

CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE ESPAÇO EM *SHOPPING CENTER*: UM ESTUDO COMPARATISTA ENTRE OS REGIMES JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS.

Alexandre Junqueira Gomide¹

Introdução

O objetivo do presente estudo é analisar brevemente² a natureza e a disciplina jurídica do contrato de cessão de uso de espaço de unidades em *shopping center*. Trata-se, substancialmente, de contrato em que o empreendedor que administra determinado *shopping center* (ou centro comercial, como preferem os portugueses) cede espaço para que o lojista, mediante remuneração mensal, possa ocupá-lo e desenvolver sua atividade comercial.

Embora, tal como referido acima, o contrato de *shopping center* tenha como principal prestação a cessão do uso do espaço, há diversas particularidades que o distinguem de um contrato de locação comercial ou arrendamento para fins não habitacionais. Nesses contratos não há apenas uma simples cessão do uso. O lojista é obrigado a cumprir diversas obrigações, recebendo em troca benefícios de obrigações a serem cumpridas pelo gestor³.

¹ Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista e Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal. Professor de cursos de Pós-Graduação de diversas instituições. Autor de artigos e obras jurídicas. Colaborador do Blog Civil & Imobiliário (www.civileimobiliario.com.br). Fundador do IBRADIM – Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo.

² Destacamos, desde já, que estamos finalizando artigo mais completo e abrangente a respeito do tema, que pretendemos publicar em breve.

³ Dentre as obrigações do lojista, cite-se, por exemplo (i) submissão à fiscalização para fins de apuração do percentual (aluguel variável); (ii) impossibilidade de mudar o ramo de negócio, sem prévia autorização; (iii) impossibilidade de cessão, transferência ou sublocação do espaço sem prévio consentimento; (iv) submissão do projeto da loja imposto pelo empreendedor; (v) pagamento de 13ª aluguel, em alguns casos; (vi) obrigação de manter a loja aberta nos dias determinados pelo empreendedor, dentre outras obrigações. Como contrapartida de suas obrigações, o empreendedor é normalmente obrigado a (i) fornecer segurança e limpeza ao empreendimento, (ii) realizar reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel – pintura (fachada, esquadrias, etc.); (iv) realizar obras de paisagismo nas partes de uso comum; (v) realizar promoção e divulgação do shopping center ou centro comercial.

No Brasil, o contrato é normalmente qualificado pela doutrina⁴ como “contrato de locação em shopping center” enquanto a doutrina portuguesa⁵ com maior cautela, não se refere à prestação, mas, simplesmente, como “contrato de cedência de espaço (ou utilização) em centro comercial”.

A questão da qualificação jurídica não é uma questão de terminologia ou de capricho acadêmico. Sendo o referido contrato qualificado como *locação* não residencial (ou *arrendamento* para fins não habitacionais) isso o classificará como contrato típico e o regime jurídico será enquadrado pela Lei brasileira 8.245/1991 ou pelo Código Civil português. Caso tal contrato possua particularidades que o distingam dos contratos típicos referidos, poderá ser considerado atípico, tendo por consequência o afastamento daquelas regras, privilegiando-se as disposições contratuais. Assim, a questão da tipicidade e atipicidade, evidentemente, traz consequências relevantes na disciplina jurídica aplicável.

Nesses termos, a partir da experiência de cada um dos países e pela modalidade da microcomparação⁶, pretende-se realizar a comparação do referido contrato nos diferentes sistemas, para que se possa identificar similitudes, divergências e as controvérsias jurisprudenciais.

⁴ No Brasil, não há uma designação uníssona. Rodrigo Barcelos intitula simplesmente como “contrato de shopping center” (BARCELLOS, Rodrigo. *O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais*. São Paulo: Atlas. 2009). Caio Mário da Silva Pereira prefere “contrato de locação em shopping center” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: aspectos jurídicos*. Coordenação: José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984), assim como Custódio da Piedade Ubaldino Miranda (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Locação de imóveis urbanos: Comentários à Lei 8.245/1991*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998) enquanto, Álvaro Villaça de Azevedo, tal como alguns portugueses, utiliza o nome “contrato de utilização de unidade em centros comerciais” (AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Atipicidade Mista do Contrato de Utilização de Unidade em Centros Comerciais e Seus Aspectos Fundamentais*. *Revista dos Tribunais*, ano 84, vol. 716, p. 112-137, jun. 1995).

