



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000229149

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016392-52.2016.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que são apelantes/apelados MARISA LOJAS VAREJISTAS LTDA e [REDACTED], é apelado/apelante [REDACTED].

ACORDAM, em 25^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), CARMEN LUCIA DA SILVA E KLEBER LEYSER DE AQUINO.

São Paulo, 28 de março de 2019.

Claudio Hamilton
RELATOR
Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1016392-52.2016.8.26.0320

Comarca: Limeira

Apelante: [REDACTED]

[REDACTED]

Apeladas: Marisa Lojas S/A e [REDACTED]

[REDACTED]

Juiz/Juíza: Flávio Dassi Vianna

VOTO 19634

APELAÇÃO LOCAÇÃO ATÍPICA EM SHOPPING CENTER COBRANÇA Alugueres, encargos da locação e IPTU Discussão sobre as cláusulas de isenção quanto ao pagamento dos alugueres e encargos pelos lojistas Cláusulas suspensivas no sentido de que a isenção vigia no caso de inauguração de menos de 70% (setenta por cento) da área bruta locável das lojas satélites e menos de 70% (setenta por cento) da área bruta locável das lojas/operações âncora Critério trazido no laudo pelo perito judicial quanto à divisão dos tipos de lojas que não foi adotado, por contrariar à

metodologia proposta pela própria ABRASCE - Associação Brasileira de Shoppings Center, denominada de “Plano de Mix”, que é recomendada a todos os Shoppings - Afastamento ainda da condenação no pagamento da multa rescisória, estabelecida em 3 vezes o valor médio dos últimos 12 aluguers, pela rescisão antecipada do contrato, a qual ocorreu por sentença proferida em ação de consignação promovida pela locatária Cobrança do IPTU que não integra a isenção contratual, com base na cláusula 14.5 da avença - Procedência parcial da ação para condenar as réis a pagarem o IPTU relativo à área privativa da loja, no período em que a locatária ocupou o imóvel, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir do ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação Procedência da reconvenção para condenar a autora-reconvinda no pagamento da multa diária de R\$ 4.000,00 pelos 68 dias de atraso na inauguração do shopping center Rejeição da preliminar de nulidade da sentença - Recurso da parte ré desprovido - Recurso da autora desprovido.

Trata-se de ação de cobrança que

move em face de MARISA LOJAS S/A e [REDACTED]

[REDACTED], julgada PARCIALMENTE

PROCEDENTE para

condenar as réis a pagarem o IPTU relativo à área privativa da loja no período em que a locatária ocupou o imóvel, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir do ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. A reconvenção foi JULGADA

PROCEDENTE, para condenar a reconvinda no

pagamento de multa diária de R\$ 4.000,00, durante 68 dias. Pelo atraso na inauguração, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP a partir do oferecimento da reconvenção e juros de mora de 1% ao mês

a partir da intimação para resposta ao pedido reconvencional. A parte autora foi condenada o pagamento dos honorários de 10% sobre o valor atribuído aos pedidos julgados improcedentes e também sobre a condenação no pedido reconvencional. As rés foram condenadas no pagamento de 10% sobre o valor da condenação no pedido inicial, arcando cada parte com as custas e despesas processuais a que deu causa.

Apelo das rés requerendo a reforma da sentença quanto à condenação no pagamento dos valores a título de IPTU, afirmando que também integrava a isenção conferida pelas cláusulas 3.1.3 e 3.1.4 do contrato. Invoca ao *venire contra factum proprium*, já que a autora não fez a cobrança de aluguers e encargos durante o período em que a loja ocupou o espaço, vindo somente agora reclamar o seu pagamento negando a existência da isenção contratual sobre todos os valores da locação.

Houve contrarrazões.

Apelo da autora alegando, em preliminar, nulidade da sentença, ante o cerceamento de defesa, pois que afirma que a sentença alterou o critério eleito pelos assistentes técnicos em conjunto com o perito judicial para a realização da prova, no que diz respeito à divisão das lojas âncora, satélite e comum, causando prejuízos à apelante. Anota que o laudo pericial alterou o critério da ABRASCE

