

Pandemia e locação – algumas reflexões necessárias após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fabio Azevedo.

José Fernando Simão¹

“Em situações emergenciais ou condições de evidente desequilíbrio, a legislação pode ser a única arma que temos” Roger Scruton, Como ser um conservador.

“A lucidez que devia produzir o seu tormento consome, com a mesma força, sua vitória. Não existe destino que não se supere pelo desprezo”. Albert Camus, Mito de Sísifo.

Sumário. I – Introdução. II – O tipo contratual locação: “dou para que dê”. A atipicidade da locação em Shopping Centers. III – Problemas de uma pandemia na locação em geral. 1. Locação residencial. 2. Locação não residencial. IV – Problemas da pandemia na locação em Shopping Centers. 1. Aluguel mínimo. 2. Fundo de promoção. 3. Despesas condominiais ou rateáveis. V – Garantias locatícias: fiança, seguro-fiança e caução. VI – Notas conclusivas.

I – Introdução².

É verdade que o confinamento dá forças a um grupo de “palpiteiros”, que nada escrevem, falam sobre tudo com a profundidade de uma folha seca à deriva no mar revolto. Esse grupo barulhento e óbvio assume o protagonismo nas redes sociais. Não, o seu tormento não produz lucidez.

¹ Livre-docente, Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Segundo Secretário do IBDCONT. Advogado e parecerista.

² Agradeço aos Drs. Luciana Ismael e Marcelo Barbaresco pelo franco debate e saudável troca de ideias que muito enriqueceram essas linhas.

Depois de um mês de confinamento, quase duas dezenas de *lives*, intensos debates em grupos de *whatsapp*, e inúmeras perguntas recebidas por meios virtuais, é hora de debater de maneira concentrada apenas o contrato de locação em tempos de pandemia.

Dois artigos³ produzidos que, de maneira científica e brilhante, trazem luzes sobre o tema e merecem destaque.

O primeiro de Aline de Miranda Valverde Terra chamado "Covid-19 e os contratos de locação em shopping center"⁴ e o segundo é de Fabio Azevedo denominado "Sem shopping, sem aluguel: covid-19 e a alocação de riscos"⁵.

Como a locação vai além dos contratos de locação comercial (tecnicamente, de locação não residencial), primeiro cuido da questão da locação em geral e, depois, em diálogo com os autores, tratarei da locação em shopping center. Interessam, nesse momento, as locações regidas pela Lei 8.245/01 e não aquelas regidas pelo Código Civil (locação de bens móveis, locação em apart-hotéis etc.), pois são elas que tem sido objeto de grandes debates e decisões judiciais.

II – O tipo contratual locação: “dou para que dê”. A atipicidade da locação em Shopping Centers.

Locação é um contrato pelo qual uma das partes, locador, cede a posse direta de um bem móvel ou imóvel à outra parte, locatário, que paga o aluguel como contraprestação.

É um tipo *do ut des*, na velha forma de Paulo, eu dou a posse para que você me dê o dinheiro.

Os Shopping Centers costumam se organizar, em termos jurídicos, de duas maneiras: condomínio tradicional (modelo do mais antigo Shopping do Brasil, o Iguatemi de São Paulo) em que os empreendedores são condôminos de frações ideias ou na forma de condomínio edilício em que, normalmente, uma loja âncora (ou cinema)

³ Há outros igualmente brilhantes, mas escolhi esses dois por ter vínculo pessoal com os autores, admiração acadêmica e, ainda, ter tido enorme prazer na leitura.

⁴ <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em: 20/04/2020.

⁵ <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/324393/sem-shopping-sem-aluguel-covid-19-e-alocacao-de-risco>. Acesso em: 20/04/2020.

tem uma matrícula própria no Registro de Imóveis, e todas as demais estão em uma única matrícula, sendo os empreendedores donos de ambos os imóveis.

Temos no contrato de Shopping Center o empreendedor que figura como locador, os lojistas que figuram como locatários e um administrador nomeado pelos empreendedores para administrar o empreendimento.

Na locação de Shopping Center temos contrato atípico misto, porque se é verdade que o empreendedor dá a posse do espaço ao lojista, ele também garante prestações de fazer abaixo indicadas. De outro lado, o locatário, além de pagar aluguel, tem prestações de fazer e não fazer (vide parágrafos subsequentes). Já é antiga, bem fundamentada e consolidada como doutrina fundamental a posição de Álvaro Villaça Azevedo sobre o tema:

“O aluguel estipula-se de modo muito particular, compondo-se de uma parte fixa, com valor mínimo, corrigido monetariamente, e de outra variável, à base de um percentual sobre os movimentos de venda (...) e o locador tem acesso a toda essa documentação. O locatário obriga-se a informar ao locador, por escrito, em certo prazo estabelecido no contrato, o volume das vendas realizadas no mês anterior, para que se possa proceder ao cálculo para a apuração do valor devido, mensalmente”⁶.

Só dessa característica se percebe que o locatário tem uma prestação de fazer: informar o volume de vendas para fins de cálculo da parte variável da remuneração, dentre outras abaixo mencionadas.

Prossegue Villaça, para demonstrar a atipicidade de locação em shopping centers, dizendo que o locatário ainda, paga sua parte referente ao “Fundo de Promoções Coletivas, no montante de 10% sobre cada aluguel pago”.⁷

Esse “Fundo de Promoções Coletivas”, de acordo com a análise de um Estatuto, (documento aleatório de um certo empreendimento), serve para “promover

⁶ VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 146.

⁷ VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 146.

institucionalmente o Shopping como polo de atração e desenvolvimento comercial, suas características de conforto, facilidade, e segurança e de ofertas que ofereçam melhor confronto de oportunidades e seleção para o consumidor, e também, sua atuação como participante do desenvolvimento urbano”.