⁵ Também não há uma designação uniforme na doutrina portuguesa a respeito do contrato em análise. Rafael Vale e Reis qualifica o contrato em estudo como “contrato de cedência de espaço em centro comercial” (REIS, Rafael Vale e. *Contrato de cedência de espaço em centro comercial: natureza jurídica*. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. Já Inocêncio Galvão Telles prefere intitulá-lo como “contrato de utilização de espaço nos centros comerciais” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais*. *O direito*. Ano 123. 1991. Ana Afonso, por sua vez, preferiu designá-lo “contrato de instalação de loja em centro comercial” (AFONSO, Ana. *Anotação ao acórdão do STJ de 13 de setembro de 2007: o problema da qualificação e regime dos contratos de instalação de loja em centro comercial*. *Revista de ciências empresariais e jurídicas*. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. nº 13. 2008).

⁶ A microcomparação (ou comparação institucional), segundo Dário Moura Vicente, tem por objetivo comparar problemas jurídicos particulares, por exemplo, a responsabilidade civil do produto, a condição dos filhos nascidos fora do casamento, mediante a indagação dos tipos de soluções acolhidos por cada ordenamento. (VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. v. I, 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2018).

1.1 A natureza e o regime jurídico do contrato de cedência de espaço em Portugal

A considerar as particularidades envolvidas no contrato, que poderiam descaracterizar a aplicação do regime jurídico típico do arrendamento, a doutrina portuguesa, sobretudo no início dos anos 1990, passou a discutir a tipicidade ou atipicidade desse tipo de avença.

Na realidade, a discussão teve origem porque o ordenamento jurídico português não possui uma regulamentação sistematizada e pormenorizada dos centros comerciais, embora alguns diplomas lhe façam referência⁷. Além disso, o Código Civil português, que regula o arrendamento para fins não habitacionais (artigo 1.108º e seguintes), não faz qualquer referência específica aos centros comerciais.

A partir disso, a doutrina portuguesa passou a discutir a possibilidade de qualificar o contrato de cedência de espaço em centro comercial como típico (arrendamento) ou atípico, por envolver, de um lado, prestação da cessão do uso de espaço e, de outro lado, prestação de outras obrigações.

Esse tema foi debatido amplamente pelos juristas portugueses porque, sendo entendido como um contrato típico de arrendamento, em primeiro lugar, as partes seriam submetidas ao regime do Código Civil. Sendo um contrato atípico, as disposições contratuais estabelecidas entre as partes teriam papel relevante e as disposições do Código Civil um papel apenas secundário, com eventual aplicação por analogia, caso necessário.

A posição majoritária, em Portugal, da doutrina, é que prevalece a estipulação contratual livremente pactuada pelas partes, uma vez que o contrato de cessão de uso de espaço em centro comercial não é contrato de arrendamento para o comércio, mas

⁷ É o exemplo do Decreto-Lei 48/96, de 15 de maio, que trata a respeito do horário de funcionamento de tais estabelecimentos; do Decreto-Lei nº 10/2015, de 16 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de acesso e exercício de atividades de comércio e da Portaria nº 424/85, de 5 de julho, que esclarece que um centro comercial deve atingir uma dimensão mínima de 500m² e doze lojas.

entendido como contrato atípico. Nesse sentido, cite-se Oliveira Ascensão⁸, Pedro Pais de Vasconcelos⁹, Rafael Vale e Reis¹⁰, Ana Afonso¹¹ e Hugo Duarte Fonseca¹².

Na jurisprudência, é fácil verificar que os julgados são largamente majoritários também em apontar pela *atipicidade* de referido contrato:

[...] É, no entanto, jurisprudência dominante do STJ que, na sua grande maioria, tais contratos são inominados, não existindo razões para, no estágio actual dos estudos doutriniais e das realidades da vida jurídica, ser afastado este entendimento. Trata-se de um contrato atípico ou inominado, cuja origem jurídica ainda não está directamente traçada na lei, sem que possa ser considerado um contrato de arrendamento

⁸ ASCENSÃO, Oliveira. Integração empresarial e centros comerciais. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, nº 32. 1991, p. 29-70 e, do mesmo autor, Lojas em centros comerciais; Integração Empresarial; Forma, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54º, 1994, p. 835, em anotação ao acórdão do STJ de 24 de março de 1992. Pedro Pais de Vasconcelos também manifestou sua concordância com a atipicidade do contrato. Para o autor, estes contratos não preenchem o tipo legal do arrendamento porque (i) o contrato de arrendamento comercial é tipicamente individual enquanto que o contrato celebrado entre o promotor do centro e os lojistas pressupõe uma pluralidade agregada; (ii) a remuneração que o lojista oferece pela cedência do gozo da loja é parciária, o que não acontece no arrendamento. (VASCONCELOS, Pedro Pais. Contratos de utilização de lojas em centros comerciais: qualificação e forma. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 56, nº 2. p. 535-549).

⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais. Contratos de utilização de lojas em centros comerciais: qualificação e forma. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 56, nº 2. p. 535-549.

¹⁰ REIS, Rafael Vale e. Contrato de cedência de espaço em centro comercial: natureza jurídica. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 738.

¹¹ AFONSO, Ana. Anotação ao acórdão do STJ de 13 de setembro de 2007: o problema da qualificação e regime dos contratos de instalação de lojista em centro comercial. *Revista de ciências empresariais e jurídicas*. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. nº 13. 2008. p. 93. Segundo a autora: para quem o contrato de cedência de espaço em centro comercial deve ser considerado atípico misto porque há uma deformação por excesso do tipo legal arrendamento para o exercício do comércio: os contratantes partem, é certo, da celebração de um contrato de cedência do gozo de um espaço para o exercício de uma atividade comercial, mas este é adaptado aos interesses e características específicas do centro comercial.

Carlos Ferreira de Almeida qualifica o contrato de *shopping center* como “contrato misto de locação e prestação de serviços”. Segundo o autor, embora seja “evidente” que se trate de um contrato socialmente típico, não se vê como pode ser contrariada a inclusão no tipo de todos os elementos próprios do contrato de arrendamento (gozo temporário de uma coisa imóvel, mediante retribuição), em co-presença com outros elementos próprios do contrato de empreitada (limpeza) e de outros contratos de prestação de serviço. (ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos II: Conteúdo, Contratos de Troca*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 215).

¹² FONSECA, Hugo Duarte. Sobre a tipicidade dos contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: da tipicidade como pretexto à atipicidade enquanto contexto. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. LXXX. Coimbra: 2004. p. 714/715. Segundo o Autor: também assevera que a complexidade da relação que esse contrato institui excede, em larga medida, as potencialidades normativas que o tipo arrendamento para comércio comporta. O autor, dentre algumas diferenças, cita o fato de que, no arrendamento para comércio, o proprietário do bem está alheio à sorte de quem comercia; no contrato de instalação de lojista em centro comercial, a entidade gestora potencia, com o desempenho de sua tarefa, os lucros de quem vende, participando neles. Assim, conclui que há mais dissimilaridades do que semelhanças entre os contratos confrontados.

comercial, ou uma cessão de exploração de estabelecimento comercial ou um contrato misto. A cedência de um dado espaço num centro comercial pode configurar um contrato inominado cuja regulamentação se encontra em primeiro lugar nas suas próprias cláusulas, depois nas disposições gerais e, finalmente, nas normas da figura típica mais próxima^{13 14}.

Diante da jurisprudência e doutrina portuguesas já consolidadas, verifica-se que, após anos de discussão, o contrato de cedência de espaço em centro comercial é classificado como um contrato atípico, razão pela qual, “rege-se, em primeira via, pelo estipulado pelas partes, face ao princípio da liberdade contratual e, depois, pelas regras dos contratos típicos afins onde houver analogia^{15 16}”.

¹³ Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 6427/09. 7ª Secção, Rel. Orlando Afonso, j. 20 de maio de 2015.

