

**O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NAS
LOCAÇÕES EM *SHOPPING CENTER*:
CONTROLE DE CLÁUSULAS
ABUSIVAS E A PROMESSA DE LOJA
ÂNCORA**

CONTRACTUAL BALANCE ON LEASE
AGREEMENT IN SHOPPING CENTER:
CONTROL OF UNFAIR TERMS AND THE
PROMISE OF FLAGSHIP STORE

Carlos Nelson Konder*

Deborah Pereira Pinto dos Santos**

* Doutor e Mestre em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino (Itália). Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Coordenador editorial da Revista Brasileira de Direito Civil (RBD Civil). Autor de obras jurídicas e de diversos artigos em periódicos especializados.
E-mail: c.konder@gmail.com.

** Mestre em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procuradora do Município do Rio de Janeiro (PGM-Rio). Advogada.
E-mail: dpereirap@hotmail.com.

Como citar: KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em *shopping center*: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.176-200, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p176. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo objetiva tratar do princípio do equilíbrio contratual nas relações civis e empresariais, quando exista assimetria de poder negocial entre os contratantes fora do âmbito das relações de consumo. Para tanto, apresenta-se o exemplo do contrato de locação

firmado entre o lojista e o dono do *shopping center* para debater a relevância da diferença de força entre as partes e, em especial, como a cláusula de promessa de loja âncora se insere dentro do equilíbrio firmado contratualmente.

Palavras-chaves: Equilíbrio contratual; contrato de locação; *shopping center*.

Abstract: This paper analyses the contractual balance principle in business-to-business contracts; thus, studying in detail the asymmetry of bargaining power between different parties, which can be foreign to a consumerist relationship. This study also explores the case of a lease agreement that happened between a tenant-shop and a mall owner. Therefore, with the already mentioned example, we aim to discuss the importance and relevance of the different bargaining strength between parties - in particular, as this specific anchor store had a promise clause, which faithfully falls within the equilibrium of the agreed contract.

Keywords: Contractual balance; lease agreement; shopping center.

INTRODUÇÃO

A significativa renovação pela qual vem passando a teoria geral dos contratos foi proporcionada especialmente pela importância que os princípios assumiram na atividade interpretativa. De referências subsidiárias, no molde preconizado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (D. 4.657/1942), os princípios tornaram-se verdadeiros protagonistas do direito contratual. Um rápido exame da jurisprudência recente revela uma enxurrada de referências, nos últimos anos, à boa-fé objetiva, à função social do contrato, à proteção da parte vulnerável e ao equilíbrio econômico, entre outros.

Esse cenário promissor, no entanto, deve ser observado com cautela, para que a invocação generalizada de normas principiológicas não sirva de panaceia, esvaziando-as de seu conteúdo normativo, na medida em que utilizadas apenas para corroborar retoricamente posições pessoais do julgador. É imperioso enfrentar a necessidade de conferir parâmetros e critérios para a aplicação dos princípios que, ainda que flexíveis, permitam maior cientificidade e segurança à atividade jurisdicional.

De todos, o equilíbrio econômico é o que se encontra em zona de maior penumbra. Sua invocação normalmente aparece de forma meramente retórica, sob o pálio da genérica aspiração de que os contratos sejam justos ou como reforço à aplicação de outra norma ou instituto específico, tais como a lesão, a onerosidade excessiva, a redução das cláusulas penais e o limite das taxas de juros. Essa invocação genérica prejudica a normatividade do princípio, cuja relevância pressupõe a construção de parâmetros específicos que levem em conta a função do contrato concreto, diante da grande heterogeneidade das relações

contratuais.

Nesse sentido, é imperioso reconhecer que, entre as relações verdadeiramente paritárias e aquelas estabelecidas entre sujeitos completamente desiguais – como é exemplo paradigmático a relação de consumo –, existe uma grande variedade de matizes, envolvendo partes com distintos poderes de barganha, e que impõe, conseqüentemente, atuação diversa do intérprete diante do caso concreto. Coloca-se, assim, o problema de como a aplicação do princípio do equilíbrio contratual deve ser sensível às diversas formas de assimetria de poder negocial entre os contratantes fora do âmbito das relações de consumo.

O presente artigo objetiva demonstrar a relevância dessa diferença de força entre as partes na aplicação do princípio do equilíbrio econômico tomando como exemplo o contrato de locação firmado entre lojista e o proprietário do *shopping center*. Mais especificamente, o objeto de análise é a cláusula de promessa de loja âncora e seu significado e importância na construção desse delicado equilíbrio firmado contratualmente.