O “Fundo de Promoções” consiste em pessoa jurídica de direito privado que se organiza na forma de associação e tem seus estatutos registrados junto ao Registro de Pessoas Jurídicas. Isso fica óbvio quando lemos as regras de exclusão do associado nocivo: haverá convocação de uma “Assembleia Geral Extraordinária, no prazo de 15 dias, para decisão, assegurado ao Associado infrator amplo direito de defesa perante a Assembleia Geral...”

O valor pago pelos associados lojistas, como mensalidade, é normalmente fixado de acordo com um percentual do aluguel mínimo mensalmente pago. Os associados empreendedores pagam, usualmente, valores apenas até o momento do início das atividades do Shopping. Depois, cessam suas contribuições.

Em outras situações fáticas, o Fundo tem um CNPJ, uma conta bancária, mesmo sem ter personalidade jurídica formal. É uma conta administrada por um gestor nomeado pelos locadores empreendedores que, normalmente, paga o responsável pelo marketing do Shopping Center, paga os contratos decorrentes das ações promocionais e de divulgação (ex.: contratação de papai Noel na época do Natal).

No contrato atípico de locação em Shopping Center, a posse do locatário sofre alguns controles por força de prestações de não fazer. É por isso que o lojista “deve apresentar à administração do shopping para exame e aprovação, todos os projetos referentes às instalações comerciais, letreiros luminosos e decoração, elaborados por profissional capaz e idôneo, com exigências e restrições que nessa Escritura⁸ se estabelecem.⁹”

Ainda, as prestações do empreendedor são “manter em perfeito estado os serviços de limpeza e de conservação das partes comuns, zelando pelo bom funcionamento dos aparelhos de iluminação e de hidráulica da mesma área”¹⁰.

⁸ É a Escritura Declaratória de Normas Gerais Regedoras das Locações dos Salões de Uso Comercial.

⁹ VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 146.

¹⁰ VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos - Curso de Direito Civil*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 146.

Ao se analisar aleatoriamente um modelo “Normas Gerais Complementares dos Contratos de Locação e outras Avenças”, nota-se, por exemplo que o empreendedor não garante aos locatários a permanência no Shopping “desse ou daquele lojista tradicional, famoso e/ou muito conhecido, de determinadas Lojas Âncoras ou Lojas Satélites” e que a sua ausência não gera ao locatário o direito de rescisão do contrato ou de pedir indenização ao empreendedor. Há uma clara situação em que a mudança da base objetiva (saída de uma Loja âncora) não permite a extinção, nem revisão do contrato. Há uma exclusão da base objetiva do negócio deste elemento fático.

Outra nota interessante que afasta a locação em shopping center da tipicidade da locação tradicional: o locador poderá passar dutos e tubulações dentro das lojas, utilizando parte do espaço por ele locado, a seu critério. São dutos de ar condicionado, instalações elétricas e hidráulicas, de esgoto, telefone etc. O locador pode “utilizar”, a seu critério, parte do espaço cuja posse foi cedida.

Há uma outra qualidade que torna atípica a locação em shopping centers: a possibilidade de o locador fiscalizar as obras executadas nas lojas, bem como o poder de não permitir que certa empresa as realize, por falta de idoneidade.

O locatário tem restrições de uso do bem locado, verdadeiras prestações negativas, que, novamente, ajudam a descaracterizar a tipicidade da locação: (i) “não guardar, não transportar, ou utilizar botijão de gás GLP em qualquer parte do Shopping, inclusive na área locada”; (ii) não praticar “atos contrários aos costumes, usualmente adotados pelas comunidades onde o Shopping se integra”; (iii) não realizar promoções ou liquidações sem prévia autorização da locadora; (iv) não exclusividade da locatária para ter uma loja em certo ramo de atividade etc.

Há prestações de fazer, ainda, para o locatário: (i) usar “padrões visuais e auditivos que as locadoras adotarem, de modo a evitar que causem incômodo às locatárias vizinhas, ou outros, ou que prejudiquem o fluxo público aos salões comerciais” (ii) vender seus produtos por igual preço ao que pratica em suas outras lojas que se localizam fora do Shopping Center etc.

Completa o feixe de prestações do lojista (aluguel mínimo e contribuição com Fundo de Promoções) o pagamento da taxa condominial pelos lojistas (no jargão dos Shoppings fala-se em *despesas rateáveis*). Aqui a questão jurídica se explica de acordo com a forma como se organiza o empreendimento. Se o shopping se organiza na forma

de condomínio tradicional, os proprietários, em Reunião (impropriamente chamada de Assembleia) aprovam as contas que lhes são apresentadas pelo Administrador (pessoa física ou jurídica a depender da escolha dos empreendedores) e repassam o valor aos locatários lojistas. A divisão entre os lojistas se dá de acordo com os critérios estabelecidos em contrato.

Uma segunda forma de pagamento da taxa condominial se dará quando o Shopping se organiza na forma de condomínio edilício. Nessa hipótese, os locatários, como possuidores das áreas exclusivas arcam com as despesas de manutenção da coisa (limpeza, segurança etc.) como se verifica em qualquer condomínio edilício. O valor a ser rateado decorre de gastos que são apresentados pelo Síndico e aprovados em Assembleia de Condôminos.

Por tudo que se explicou, pela existência de três ordens econômicas de interesses, bem como de três claros tipos distintos de prestação pelos locatários lojistas, só se pode concluir que há claramente prestações que são estranhas ao tipo locação (*do ut des*) e que tornam o contrato atípico misto, apesar de regido pela lei 8.245/91 (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).

Ser regido por uma lei não significa que o contrato atípico (sem tipo, sem modelo, do grego *typos*) pode ser compreendido em suas dimensões econômica e jurídica como uma locação de uma loja na rua 7 de abril, no Centro de São Paulo (apenas *do ut des*). Isso nos interessa diretamente quando do estudo dos reflexos da pandemia.

