

## LEGISLATIVE EVOLUTION AND CONTEMPORARY ISSUES OF BUSINESS LEASES

### EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E TEMAS CONTEMPORÂNEOS DAS LOCAÇÕES EMPRESARIAIS

Eduardo Azuma Nishi<sup>1</sup>

104

**RESUMO:** O presente trabalho busca trazer um apanhado histórico da evolução legislativa das locações empresariais e seu contexto histórico, além de apontamentos sobre temas jurídicos contemporâneos relacionados às locações empresariais decorrentes da evolução dos negócios imobiliários, notadamente as relações das locações em shopping centers e as operações *Built to Suit*. No que se refere às relações locatícias em *shopping centers* algumas questões desafiam as normas existentes e sua interpretação diante da relação de poder em desequilíbrio entre empreendedores e lojas satélites, de um lado, e uma equiparação de forças entre os empreendedores e as chamadas lojas âncoras, diante da regra da *pacta sunt servanda* a reger as relações locatícias de *shopping centers*, consubstanciada no artigo 54 da Lei das Locações. Questões como a admissibilidade da ação de revisional vis a vis a equação econômica pactuada para a toda a vigência do contrato; a cobrança de cessão de direitos ou luvas e a responsabilização do empreendedor pela promessa de determinado ambiente de negócios ao lojista locatário, em contrapartida a tal cobrança; a validade irrestrita da cláusula de raio e à exclusividade; a possibilidade da denúncia do contrato ou a sua não renovação baseado em desinteresse do empreendedor à operação do lojista, pois em dissonância com a formulação estratégica do empreendimento, a despeito do rígido cumprimento do contrato de locação, pelo locatário. A importância da disciplina dos contratos *built to suit* como contrato típico de locação como forma de garantir a aplicação do conceito contemporâneo de negócio em que a propriedade imobiliária é dissociada da atividade operacional, não só do ponto de vista de negócios independentes, bem como as respectivas titularidades, dentro da teoria da especialização da atividade e da concentração de recursos financeiros, operacionais e humanos na atividade fim principal. A importância do aprimoramento legislativo para permitir a securitização dos recebíveis imobiliários, para captar recursos financeiros para os investimentos imobiliários, transformando o conceito de propriedade imobiliária tradicional em valores mobiliários representativos de direitos e propriedades imobiliárias. As rápidas mutações na evolução dos negócios a desafiar as instituições jurídicas existentes que disciplinam as locações empresariais.

**PALAVRAS – CHAVE:** Lei das Locações. Locações Empresariais. Temas contemporâneos das locações empresariais no Brasil. *Shopping Centers*. *Built to Suit*.

<sup>1</sup> Master's Degree in Law at PUC-SP. Graduated in Law from the University of São Paulo - USP and in business administration from EAESP-FGV. Judge of the SP Court. email - eanishi@terra.com.br.

**ABSTRACT:** The present work seeks to bring a historical overview of the legislative evolution of business leases and their historical context, as well as notes on contemporary legal issues related to business leases due to the evolution of real estate deals, notably the relationship of leases in the shopping centers and Built to Suit transactions. Regarding lease relationships in shopping malls, some issues challenge existing laws and their interpretation, due to a unbalanced relationship power between shopping centers entrepreneurs and the satellite stores, on one hand, and the balanced relationship power between shopping centers entrepreneurs and the so-called anchor stores, on the other hand, under the *pacta sunt servanda* rule to govern the leasing relations in shopping malls, embodied in article 54 of the Leasing Law. Issues such as the admissibility of the lease value review lawsuit vis a vis the economic equation agreed upon for the entire term of the contract; the collection of goodwill or assignment fees and the responsibility of the mall entrepreneur for the promise of a certain business environment to the lessee tenant, in exchange for such collection; the unrestricted validity of the *ray* clause and the exclusivity clause; the possibility of contract termination or its non-renewal based on the entrepreneur's disinterest in the operation of the tenant, because it is in dissonance with the strategic formulation of the shopping mall, despite the strict performance of the lease contract, by the lessee. The importance of the discipline of built to suit contracts as a typical lease contract as a way to ensure the application of the contemporary concept of business in which real estate property is decoupled from the operational activity, not only from the point of view of independent business, as well as the respective ownership, within the theory of the specialization of the activity and the concentration of financial, operational and human resources in the main or core activity. The importance of legislative improvement to allow the securitization of real estate receivables to raise funds for real estate investments, transforming the concept of traditional real estate into securities representing real estate rights and ownership. The rapid changes in business evolution challenge existing legal institutions that discipline business leases.

**KEY-WORDS:** Law of Leases. Business Locations. Contemporary themes of business leases in Brazil. Shopping Centers. Built to Suit.

## I. Evolução da Legislação e Contexto Histórico

Após a Revolução Francesa, com a ascensão da burguesia ao poder e do liberalismo, prevaleceu o princípio da autonomia da vontade - *pacta sunt servanda*, da força vinculante dos contratos e da limitação da ingerência do Estado nas relações entre privados. Em meados do século XIX, surgiram as ideias socialistas que clamavam por uma volta à intervenção estatal no âmbito das relações privadas, diante das distorções e desigualdades sociais resultantes da liberdade exacerbada, principalmente no que toca às relações do capital e trabalho. Ao longo do século XX buscando atender os reclamos dos

indivíduos por melhora nas condições de vida foram criados institutos sociais, o direito do trabalho, a previdência social, dentre outros, e uma consequente publicização do direito privado.

A intervenção e o dirigismo do Estado na economia e nas relações privadas se intensificaram após a Primeira Guerra, impondo limites às instituições básicas da propriedade e da liberdade contratual.

O Código Civil de 1916 era a regra geral para regulação do instituto da locação, tanto imobiliária quanto a mobiliária. Tal codificação civil de 1916 era bastante liberal, no sentido de considerar válido aquilo que estabelecido nos contratos de locação, não existindo uma restrição efetiva e nem parâmetros que embasassem os contratos de locação, o que trazia insegurança jurídica evidente no que tange a tal matéria.