1 EQUILÍBRIO CONTRATUAL E ASSIMETRIA DE PODER NEGOCIAL

A grande resistência à ideia de um princípio que, dotado de força normativa, imponha algum tipo de equilíbrio no âmbito do contrato encontra-se enraizada na generalidade presente no debate sobre esse tema.¹ Na doutrina tradicional observa-se o início do clamor para que, em certas situações, a autonomia privada não prevaleça sobre a exigência de

¹ Conforme Pietro Perlingieri, a jovem doutrina destaca a primazia da pessoa humana e das instâncias solidaristas e sociais, mas as técnicas de concretização são vagas e dependem de cláusulas gerais (PERLINGIERI, 2002, p. 133).

justiça no contrato, mas a conclusão final costuma ser, tomando o exemplo da compra e venda, que o preço não pode ser vil, mas não precisa ser justo. Isso envolve a dificuldade com a própria colisão em potencial do equilíbrio contratual com o dogma da autonomia da vontade, razão pela qual se relata, mesmo no estrangeiro, que “[...] na maior parte dos casos, em lugar de ser a razão da decisão, [o princípio] torna-se descritivo e faz remissão, no conteúdo substancial, a outros princípios” (PERLINGIERI, 2002, p. 136).

Assim, as conquistas do princípio do equilíbrio econômico tiveram que ser construídas em concreto, em casos específicos, e, por conta disso, sob o modelo de exceções à regra geral da prevalência da vontade. Isso se exemplifica historicamente no âmbito do direito brasileiro, com a revogação parcial e paulatina do Código Civil de 1916 por diplomas que vão desde a Lei da Usura (D. 22.626/33) até a Lei de crimes contra a economia popular (L. 1.521/51) (LÔBO, 2012, p. 6184-6185). Trata-se de grandes conquistas para a solução de problemas econômico-sociais específicos, mas que mantém a primazia da intangibilidade do conteúdo do contrato nas situações não albergadas pelas hipóteses específicas ali tratadas.

O Código Civil de 2002 contribuiu para a manutenção dessa postura, pois a despeito de ter positivado os vícios da lesão e do estado de perigo, assim como a resolução do contrato por onerosidade excessiva (LÔBO, 2012, p. 6199), impôs, para a aplicação dessas normas, requisitos subjetivos muito limitados para além do desequilíbrio em si, quais sejam, a necessidade, a inexperiência e a imprevisibilidade. Dessa forma, a melhor doutrina já destacou que os institutos em questão “[...] não reprimem o desequilíbrio objetivamente, reprimem-no apenas enquanto resultado de uma ‘falha’ na manifestação de vontade dos contratantes”

(SCHREIBER, 2013, p. 121). Faltou ao legislador a iniciativa de, tal como fez com a boa-fé e a função social do contrato, incorporar uma cláusula geral, para facilitar o reconhecimento do princípio e impulsionar o desenvolvimento de critérios para sua aplicação. Trata-se de uma lógica que foi descrita por Vincenzo Roppo (2005, p. 47):

O equilíbrio contratual somente poderia ser atacado nos casos de desequilíbrio superveniente, devendo-se usar como parâmetro inquestionável a restauração do equilíbrio originalmente estabelecido; desequilíbrio originário decorrente de circunstâncias anômalas e lesivas para o contratante que as sofre, no tocante à sua liberdade e seu conhecimento das opções contratuais; desequilíbrio originário referente à normas de ordem pública especiais que fixam valores para fins de política socioeconômica. Fora desses casos o equilíbrio econômico é inatacável.

Na falta do legislador, todavia, incumbe à doutrina e à jurisprudência a construção de parâmetros eficazes e seguros para a aplicação do equilíbrio nas relações contratuais e o primeiro passo para isso consiste em superar a concepção de excepcionalidade e especialidade da incidência do referido princípio. Tal princípio abrange toda e qualquer relação contratual e pondera-se, com paridade de forças *prima facie*, com a autonomia privada e a intangibilidade do conteúdo do contrato.

Não há como estabelecer, *a priori*, se em determinado contrato irá prevalecer a observância estrita dos termos originalmente convencionados ou se caberá a intervenção reequilibradora do juiz. Os princípios são espécies normativas que impõem ao intérprete diferenciar seu contexto de justificação (o respaldo do ordenamento)

do seu contexto de aplicação, cujas condições pressupõem uma análise argumentativa à luz das peculiaridades do caso concreto (GÜNTHER, 2004 e HABERMAS, 1998).

O equilíbrio contratual fundamenta-se nas normas constitucionais da isonomia substancial e da solidariedade social (MORAES, 2010, p. 252) e, diante disso, sua incidência não pode restar limitada a esferas específicas, como contratos usurários, contratos de trabalho ou mesmo contratos de consumo. Todo e qualquer contrato deve ser equilibrado. O que pode mudar é o significado normativo desse equilíbrio, já que, como observado, a sua aplicação pressupõe o diálogo interpretativo com as circunstâncias concretas da contratação.