para enquadrar como âncora a loja com mais de 700m², identificando, assim, 6 lojas âncora com o total de 9.403,91m² de ABL, e não as 3 apontadas pela autora, definição que foi consentida pelas partes e deve ser mantida. Se mantido o critério da sentença, requer o refazimento do laudo pericial para que se considere como âncora a loja com mais de 1.000m² e que as demais, com metragem inferior, sejam consideradas lojas satélites, o que implica no aumento da ABL das lojas satélites. Assim, requer o reconhecimento da nulidade da sentença para que se reabra a instrução processual para que o perito refaça o laudo, considerando como âncora apenas as 3 lojas com mais de 1.000m² e o restante como loja satélite. No mérito, pretende a reforma da sentença quanto ao afastamento dos pedidos de cobrança de aluguel e encargos da locação, dada a interpretação equivocada da cláusula 3.1.3, pois que se deve entender que a cobrança será permitida se inaugurada mais de 70% da área bruta locável das lojas satélites ou se inauguradas mais de 70% da área bruta locável das lojas/operações âncoras. Anota que em dezembro de 2012 haviam sido inauguradas 100% das lojas âncoras e 70,16% das lojas satélites, sendo implementadas as condições cumulativas da cláusula 3.1.3 em dezembro de 2013. Assim, reclama a condenação das réis no pagamento dos aluguers e encargos comuns e FPP a partir de dezembro de 2013. Ainda, alega que a própria apelada reconheceu em junho de 2014 que se havia atingido cumulativamente as condições previstas na cláusula 3.1.3 a autorizar, na pior das hipóteses, a sua

condenação no pagamento das obrigações contratadas pelo menos a partir de então. Também, reclama a condenação da parte ré no pagamento da multa rescisória, pela rescisão antecipada do contrato na ação de consignação de chaves promovida (processo nº 1002778-14.2015.8.26.0320). Aduz, ademais, que a notificação não cumpriu o prazo de 120 dias de antecedência previsto no contrato, razão pela qual é devida a multa de 3 vezes o valor médio dos últimos 12 aluguers. Também, impugna a condenação no pagamento da multa diária de R\$ 4.000,00, objeto do pedido reconvencional, afirmando que a obra teve de ser paralisada em razão de ação popular promovida por um advogado, o que determinou o atraso na inauguração do Shopping Center de Limeira. Invoca o teor do art. 393 do Código Civil, alegando caso fortuito ou de força maior, como excludentes de sua responsabilização. Salienta, ademais, que o contrato previa a possibilidade de prorrogação da data de inauguração, desde que ocorresse prévia notificação aos locatários, como de fato ocorreu. Anota que a parte ré reconheceu que recebeu comunicação em maio de 2012 quanto à alteração da data de inauguração de setembro de 2012 para novembro de 2012, tendo a recorrente cumprido o prazo previsto na cláusula 19.21 das regras regedoras da locação insertas na escritura pública, que integra o contrato para todos os efeitos. Invoca o art. 54 da Lei de Locações. Requer alternativamente a redução da multa por ser excessiva, já que superior à obrigação principal na forma do art. 413 do Código Civil, sob pena de enriquecimento sem causa

(art. 884 do Código Civil). Requer, assim, o julgamento de total procedência da ação e improcedência da reconvenção.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

A autora busca a cobrança dos aluguers e encargos da locação, além de FPP e IPTU, bem como multa pela rescisão unilateral da avença, no total de R\$ 371.874,59, relativamente a lojista que ocupou área em shopping center, conforme contrato atípico firmado entre as partes.

A parte ré ofertou defesa e reconvenção, buscando a condenação na autora-reconvinte no pagamento da multa contratual pelo atraso na inauguração do empreendimento, no valor de R\$ 368.806,85.

Houve réplica e contestação à reconvenção, com preliminar de falta de interesse de agir, e, no mérito, sustentou a excludente de responsabilidade civil (caso fortuito ou força maior) para cobrança da multa.

A ação foi julgada parcialmente procedente, bem como procedente a reconvenção.

Quanto à preliminar de nulidade da sentença, deve ser repelida, pois que não há necessidade de se determinar o refazimento

da prova pericia, no caso, porque suas conclusões são bastantes para o esclarecimento de todas as questões suscitadas pelas partes litigantes.

Aliás, há de se lembrar que o juiz como destinatário das provas pode indeferir aquelas que julgar inúteis ou desnecessárias para a formação do seu livre convencimento motivado (princípio da persuasão racional – arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil - arts. 370 e 371 do Código de Processo Civil de 2015).