Alguns parâmetros básicos eram de livre negociação, como os prazos da locação, que não tinham delimitação mínima ou máxima, as garantias, para o bom cumprimento do acordado, de maneira que as omissões normativas resultaram em graves problemas, desmotivando os detentores da riqueza, à oferta dos imóveis para uso e gozo de terceiros mediante pagamento.

A primeira lei a ordenar a matéria foi a Lei 4.403, de 22 de janeiro de 1921, implantada num momento de grande comoção social, após o fim da Primeira Guerra Mundial, com déficit habitacional, pessoas desabrigadas que invadiam imóveis e o êxodo rural com a concentração das pessoas nas grandes cidades. Naquele período as preocupações estavam focadas na habitação (locações residenciais). Trazia grandes direitos aos locatários, que dificultavam a retomada do imóvel, trazendo como reflexos imóveis fechados pelo temor de locações problemáticas.

A situação de então muito se assemelha àquela que se vivia na antiga Roma do século V a.C e se intensificou no século III a.C., com o crescimento acentuado da *Urbs*, decorrente do despovoamento do campo, causado pelo processo de expansão e conquista do primeiro grande império da história, em que as contínuas guerras levavam aos campos de batalha milhares de indivíduos, a maioria deles pequenos camponeses que serviam o exército e que abandonavam as suas terras, e, dada a mudança de hábitos, dificultava a readaptação à vida agrícola, buscando na cidade trabalho e melhores condições de vida.(FLORENZANO, 1994: 81). Sem contar os milhares de imigrantes vindos sobretudo do mundo Mediterrâneo e da península itálica e de todos os provincianos que desejavam

prosperar, estudar, negociar (GUILLEN, 1977: 54), que eram atraídos à grande Roma. Apresentava-se um panorama urbanístico peculiar marcado pela escassez de moradia, o que impulsionou o então mercado imobiliário e a verticalização decorrente da redução do espaço útil para construção, que competia em desvantagem com as construções monumentais, marcas do poderio romano.

No piso térreo das construções residenciais verticais, em que se achatavam, nos andares superiores, as famílias, instalavam-se lojas e estabelecimentos tais como tabernas, oficinas e armazéns, cada uma delas formando uma divisão independente aberta para a rua e fechada à noite por persianas móveis que se encaixavam em batentes de madeira. Para atender a demanda da superpopulação e da falta de espaço, ocorreu o fenômeno da especulação imobiliária e a ação de locadores para a multiplicação da oferta de apartamentos e, dada a falta de espaço e terrenos, uma tendência à verticalização, a despeito das técnicas construtivas incipientes e de má qualidade, principalmente dos imóveis colocados para locação, sendo frequentes os incêndios e desmoronamentos(BELLIDO, 1985).

A atividade de locação, na antiga Roma,era considerada como especulativa, própria da classe plebeia e indigna da aristocracia romana, sendo que o bom patrício se dedicava a atividades honoráveis e também rentáveis, tais como a agricultura, o comércio em grande escala ou as profissões liberais.Cícero na sua passagem sobre o valor das profissões não inclui no rol das profissões dignas a atividade de locador de prédios de rendimento e nem chega a falar sobre ela, quando se refere às indignas. Entretanto, o mesmo Cícero deixa claro, ao falar sobre o investimento de capital em imóveis urbanos, em várias passagens de sua extensa obra, que o arrendamento “era uma das formas mais seguras de obter grandes rendas”. (BELLIDO, 1985).

A locação era negócio imobiliário de larga utilização face à escassez de moradia, sendo o contrato consensual sinalagmático perfeito e de boa-fé pelo qual alguém, chamado locador, comprometia--se a proporcionar a outrem, o locatário, o uso, ou gozo de uma coisa, ou a prestar-lhe um serviço ou realizar lhe uma obra mediante retribuição em dinheiro denominado aluguel (FILARDI, 1999:188). Uma relação cujo termo se extinguia a qualquer tempo pela vontade do locador ou mesmo do locatário e sem necessidade de aviso prévio,o que denota uma baixa regulação, que favorecia os locadores diante do desequilíbrio, em seu favor, entre oferta de

imóveis para locação diante da maior procura por locação quando comparado com a oferta de imóveis para a locação.

No Brasil, posteriormente à citada Lei 4.403, de 22 de janeiro de 1921, surge em 1979 a “nova” lei do inquilinato – Lei 6.649/1979, que não evoluiu para motivar a oferta de imóveis para locação, pois continuou protetiva do locatário e desmotivadora para os detentores de capital para oferta de imóveis para locação. Extinguiu-se o instituto da denúncia vazia que anteriormente era, em tese, possível, mediante justificável fundamentação.

Assim, o imóvel era tido como investimento para proteção patrimonial e não para geração de renda, não sendo o sistema legal capaz de resguardar a função social da propriedade, no sentido de que o imóvel deveria desempenhar determinada atividade, devendo ser utilizado como instrumento da produção e circulação de riquezas, seja para moradia ou para produção econômica.

## **2. A Lei de Locações ou Lei do Inquilinato – Lei 8.245/1991, suas inovações e equilíbrio de forças**

A Lei de Locações veio trazer maior segurança jurídica para o locador, ao locatário e aos terceiros que por ventura participem da relação contratual ou por ela sejam atingidos, como os fiadores garantidores.

Esta lei de locações trouxe vários avanços na problemática da função social da propriedade imobiliária, conferindo mecanismos de retomada do imóvel pelo locador em situações de inadimplência contratual, revisão dos locatícios, prazos determinados e indeterminados, com diferenças protetivas em favor dos prazos determinados, garantia de renovação como forma de proteção ao ponto comercial, e outros.

