalidade de controle, por parte do empreendedor do shopping center, de seu tenant mix. Compete ao empreendedor, e é de interesse comum de todos os lojistas, uma distribuição racional das lojas pelo empreendimento (o chamado tenant mix), de modo a garantir o equilíbrio das atividades, a atratividade do empreendimento como um todo e a maximização dos lucros.

Na dinâmica característica do empreendimento de shopping center, é necessária em determinados momentos, a adequação da permanência ou não de determinadas lojas, já que a combinação de diversificações comerciais e equilíbrio de ramos mercantis poderá variar ao longo do tempo, em decorrência de fatores como: a evolução do mercado de consumo, a ascensão ou decadência das marcas e as novidades tecnológicas e de marketing.

Fábio Ulhoa Coelho adverte que “a dinâmica característica desse tipo de empreendimento, em certas ocasiões, revela-se incompatível com a permanência de alguns negociantes”.

Destarte, se a renovação importa em prejuízo ao empreendimento, caberá a exceção de retomada. Trata-se de uma questão de fato, a ser provada pelo empresário titular do shopping center. Quando a tutela do direito de inerência redundar injustificável redução de receita do locador, por inadequação do negócio do locatário às evoluções do mercado de consumo, é decorrência da proteção constitucional do seu direito de propriedade o impedimento de renovação compulsória da locação.

O locatário receberá a correspondente indenização, pela perda do ponto, se for o caso, mas não poderá o empreendedor deixar de exercer o seu direito de propriedade.

12. Conclusão

Através do presente trabalho pode-se constatar que *shopping center* é um empreendimento empresarial com características próprias, características estas que possuem o escopo de promover a comodidade dos consumidores, fomentando o consumo em grande escala.

No tocante à natureza jurídica do contrato de *shopping center*, constatou-se tratar-se de contrato *atípico misto*, posição robustamente sustentada pela doutrina, embora, como visto, não majoritária.

Prosseguindo, e após terem sido detalhadas as principais características do contrato, verificou-se que a tônica do contrato de *shopping center* é a plena liberdade de contratar das partes. Aliás, a plena liberdade é o que torna possível o atendimento das características próprias do empreendimento *shopping center*. Evidenciou-se, ademais, que na relação entabulada entre empreendedor e lojista, há notável caráter de parceira e proporcionalidade, de modo a justificar ainda mais a plena liberdade de contratar.

Traçou-se após, a definição do *tenant mix*, que configura-se como a organização estratégica, o planejamento de distribuição do espaço, dispendo as lojas de maneira a atrair os consumidores, evitando a concorrência autofágica e incentivando o consumo.

Após, traçou-se as contraprestações devidas em um contrato desta natureza, onde se verificou que o aluguel devido pelos lojistas possui natureza dúplice, bem como as justificativas que ensejam o pagamento da *res sperata*, que garante ao lojista o direito de que uma loja do shopping estará reservada a ele.

Finalmente, foram trazidos julgados a respeito do tema, onde constatou-se o incentivo à prevalência das condições livremente pactuadas entre as partes no contrato de *shopping center* e a possibilidade de suspensão do pagamento da *res sperata* pelo lojista em casos específicos.

Com efeito, a análise detida e conjugada de todos os pontos capitulados no presente trabalho levou à conclusão de que as cláusulas existentes em um contrato de *shopping center* (embora possam aparentar) não se afiguram abusivas, já que a opção por se estabelecer em *shopping center*

garante ao lojista maior quantidade de clientes, com muito mais segurança e qualidade de serviços, promovendo o sucesso de sua atividade empresarial.

Verificou-se que a criação do empreendimento *shopping center* tem como principal objetivo atrair em grande escala a atenção de pessoas ávidas pelo consumo, decorrência intrínseca do capitalismo vivenciado nas últimas décadas pela sociedade.