Nesse ponto reside uma dificuldade a ser superada. A promulgação do Código de Defesa do Consumidor abriu espaço para uma série de conquistas que, guiadas por doutrina e jurisprudência combativas, contribuíram para resolver, ou pelo menos minorar, diversos problemas econômico-sociais. No entanto, muitas dessas conquistas foram injustificadamente encarceradas no âmbito das relações de consumo, sob o manto do conceito de “microssistema”. Reconhecendo a unidade do ordenamento como um todo, a despeito de sua complexidade, não é possível conceber a existência de setores, no seu interior, com autonomia axiológica ou principiológica (PERLINGIERI, 2005a, p. 635-639, SCHLESINGER, 2002, p. 531 e TEPEDINO, 2008b, p. 11-13). As normas principiológicas que guiam o ordenamento brasileiro são as mesmas, estipuladas no texto constitucional, o que muda, repise-se, é a forma de sua aplicação, que envolve a adaptação às circunstâncias do caso concreto.

Nessa toada, deve ser mitigada a dicotomia rígida que se estabeleceu entre contratos de consumo e contratos civis ou empresariais,

de acordo com a qual aos primeiros se aplicariam diversos remédios de tutela da parte vulnerável, garantindo o contrato equilibrado, enquanto os segundos permaneciam intocados sob o pálio da autonomia da vontade, ao argumento de serem contratos empresariais. Como é cediço, assim como os contratos de consumo, embora presumidamente desequilibrados, podem sê-lo em intensidades diferentes, também os contratos ditos civis ou empresariais podem demandar algum tipo de intervenção reequilibradora. Dessa forma, o princípio do equilíbrio estende-se para além das hipóteses de patologia social e supera sistema taxativo de interferência excepcional sobre a circulação de bens específicos: abrem-se novas possibilidades a partir do uso de parâmetros elásticos, que confiam ao juiz poder discricionário para averiguar funcionalmente a relação em exame, caso a caso (ROPPO, 2005, p. 52-54).

Reconhece-se, de todo o lado, o que seria *tertium genus* – ou simplesmente a existência de gradações de forças nos diferentes contratos – quando se observa os graves problemas oriundos da disparidade existente em contratos como a locação, a distribuição e a franquia. O próprio legislador brasileiro, embora não tenha sido tão incisivo quanto o italiano ao promulgar a lei que coíbe o abuso de dependência econômica,² reconheceu a necessidade de intervenção nesses casos, quando previu normas de proteção ao aderente mesmo em contratos de adesão não consumeristas.³

Sob esse novo paradigma, não apenas a manifestação de vontade, mas o próprio ordenamento contribui para a construção do regulamento negocial, e os instrumentos que buscam assegurar a paridade de forças

2 Trata-se da Lei n. 192/1998, na qual, conforme descrito por Antonino Astone, o legislador, também no âmbito da contratação entre empresas que, operando em um contexto de poder contratual assimétrico, parece estar em um *tertium genus*, com a finalidade de proteger a parte mais fraca, limitou a livre determinação do contrato, invalidando disposições que ferem um conteúdo objetivamente equilibrado (2010, p. 1046).

3 Artigos 423 e 424 do CC.

entre as partes contratantes e a superação de determinadas assimetrias cognoscitivas passam a ser aplicáveis, também, aos tipos contratuais que não entram nas relações de consumo (ASTONE, 2010, p. 1045). Assim, o controle de cláusulas abusivas e outros mecanismos previstos entre nós pioneiramente pelo CDC podem ter sua área de aplicação expandida para os contratos com assimetria de poder negocial entre as partes, quando presente a mesma *ratio* (ROPPO, 2005, p. 64).⁴

Não se trata – é imperioso ressaltar – de defender a submissão de tais contratos aprioristicamente à totalidade das normas do CDC, mas tão-somente admitir que, diante de grave assimetria de poder contratual, pode justificar-se a aplicação de certos institutos de proteção à parte mais fraca, como o controle de cláusulas abusivas, respeitadas as legítimas posições de vantagem conquistadas negocialmente. Deve-se ter em mente que esse tipo de controle não desequilibra o contrato, ao contrário, assegura o equilíbrio, se tiver por critério a preservação da finalidade da avença (OLIVA, 2011, p. 626).

Essa deve ser a chave de leitura adequada para conciliar a proteção ao equilíbrio econômico nos contratos não consumeristas, em que haja assimetria de poder negocial, a preservação da segurança jurídica, com a garantia da previsibilidade das decisões, e a legitimidade de posições de vantagem conquistadas negocialmente: *a abordagem funcional*.