¹⁴ Da mesma forma: “[...] Mas hoje é pacífica a jurisprudência a considerar como contrato atípico ou inominado a cedência de espaços ou instalação de lojas em centros comerciais, por o rico e complexo circunstancialismo que define não se confinar nos contornos de um simples contrato de arrendamento ou mesmo de um contrato misto de arrendamento e prestação de serviços. É também esse o entendimento da nossa melhor doutrina, que, no essencial, segue os magistrais ensinamentos do Sr. Professor Doutor A. Varela. Nessa jurisprudência e doutrina, tem-se em conta a nova realidade importada dos EUA e praticada entre nós desde os anos 70 e 80 do século passado dos centros comerciais, caracterizados pela concentração, complementaridade e diversificação das lojas nele inseridas, concebidas pelo seu criador; centro com unidade de direcção e gestão, que abarca, para além da implementação, a direcção e a coordenação dos serviços comuns e a fiscalização do regulamento interno, a prestação de serviços (limpeza, arranjo, segurança, iluminação das partes comuns...), a possibilidade de uma retribuição em função das vendas efectuadas e proventos auferidos. Como se diz no Ac. deste STJ de 26.4.94 “as lojas do centro embora exploradas individualmente, integram-se num todo, que preside à sua formação”, não podendo autonomizar-se o respectivo contrato do conjunto em que se integra que é constituído pelo centro comercial. Daí a sua qualificação como contrato atípico ou inominado, regulado pelas respectivas cláusulas, pelos princípios gerais dos contratos e pelos contratos afins que não contrariem a vontade das partes, afirmada dentro da liberdade contratual que o art. 405. do CC define. Não está, pois, o contrato sujeito às regras de forma típicas do contrato de arrendamento, exigidas à data, vigorando a regra da liberdade de forma consagrada no art. 219. do CC, sendo válida a forma que revestiram os contratos acordados” Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo nº 07B1857, Rel. Custódio Montes, j. 13 de setembro de 2007. “[...] O contrato objecto dos autos não se confunde com o contrato de arrendamento, de carácter vinculístico, regulado por disposições imperativas, que afastam o princípio geral da liberdade de estipulação, resultante do princípio da autonomia privada, titulado constitucionalmente e ligado ao valor de auto determinação da pessoa, mas que deve estar em consonância com outros princípios como o da protecção das expectativas de confiança do destinatário e o princípio de protecção de segurança do tráfego jurídico. A cedência do gozo de um prédio urbano ou de parte dele que decorre do contrato de arrendamento, confere ao arrendatário e ao senhorio poderes e deveres, diferentes dos do contrato acima documentado, pois a sua função económica e social é diferente do arrendamento e também do de mera prestação de serviços, como é entendimento dominante na jurisprudência e na doutrina”. (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo nº 1398/03, 6ª Secção, Rel. Cardoso de Albuquerque, j. 30 de junho de 2009).

¹⁵ Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo nº 98A834, Rel. Pais de Sousa, j. 27 de outubro de 1998.

¹⁶ Destaque, também, acórdão datado de 26 de abril de 1994, no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, comentado por Rita Amaral Cabral. Segundo referido julgado, “o contrato inominado celebrado entre o fundador ou o organizador do centro comercial e cada um dos lojistas rege-se pelas disposições reguladoras dos contratos em geral e, se necessário, pelas disposições (não excepcionais) dos contratos nominados com que apresenta mais forte analogia (CABRAL, Rita Amaral. O contrato de utilização de loja em centro

1.2 O contrato de cessão de uso de espaço em *shopping center* no Brasil

No Brasil, o início da discussão doutrinária que se tem notícia, em meados dos anos 1980, também entendia, de forma majoritária, que os contratos de cessão do uso de espaços em *shopping centers* também deveriam ser regulados pela então vigente Lei 6.649/1979, atualmente substituída pela Lei 8.245/91.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira¹⁷, em artigo redigido em 1984, afirmou que no contrato de *shopping center* estão presentes os elementos essenciais da locação. Segundo o autor, a intromissão de fatores acidentais não lhe ofende ou abala a estrutura. Assim, defendeu que se trata de uma locação revestida de peculiaridades, mas nem por isso deixa de ser locação. Esse também era o entendimento de Washington de Barros Monteiro¹⁸.

Bom que se diga que, mesmo nos idos anos da década de 1980, a doutrina brasileira tinha já vozes que defendiam a atipicidade de tal contrato. Orlando Gomes¹⁹, por exemplo, asseverou que referido contrato não é propriamente de locação, mas um contrato atípico, sobretudo porque as partes, pela autonomia privada, poderiam projetar as obrigações de ângulos diversos, em determinações que contrariam as obrigações da locação.

Com o passar dos anos, talvez influenciada pela evolução do pensamento jurídico português, a doutrina brasileira, em sua maioria, também passou a defender a atipicidade

comercial. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de abril de 1994. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano XXXVII, Lex Editora: Lisboa, 1995. p. 217-229).

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: aspectos jurídicos*. Coordenação: José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 86.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Shopping Center*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 166.