É pelo equívoco no reconhecimento da atipicidade que, respeitosamente, discordamos de Fabio Azevedo: “ocorre que o debate aqui é outro, recaindo sobre o dever de pagar aluguel e acessórios. O aluguel representa a contrapartida do contrato de locação, um contrato sinalagmático (com prestação e contraprestação que devem ser equivalentes)”

III – Problemas de uma pandemia na locação em geral.

Quando se depara com as locações em geral, temos que separar a situação da locação residencial, daquela não residencial que chamamos, por questão didática, de comercial.

1. Locação residencial.

Em se tratando de locação residencial, problema não há com restrições ao uso do imóvel pelo locatário. A posse lhe é facultada desde início e o locatário mantém a faculdade uso concedida, sem qualquer redução ou limitação por conta da pandemia.

Eventuais restrições impostas pelo condomínio quanto ao uso da área comum (ou da área exclusiva, se isso possível for)¹¹ não são relevantes para fins de impacto sobre o contrato firmado de locação. O fato de, por motivo de saúde pública, ficarem impedidas as aglomerações (festas no salão de festas, jogos nas quadras esportivas, ou mesmo uso da academia do prédio), não são motivos juridicamente relevantes para se alterar a base contratual da locação. Essa restrição momentânea e temporária atinge os locatários (que residem em imóvel alheio) e os proprietários de maneira igual. A suspensão momentânea do uso da piscina não serve como motivo para revisão do contrato, pois fundamentalmente, a moradia (fim último da locação residencial) está garantida e o locatário prossegue com a posse direta do bem.

Pode sim o locatário se valer do instituto da ação revisional de aluguel se entender que, com a pandemia, há muitos imóveis desalugados (dado que ainda não se confirma em termos estatísticos), e o preço dos aluguéis da região caíram de maneira significativa.

E a questão do desemprego do locatário ou a redução de sua jornada de trabalho com redução de remuneração? As questões subjetivas do devedor, e isso vale para locação e também todos os demais contratos (prestação de serviços educacionais, de mútuo bancário, dívida por uso de cartão de crédito, pagamento de água, luz, telefone celular, tv a cabo etc.). É por isso que para o direito, que não resolve os dramas do caos

¹¹ A questão não é objeto das presentes reflexões.

econômico e do empobrecimento pandêmico, o locatário deve continuar a pagar o aluguel, mesmo desempregado, não podendo pleitear sua redução ou diferimento (pagamento de parte da prestação após o fim da pandemia). A mudança pessoal do devedor não implica mudança da base do negócio jurídico. Não afeta o sinalagma contratual.

Nas hipóteses de locação residencial sem prazo determinado ou de contrato já prorrogado por tempo indeterminado (art. 46), a única solução é a rescisão contratual por meio de denúncia, com antecedência de 30 dias. Se estiver no prazo contratual, ocorre resolução culposa do contrato (mesmo por desemprego do locatário) e pagará o locatário a multa proporcional pela resolução contratual, nos termos do art. 4º da Lei 8.245/91.

Em conclusão, a pandemia que gera desemprego ou redução de remuneração não altera o sinalagma contratual e não é motivo (em termos jurídicos) para a revisão contratual. A locação não passa pelo binômio possibilidade e necessidade, que é próprio da fixação de alimentos.

2. Locação não residencial

Para as locações não residenciais, há um problema que deve ser objeto das nossas reflexões. O locatário pode estar privado do acesso ao imóvel por conta dos decretos públicos que restringem aglomeração e pretendem evitar a propagação por pico da pandemia. A Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020 disciplina as figuras do isolamento e da quarentena¹².

¹² “Art. 2. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

No Estado de São Paulo, a quarentena ocorre por força do Decreto 64.881 de 22 de março de 2020 que expressamente prevê:

“Artigo 2º - Para o fim de que cuida o artigo 1º deste decreto, fica suspenso: I - o atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, especialmente em casas noturnas, “shopping centers”, galerias e estabelecimentos congêneres, academias e centros de ginástica, ressalvadas as atividades internas; II – o consumo local em bares, restaurantes, padarias e supermercados, sem prejuízo dos serviços de entrega (“delivery”) e “drive thru”. § 1º - O disposto no “caput” deste artigo não se aplica a estabelecimentos que tenham por objeto atividades essenciais, na seguinte conformidade: 1. saúde: hospitais, clínicas, farmácias, lavanderias e serviços de limpeza e hotéis; 2. alimentação: supermercados e congêneres, bem como os serviços de entrega (“delivery”) e “drive thru” de bares, restaurantes e padarias; 3. abastecimento: transportadoras, postos de combustíveis e derivados, armazéns, oficinas de veículos automotores e bancas de jornal; 4. segurança: serviços de segurança privada; 5. demais atividades relacionadas no § 1º do artigo 3º do Decreto federal nº 10.282, de 20 de março de 2020”.

Logo, o que se conclui é que em razão do fato do príncipe (determinação do poder público) algumas atividades comerciais (empresariais) ficaram suspensas, ou seja, o estabelecimento literalmente fechou as suas portas. É o que ocorre, por exemplo com o comércio de rua, as lojas de roupas, calçados, papelarias etc.