Somente levando em conta a síntese dos efeitos essenciais do contrato sob exame, isto é, a função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua

4 Na doutrina brasileira, afirma Rodrigo Toscano de Brito que se deve “[...] admitir a intervenção no contrato, não de forma discricionária, pondo em risco a segurança jurídica, conceito que também sofreu modificação após a consolidação do Estado Social. [...] O contrato obriga as partes nos limites do equilíbrio dos poderes contratuais e dos direitos e deveres entre elas. Esse é o grande desafio contemporâneo do direito contratual, não importando ser o contrato civil, empresarial ou de consumo” (2007, p. 185).

globalidade, considerada em sua concreta manifestação (PERLINGIERI, 2005b, p. 370), é possível ponderar a aplicação do princípio do equilíbrio. Trata-se menos de estabelecer paridade entre o valor econômico das prestações, e mais de garantir relativa proporcionalidade entre as situações jurídicas subjetivas construídas pelo contrato, levando em conta inclusive eventuais interesses não patrimoniais juridicamente relevantes (PERLINGIERI, 2002, p. 134).

Para tanto, é necessário levar em conta toda a complexidade funcional do contrato, pois o controle de juridicidade recai sobre a operação econômica guardada no seu complexo, e não os aspectos singulares dos quais ela se compõe (GAROFALO, 2012, p. 585). Nesse sentido, para proceder ao controle de abusividade, como mecanismo de tutela do equilíbrio contratual, da cláusula de promessa de loja âncora, é fundamental compreender a complexa dinâmica contratual em que se inserem as locações em *shopping centers*.

2 PECULIARIDADES DA LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTER*

O aparecimento de *shopping centers* nos centros urbanos é manifestação típica da sociedade de massa, que se desenvolveu no Brasil a partir da segunda metade do século XX (KARPAT, 2000, p. 127). Trata-se de “templo do consumismo” (LIRA, 1997, p. 397), sendo comunidade econômica dotada de autonomia em seu funcionamento, na qual se faz presente a colaboração dos sujeitos com vistas não só ao próprio interesse como àquele dos frequentadores que formam a clientela respectiva (MONTEIRO, 1984, p. 10-11). Decerto, encerra técnica de organização empresarial dinâmica e que visa à otimização da atividade comercial de lojas varejistas, devendo ser analisada em sua complexidade econômica

e jurídica (REQUIÃO, 1983, p. 23).

Shopping center é a locução da língua inglesa que corresponde à expressão “centro comercial” em português. Ele pode ser definido como forma de comércio varejista em que um grupo de estabelecimentos comerciais apresenta-se de modo unificado arquitetonicamente, em local com infraestrutura planejada, de cômodo acesso e seguro, além de administração operacional unificada, sendo composto por diversos tipos de lojas com variada oferta de produtos e serviços, inclusive relacionados ao lazer (BASÍLIO, 2005, p. 1 e PINTO, 2001, p. 1).

As pessoas tipicamente vinculadas no centro comercial são, de um lado, o “dono do *shopping center*”, o empreendedor que atua como poder concedente do uso das lojas e a quem cabe não só projetar e construir o empreendimento, como também organizar e mantê-lo e, de outro, os lojistas, os fornecedores de produtos e de serviços que passarão a ocupar os espaços-loja. Os lojistas podem ser dos mais diversos ramos, sendo que alguns qualificam-se como “lojas-âncora” e são voltados para a atração da clientela (GOMES, 1983, p. 9).

Ao se examinar questões relacionadas à estrutura do *shopping center*, deve-se ter em conta que ele é composto por um feixe de relações contratuais. Consoante Ricardo-César Pereira Lira, o negócio jurídico do centro comercial pressupõe *complexo contratual*, em que concorrem diversos tipos de avenças: (i) contrato contendo condições gerais que disciplinam a participação no empreendimento; (ii) negócio jurídico pelo qual o lojista passa a compor a associação dos lojistas; e (iii) contrato entre o empreendedor e cada lojista, que tem como objeto a ocupação remunerada do espaço-loja. Para o autor, “[...] tais contratos são coligados, nascem para viver juntos, de forma que o inadimplemento verificado em um deles enseja a rescisão dos demais” (LIRA, 1997, p. 397).

Nesse sentido, afirma Caio Mário da Silva Pereira que “[...] não se pode enfeixar toda a contratualística do *shopping center* numa só figura negocial” (PEREIRA, 1984, p. 18). Diversamente, entre o empreendedor e os lojistas constituem-se diversas relações jurídicas coligadas. Os contratos coligados caracterizam-se por perseguirem função comum, além de suas funções específicas, e as vicissitudes de cada um, como a invalidade ou ineficácia por causa superveniente, afetam os demais (KONDER, 2006, p. 277-278).

Assim, o negócio do *shopping center* é composto por contratos autônomos, cada qual com sua causa específica, mas que são interdependentes, no sentido de que se justificam mutuamente, como verdadeira universalidade de direito (LIRA, 2000, p. 244). Com efeito, está-se diante de “[...] universalidade de relações jurídicas, unificadas pelo escopo comum de exploração conjunta do centro comercial” (COMPARATO, 1995, p. 24). Daí que o centro comercial *per se* não é contrato, mas organização empresarial fundada em diversos contratos coligados (REQUIÃO, 1983, p. 18).