¹⁹ GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 113-115.

dos contratos de utilização de espaço em *shopping center*. Nesse sentido, cite-se Fernando Albino de Oliveira²⁰, Alfredo Buzaid²¹, Modesto Carvalhosa²² e Penalva Santos²³.

Avançando no tempo, Álvaro Villaça de Azevedo²⁴, em meados dos anos 2000, afirmou que a considerar as particularidades do contrato²⁵, não há que se falar em locação, mas em contrato atípico misto.

José Fernando Simão²⁶, concordando com Villaça, asseverou que referido contrato revela-se atípico, pois gera obrigações ao locador (manutenção da limpeza e conservação das partes comuns, zelando, ainda, pelo bom funcionamento dos aparelhos de iluminação e hidráulica) e ao locatário (manutenção de vitrines, de acordo com padrões do shopping, contribuições a fundos para promoção coletiva e até pagamento de um 13º aluguel) que são estranhas ao contrato de locação²⁷.

²⁰ OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Fundo de comércio de shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 71.

²¹ BUZOID, Alfredo. Estudo sobre “shopping center”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 13.

²² CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em *shopping centers*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 168.

²³ PENALVA SANTOS, J.A. Regulamentação jurídica do *shopping center*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 109.

²⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 184/185.

²⁵ Villaça cita particularidades desse contrato: (i) o utilizador tem de informar o empreendedor sobre seu faturamento, por planilhas, para que se possa elaborar o cálculo do aluguel percentual ou variável (prestação de fazer); (ii) o empreendedor, na falta dessa informação, ou não se contentando com ela, pode fiscalizar esse faturamento até a boca do caixa sem qualquer impedimento por parte do utilizador; (iii) o utilizador deve contribuir para o Fundo de Promoções Coletivas, com o valor, geralmente, de 10% sobre o aluguel pago, para propiciar campanhas promocionais do centro comercial, que reverte em benefício de todos; (iv) o empreendedor também deve contribuir para esse Fundo; (v) o utilizador deve pagar 13º salário aos empregados e ao pessoal da administração do centro comercial; (vi) o utilizador deve pagar ao empreendedor, para compensar o fundo de empresa por este criado, uma importância em dinheiro, em razão da *res sperata*; (vii) o utilizador não pode deixar seu estabelecimento fechado, por mais de 30 dias; (viii) o empreendedor obriga-se a administrar o shopping center, mantendo em pleno funcionamento o sistema de iluminação e de hidráulica nas áreas comuns, dentre outras particularidades. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 184/185).

²⁶ SIMÃO, José Fernando. *Legislação especial: locação e propriedade fiduciária* (Série leituras jurídicas: provas e concursos. v.30) São Paulo: Atlas, 2007. p. 118.

²⁷ De fato, há prestações nesse contrato que ultrapassam o modelo *do ut facias* (dou para que façás). Ao imputar obrigação de fazer, o modelo também conteria “*facio ut facias*”. Segundo Álvaro Villaça, os contratos “verbis” e “litteris”, ambos solenes, com o passar dos anos, tornaram-se insuficientes, surgindo então, em suprimento desse sistema, os contratos inominados, que alargaram as possibilidades de contratação por meio das fórmulas de Paulo (Digesto, Liv. 19, tit. 5, lei 5, pr.): “*do ut des* (dou para que dê), “*do ut facias*” (dou para que façás), “*facio ut des*” (faço para que façás)”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Atipicidade Mista do Contrato de Utilização de Unidade em Centros Comerciais e Seus Aspectos Fundamentais. *Revista dos Tribunais*, ano 84, vol. 716, p. 112-137, jun. 1995).

Rodrigo Barcellos²⁸, em obra específica a respeito do tema, tendo analisado diversos critérios que qualificam os contratos atípicos, defendeu que o contrato de *shopping center* é um contrato atípico misto.

Não obstante a doutrina majoritária brasileira da década de 1980/1990 defender a atipicidade dos contratos de cessão de espaço em *shopping center*, fato é que a Lei 8.245/1991, influenciada por Caio Mário da Silva Pereira e Washington de Barros Monteiro, previu a locação de unidades em *shopping center*, no controverso art. 54, previsto no capítulo que cuida da locação não residencial. Segundo o dispositivo:

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 [...]²⁹.