Nessa hipótese, cabe uma ponderação que valerá, também, para as lojas em shopping centers: não estamos diante da força maior, nem do caso fortuito (art. 393 do Código Civil) que permitirá se alegar a impossibilidade de pagamento do aluguel. Não, esse argumento não é técnico. A impossibilidade de se abrir a loja de rua não impede o

c) coleta de amostras clínicas;
d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
e) tratamentos médicos específicos;

pagamento do aluguel. Sem movimento não se tem dinheiro para pagar o aluguel, afirmam, em erro, alguns. Sem emprego também não se tem. Eu posso imaginar uma loja fechada que tenha caixa para pagar aluguel por muito tempo. Assim como se pode imaginar uma que não tenha. Essas questões são irrelevantes. A prestação do locatário (dar dinheiro) não se impossibilita pelo fato de a loja estar fechada ou aberta. Dar dinheiro não sofre impossibilidade no sentido do caso fortuito ou da força maior para fins de irresponsabilidade do devedor. Se esse raciocínio fosse utilizado, com a loja fechada, não se paga o aluguel, não se pagam seus funcionários, não se pagam seus fornecedores etc. O argumento da “loja estar fechada por Decreto Estadual” implicar força maior para extinção da locação é equivocado e revela descuido com as categorias jurídicas. A prestação de dar é possível.

Outro argumento equivocado é que com o fechamento da loja ou suspensão de suas atividades o locador não cumpriria sua prestação: dar a posse. Esse argumento novamente é falacioso. O locatário não perdeu a posse direta do imóvel. Seus bens (mercadorias, móveis etc.) se encontram no imóvel locado. O locador não pode “entrar” no imóvel sob pena de esbulho possessório, o locador prossegue privado do uso da coisa. Não, a prestação do locador está sendo prestada continuamente.¹³

Afastando-se de equivocada categoria da força maior, Aline Terra afirma com precisão: “No caso em tela, pode-se qualificar a restrição sofrida pelo locatário no exercício das faculdades que lhe são transferidas como impossibilidade superveniente parcial e temporária. É dizer: 1º) a impossibilidade é superveniente porque verificada após a celebração do contrato; 2º) é parcial porque o uso foi afetado parcialmente, em maior ou menor grau, a depender da atividade exercida no imóvel; no caso dos cinemas e dos teatros, por exemplo, a faculdade foi severamente reduzida, embora não de todo esgotada, já que o locatário ainda conserva a posse do bem e nele mantém seus equipamentos; 3º) é temporária porque as restrições cessarão dentro de algum tempo, assim que retiradas pelo Poder Público”.

¹³ Nesse ponto, com a devida vênia, discordamos de Fabio Azevedo ao afirmar que “Com as portas fechadas, o *shopping center* descumpra o dever que lhe impõe o art. 22, II, da lei 8.245/91, de acordo com a qual o locador é obrigado a “II - garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado”. O empreendedor garante o uso, pois o lojista tem a posse direta e tem dentro da loja todos seus bens. Uso pacífico significa, apenas, que não haverá turbação à posse. O que ele não garante é o uso tal como concebido na formação do contrato: para fins de desenvolvimento de sua atividade comercial.

É por isso que a solução, suspensa a atividade, é a busca do reequilíbrio do sinalagma funcional que se alterou em razão da quarentena, quando as lojas fecharam. A mudança de base do negócio jurídico permite ao locatário a resolução contratual (extinção sem pagamento de perdas e danos, sem pagamento de multas e qualquer outro tipo de penalidade). A mudança da base permite a resolução da locação e nenhuma sanção poderá ser imposta ao locatário.¹⁴ O locatário perderá seu fundo de comércio, perderá seu investimento em tempo e dedicação, perderá e nada poderá cobrar do locador nesse sentido. Nos momentos de crise, o jogo é de perde-perde. Perde o locador que ficará sem o aluguel e perde o locatário que investiu na criação do fundo de comércio.

A outra solução que o sistema oferece por meio do art. 317 do Código Civil é a revisão contratual. O sinalagma genético existia, quando da formação da locação, quando a avença foi firmada. Contudo, o sinalagma funcional foi abalado, fraturado, quebrado. Entre o momento da formação e da execução, veio a pandemia e, com ela, suas nefastas consequências (fechamento da loja, suspensão das atividades). Evidentemente, estamos diante de fatos imprevisíveis. O princípio da conservação do negócio jurídico (locação) já que a suspensão das atividades é temporária (o confinamento e a quarentena devem durar entre 60 a 90 dias, contados de 20 de março)¹⁵ deve se concretizar, tomar corpo, na revisão contratual.

Não se trata de suspender o pagamento integral do aluguel. Isso se chama moratória e leva ao colapso contratual e não sua revisão. A suspensão integral da prestação do locatário gera um contrato manco, em que o locador cumpre sua parte e o locatário não. Moratória só é possível em virtude de lei que assim a determine e indique seu tempo de duração.

A solução de Aline Terra passa pela regra do artigo 567 do Código Civil. Segundo a autora, “Cuida-se, com efeito, de situação análoga à deterioração inimputável da coisa, prevista no art. 567 do Código Civil, segundo o qual ‘se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a

¹⁴ Sobre o tema ver nossa outra reflexão publicada no migalhas: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em: 20/04/2020.

¹⁵ O período é estimado por outros países, mas, sem dúvida, pode ser maior no Brasil. Fato é que a suspensão não será eterna: voltarão a funcionar as lojas de rua.

que se destinava’. De fato, ‘deterioraram-se’, sem culpa do locatário, as facultades a ele transferidas. Como se trata de deterioração temporária, a princípio, estaria vedada a resolução, a não ser que ficasse demonstrado que o prolongamento da situação excepcional somado à intensa restrição – ou mesmo supressão – das facultades qualificam-se como deterioração tão drástica que a prestação parcial – ou seja, o que sobra do uso pelo tempo ainda restante do contrato – não atende efetivamente ao interesse do credor. De todo modo, apenas a análise cuidadosa dos termos do contrato e das circunstâncias fáticas concretas é que revelará se se trata, realmente, de hipótese de resolução. No comum dos casos, portanto, haverá mera deterioração das facultades do locatário, a autorizá-lo, por força do art. 567, a requerer a redução do valor do aluguel, mesmo que ainda não tenha transcorrido o prazo de 3 anos previsto no art. 19 da lei 8.245/91, já que aos contratos de locação comercial se aplica, supletivamente, o Código Civil”¹⁶

A redução, salvo leitura equivocada de minha parte, implicaria que o valor da contraprestação (aluguel) seria diminuído de maneira temporária. De R\$10.000,00, o juiz determinaria a redução para R\$ 8.000,00 e essa diferença seria arcada pelo locador como risco do negócio. A solução implica, em minha opinião, transferir ao locador, integralmente, o risco da pandemia.