Muito já se discutiu em doutrina acerca da natureza jurídica da relação entre o lojista e o dono do empreendimento que tem por objeto a ocupação remunerada do espaço-loja. Em especial, debateu-se quanto à definição da normativa aplicável à espécie, sobretudo quanto à incidência da regra de renovação compulsória prevista na legislação então vigente para as locações comerciais.⁵

Contudo, a discussão acadêmica hoje pode ser dada como superada do ponto de vista prático, já que a Lei do Inquilinato de 1991 trouxe a disciplina acerca das locações de espaço em *shopping center*,

5 Cf. Decreto nº. 24.150/1934. Para exposição das principais posições doutrinárias, v. BASÍLIO, 2005, p. 09-39.

com a expressa previsão da ação renovatória.⁶ Ademais, como já antes assentado, a relação contratual é complexa e não se restringe a tipo contratual único. De fato, o legislador apenas se manifestou sobre um dos contratos celebrados entre empreendedor e lojistas, exatamente aquele que trata da ocupação remunerada do espaço-loja, e se omitiu quanto aos demais, somente ressaltando a liberdade das partes na definição das cláusulas contratuais.⁷

Decerto, as peculiaridades da estrutura jurídica adotada nos *shopping centers* são refletidas nos contratos celebrados entre dono do empreendimento e lojista. Como afirma Judith Martins-Costa, tais relações contratuais costumam-se caracterizar como contratos relacionais e também são formadas por adesão. Assim, as relações jurídicas entre empreendedor e lojista são pactos duradouros nos quais se destacam pessoalidade, confiabilidade e necessidade de cooperação intensa para que as partes possam atingir a finalidade prático-econômica visada com o enlace (MARTINS-COSTA, 2012, p. 113). A colaboração entre os contratantes não é somente voltada para o alcance dos seus próprios interesses, mas também é essencial para o sucesso do empreendimento e a conquista da clientela (MONTEIRO, 1984, p. 10-11).⁸

O negócio jurídico do centro comercial celebra-se pela adesão do lojista às condições gerais predispostas pelo dono do empreendimento, que são cláusulas invariáveis preparadas antecipadamente. O contrato

6 Arts. 52 § 2 e 54 da Lei nº. 8.245/1991. Nesse sentido firmou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Cf. “Embargos de Divergência em Recurso Especial. [...] 1. *A Lei do Inquilinato aplica-se aos contratos de locação de espaço em shopping center* (Inteligência dos artigos 1º, 52, parágrafo 2º, e 54 da Lei nº 8.245/91) [...]” (EREsp 331.365/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Terceira Seção, julgado em 26/03/2008, DJe 06/08/2008), destacou-se.

7 O art. 54 da Lei nº. 8.245/91 expressamente prevê que devem prevalecer “as disposições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos”.

8 Em sentido próximo, Rubens Requião, para quem se estabelece uma relação de confiança entre os comerciantes integrantes do centro comercial que “constitui um segmento da funcionalidade da organização” (REQUIÃO, 1983, p. 19). Cf. REsp 1.295.808/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 21/05/2014.

de adesão é modo de contratar em que uma das partes estabelece unilateralmente o conteúdo do futuro contrato, restando à outra aderir ao regramento sem oportunidade de alterá-lo substancialmente ou mesmo de debate prévio. Como antes observado, mesmo nas relações civis e empresariais, poderá existir assimetria de poder negocial entre os contratantes no momento da formação da relação jurídica, uma vez que cabe ao empreendedor predefinir as obrigações contratuais, sendo que ao aderente-lojista somente resta concordar com o conteúdo predisposto.

Ademais, o lojista – ainda que seja membro de grande rede de comércio – costuma ser carente de informações no que tange à sua relação com o proprietário do *shopping*, tendo em vista que o objeto de sua atividade econômica é o fornecimento de produtos ou serviços conforme a atividade escolhida, diferentemente do empreendedor que atua em ramo próprio (CERVEIRA e SOUZA, 2011, p. 46). Nesse sentido, pode-se ter presente desigualdade jurídica independentemente da econômica, pelo fato de “[...] um dos contratantes ter aquilo de que o outro necessita”, de sorte que o lojista-aderente deverá encontrar na ordem jurídica disposições que neutralizam a superioridade contratual da outra parte (PEREIRA, 1985, p. 11).

Logo, a assimetria de poder negocial entre os contratantes autoriza a intervenção em prol da justiça contratual, com a preservação do equilíbrio na avença, de forma a garantir ao lojista-aderente o atingimento da finalidade econômica visada com a contratação. Ainda que deva ser assegurada a autonomia das partes na definição do conteúdo contratual, a desigualdade jurídica existente na relação jurídica complexa de *shopping center* permite o aparecimento de cláusulas abusivas. Em tal situação, essencial passa a ser controle de merecimento de tutela das estipulações contratuais, com vistas a preservação do equilíbrio contratual.