É curioso notar a redação do dispositivo. Ao prever o contrato de locação de unidade em *shopping center* na Lei 8.245/1991, pressupõe-se que a opção do legislador brasileiro era qualificar esse negócio jurídico como modalidade cujas partes estão sujeitas à disciplina da Lei. Contudo, o próprio dispositivo diz que nesse tipo de relação, “prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos”.

Assim, resta a indagação. Qual a disciplina jurídica do contrato de locação de unidade em *shopping center*? A disciplina estabelecida pelo contrato ou pela própria Lei?

A opção legislativa brasileira é, no mínimo, curiosa. Ao prever esse modelo de contrato na Lei do Inquilinato, imagina-se, evidentemente, que o negócio jurídico passa

²⁸ BARCELLOS, Rodrigo. *O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais*. São Paulo: Atlas. 2009. p. 116. Da mesma forma, Custódio da Piedade Ubaldino Miranda também entende pela atipicidade do contrato de locação de *shopping center*. (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Locação de imóveis urbanos: Comentários à Lei 8.245/1991*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 145).

²⁹ O dispositivo ainda possui dois parágrafos. Art. 54 [...] § 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.

a ser qualificado como típico, porque previsto na legislação e, consequentemente, a disciplina jurídica fica limitada ao texto legal. Contudo, quando a própria Lei afirma que, na verdade, prevalecerão as condições livremente pactuadas pelas partes, a questão torna-se confusa. Isso significa, portanto, que as partes podem afastar as disposições da Lei 8.245/1991, por que prevalecem as disposições contratuais? Nesse caso, qual o interesse em prever disposição a respeito do contrato de *shopping center* na Lei, mas deixar as partes livres para melhor conduzirem seus interesses?

A lei brasileira, portanto, criou uma situação, no mínimo, inusitada. Embora possua previsão específica a respeito do contrato de locação de unidade em *shopping center*, permite às partes, tal como fosse contrato atípico, regularem os seus melhores interesses.

Como então, definir, se o contrato em estudo, segundo o art. 54, da Lei do Inquilinato é ou não típico? A classificação da tipicidade ou atipicidade dos contratos, em certos casos, não é matéria simples. Segundo Rui Pinto Duarte³⁰, a primeira e mais direta via para a submissão de um contrato ao regime traçado pela lei para um tipo contratual é da sua qualificação como pertencente a esse tipo.

Trata-se basicamente de um exercício de subsunção dos elementos essenciais do contrato ao elemento típico mais próximo. Se os elementos essenciais forem suficientemente enquadrados no tipo, temos um contrato típico. Em caso negativo, sendo insuficientes ou incongruentes as prestações daquele contrato ao tipo legal, estamos a tratar de um contrato atípico.

Essa operação de subsunção dos elementos essenciais a certo tipo legal pode parecer matéria simples quando tratamos dos contratos típicos. Os problemas aparecem quando passamos a tratar de contratos que possuem variantes em que esse referido juízo de subsunção se torna mais difícil. A variante de uma prestação poderia levar o intérprete, erroneamente, a imaginar estar diante de um tipo legal quando, na realidade, não está. Parece-nos que esse é justamente o caso dos contratos de locação de *shopping center*. Embora a prestação principal do contrato seja, efetivamente, a cessão do uso de espaço,

³⁰ PINTO DUARTE, Rui. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 61.

fato que qualificaria o contrato como locação típica, as demais prestações do contrato, em nossa opinião, alteram não apenas a causa do contrato, mas também, a operação econômica envolvida.

Considerando as prestações envolvidas no contrato e, ainda, a liberdade contratual que as partes possuem para regular os seus interesses, parece-nos que a classificação do contrato de locação de espaço em *shopping center* mais se aproxima da atipicidade.

O conflito da classificação de tipicidade do contrato de locação de espaço em *shopping center*, como era de se esperar, não passou despercebido pela jurisprudência. A Lei do Inquilinato foi pensada para dispor de forma favorável ao inquilino. Sendo o contrato ora em estudo qualificado como locação comercial típica, disposições tais como a cláusula de raio, o pagamento do 13º aluguel, obrigatoriedade de o lojista manter a loja aberta nos dias determinados, dentre outras, certamente, aos olhos da Lei 8.245/1991, poderiam ser entendidas como cláusulas abusivas, ensejando a sua nulidade, nos termos do art. 45. A equação econômica do contrato, portanto, seria colocada em xeque.