Com a reforma da Lei de Locações, trazida pela Lei 12.112/2009, alterou-se diversos dispositivos trazendo inovações quanto à celeridade e efetividade na retomada do imóvel e nas relações entre locatários, locador e fiador, de forma a persistir a fiança até a efetiva devolução do imóvel, salvo disposição contratual em contrário, permitindo a exoneração, no caso de contrato renovado automaticamente por prazo indeterminado, e no caso de não substituição do fiador, podendo o contrato ser rescindido caso o locatário não promova tal substituição.

A Lei 8.245/1991 e alterações posteriores proporcionaram, sem dúvida, uma maior segurança jurídica na medida em que buscou colocar em equilíbrio as prerrogativas das partes contratantes, diante da situação desigual em que natural e tradicionalmente se encontram os locatários, não se podendo negar a natural condição de superioridade do proprietário locador, diante do locatário, não proprietário. A Lei de locações toma por pressuposto o locador, de um lado, detentor de reserva ou acúmulo de capital na forma de investimento em patrimônio imobiliário, e, de outro lado, o locatário, desprovido de capitais ou de reserva acumulada de capital, situação que atualmente, como veremos adiante, tem alterado o cenário de negócios de locação empresarial de maior envergadura.

Inegável a protetividade da Lei das Locações em favor do locatário, quanto à segurança na permanência do imóvel durante o período de locação, à proteção ao ponto comercial pelo mecanismo da renovação compulsória, sem, no entanto, trazer de incentivo ao locador, que passou a ter mecanismos céleres de retomada do imóvel, no caso de inadimplência contratual e garantias quanto ao recebimento e reajuste dos locatícios.

### **3. Transações contemporâneas em locações que trazem desafios ao sistema legal, contratual e judicial.**

#### **3.1. Shopping Centers – lojas âncoras, redes de lojas e lojas satélites**

Os *shopping centers*, introduzidos no Brasil em 1965, se desenvolveram a partir da década de 1980, inovando em relação às galerias comerciais, não só quanto ao tamanho do negócio, mas principalmente quanto à unidade de comando e do lado ativo da locação. As galerias comerciais, com raríssimas exceções situadas no piso térreo dos edifícios comerciais, além de não terem um perfil próprio, um destaque ou mesmo uma identidade, costumam ter significativa vacância e baixos valores de aluguel, porque não possuem atributos que permitam fixar um valor agregado que as transformem em comércio valorizado. As lojas dessas galerias, na maioria das vezes, pertencem a vários proprietários, com diferentes necessidades e expectativas, sem interesses comuns, o que resulta em locações visando o interesse individual de cada locador descompromissadas com o interesse geral do centro de compras, resultando na prática de valores locatícios a preços marginais, gerando canibalismo entre locadores e também entre locatário, com a

consequente baixa da qualidade das ofertas de varejo em comércio e serviços, dada a fraca rentabilidade das locações.

Os shopping centers, pelo menos no modelo que se consolidou nos dias atuais, caracteriza-se pela unidade de comando quanto a sua gestão, posicionamento estratégico e mercadológico, o que reflete no mix de lojas que os compõem. As relações entre locador e locatários, estes últimos, embora em multiplicidade, por serem contratos individuais com cada lojista locatário, seguem um padrão uniforme de disciplina jurídica, valores locativos praticados, cláusulas contratuais, exigência de condutas padronizadas pelos locatários, o que contribui para a sua valorização, tudo possível mediante a presença de um empreendedor ou administrador que gere de forma unitária a relação locatícia em nome do locador. Embora possa haver multiplicidade de proprietários ou participantes no investimento imobiliário, existe nos shoppings centers, pelo menos nos modelos de sucesso, uma unidade de comando tanto no aspecto estratégico de imagem, posicionamento mercadológico e gestão operacional do empreendimento enquanto negócio de varejo, como em relação às locações, valores praticados, cláusulas contratuais e políticas de comercialização e repasse de espaços locáveis.

A Lei de Locações, em seu artigo 54, ao definir a validade das estipulações entre empreendedores de shoppings e locatários, prevalecendo sobre as suas próprias estipulações, criou margem para uma relação jurídica atípica, que, por acordo entre as partes, poderia afastar as estipulações definidas na Lei 8.245/91. Ou seja, deu preponderância para a autonomia de vontade entre locador e locatário, o que permitiu a inovação de aspectos até então desconhecidos na relação convencional de locação, como veremos a seguir.

O aluguel percentual caracteriza uma verdadeira participação do locador nos resultados do locatário, podendo o valor do aluguel se distanciar do valor de mercado como elemento básico na determinação do valor do locativo, o que é absolutamente inadmissível na locação convencional, dados os mecanismos de revisão dos valores de locação e renovatória, que sempre tem no valor de mercado a base do valor locativo.

Quanto a esse aspecto, ainda não se tenha uma consolidação do entendimento nos tribunais quanto à possibilidade da ação revisional de alugueis nos casos de contratos em que se estabelece aluguel apenas percentual sobre as vendas ou em que se confere uma garantia de custos máximos de locação, baseado em cifras ou em percentual do

faturamento do locatário, como é bem comum na contratação com as designadas “lojas âncoras”. Assim, suponha-se que o contrato de locação seja firmado por um período de 10 anos, sendo garantido custos gerais de locação limitados a 5% do faturamento, que incluem além do próprio aluguel, rateio de condomínio, fundo de propaganda e IPTU. Passado o primeiro triênio locativo, poderá o locador invocar a revisional de alugueis prevista na Lei 8.245/1991, se nos três anos de locação o aluguel apurado acabou se mostrando diminuto ou mesmo zero, em determinados meses, se o contrato firmado não afasta expressamente a possibilidade da revisional prevista na referida lei? Prevalece neste caso a previsão legal da revisional ou a avença feita por 10 anos, em que se garantiu, ao locatário, uma equação financeira relativa não só ao valor de locação, mas em relação ao custo total de ocupação? Admitida a aplicação da revisional de alugueis, qual o parâmetro de “mercado” a ser considerado como paradigma, diante da especificidade e exclusividade da avença, não comparável com as demais locações do empreendimento?