A suspensão parcial da prestação locatícia é medida que se impõe. Suspensão significa ineficácia parcial da prestação de pagar o aluguel até que ocorra (i) o fim da suspensão por força do Ato do Príncipe ou (ii) em data que considere uma certa normalização da atividade econômica.

Conforme sugeri em outras linhas escritas para o Migalhas, “O contrato nos tempos da covid-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio”, apresentei 4 critérios para fundamentar a decisão judicial que busque o reequilíbrio do contrato com base em divisão de prejuízos observados alguns critérios:

- (i) Análise do lucro decorrente do contrato de acordo com a atividade desenvolvida. A parcela da remuneração que corresponde ao lucro deve ser diferida para pagamento quando do estabelecimento da “normalidade” ou

¹⁶ <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em: 20/04/2020.

retomada das circunstâncias anteriores. Caso isso não seja possível, a redução para patamares mínimos se impõe;

(ii) Análise decorrente da capacidade econômico-financeira das partes contratantes. A revisão da locação em que figura como locatária empresa de um grande grupo empresarial que tem um caixa suficiente para suportar a pandemia não pode ser igual à revisão daquela pequena loja de shopping que só tem um estabelecimento. A capacidade econômica da empresa educacional não pode ser comparada ao poder de compra de cada consumidor estudante. Balanços das empresas serão parâmetro para se postergar no tempo o cumprimento de certas prestações;

(iii) Análise do ramo de atividade e seu potencial de mais rápida ou mais lenta recuperação. No setor de energia elétrica, por exemplo, com o fim da pandemia muitos estabelecimentos voltam a funcionar e a demanda volta a crescer. O juiz deve considerar o período de diferimento do pagamento das prestações a partir do prisma do tempo de recuperação daquele setor ou atividade;

(iv) Evitar-se, a qualquer custo, a moratória completa, pois ela gera a ruptura do elemento preço, uma sensação de caos social e, no mais das vezes, graves danos à outra parte. Diferir-se no tempo parte da prestação devida afastando-se os encargos da mora é forma de recomposição do sinalagma funcional.

Aline Terra assume a dificuldade em se calcular a redução do aluguel. Para ela, “o desafio, evidentemente, é calcular o valor da redução, que deverá levar em conta a composição do aluguel e ser proporcional à restrição sofrida pelo locatário. Note-se que mesmo nas situações em que a atividade do inquilino está suspensa, algum aluguel é devido, pois conserva, como já observado, a posse do imóvel e nele mantém seus equipamentos”¹⁷.

¹⁷ <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em: 20/04/2020.

Por esses critérios apresentados, entendo ser possível a suspensão do pagamento de aluguel de uma microempresa cuja única loja que tem é em um aeroporto. É uma situação absolutamente excepcional. Fato é que a pequena loja, mesmo com baixo faturamento, prossegue na posse do imóvel. Como o contrato segue as regras do direito administrativo, aplicando o juiz a legislação pertinente, decidiu suspender o contrato de locação, até o encerramento da calamidade pública, liberando a locatária de pagar qualquer valor locatício:

“Nos moldes em que supra explicado, a equação econômico-financeira de um contrato administrativo possui dois grandes pesos: remuneração e encargos; e como no cenário atual a remuneração da concessionária é nula, para a manutenção do equilíbrio da mesma proporção devem ser reduzidos os encargos. Prudente o destaque que a autora está inserida no conjunto de empresas com maior vulnerabilidade financeira diante da paralisação forçada da economia como ora ocorre. As microempresas possuem relativamente pequeno capital de giro e fluxo de caixa com pequena autonomia para funcionamento sem receitas. A mera postergação do tempo para pagamento dos alugueres mínimos proposta pela INFRAERO tem grande probabilidade de levar à falência todas as empresas que no Aeroporto Afonso Pena desenvolvem suas atividades, de modo que após superarmos a crise sanitária não haverá lojas e restaurantes funcionando no aeroporto para os primeiros corajosos a voltarem a utilizar do avião como meio de transporte”¹⁸.

Contudo, para se evitar insegurança jurídica, penso que o juiz deva determinar um termo final para que a decisão deixe de produzir efeitos, de maneira segura, ou seja, clara, sob pena de a decisão se perenizar. No caso acima comentado, a decisão fixou o seguinte termo: “determinar a suspensão do contrato administrativo TC 02.2018.007.0050 a partir de 20/03/2020 até o reconhecimento pelo Congresso Nacional do fim do estado de calamidade pública.”

¹⁸ Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/843E2E6A18905B_aeroporto.pdf. Acesso em: 20/04/2020.

IV – Problemas da pandemia na locação em Shopping Centers.

A locação em Shopping Centers, contudo, precisa ser analisada sob outra ótica. Há um fator determinante que não tem sido levado em conta ao tratar da questão do fechamento dos centros comerciais. O contrato de locação, apesar de seguir as regras da locação por força da opção legal (art. 54 da Lei 8.245/91), de contrato de locação não se trata. É contrato atípico, pois além da prestação de dar a posse (do empreendedor) para que dê o aluguel (locatário) as partes têm prestações de fazer e não fazer (vide item I).