Em comentários ao referido dispositivo, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY ensinam que: “o dispositivo sob análise autoriza o Juiz a julgar o mérito da forma antecipada, quando a matéria for unicamente de direito, ou seja, quando não houver necessidade de fazer-se prova em audiência.

Mesmo quando o objeto da causa for de fato, o julgamento antecipado é permitido se o fato for daqueles que não precisam ser provados em audiência, como, por exemplo, os notórios, os incontrovertidos, etc” (“Código de Processo Civil Comentado”, Editora RT, 10^a edição, pág.600).

A propósito, confira-se a lição de MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES: “Tem, portanto, o juiz ampla liberdade para determinar, de ofício, as provas que lhe pareçam necessárias para apuração da verdade e para assegurar a igualdade real de

tratamento entre as partes"(Novo Curso de Direito Processual Civil, 2^a Edição, Editora Saraiva, página 424).

Nesse sentido também o posicionamento do Enunciado 09 do TJ/SP: Pacificado que, sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Havendo nos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a lide. Aplicação da Teoria da Causa Madura(Precedentes: RT 305/121; Apelação Cível nº. 215.713-4/1-00, rel. Des. Egidio Giacoia; Apelação Cível nº. 568.994-4/2-00, rel. Des. Egidio Giacoia; Apelação Cível nº. 407.946.4/9-00, rel. Des. Donegá Morandini).

O Excelso Pretório já decidiu que a necessidade da produção da prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado (RE 101.171-8-SP, RTJ 115/789).

Assim, ante o conjunto fático probatório existente nos autos, quanto aos aspectos que envolveram a contratação da locação atípica, não há mesmo necessidade de se refazer a prova pericial.

No mérito, a questão trazida diz respeito à cobrança de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

alugueres e encargos locatícios decorrentes da locação atípica de área em Shopping Center.

A autora-apelante impugna a conclusão da sentença quanto ao critério adotado, entendendo que houve modificação daquele critério adotado pelo perito o qual contou com a concordância das partes.

Observa-se do contrato atípico de locação firmado entre as partes em 10/01/2012, que a locação teve por objeto o salão de uso comercial _ EUC nº L88/L105, situado na [REDACTED]
[REDACTED], em Limeira/SP.

Observa-se, ainda, da avença, que a locação teria duração de 120 meses contados da inauguração do empreendimento, a qual estava prevista para setembro de 2012 (cláusula 2^a do contrato).

Acontece que as partes pactuaram, nas cláusulas 3.1.3 e 3.1.4 do Quadro Resumo, como condição suspensiva para o início da cobrança dos alugueres e encargos, a inauguração de, no mínimo, 70% da área bruta locável às lojas satélites e 70% da área bruta destinada às lojas âncoras (fl. 25).

Eis a redação das referidas cláusulas:

“3.1.3. A LOCADORA isente a LOCATÁRIA do

pagamento de aluguel, encargos condominiais e FPP, a contar da inauguração da operação da loja LOCATÁRIA, no EUC, ocorrendo as seguintes hipóteses: na data de inauguração do Empreendimento sejam inauguradas menos de 70% (setenta por cento) da área bruta locável das satélites e/ou menos de 70% (setenta por cento) da área bruta locável das 'lojas/operações âncora', exceto Hipermercado 9caso houver), deixe de inaugurar na data da inauguração do Shopping.

“3.1.4 A isenção descrita no item acima permanecerá, até que ambas as condições deixem de ocorrer, sem prejuízo da LOCATÁRIA postergar a inauguração de sua loja”.

Isso quer significar, pois, que, ao contrário do alegado pela autora, havia necessidade de se cumular ambas as condições suspensivas, na forma expressa na cláusula 3.1.4 para que permanecesse a isenção de cobrança dos aluguers e encargos da locação e FPP.

Quanto à divisão das lojas, afirma a autora que a sentença considerou como loja âncora aquela com mais de 700m², sendo satélites as demais, o que contrariou o conceito previsto no Plano de Mix da ABRASCE, razão pela qual entende que deve ser mantido o conceito adotado no laudo pericial quanto à divisão em três tipos de lojas, ou seja, âncora, satélite e comum.

Ora, não há como adotar, na hipótese, a divisão

estabelecida pelo perito, pois que está em evidente contrariedade à metodologia proposta pela própria ABRASCE – Associação Brasileira de Shoppings Center, denominada de “Plano de Mix”, que é recomendada a todos os Shoppings.