Passados mais de vinte e cinco anos da edição da Lei 8.245/91, não há ainda uma posição pacífica em nossos tribunais sobre o tema. A análise da questão é ainda mais difícil quando não se tem um valor contratado de aluguel mínimo, que, em geral, é o valor utilizado para comparação de alugueis. Evidentemente que a resposta não está em considerar a avença como uma locação não residencial típica que inspirou a produção da atual Lei de Locações, mas do entendimento do negócio atípico e complexo que é a relação entre lojista de shopping e empreendedor de shopping center em que a definição do valor da locação é apenas um dos muitos temas disciplinados no contrato de locação.

Também nas renovatórias de locação, existe a dificuldade de aferição do valor paradigma de locação, diante das negociações customizadas que envolvem outros elementos, além do valor do aluguel em si, como já mencionado, como a questão da dificuldade de apuração dos valores reais praticados em pontos comerciais similares, dada a existência de restrição de locatários na revelação de suas negociações, muitas vezes protegidas por cláusulas de confidencialidade, o que por vezes faz com que a prova esteja nas mãos do próprio locador, que utiliza das informações de acordo com seus interesses, sendo de difícil comprovação e aferição por parte do locatário ou mesmo de peritos contratados para efetuar a avaliação para fins de revisional de alugueis ou renovatória. Talvez fosse o caso do desenvolvimento de técnicas de aferição de comparativos dos valores de locação que pudessem não só comparar os valores praticados por metro

quadro de locação, mas que pudesse considerar as diversas variáveis dos contratos analisados, para permitir uma melhor decisão quanto ao valor a ser praticado, seja em revisional ou renovatórias nestas relações atípicas, principalmente as que envolvem negociações customizadas com lojas âncoras.

O artigo 54 da Lei de Locações ao reconhecer a validade das estipulações feitas entre empreendedor de shoppings e seus lojistas, dando primazia a autonomia de vontades, parte do pressuposto da existência de um equilíbrio de forças entre eles, o que não é sempre verdadeiro, principalmente quando se trata de lojas não âncoras ou as denominadas “lojas satélites”. Nesta toada, é comum a previsão nos contratos de locação de disposições não previstas na Lei de Locações como o aluguel percentual e aluguel em dobro, no mês de dezembro; cobrança de luvas; vedação à cessão da locação ainda que por alteração societária, a não ser que haja autorização expressa do empreendedor e pagamento de taxa de transferência; adesão obrigatória a fundo de promoção; descumprimento de regimento interno, principalmente no que se refere a condutas uniformes de horários e condutas de funcionamento do lojista, como causa de rescisão; renúncia à revisional de locação; eleição de foro; e, possibilidade de acesso aos registros contábeis do lojista e sujeição à auditoria, para aferição de desempenho.

Ao abrir a possibilidade, pelo artigo 54 da Lei de Locações, de suprimir prerrogativas conferidas a locatários e locadores na própria lei, parece-nos que o desequilíbrio de forças entre o empreendedor de shopping centers, de um lado, e os lojistas não âncoras, as chamadas lojas satélites, de outro, acabam atuando em desfavor de lojistas, pois ainda que fruto de teórica livre contratação, na verdade os instrumentos contratuais firmados afiguram-se como de adesão, muitas vezes resultando em distorções e iniquidades, cabendo ao intérprete judicial ponderar a aplicação rigorosa do princípio da *pact sunt servanta* reconhecido no artigo 54 da Lei de Locações, considerando outros princípios de aplicação da lei ao caso concreto como a boa fé e a função social dos contratos, para a solução de temas que são corriqueiros na relação lojista – empreendedor de shoppings. É evidente que alguns locatários, ainda que não sejam considerados lojas âncoras, dada a força da marca e atuação, na forma de rede, em outros empreendimentos de shopping centers, prescindem de tal preocupação, dada a conquista de força negocial que os equipara a lojas âncoras.

É o caso, por exemplo da cobrança, pelo locador, de cessão de direitos, como valor extra locação para que o lojista possa participar do empreendimento, configurando verdadeira “luvas”, prática vedada pela legislação, mas considerada lícita diante do artigo 54 da Lei 8.245/91. Entendo razoável a estipulação, pois no negócio de shopping centers reconhece-se que o ponto comercial deixa de ter no locatário a fonte exclusiva de sua construção, mas é proporcionado pelo empreendedor do shopping, de partida, no momento da contratação da locação, fator que justifica a cobrança de uma taxa de adesão quando do ingresso do lojista no empreendimento ou na transferência do ponto a terceiros, se e quando por ele consentido. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

O idealizador do shopping center promove a viabilidade econômica do empreendimento, os estudos técnicos, projeto, localização e aparelhamento da área, construção, *tenant mix* das lojas – e tudo isto, que lhe exige dispêndios financeiros, oferece aos candidatos. Em contraprestação, obrigam-se estes a pagar-lhe, até que a edificação esteja concluída, uma prestação periódica (normalmente mensal), tendo como causa jurídica e econômica a segurança de uma localização no conjunto e as vantagens que a realização do shopping center lhes proporcionará. Economicamente, será inviável a realização se não pulverizar a contribuição entre os interessados (PEREIRA, 1984, p. 19).