O sinalagma contratual está longe de ser considerado apenas a partir da noção de concessão de posse direta mediante pagamento de remuneração. Não se poderia conceber uma locação que, em dezembro, o locatário paga dois aluguéis, como ocorre em regras nos Shoppings Centers.

A manutenção pelo empreendedor do espaço comum, sua segurança, higiene, prossegue mesmo com o shopping center fechado. Há manutenção da prestação de fazer, ainda que custeada pelos locatários (despesas rateáveis), é de responsabilidade do locador. É por isso que não se compreende que, sob o manto da teoria da imprevisão, possa se decidir pela suspensão do pagamento do aluguel mínimo. A suspensão do aluguel mínimo é evidente equívoco, pois o locatário prossegue com a posse da loja e o locador com deveres decorrentes de um contrato atípico misto.

O empreendedor prossegue com suas despesas de administração que são essenciais à conservação do imóvel, com seguranças inclusive, para garantir que os bens do locatário sejam preservados de destruição, saque e ruína. Ainda que essas despesas sejam rateadas por meio da taxa condominial, cabe ao empreendedor, por si ou prepostos¹⁹, administrar, contratar, fiscalizar a execução desses serviços. Contudo, o locatário, com sua loja fechada, tem motivos jurídicos, por mudança da base contratual, para pedir a revisão do aluguel. Qual seria a solução jurídica que possibilite a revisão de forma a garantir o sinalagma funcional?

Nesse sentido, respeitosamente, discordamos novamente de Fabio Azevedo para quem “sendo esse cenário contextualizado pela boa-fé objetiva (art. 422 e art. 113, § 1º,

¹⁹ A administração do empreendimento se dá normalmente por uma pessoa jurídica administradora que é encarregada pelo empreendedor, por meio de contrato de prestação de serviços, a exercer a gestão do Shopping.

II, CC), revela-se que a cobrança de alugueres durante a suspensão das atividades assinala a já mencionada transferência desleal de riscos. É certo que cada parte aloca riscos na operação de shopping center”²⁰.

1. Aluguel mínimo

A cobrança do aluguel mínimo é essencial à manutenção do sinalagma funcional, sob pena de transferir-se exclusivamente ao empreendedor, em verdadeira justiça de Robin Hood, todos os riscos do contrato. Se a posse direta do imóvel se encontra com o lojista e este nada paga, estamos transformando a locação em comodato? A suspensão momentânea do pagamento do fundo de promoção se revela lógica e equânime. Difere-se seu pagamento para o momento em que cessar a suspensão das atividades.

E é exatamente por ser um contrato atípico, que, como lembra Fabio Azevedo, “o empreendedor promete se empenhar para atrair fluxo significativo de pessoas, criando uma obrigação de meio e não de resultado, com a segurança, para o lojista, de que ele é interessado no incremento das vendas, já que é remunerado percentualmente”²¹ que o pagamento do aluguel mínimo não pode parar. Há um fazer (promover a imagem do shopping) que prossegue. Há um fazer (prestar segurança, manutenção do prédio e fiscalizar a realização destas prestações) que prossegue.

Esse diferimento deve se dar levando em conta a capacidade econômica das partes. Há lojas com poderio econômico maior que do próprio locador empreendedor. É o caso do Banco Bradesco ou Itaú que locam espaço em pequeno Shopping Center de cidade do interior. Há, sim, empreendedores pessoas físicas que vivem do empreendimento e isso deve ser considerado no reequilíbrio contratual. Há também, o pequeno lojista de loja única, cuja única fonte de renda é aquela loja e está em um Shopping Center pertencente a um fundo de investimentos.

É por isso que a solução salomônica se recomenda, em situações especiais em que as partes não conseguem demonstrar as peculiaridades do equilíbrio contratual no

²⁰ <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/324393/sem-shopping-sem-aluguel-covid-19-e-alocacao-de-risco>. Acesso em: 20/04/2020.

²¹ <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/324393/sem-shopping-sem-aluguel-covid-19-e-alocacao-de-risco>. Acesso em: 20/04/2020.

caso concreto: diferimento de 50% do aluguel mínimo para momento futuro²², de preferência se reconhecendo que cessadas as medias de confinamento, será necessário algum tempo para o reequilíbrio do contrato. Qual seria essa data?

Dia 30 de outubro de 2020, apesar de data aleatória, parece ser uma data adequada, pois segue o disposto no Projeto Anastasia (PL 1179/2020) o que garantiria uniformidade às decisões.

Há uma nota importante a fazer. Com o inadimplemento de um ou alguns dos locatários quanto às despesas, o valor do aluguel mínimo será usado pelos empreendedores para “cobrir” os valores necessários ao custeio do mínimo: funcionários, água, luz etc. O não pagamento do aluguel mínimo, ainda que o valor seja reduzido e diferido, é romper o equilíbrio estrutural do empreendimento.

Uma última nota: incabível a exceção do contrato não cumprido. O contrato é fielmente cumprido pelo empreendedor. A posse direta prossegue com o locatário, o locador prossegue fornecendo segurança, manutenção e higiene.

2. Fundo de promoção

E pode-se simplesmente suspender o valor da contribuição ao fundo de promoção? Como esse valor é calculado sobre o valor do aluguel mínimo pago a cada mês, o simples fato de se diferir o pagamento de parte desse valor implica redução do valor a ser pago pelo associado lojista ao Fundo.

Para esclarecer a questão, o não pagamento do Fundo, é, na verdade, o não pagamento do valor destinado à Associação, a uma pessoa jurídica de direito privado. Se o fundo não se organizar na forma de associação, deve-se lembrar que o Fundo assume obrigações contratuais com terceiros visando à divulgação e atração de clientela ao empreendimento.