3 A CLÁUSULA DE PROMESSA DE LOJA ÂNCORA NO EQUILÍBRIO DO CONTRATO *IN CONCRETO*

O *shopping center* é realidade pertinente à mercancia moderna (MARTINS, 1989, p. 100) e as particularidades existentes em sua estrutura levaram ao aparecimento de determinadas cláusulas nos contratos bastante específicas, que são totalmente distantes do mundo ordinário do direito do inquilinato (BASÍLIO, 2005, p. 113). Tratam-se de regras contratuais que decorrem da relação jurídica que se forma entre lojista e empreendedor e que são voltadas para o bom funcionamento da mecânica do centro de compras e, por isso, se afirma a maior autonomia na elaboração dessas estipulações negociais (TEPEDINO, 2008a, p. 169, nota 10).

O dono do empreendimento deve elaborar contrato de locação de conteúdo amplo, minucioso e extenso com todas as obrigações das partes, incluindo aquelas cláusulas que são peculiares à categoria do complexo comercial. Tais normas contratuais podem constar em documento apartado, formado pelas condições gerais que disciplinam a participação no empreendimento, ao qual o lojista-aderente presta o seu assentimento. Decerto, as denominadas “normas gerais complementares” possuem a mesma natureza do contrato e nele se integram, sendo obrigatórias para as partes (PEREIRA, 1984, p. 21).

Como exemplos, podem-se mencionar as seguintes cláusulas comuns a todos os empreendimentos de *shopping center*: (i) o aluguel percentual, consistente na contraprestação pela ocupação do espaço-loja, calculado com base no faturamento bruto do lojista, que será devido quando for superior ao aluguel mínimo fixado; (ii) o 13º aluguel em

dezembro, em razão do acréscimo de vendas esperado no Natal, fruto também das campanhas publicitárias organizadas pela associação dos lojistas; (iii) a previsão do direito do locador à “fiscalização de boca de caixa”, pela qual ele tem a prerrogativa de verificar se as vendas realizadas estão sendo devidamente contabilizadas; (iv) a denominada *res sperata*, que é preço fixo em favor do empreendedor destinado a remunerá-lo pela organização e planejamento do centro comercial; e (v) a adesão compulsória do lojista aos vários contratos coligados que juntos formam o negócio jurídico complexo do *shopping center*.⁹

Por sua vez, algumas cláusulas contratuais são referentes à presença das chamadas lojas-âncora. São grandes estabelecimentos comerciais cuidadosamente escolhidos pelo empreendedor para a formação do *tenant mix* e que funcionam como ponto de atração da clientela, de modo a agregar valor econômico considerável ao empreendimento e, em consequência, expectativa concreta de lucros aos lojistas menores, chamados de satélites (AZEVEDO, 1995, p. 120). No empreendimento do *shopping center*, diferentemente do que ocorre com a “loja de rua”, seu sucesso é vinculado à articulação orgânica das lojas, de forma a estimular a circulação dos clientes que, em busca dos estabelecimentos mais atrativos, visualizam no caminho as lojas menores (PEREIRA, 1985, p. 10).

⁹ Para uma descrição detalhada das referidas cláusulas e seus questionamentos de validade., v. BASÍLIO, 2005, p. 113-146. Cf., exemplificativamente, no STJ: “[...] 2. Recurso especial que veicula a pretensão de que seja reconhecida a validade de cláusula de contrato de locação de imóvel situado em shopping center que estabelece critérios para a revisão judicial do aluguel mensal mínimo. 3. O princípio do *pacta sunt servanda*, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, especialmente no âmbito das relações empresariais, deve prevalecer. 4. A cláusula que institui parâmetros para a revisão judicial do aluguel mínimo visa a estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e viabilizar a continuidade da relação negocial firmada, além de derivar da forma organizacional dos shoppings centers, que têm como uma de suas características a intensa cooperação entre os empreendedores e os lojistas. 5. A renúncia parcial ao direito de revisão é compatível com a legislação pertinente, os princípios e as particularidades aplicáveis à complexa modalidade de locação de espaço em shopping center [...]” (REsp 1.413.818/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 21/10/2014), destacou-se.