O empreendedor do shopping ao contratar as chamadas “cessões de direitos” sinaliza, em contrapartida ao valor a ser cobrado pelas luvas, a oferta, ou promessa, de determinado ambiente de negócios, como fluxo e perfil de pessoas, renda disponível para consumo, a ser atraída pelo empreendimento, a existência de lojas âncoras, muitas vezes até expresso em materiais de comercialização de lojas, que permite ao lojista esperar um determinado nível de negócios que o leva a aderir ao empreendimento, evidentemente com o objetivo de gerar uma atividade que possa gerar vendas, absorver despesas e custos, dentre os quais o de aluguel, e lhe restar um lucro, capaz de amortizar, com segurança, os custos dos investimentos na instalação de seu estabelecimento comercial e o valor de luvas. Entretanto, são inúmeros os casos de insucesso da atividade varejista, notadamente em shoppings novos, insucesso que pode se dar por inúmeras e no mais das vezes não percebidas e não identificáveis razões, mas raros são os casos de responsabilização do empreendedor do shopping. Não apenas pela dificuldade de comprovar e consequentemente atribuir-lhe a responsabilidade, como a ausência de amparo legal para

tanto, dada a ressalva existente nos complexos instrumentos contratuais firmados, que se afiguram como verdadeiros termos de adesão.

Confira-se jugado do Superior Tribunal de Justiça, com a transcrição de expressiva ementa, em acórdão de lavra do Ministro Massami Uyeda:

DIREITO CIVIL. SHOPPING CENTER. INSTALAÇÃO DE LOJA. PROPAGANDA DO EMPREENDIMENTO QUE INDICAVA A PRESENÇA DE TRÊS LOJAS-ÂNCORAS. DESCUMPRIMENTO DESSE COMPROMISSO. PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO.

114

**1. Conquanto a relação entre lojistas e administradores de Shopping Center não seja regulada pelo CDC, é possível ao Poder Judiciário reconhecer a abusividade em cláusula inserida no contrato de adesão que regula a locação de espaço no estabelecimento, especialmente na hipótese de cláusula que isente a administradora de responsabilidade pela indenização de danos causados ao lojista.**

2. A promessa, feita durante a construção do Shopping Center a potenciais lojistas, de que algumas lojas-âncoras de grande renome seriam instaladas no estabelecimento para incrementar a frequência de público, consubstancia promessa de fato de terceiro cujo inadimplemento pode justificar a rescisão do contrato de locação, notadamente se tal promessa assumir a condição de causa determinante do contrato e se não estiver comprovada a plena comunicação aos lojistas sobre a desistência de referidas lojas, durante a construção do estabelecimento. (REsp 1259210/RJ, 2011/0061964-0, Min. Massami Uyeda, 3a Turma, DJe 07/08/2012). (grifou-se)

Não se tem sequer registro do uso do valor pago a título de cessão de direitos (luvas) pelo lojista, a favor do empreendedor do shopping, para permitir, com a sua saída, algum desconto nos valores de locação em mora que invariavelmente se avolumam em favor do empreendedor do *shopping* períodos antes da derrocada de sua atividade varejista no centro de compras, por conta da cessão de direitos (luvas) paga, mas que irá perder diante da rescisão antecipada do contrato de locação.

Outro tema interessante é a validade da cláusula de raio, existente em determinados contratos de shopping que decorrem da preocupação de alguns empreendedores de desvio de receita ou concorrência desleal, razão pela qual impõem restrição ao locatário de contratar com outro shopping situado a determinada distância ou

mesmo vedando a contratação com determinados shoppings ainda que situados a uma distância consideravelmente distante. O tema já foi explorado por alguns juristas como Fábio Konder Comparato, que não viu na cláusula condição caracterizadora da restrição à livre concorrência ou infração à ordem econômica:

Entre os interesses globais do shopping center e um interesse particular de lojista do centro, pode haver conflito, que deve ser resolvido, normalmente, pela submissão do interesse particular ao interesse comum, como nas organizações associativas ou societárias.

Todavia, o tema ainda merece reflexão diante de atuais abusos diante do crescimento da oferta de espaços em shopping centers e da disputa dos empreendedores de shoppings por operadores de sucesso, que não cresce na mesma proporção, impondo cláusulas restritivas a operadores do varejo sob argumento de preservação do *tenant mix* e do respeito ao princípio da *pacta sunt servanda* reconhecido no artigo 54 da Lei 8.245/1991.

Também o tema interessante que não se encontra suficientemente explorado pela doutrina e jurisprudência é a juridicidade do empreendedor negar a renovatória ou denunciar de forma “vazia” o contrato, por conta de alegado baixo desempenho operacional do lojista ou mesmo por necessidade do espaço para ampliação ou remodelação do centro de compras, o que é bastante comum, diante da constante necessidade dos shoppings de crescer, remodelar, enfim, acompanhar a tendência da concorrência e do público consumidor, que não raramente demanda por reformas ou alteração de operadores de determinado segmento ou localização, embora o locatário lojista esteja cumprindo todos os requisitos para a renovatória ou absolutamente adimplente com o contrato em curso.

Entendem alguns que se o lojista estiver em desacordo com a performance esperada pelo empreendedor e pelos demais locatários (que igualmente possuem legítimo interesse no sucesso econômico de todo o complexo), é possível que o locador, demonstrando a desconformidade em juízo, se negue a renovar o contrato de locação com base num fundamento econômico e exerça a retomada com fundamento no seu direito de propriedade – até mesmo para manter a função social do empreendimento. Havendo a retomada do imóvel, ao locatário, caberia apenas a

indenização, se o caso, pela perda do ponto – prevalecendo, então, o direito de propriedade do empreendedor e a sua prerrogativa de reorganizar, da melhor forma possível, aquele complexo empresarial. Nesta linha o Prof. Fábio Ulhoa Coelho:

Quando a tutela do direito de inerência redundar injustificável redução de receita do locador, por inadequação do negócio do locatário às evoluções do mercado de consumo, é decorrência da proteção do seu direito constitucional do direito de propriedade o impedimento da renovação compulsória da locação. O locatário receberá a correspondente indenização, pela perda do ponto, se for o caso, mas não poderá o empreendedor deixar de exercer o seu direito de propriedade – neste caso, traduzindo pela faculdade de reorganizar a oferta dos produtos e serviços, no interior do complexo – para fins de ajustar a exploração econômica do seu bem às demandas dos consumidores.