Portanto, a par de todas as discussões jurídicas aqui demonstradas, depreende-se que a dinâmica da sociedade atual não mais permite imaginar a inexistência de empreendimentos tão bem elaborados como o *shopping center*.

Bibliografia

ABRASCE – Associação Brasileira de *Shopping centers*. Disponível em <<http://www.abrasce.com.br>>. Acesso em: maio de 2013.

ALMEIDA, *Marcus Elidius* Michelli de. Aula Shopping Center. COGEAE-PUC/SP.

BARROS, Francisco Carlos Rocha de, Comentários à Lei do Inquilinato, Saraiva, 1995.

BUSHATSKY, Daniel. *Os contratos de franquia e a recente decisão do CADE contra a cláusula de raio em Shopping Centers*. Revista Jus Vigilantibus, Terça-feira, 11 de março de 2008.

CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastri; SOUZA, Marcelo Dornellas de. *Shopping center: limites na liberdade de contratar*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CERVEIRA FILHO, Mário. *Ações renovatórias e revisionais em shopping centers*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Locação em shopping centers*. Revista do advogado, v. 30, n. 108, p. 56-61, maio 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Cláusulas de não concorrência nos shoppings centers*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 97, p. 23 e segs.

DAMIAN, Diana Simona. *The impact of the anchor store on the performance of a commercial centre*. Tese de Mestrado em Gestão Internacional: ISCTE Business School, Dezembro de 2008. Disponível em 14 de dezembro de 2009: http://loki.iscte.pt:8080/dspace/bitstream/10071/1454/1/Master_Thesis_DSD.pdf

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 3. 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.

FAGUNDES, Jorge. Cláusula de Raio e o Caso Iguatemi, in Revista do IBRAC, Vol. 14, n.6, 2007, p. 71.

FRANCO, J. Nascimento. *Renovatória. Loja de shopping center*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 15/16, p. 117 e segs.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 447 a 455.

GANDRA MARTINS, Ives. A natureza jurídica das locações comerciais dos "shopping centers".; Portal "Boletim Jurídico". pesquisado em 21/03/2011 e inserido em 14/09/2000.

GOUL, Eric D., Pashigian, B. Peter e Prendergast, Candice. Contracts, Externalities, and Incentives in Shopping Malls. *The Review of Economics and Statistics*. MIT Press. Agosto 2005, Vol. 87, Nº. 3, PP. 411-422.

MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MIGUEL, Paula Castello. *Contratos de shopping Center*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol. 107, p. 137 e segs.

PIFFER, Fernando. *Contratos de locação em shopping Center*. Correio Braziliense, Brasília, n. 16954, 19/10/ 2009. Caderno Direito e Justiça, p. 3.

RENAULT PINTO, Roberto Wilson; OLIVEIRA, Fernando A. Albino. (coord.). *Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva 1991.

RESTIFFE NETO, Paulo. *Locação: questões processuais e substanciais*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SANTOS, Gildo dos. *Locação e Despejo*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 395.

STAJN, Rachel. Externalidades e Custos de Transação: A redistribuição de Direitos no Novo Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, Editora Malheiros, Jan-Mar/2004, vol. 133, p. 7.

OLIVEIRA, Juarez de, coordenando trabalho de vários autores, *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*, 1992 - ed. Saraiva.

OLIVEIRA, Fernando Albino de. Fundo de comércio em shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; _____ (coord.). *Shopping centers: questões jurídicas: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. *Shoppings Centers – Aspectos Jurídicos*, Revista dos Tribunais, 1984, p. 17

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática*. 10. ed. atualizada de acordo com a Lei nº 12.112, de 9-12-2009. São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnoldo (org.). *Direito empresarial, volume 4*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Em <<http://www.portaldoshopping.com.br/sobreosetor.asp>.>

Em<[http://www.portaldoshopping.com.br/arquivos/2009 Plano de Mix Abrasc e.pdf](http://www.portaldoshopping.com.br/arquivos/2009_Plano_de_Mix_Abrasc_e.pdf)>