Decerto, a promessa da presença das lojas-âncora interfere visivelmente no equilíbrio concreto dos contratos firmados pelos demais lojistas com o dono do empreendimento. Assim, permite-se que o pequeno lojista-locatário peça a redução do aluguel mínimo face à improficiência do empreendedor na locação dos espaços disponíveis para as lojas-âncora, tendo que vista que a ausência de lojas atrativas do público acaba por comprometer o faturamento dos lojistas instalados no *shopping*. Também se configura possível que o lojista deixe de fazer o pagamento da *res sperata* caso o empreendedor descumpra a sua obrigação de instalar loja-âncora no local previsto.¹⁰

De igual modo, admite-se a rescisão da locação por inadimplemento do empreendedor quando ele altera o *tenant mix* ao retirar lojas-âncora que ocupavam posições de destaque. Muito embora seja direito potestativo do dono do *shopping* a composição do *mix* na definição da distribuição dos espaços internos do centro de compras, tal direito sujeita-se, evidentemente, aos limites do abuso do direito e do ato ilícito, conforme o caso (TEPEDINO, 2008a, p. 170, nota 10). Dessa feita, se não for feita substituição que mantenha a atratividade do empreendimento para os lojistas menores, justifica-se a rescisão do contrato ante o inadimplemento da parte locadora.

Caso interessante foi analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se discutiu a validade de cláusula inserida em contrato de adesão que regula a locação de espaço-loja em *shopping center*, pela qual se isenta a parte locadora de responsabilidade por danos causados aos

¹⁰ Cf. “*Shopping Center*. Contrato de reserva. *Res sperata*. Exceção de contrato não cumprido. *O lojista pode deixar de efetuar o pagamento das prestações previstas no “contrato de direito de reserva de área comercial para instalação de loja e de integração no ‘tenant mix’ do centro comercial” se o empreendedor descumpre com a sua obrigação de instalar loja âncora no local previsto, em prejuízo do pequeno lojista. Para isso, não há necessidade de também rescindir o contrato de locação da loja [...]*” (REsp 152.497/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado De Aguiar, Quarta Turma, julgado em 15/08/2002, DJ 30/09/2002, p. 263), destacou-se.

lojistas-locatários. No caso, houve a promessa pelo locador aos potenciais lojistas, durante a construção do *shopping*, que algumas lojas-âncoras seriam instaladas no local, de forma a garantir a frequência do público.

Considerou a Terceira Turma do STJ, por maioria, mantendo a decisão da Corte Estadual, que a referida cláusula seria abusiva por retirar do lojista o direito à justa indenização pela frustração de promessa efetivamente feita pelo locador. Com efeito, entendeu o Tribunal que a autonomia das partes de definição do conteúdo negocial não impede que, no caso concreto, possa haver elementos que limitem essa liberdade. Na hipótese, concluiu-se que a aceitação pela parte locatária da cláusula excludente de responsabilidade não pode ser considerada válida por existir abuso pelo locador-predisponente de sua posição de superioridade negocial.

Em razão de a contratação ser por adesão, ainda que fora de relação consumerista, a conduta do predisponente consubstanciava promessa de fato de terceiro, cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente por tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e não comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência. Em consequência, reconheceu-se o descumprimento de dever contratual assumido pelo locador, que era determinante para a decisão de investimento dos lojistas.¹¹

11 “1. *Conquanto a relação entre lojistas e administradores de Shopping Center não seja regulada pelo CDC, é possível ao Poder Judiciário reconhecer a abusividade em cláusula inserida no contrato de adesão que regula a locação de espaço no estabelecimento, especialmente na hipótese de cláusula que isente a administradora de responsabilidade pela indenização de danos causados ao lojista.* 2. *A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento.* 3. *Recurso especial conhecido e improvido*”. (REsp 1.259.210/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 07/08/2012), destacou-se.

Também em relações contratuais interempresariais e não consumeristas existe campo fértil para o aparecimento de cláusulas abusivas não merecedoras de proteção pelo ordenamento jurídico. O princípio do equilíbrio contratual, na sua feição de proporcionalidade entre as situações subjetivas, isto é, entre os direitos e deveres que cabem às partes no contrato, é destinado a exercer papel relevante no delicado controle de valoração das cláusulas contratuais e da inteira composição negocial no caso concreto (PERLINGIERI, 2008, p. 409). Dessa forma, ele incide sobre o programa previsto pelas partes, servindo como parâmetro para a avaliação de seu conteúdo, mediante a comparação entre todas as vantagens e os encargos atribuídos a cada contratante.

No caso do negócio jurídico de *shopping center*, ante a sua composição por relações jurídicas coligadas, a promessa da instalação de lojas-âncoras exerce papel relevante no equilíbrio de todo o complexo contratual. Para o lojista menor, dito satélite, a presença de lojas de grande porte representa garantia de clientela e, conseqüentemente, maior lucratividade, o que é a causa determinante de seu interesse em participar do empreendimento.

Se o empreendedor falhar na contratação de grandes estabelecimentos comerciais, tal ausência acaba por tornar o toda a complexa relação contratual desequilibrada, tendo em vista que o lojista-locatário continua obrigado ao pagamento do aluguel mínimo previsto contratualmente, além de ter que arcar com a *res sperata* e com os custos da contribuição à associação de lojistas, mesmo que seu faturamento seja reduzido. Como se tratam de contratos coligados, o inadimplemento do dono do *shopping* no contrato que preveja a contratação das lojas-âncoras afeta todos os demais contratos, o que permite a rescisão pela parte prejudicada.