Assim, a ação renovatória proposta pelo locatário situado em *shopping center* pode não ter a mesma extensão protetora que teria caso o locatário estivesse situado fora desse contexto, o que parece dar perigosa desproteção ao lojista de shopping diante da presunção de prevalência dos interesses do empreendedor sobre o interesse individual do locatário lojista, à pretexto de proteger os interesses da coletividade ou do empreendimento.

A liberdade de contratação, a nosso ver, pode ser restringida, em especial quando há cláusulas que colocam uma das partes em situação de desvantagem desproporcional e exagerada, ou quaisquer outras que possam ferir o equilíbrio contratual.

Nesta linha, ao examinar o tema da revisão de contratos de *shopping center*, consignou o eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que:

[...] no Direito Empresarial, regido por princípios específicos, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da empresa, a presença do princípio da autonomia privada é mais relevante do que em outros setores do Direito Privado. ... todavia, mesmo no Direito Empresarial, pode haver a necessidade de mitigação do princípio da autonomia privada, especialmente quando houver desigualdade material entre as empresas contratantes. (REsp 1158815/RJ, Resp 2009/0195426-0, 3ª Turma, DJe 17/02/2012).

**3.2. Built to Suit– centros de distribuição, super, hipermercados e grandes varejistas, cadeia de restaurantes, hotéis, agências bancárias, centros administrativos e indústrias.**

A moderna gestão dos negócios tem buscado a especialização e foco dos recursos financeiros, administrativos e de recursos humanos no negócio principal ou na sua atividade fim.

A propriedade imobiliária como símbolo de acumulação de capitais e de sucesso empresarial no capitalismo tradicional deixou de ser foco das organizações, que passaram a adotar, como paradigma contemporâneo, a eficiência na alocação de recursos financeiros, administrativos e humanos na atividade fim, fazendo com que a propriedade de imóveis esteja dando lugar a locações de ativos de terceiros nos quais se desenvolve a atividade foco da organização.

Esta mudança na cultura empresarial dos grandes grupos econômicos certamente acarreta uma mudança de forças nas relações imobiliárias de locação, surgindo a figura de locatários que pouco tem de comum com a situação hipossuficiente do locatário romano do século V a.C, que via na locação sua única opção, pois desprovido de capital para ter o seu próprio imóvel. A locação se tornou uma opção estratégica, não uma falta de opção, pela incapacidade de imobilização ou acúmulo de capital.

Da mesma forma, na ponta locadora, passou a existir no Brasil grupos especializados na construção, incorporação, comercialização e, principalmente, na mobilização de recursos financeiros, seja por meio de instrumentos bancários ou, principalmente, pela via do mercado de capitais. Um ambiente que tende à consolidação de operações, formando grandes players, juntamente com investidores institucionais e internacionais, o que se nota claramente no mercado de shopping centers, de grandes empreendimentos imobiliários e em operações de *built to suit*.

Certamente um perfil de locadores e locatários diferente dos tradicionais atuantes no mercado imobiliário, baseado nos quais encontra-se a disciplina das relações locatícias no país, mesmo as previstas na Lei 8.245/91.

Assim, os centros administrativos de corporações tem sido alvo de desmobilização, via locação de espaços, em que se remunera terceiros pela aplicação de capital em ativos imobiliários para atender às necessidades das corporações de abrigar o seu corpo administrativo. O mesmo acontece com centros de distribuições de empresas atacadistas e varejistas. Da mesma forma as grandes redes de varejo de alimentos, as agências bancárias, as indústrias, as escolas, redes de restaurantes, passaram a construir o

seu modelo de negócios baseado no uso de ativo imobiliário de terceiros, por meio de locação.

Alocam os recursos financeiros escassos no desenvolvimento de sua atividade fim, na qual têm competitividade e diferencial competitivo, ou seja, hotéis sendo geridos pelos operadores de hotéis, que não se confundem com o proprietário do edifício no qual a sua operação se desenvolve; bancos prestando seus serviços bancários de forma geograficamente capilarizada, por meio de agências alugadas pertencentes à terceiros; hipermercados operando a sua atividade varejista em imóveis de terceiros; ou mesmo empresas imobiliárias construindo, alugando e operando, plantas ou edifícios com o fim específico e especializado de abrigar, por meio de locação, a atividade, bancária, varejista, industrial, hoteleira, de terceiros; e, assim por diante.

Neste contexto, recentemente se disseminou a modalidade *buil to suit*, em que imóvel é construído conforme as especificações técnicas, arquitetônicas, construtivas, de dimensões e de localização do futuro locador e para ele locado, por longo e determinado prazo, muitas vezes englobando, no custo da locação, também a manutenção do imóvel, seguindo, da mesma forma, as suas especificações quanto ao padrões e abrangência da prestação de serviços. Alguns contratos preveem inclusive a responsabilidade do locador pelo fornecimento de mobiliário e decoração, sendo verdadeiro contrato *turn key* de locação, cabendo ao locador promover a construção, o levantamento e alocação dos recursos financeiros necessários para a entrega do imóvel nas condições avençadas. Mesmo no setor público ocorreram recentemente empreendimentos neste sentido com o uso da legislação das Parcerias Público Privadas– PPP (Lei 11.079/2004), como a sede administrativa do governo do Distrito Federal.

Em 08/04/2009, durante a gestão de José Roberto de Arruda, foi assinado o contrato do segmento de Prédios Públicos celebrado entre a Concessionária do Centro Administrativo do Distrito Federal S.A. – Centrad e a Companhia Imobiliária de Brasília – Terracap do Distrito Federal para outorga de Parceria Público-Privada (PPP), na modalidade concessão administrativa, para a construção, operação e manutenção do Centro Administrativo do Distrito Federal, destinado a utilização por órgãos e entidades da administração direta e indireta integrantes da estrutura do Governo do Distrito Federal. (Em [www.radarppp.com](http://www.radarppp.com)).