A pesquisa de julgados demonstra que diversos lojistas, logo após a entrada em vigor da Lei 8.245/1991, procuraram anular as disposições contratuais estabelecidas no contrato que, na ótica dos inquilinos, mostravam-se contrárias ao texto legal.

Se, por um lado, já se entendeu “tratar de negócio jurídico *atípico*, de natureza mista, contendo cláusulas específicas relacionadas ao interesse do empreendedor no êxito do comércio exercido pelo lojista [...]”^{31 32}, por outro, embora tenha sido firmado entre as partes “contrato atípico de loja comercial – litoral Plaza shopping”, segundo determinado julgado, referida avença “possui inquestionável *natureza locatícia*, sendo assim aplicável a legislação específica”³³.

³¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0919283-04.2012.8.26.0506, Rel. Sá Moreira de Oliveira, j. 9 de abril de 2015).

³² “O dono do empreendimento e os ocupantes dos boxes são parceiros de uma atividade conjunta e coordenada, fruto do empreendedorismo da administradora do shopping-center, no caso, a autora, e fruto da participação comprometida dos ocupantes dos boxes, no caso, a corré BR Cosméticos e Estética Ltda EPP. Por isso, não celebraram as partes contrato típico de locação comercial [...]” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0010322-18.2010.8.26.0006, Rel. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 4 de junho de 2012).

³³ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0006106-90.2009.8.26.0477, Rel. Marcondes D’Angelo, j. 26 de setembro de 2012.

Em nossa pesquisa, contudo, podemos afirmar que na jurisprudência brasileira, a atipicidade do contrato tem prevalecido, em especial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁴ e no Superior Tribunal de Justiça³⁵.

Para nós, após o estudo dos contratos de utilização de unidade em centros comerciais, estamos convencidos de que, mesmo diante da previsão legal (art. 54, da Lei 8.245/91), referido modelo contratual, que envolve prestações decorrentes da locação e da prestação de serviços, deve ser classificado como contrato atípico misto³⁶.

Nesses termos, considerando tais particularidades, parece-nos que a opção legislativa portuguesa foi a mais acertada. Não havendo a necessidade de proteção jurídica aos contratantes e, ainda, considerando que a atipicidade confere maior liberdade contratual, o regime da atipicidade parece o mais adequado.

É no mínimo inusitado o artigo 54 da Lei do Inquilinato que reafirma a liberdade contratual e, aparentemente, permite às partes afastarem as disposições da própria Lei. A

³⁴ “[...] A atipicidade do inquilinato em shopping centers, embora não descaracterize a locação, permite a cobrança, pelo senhorio, de obrigações especiais, livremente ajustadas e não proibidas por lei”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 696642-0/1, Rel. Rodrigues da Silva, j. 28 de março de 2006). No mesmo sentido: “[...] Ante a atipicidade do contrato de utilização de unidade em centros comerciais, a Lei de Inquilinato (Lei 8245/91) estabelece nos artigos 54 e 52 §2º normas específicas a serem respeitadas entre lojista e empreendedores, proclamando que as relações entre eles devem ater-se às condições livremente pactuadas. Ação improcedente. Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0064993-56.2012.8.26.0576; Relator (a): Clóvis Castelo; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/06/2014; Data de Registro: 09/06/2014).

³⁵ “A interpretação que dou ao aluguel de lojas em shopping center é a de um contrato atípico, por isso não posso tipificar e dizer que tudo é locação. Entendo que existe uma parte fixa, que é a locação, e uma parte variável, que é uma prestação atípica, porque fica na base do faturamento. Para haver o faturamento, ambas as partes lutam para o sucesso do negócio. O dono do shopping center faz investimentos para que haja um lucro maior; o dono das lojas também tem interesse de faturar. Então, nessa segunda parte está a atipicidade do contrato e um negócio em que ambos estão do mesmo lado, seja o dono do shopping center, seja o dono da loja. A partir dessa interpretação, entendo que não posso moldurar esse contrato como sendo de locação típica e considerá-lo como um aluguel, tendo uma parte fixa e outra variável, razão pela qual entendo que tais receitas não integram a base de cálculo da COFINS”. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 748.256-RS, Rel. Eliana Calmon, j. 26 de agosto de 2008).