É por isso que suspender o pagamento do fundo de promoção, de maneira integral, não faz sentido na busca do equilíbrio contratual perdido, mas sua redução e diferimento parcial sim. O fundo de promoção, como Associação que é, pode sobreviver com o mínimo necessário ao custeio das despesas da Associação e garantir o

²² Sugiro 50% com base na jurisprudência do STJ no caso do leasing em moeda estrangeira quando da desvalorização do Real em 1999.

cumprimento de contratos de trato sucessivo já celebrados. Isso se confirma pelo fato de o Fundo não precisar dar “lucro”, no sentido de ter mais receitas que despesas. Se dinheiro sobrar, ele é reinvestido nas atividades da Associação.

Assim, mantendo-se seu valor em um mínimo, deve ser parcialmente diferido para pagamento em parcelas após o fim do encerramento das atividades, quando os Associados lojistas voltam a ter faturamento. É parcela que não compõe, nesse momento, a prestação contratual mínima, indispensável à sobrevivência da locação e, por isso, o valor pode ser diferido.

Como se faz esse cálculo? O empreendedor locador deve, de maneira transparente, apresentar as contas do Fundo de Promoção, com os valores gastos mensalmente, qual sua destinação, qual o comprometimento futuro com as receitas do Fundo, ou seja, um relatório minucioso e compreensível para que os locatários paguem apenas um valor mínimo, valor esse que mantenha a estrutura promocional funcionando em tempos de pandemia. O locatário não pagará, de momento, nada além do vital à manutenção do fundo. A redução do pagamento, quanto ao fundo, deve ser acentuada. A diferença não paga, de momento, é diferida para início de pagamento após a cessação do confinamento, considerando-se um período mínimo para reorganização da atividade do lojista. E qual será essa data?

O dia 30 de outubro, apesar de data aleatória, parece ser uma data adequada, pois segue o disposto no Projeto Anastasia (PL 1179/2020) o que garantiria uniformidade às decisões.

Se faltar transparência nos dados apresentados pelos empreendedores, se forem incompreensíveis ou de dificuldade para compreensão, novamente, aplica-se a decisão salomônica e se reduz o valor do Fundo para 50%, diferindo-se o restante para data futura.

A redução pode ser ainda maior. Demonstrando o lojista o impacto da pandemia sobre sua atividade e sua pouca capacidade financeira se comparada à dos empreendedores, pode o Magistrado reduzir ainda mais esse percentual de contribuição ao Fundo de Promoções.

É falacioso, portanto, o argumento adotado em decisão judicial pelo qual “outrossim, o perigo de dano consiste no iminente risco de ruína econômica em caso de manutenção do pagamento de aluguel mínimo mensal e fundo de promoção e

propaganda nos termos do contrato, ante a impossibilidade da parte auferir rendimentos no citado período”. Assim sendo, cabe à loja a resolução do contrato de locação sem incidência de perdas e danos (ou multa fixada), mas não utilizar, gratuitamente, o imóvel, ainda que fechado²³.

3. Despesas condominiais ou rateáveis.

Essas são devidas independentemente da pandemia, de a loja estar aberta ou fechada. É verdade que as despesas podem diminuir nesse período. Contudo, demonstrado o valor pelo empreendedor (seja na modalidade do condomínio tradicional, seja na modalidade edilícia), caberá ao locatário pagar 100% dos valores. Despesa condominial ou gastos rateáveis são pagos de imediato, pois o empreendedor não pode atrasar os salários de seus funcionários, deixar de pagar água e luz das áreas comuns, ficar sem segurança para evitar destruição do prédio e de todas as mercadorias ali contidas.

Despesa condominial se paga e não se discute. Se o locatário não puder pagar, pode se valer da resolução contratual por mudança da base do negócio, extinguindo a locação, sem qualquer penalidade, sanção ou pagamento de multas previstas em contrato.

Despesa condominial não se difere, não se adia, não se protraí. Despesa condominial se paga e no termo previsto para tanto, haja ou não pandemia, esteja ou não aberto o Shopping. Qualquer diferimento no pagamento dessa despesa é afronta ao preceito básico do direito das obrigações, qual seja, a vedação ao enriquecimento sem causa.

Uma nota derradeira. Curioso o abuso do direito que começa a pulular na conduta dos devedores nesse período de pandemia. Há casos concretos em que o locatário já tendo determinado seu despejo por falta de pagamento antes mesmo do início da pandemia, em situação de mora comprovada mesmo antes de qualquer mudança de base do negócio, pretendem se eximir de suas obrigações contratuais. Se o despejo foi decretado e só falta sua efetivação, que o locatário saia do imóvel e não peça

²³ https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/ADB041AC5E7138_lojista.pdf. Acesso em: 20/04/2020. A decisão produz efeitos apenas, segundo o magistrado “enquanto a determinação de fechamento do shopping em razão da pandemia permanecer.”

revisão contratual. O deferimento de pagamento de 30% do aluguel mínimo, do fundo de promoção e das despesas condominiais para locatário cuja decisão de despejo já foi proferida em primeira instância se revela curiosa: o locatário já deveria ter saído, não sai e se vale da pandemia para pagar menos.²⁴

V – Garantias locatícias: fiança, seguro-fiança e caução.

Qual será o efeito para as garantias locatícias dessa suspensão parcial do pagamento momentâneo do aluguel (e do pagamento do fundo promocional) que se difere para momento futuro? As garantias não se alteram. A responsabilidade do fiador ou do segurador (no caso de seguro-fiança) não aumentou.

É necessária a anuência do garantidor (fiador ou segurador) para que se ajuste, por acordo, suspensão parcial do pagamento ou mesmo perdão de parte do aluguel? Para o perdão (remissão), por óbvio a resposta é negativa. Há redução de dívida (*Schuld*), logo só traz vantagem ao devedor locatário e ao garantidor (que tem *Haftung* por *Schuld* alheia). Para o diferimento do pagamento de parte do aluguel, em tese, a concordância não seria necessária também. Não há novação, não há criação de uma obrigação nova para extinguir uma antiga, não há piora da situação jurídica do garantidor, não há aumento de ônus ao fiador ou segurador.