CONCLUSÃO

Como visto, a existência de situação concreta de assimetria de poderes negociais entre as partes pode justificar a necessidade de intervenção heterônoma nas relações contratuais, mesmo fora do âmbito consumerista. As regras abstratas previstas para o contrato precisam ser confrontadas com a realidade concreta em sua execução, de forma que a aplicação das cláusulas contratuais seja voltada à garantia de efetiva igualdade entre as partes, com a preservação do equilíbrio da avença e respeitadas as legítimas posições de vantagem conquistadas negocialmente.

Em contraste com o que se passava no direito contratual clássico, no qual se sobressaía a fase de formação e manifestação de vontade de contratar, o princípio do equilíbrio econômico incide sobre o programa previsto pelas partes. Dessa forma, ele serve como parâmetro para o controle de merecimento de tutela do conteúdo contratual e deve ser ponderado, com paridade de forças, com os princípios da autonomia privada e da intangibilidade do conteúdo do contrato

No presente estudo, abordou-se o negócio jurídico do *shopping center*, em que se verifica relação jurídica complexa de coligação contratual formada por adesão. Apesar de não se tratar de relação de consumo, constitui ambiente propício para o aparecimento de situação de assimetria de poder negocial, a ser superada por meio de mecanismos de proteção da parte mais fraca.

Assim, objetiva-se resguardar patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas dos contratantes – dono do *shopping* e locatário-aderente – em relação ao conteúdo e aos efeitos do contrato. Juiz e legislador deverão reagir à desigualdade de forças entre as partes, sendo

que o juízo de valor do conteúdo negocial deverá partir da valoração em concreto do equilíbrio das posições contratuais, levando-se em conta todos os direitos e deveres titularizados pelos contratantes.

Portanto, a proteção do equilíbrio econômico nos contratos interempresariais, como é o caso do negócio jurídico de *shopping center*, deverá ser feita a partir de uma abordagem funcional, que leve em conta a finalidade econômica que as próprias partes objetivaram alcançar com a avença e que garanta a proporcionalidade nas situações jurídicas subjetivas que compõem a relação contratual.

REFERÊNCIAS

ASTONE, Antonino. Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale. **Rassegna di Diritto Civile**, Napoli, n. 4, p. 1013-1053, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 716, p. 112-131, jun. 1995.

BASÍLIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos**: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva: 2007.

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

COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial,**

Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 34, n. 97, p. 23-28, 1995.

GAROFALO, Andrea Maria. La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio. **Rivista di diritto civile**, Padova, n. 58, n. 2, p. 573-614, mar./abr. 2012.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “shopping center”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 27, n. 576, p. 9-26, out. 1983.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.

KARPAT, Ladislau. **Locação em geral e aluguéis em shopping center**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: grupos de contratos, rede de contratos e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIRA, Ricardo-César Pereira. Breves notas sobre o negócio jurídico “shopping center”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 93, n. 337, p. 397-400, 1997.

LIRA, Ricardo-César Pereira. Sobre a indivisibilidade do negócio jurídico “shopping center”. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 241-249, jan./mar. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito**, Lisboa, n. 10, p. 6183-6204, 2012. Disponível em: <<http://migre.me/ll3c0>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no**

direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. A relação contratual de shopping center. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 32, n. 116, jul. 2012, p. 110-117.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A natureza jurídica das locações comerciais dos “shopping centers”. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 13, n. 47, p. 100-113, 1989.

MONTEIRO, Washington de Barros. “Shopping centers”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 73, n. 580, fev. 1984, p. 9-14.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade:** na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVA, Milena Donato. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (Coord.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2011, p. 615-634.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Shopping center: lei aplicável à locação de unidades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 74, n. 596, p. 9-15, jun. 1985.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Shopping center, organização econômica e disciplina jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 73, n. 580, p. 15-26, fev. 1984.

PERLINGIERI, Pietro. **Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente.** Milano: Giuffrè, 2005a.

PERLINGIERI, Pietro. Equilíbrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 131-151, out./dez. 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**, 5. ed. Napoli: ESI, 2005b.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping center: uma nova era empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REQUIÃO, Rubens. Considerações sobre os centros comerciais ('shopping centers') no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 72, n. 571, p. 9-35, maio. 1983.

ROPPO, Vincenzo. **El contrato del dos mil**. Tradução de Milagros Koteich. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

SCHLESINGER, P. Interpretazione della legge civile e prassi delle corti. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, v. 47, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão: direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Anotações à Lei do Inquilinato (arts. 1º a 26)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo: São Paulo, 2007.

Como citar: KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em shopping center: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.176-200, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p176. ISSN: 2178-8189.

Submetido em 10/03/2016

Aprovado em 28/08/2016