³⁶ Como bem apontado por Maria Helena Diniz, o contrato de *shopping* difere do contrato de locação, porque (i) a forma de remuneração do uso das lojas é diversa, uma vez que há pagamento de um aluguel mínimo e um aluguel percentual; (ii) o reajustamento do aluguel ocorre trimestralmente; (iii) há uma fiscalização da contabilidade do empreendedor, perante os lojistas; (iv) o empreendedor pode limitar, em determinados casos, o uso da loja; (v) o lojista pode ser obrigado a ser submetido à promoções impostas pelo gestor, dentre outras particularidades. (DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 230).

liberdade contratual já possui previsão no Código Civil brasileiro³⁷ e não precisa ser reafirmada no texto legal.

O artigo 54, da Lei do Inquilinato é ainda mais peculiar quando verificamos que, embora o contrato de locação de unidade em *shopping center* esteja previsto em Lei, tal como verificado no presente estudo, a doutrina e jurisprudência majoritária entendem que esse modelo contratual é atípico.

Tal como destacado por Dário Moura Vicente³⁸, dentre os objetivos do Direito Comparado está o de contribuir para a reforma legislativa e o desenvolvimento jurisprudencial. Entendemos que o Brasil, no caso dos centros comerciais, poderia se espelhar no modelo português para entender que nem sempre há necessidade de o legislador regulamentar todo modelo de contrato. A economia é fluida, assim como a criatividade das empresas, de modo que novos modelos contratuais sempre irão surgir, mas não, necessariamente, precisam de regulamentação. A atipicidade não é uma pena, pelo contrário, é libertadora.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO, Ana. Anotação ao acórdão do STJ de 13 de setembro de 2007: o problema da qualificação e regime dos contratos de instalação de lojista em centro comercial. *Revista de ciências empresariais e jurídicas*. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. nº 13. 2008.

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Contratos II: Conteúdo, Contratos de Troca*. Coimbra: Almedina, 2007.

ANDRADE, Manuel de. *Teoria geral da relação jurídica*. v. II. Coimbra: Almedina, 1972.

ASCENSÃO, Oliveira. Integração empresarial e centros comerciais. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, nº 32. 1991, p. 29-70 e, do mesmo autor, Lojas em centros comerciais; Integração Empresarial; Forma, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54º, 1994, p. 835, em anotação ao acórdão do STJ de 24 de março de 1992.

³⁷ “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019). Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

³⁸ VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. v. I, 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 21 e 22.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Atipicidade Mista do Contrato de Utilização de Unidade em Centros Comerciais e Seus Aspectos Fundamentais. *Revista dos Tribunais*, ano 84, vol. 716, p. 112-137, jun. 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BARCELLOS, Rodrigo. *O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais*. São Paulo: Atlas, 2009.

BRITO, Maria Helena. *O contrato de concessão comercial: descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*. Coimbra: Almedina, 1990.

BUZUID, Alfredo. Estudo sobre “shopping center”. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CABRAL, Rita Amaral. O contrato de utilização de loja em centro comercial. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de abril de 1994. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano XXXVII, Lex Editora: Lisboa, 1995. p. 217-229.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em *shopping centers*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FONSECA, Hugo Duarte. Sobre a tipicidade dos contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: da tipicidade como pretexto à atipicidade enquanto contexto. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. LXXX. Coimbra: 2004.

GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um shopping center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Locação de imóveis urbanos: Comentários à Lei 8.245/1991*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. Shopping Center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Fundo de comércio de shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PENALVA SANTOS, J.A. Regulamentação jurídica do *shopping center*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (Coord.). *Shopping centers. Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: aspectos jurídicos*. Coordenação: José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PINTO DUARTE, Rui. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000.

REIS, Rafael Vale e. Contrato de cedência de espaço em centro comercial: natureza jurídica. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

REIS, Rafael Vale e. Contrato de cedência de espaço em centro comercial: natureza jurídica. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SIMÃO, José Fernando. *Legislação especial: locação e propriedade fiduciária* (Série leituras jurídicas: provas e concursos. v.30) São Paulo: Atlas, 2007.

TELLES, Inocêncio Galvão. Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais. *O direito*. Ano 123. 1991.

VARELA, Antunes. Centros comerciais (shopping centers), BFD, nº de homenagem ao Prof. Doutor Ferrer Correia, 1989, p. 44.

VASCONCELOS, Pedro Pais. Contratos de utilização de lojas em centros comerciais: qualificação e forma. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 56, nº 2. p. 535-549).

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. v. I, 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.