A especialização e foco na atividade fim tem criado empresas imobiliárias detentoras de ativos ou empreendendo negócios imobiliários com o fim de alugar imóveis para as atividades empresariais mencionadas, fazendo-o com recursos próprios ou mesmo gerindo capital de terceiros com perfil e apetite para negócios imobiliários.

Como há necessidade de capitais livres para promover a desmobilização dos ativos imobiliários das atividades empresariais de varejo, bancária, hotelaria, industriais, surge como alternativa para agregar tais capitais o mercado de capitais, seja mediante emissões de ações de empresas imobiliárias empreendedoras deste tipo de negócio, mediante emissões de quotas de fundos de investimentos imobiliários ou mesmo emissões de certificados de recebíveis imobiliários.

O mercado imobiliário voltado ao segmento habitacional assistiu a um grande impulso com a abertura de capital (IPO) das principais incorporadoras imobiliárias deste segmento ocorrida entre 2005 e 2007, quando grandes fundos de investimento adquiriram participação nessas empresas, multiplicando a oferta de imóveis no segmento residencial urbano, com uma proliferação de lançamentos entre os anos de 2005 e 2010 nas principais metrópoles brasileiras. Da mesma forma, anos antes, ainda no governo FHC foi a implantação do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI) (Lei 9.154/1997), um aparato regulatório propício à securitização de hipotecas e a criação de mercado secundário para negociação de títulos lastreados em hipotecas, apenas possível com a promoção da segurança jurídica dos contratos de financiamento, sobretudo em benefício dos credores e fomentando a liquidez para os títulos securitizados, com a criação em 1998 dos Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) na condição de valor imobiliário passível de comercialização nas bolsas de valores. Nesta linha, o instrumento da alienação fiduciária de bens imóveis foi peça chave deste novo ambiente regulatório, dando dinâmica às execuções das operações lastreadas até então em hipotecas, sendo transferida, com a venda do imóvel, apenas a posse, e o domínio transferido apenas com a liquidação da dívida, permitindo, no caso de inadimplência, a recuperação do valor emprestado de forma célere e simples, por meio de processo administrativo com dispensa do processo judicial. Também a Lei 10.931/2004, a chamada Lei do Patrimônio de Afetação, foi decisiva para a segurança jurídica dos contratos de financiamento na medida em que exigiu que o mutuário continuasse pagando as prestações a despeito da existência de questionamento judicial dos

termos do financiamento, limitando a interrupção do pagamento à parcela do financiamento sob litígio.

Nesta linha as alterações na Lei das Locações trazidas pela Lei 12.744 de 19 de dezembro de 2012, reconheceram o contrato de *built to suit* como um contrato de locação não mais atípico, sendo enquadrado como uma modalidade de contrato de locação, com a inserção do artigo 54-A ao texto da Lei 8.245/91, segundo o qual, o imóvel gerado em um *built to suit* é construído especialmente para um ocupante específico e se volta para a locação. A Lei 12.744/2012 ainda alterou o artigo 4º. da Lei 8.245/91, de forma a excepcionalizar a locação do tipo *built to suit* da regra da multa proporcional ao período transcorrido, no caso de rescisão do contrato pelo locatário, de maneira que contratualmente pode-se avançar a multa que as partes julgar conveniente, inclusive o cumprimento integral dos alugueis pelo período contratado. Tal previsão, a nosso ver afasta a aplicação pelo juiz da faculdade de reduzir o montante da multa, baseado na previsão no artigo 413 do Código Civil, na linha defendida por Rodrigo Ruede Gasparetto:

...no caso dos contratos Built to Suit o magistrado deve observar que se trata de um negócio jurídico complexo, não simplesmente de uma mera relação locatícia... O empreendedor –locador muitas vezes utiliza-se do mercado de capitais para financiar o empreendimento, sendo certo que uma eventual redução da cláusula penal compensatória não iria apenas prejudicar este último, mas todos aqueles investidores institucionais ou pessoas jurídicas que de alguma forma acreditaram e confiaram nas informações apresentadas pelas partes aos órgãos competentes (usualmente a CVM) para liquidar financeiramente a operação.

Essas alterações trouxeram avanços significativos para a segurança jurídica das operações *built to suit*, permitindo inclusive a realizações de securitização de recebíveis imobiliários baseados em tais contratos, com a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) introduzidos pela Lei 9.514/97. A securitização para essas operações de *built to suit* passou a ser importante mecanismo de mobilização de capital para a viabilização desses empreendimentos, via mercado de capitais. Por meio da securitização, ocorreu a transmutação da propriedade imobiliária em propriedade mobiliária por meio de títulos financeiros representativos do rendimento imobiliário (securitização dos recebíveis imobiliários), tal como ocorreu no âmbito dos contratos de compra e venda de imóveis residenciais do citado SFI.

Também, os contratos de *built to suit* passaram a ser alternativa para o investimento dos fundos imobiliários, sendo que, neste caso, a transmutação se deu da propriedade imobiliária em quotas de fundos detentores dos ativos imobiliários e dos recebíveis da locação de longo prazo, permitindo a captação de recursos financeiros via mercado de capitais, também por esta via.

A Lei 12.744/12 referendou também a validade da renúncia à revisional de alugueis, estipulada pelas partes, já reconhecida pelos tribunais no caso das operações de *built to suit*, o que trouxe uma estabilização ainda maior aos valores da locação contratados no âmbito do contrato que, em geral, é de longa duração, acima do prazo usual de 5 anos de duração das locações convencionais.

Tal alteração quanto à renúncia ao direito da revisional durante a vigência do contrato, como exceção à regra da cogência do instituto e dos demais não excetuados, como o direito a promover a ação renovatória e o direito de preferência no caso de venda do imóvel, talvez possa trazer subsídios quanto à interpretação da lei quanto à possibilidade da proposição da revisional no caso da citada locação firmada com loja âncora no âmbito de shopping centers, como mencionamos anteriormente, que, por vezes, estabelece em favor do locatário, um patamar máximo de custos totais de ocupação.