Apenas se diferiu a prestação, logo, também a responsabilidade do garantidor, para momento futuro. Contudo, há um risco que será arcado pelo locador. Se o diferimento de parte da prestação ocorrer para um momento em que a garantia já esteja extinta (após 120 dias da exoneração do fiador – art. 40, X da Lei 8.245/91 - ou após extinto o seguro-fiança porque decorrido um ano de sua vigência ou do prazo de vigência nele estabelecido) e não foi renovada, suportará o locador esse risco e, no máximo, poderá se valer do despejo com concessão de liminar, nos termos do art. 59, VII, da Lei 8.245.91.²⁵

²⁴ Foi o que ocorreu na decisão do TJ/RJ em que se deferiu tutela recursal no sentido de determinar a redução dos valores devidos à locadora a título de garantia de aluguel mínimo. Foi determinado o pagamento de 30% do aluguel comercial em Shopping Center, também se estendendo a cota condominial e fundo de promoção e propaganda (Processo: 0022449-49.2020.8.19.0000) https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/D1FF75185E026B_Decisaotjrj_.pdf. Acesso em: 20/04/2020.

²⁵ Se aprovado o projeto 1179/2020, o artigo 59, VII, da Lei 8.245/91 terá eficácia suspensa até 30 de outubro de 2020 e o despejo só poderá ocorrer por sentença e não por liminar.

Questão interessante diz respeito à caução de três aluguéis. Há acordos sendo entabulados em que o locatário suspende o pagamento do aluguel e o locatário utiliza a caução como pagamento. Esse acordo, que não só é viável como é justo, gera um problema. Ao fim de três meses, a garantia locatícia desapareceu e, seguindo-se a literalidade da lei, caberá ao locatário reforçá-la, pois, se não o fizer o locador poderá se valer do despejo liminar previsto no artigo 59, VII, da Lei 8.245/91²⁶ em leitura conjunta com o artigo 40 da Lei 8.245/91. Do equilíbrio contratual, segundo o texto de lei, faz parte a garantia que por hora se perdeu.

Há uma última reflexão: mas se o credor concordou em suspender o contrato e utilizar a caução em dinheiro como forma de pagamento do aluguel, pode ele depois exigir nova garantia ou mesmo despejar o locatário por não ter apresentado nova garantia? Tenho para mim que não. Estaria agindo em *venire contra factum proprium*. Para ter o direito de exigir nova garantia, deve expressamente mencionar tal necessidade quando autorizar a suspensão do pagamento do aluguel por três meses ou prazo inferior ajustado pelas partes.

VI – Notas conclusivas.

Nessas notas conclusivas dialogo com Scruton e Camus, ambos mencionados na abertura das presentes linhas.

Libertário como sou, por uma presença mínima do Estado na economia, nas relações jurídicas etc., percebo que, nesse momento de caos pandêmico sem precedentes, legislar é preciso, é necessário, em que pese não ser preciso no sentido de exato, certo, definido.

E é preciso porque as decisões que surgem são díspares, antagônicas entre si, geram um drama social, pois o cidadão já não sabe se precisa ou não pagar o aluguel, pode gerar quebras de setores inteiros da economia por meio de moratórias esdrúxulas.

Cabe ao Congresso, por lei, com o apoio integral da academia, criar um diploma que estabilize o mercado e dê tranquilidade ao cidadão. Se o diploma tiver falhas, melhor que haja uma uniformidade mínima no setor de locações a deixar as tarefas hercúleas aos milhares de juízes brasileiros que, com sua excelente preparação e

²⁶ Novamente, se não houver lei que suspenda a eficácia desse artigo da Lei 8.245/91.

qualidade, ficam em dúvida de como decidir em momento de falência da economia como um todo e de caos social decorrente da super lotação de hospitais e das mortes em razão da COVID-19. O velho princípio *pacta sunt servanda* ainda tem aplicação?

Com Camus, o diálogo se faz necessário por conta da tragédia de Sísifo. Por ter dado água aos habitantes de Corinto, Sísifo é condenado a carregar uma pesadíssima pedra ao cume de uma montanha. Ao acabar sua tarefa, a pedra inexoravelmente rolará para baixo e Sísifo deve reiniciar a subida com a pedra. Na descida, Sísifo tem consciência da inutilidade de sua tarefa, que deverá exercer pela eternidade. Sísifo sofre ao descer buscar a pedra, pois sem seu peso, tem a consciência da inutilidade de seu trabalho e de sua própria existência. É a partir do momento que ele sabe, tem consciência, que sua tragédia principia.

A Belle Époque acabou em 13 de março de 2020 e com ela a realidade A. O momento é de crise econômica mundial sem precedentes. Os contratos, na atualidade, passam a ser, em muitos casos, um jogo de perde-perde. O direito da realidade atual, caótica e pandêmica (realidade B), por meio de seus adjudicatadores, deve ter “consciência” de sua função: evitar o colapso contratual e buscar sua conservação por meio do equilíbrio sempre que possível.

Diz Camus: “essa hora que é como uma respiração e que ressurge tão certamente quanto sua infelicidade, essa hora é aquela da consciência. A cada um desses momentos, em que ele deixa os cimos e se afunda pouco a pouco no covil dos deuses, ele é superior ao seu destino. É mais forte que seu rochedo”.

Sim, temos, como Sísifo, de escrever com a consciência de nossas tragédias, mas também com a compreensão que somos superiores aos nossos destinos, que a pandemia é transitória, passageira, e a realidade C logo chegará, pois afinal, somos mais fortes que o rochedo de Sísifo.