Como salientado em sentença, nessa publicação estão catalogadas cinco categorias de lojas, ou seja: as lojas âncora, com área maior de 1000m²; megalojas, com área entre 500 e 999m²; lojas satélite; conveniência/serviços; e lazer, que ocupe área locável maior que 1.000m².

O perito considerou como lojas comuns todas aquelas destinadas a conveniência/serviços e outras, com área inferior a 100m².

Ou seja, pelo critério adotado pelo perito quanto a essas lojas, não estariam elas entre as lojas de conveniência/serviços a que se refere as orientações da ABRACE.

Ora, tendo em conta o critério adotado no laudo, se consideradas as áreas brutas das lojas satélite e comum, como denominou, não se teria alcançado o percentual mínimo necessário, que era de 70% da área bruta locável das lojas satélites e de 70% da área bruta locável das lojas âncoras.

Ou seja, como bem salientado na sentença, deve-se

considerar como lojas satélites, todas aquelas não consideradas âncoras, não se podendo, desse modo, incluir uma terceira espécie, denominada pelo perito como lojas comuns, como quer impor a autora a pretexto de que houve concordância entre as partes no que diz respeito a sua adoção.

Quanto à cobrança do IPTU, razão não assiste à parte ré, eis que, como se viu, não se trata de encargo da locação, conforme previsto na cláusula 6^a (fl. 30) e expressamente ressalvado na cláusula 14.5 da avença (fl. 36). Logo, não há razão para afastar essa cobrança.

No que diz respeito à exigência da multa pela rescisão unilateral da avença, não tem cabimento.

Como se verifica dos autos, a locatária notificou a locadora quanto à devolução do imóvel (fls. 635/637).

Acrescente-se a isso o fato de que o contrato atípico de locação foi considerado rescindido pela sentença proferida na ação de consignação em pagamento promovida pela locatária, em data de 20/04/2015, fato que ocorreu bem antes dos 120 dias previsto no contrato.

Por conseguinte, não há falar em violação à regra que previa a comunicação com 120 dias de antecedência para a desocupação do imóvel, como aventado pela parte autora, a ensejar o entendimento de que é cabível a multa rescisória.

No que diz respeito ao pedido formulado em reconvenção, é fato incontrovertido que o shopping foi inaugurado com atraso de 68 dias, eis que a avença previa a data de inauguração como setembro de 2012, mas o shopping foi inaugurado em novembro de 2012, como admitido pela própria autora.

Entretanto, busca a autora o afastamento da multa pelo atraso na inauguração, invocando a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, em razão da alegada suspensão das obras do empreendimento, determinada por ordem judicial na ação popular noticiada (fls. 755/756).

Ora, não há comprovação inequívoca quanto ao alegado caso fortuito ou força maior por parte da autora-apelante.

Além disso, a escritura pública mencionada pela autora, que prevê Normas Gerais Regedoras da Locação, a qual menciona a possibilidade de prorrogação do prazo de inauguração do shopping, não pode servir de suporte à alegação de que o contrato também previa a prorrogação da inauguração.

Por ter sido firmado especialmente entre as partes, devem mesmo prevalecer as normas da avença locatícia, considerado o contido na cláusula 3.1 do contrato atípico em comento, que prevê como data para a inauguração o mês de setembro de 2012.

Ademais, não há razão para invocar-se outra data, como

a de junho de 2014, para se considerar atingida cumulativamente as condições previstas na cláusula 3.1.3, diante do contido nos autos.

Portanto, é mesmo devida a referida multa pelo atraso da autora.

Quanto ao valor da multa, estabelecida em 3 vezes o valor médio dos últimos 12 alugueres, como anotado na origem, não é exagerada ou excessiva, diante da natureza e porte do empreendimento, que é destinado a implantação de shopping center na cidade de Limeira.

Assim, não é caso de se determinar a sua redução com amparo no art. 413 do Código Civil.

Aliás, não se pode deixar de mencionar que a multa foi estabelecida livremente entre as partes, devendo mesmo prevalecer o *pacta sunt servanda*.

No que diz respeito à verba honorária, deve ser mantida, por ser razoável em atendimento aos parâmetros do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, inclusive para fins de remuneração do causídico pelo trabalho recursal acrescido.

Posto isso, rejeitada a preliminar de nulidade da sentença, nega-se provimento ao recurso da parte ré, negado provimento ao recurso da autora.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CLÁUDIO HAMILTON

Relator