Quer nos parecer que, se não houver afastamento da revisional expressamente no contrato, ela é direito do locatário, embora a questão passe a ser deslocada para a dificuldade de trazer elementos comparativos que sirvam de paradigma para a revisão da locação, dadas as dificuldades de informação do locatário quanto às condições de locação de outras lojas âncoras, além da possível confidencialidade envolvendo demais contratos, bem como as peculiaridades do contrato a ser revisado por se tratar de negociação com contornos únicos, o que inviabilizaria comparações, impondo dificuldades de aferição de parâmetros comparativos pelos peritos, e da imprestabilidade dos critérios e técnicas convencionais de avaliação de valor de mercado de alugueis, em se tratando de lojas âncoras com peculiaridades únicas de contratação de alugueis.

#### **4. Ambiente de negócios mutável**

Da mesma forma, o trabalho à distância cada vez mais aceito e até incentivado (o “home office”) tem arrefecido a demanda por espaços em escritório. A busca por padrões

de qualidade na gestão de processos em escritórios com a despersonalização dos espaços proposta pelo ISO 9001, favorece o compartilhamento do mesmo espaço, mobiliário e equipamentos por vários usuários, dando melhor aproveitamento à utilização de espaço administrativo de escritórios, encarado pelas organizações como foco para economia e redução de desperdício, pois não afeta diretamente ao âmago de suas atividades fim.

Também o inegável avanço do comércio eletrônico reduzirá nos próximos anos a demanda por espaços comerciais no comércio tradicional de shoppings ou fora deles, que implicará em alteração nas estruturas de negócios, e em novas discussões jurídicas, como a que discute a participação dos empreendedores dos shoppings, via participação do faturamento dos lojistas - aluguel percentual - nas operações de lojistas concluídas fora do ambiente físico das lojas de shopping, embora com terminais nelas instalados, envolvendo ou não clientes físicos dos centro de compras.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. ALUGUEL COM BASE EM PERCENTUAL DE RENDA BRUTA. MANUTENÇÃO DE PONTO DE VENDAS PELA INTERNET NO INTERIOR DA LOJA. PRODUTOS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO FATURADOS EM NOME DE EMPRESA DIVERSA. DISSIMULAÇÃO DO FATURAMENTO DA LOCATÁRIA. VALOR DO ALUGUEL PAGO A MENOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DESPEJO. CABIMENTO. 1. O lojista que se estabelece em um shopping center integra a sua empresa com o empreendimento para usufruir do planejamento, organização e clientela que o frequenta. Portanto, mais que um simples contrato de locação, há uma relação associativa na qual a colaboração entre os lojistas e o empreendimento é necessária para concretizar-se esse modelo de exploração comercial. 2. Nos contratos de locação de loja em shopping center, é fixada a cobrança de aluguel percentual, proporcional ao faturamento bruto mensal da atividade comercial, e que se justifica devido à infraestrutura do empreendimento, que colabora para o sucesso do lojista locatário. O aluguel percentual representa um rateio do sucesso, que em parte é possibilitado pela estrutura e planejamento oferecidos pelo shopping center. 3. Representa violação contratual a conduta do locatário que, a despeito de ter assumido a obrigação de efetuar o pagamento do aluguel com base no faturamento, instala ponto de vendas de produtos pela internet, que são faturados em nome de empresa diversa. Os ganhos com o comércio eletrônico não ingressam no faturamento da loja situada no shopping center locador e, por isso, não integram a base para o cálculo do aluguel. 4. A violação contratual acerca da contraprestação devida pelo uso do espaço locado autoriza o desfazimento da locação, nos termos do art. 9º, II, da Lei 8.245/1991. 5. Não se pode presumir a aquiescência do locador apenas em razão das renovações contratuais, uma vez que ele ainda não tinha ciência da sonegação de parte do aluguel. 6. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1295808 RJ 2011/0286411-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 24/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2014)

E agora, com o avanço cibernético, os negócios mais e mais proliferam fora do conceito tradicional de custos e propriedade dos ativos operacionais, fazendo da Uber a maior operadora de locações de veículos do mundo sem que tenha um único veículo no seu ativo, ou mesmo a Airbnb a maior empresa hoteleira do planeta sem um único imóvel dentre seus ativos operacionais.

Todas essas evoluções envolvendo os negócios e o mercado de locações empresariais certamente exigirão dos legisladores e operadores do Direito dinamismo na adaptação das normas e suas interpretações, envolvendo crescente complexidade, e multidisciplinaridade, direito civil, legislação específica de locações, mercado de capitais, direito administrativo e direito eletrônico, que demanda respostas ágeis e criativas, fora dos parâmetros até então vistos e vividos.

Observamos a movimentação das forças do mercado a ajustar as relações com vistas ao equilíbrio, tal como ensina Marcio Pugliesi quando se refere à teoria do equilíbrio social de Pareto:

Na sociedade ideal esse equilíbrio é dinâmico pela circulação das elites e, se, isso não acontece, ou se obtém um equilíbrio estático com a manutenção dos privilégios e aumento da insatisfação social global ou, então, situações subversivas que se extremam na revolução: estabelecimento de novo sistema político e social (PUGLIESI, p. 150).

## REFERÊNCIAS

BELLIDO, Antonio Garcia y. **Urbanística de las grandes Consejo Superior de Investigaciones científicas**. Instituto Espanhol de Arqueologia, 1985. ciudades del Mundo Antigo. 2ª ed. Madrid.

COELHO, Fábio Ulhôa - In Revista de Direito Mercantil, 1995, n°. 97, pág. 26

COMPARATO, Fabio Konder, In Revista de Direito Mercantil, 1995, nº. 97, pág. 2, **Curso de direito comercial**. VI: direito de empresa. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 184.

FILARDI, Luiz Antônio. **Curso de Direito Romano**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 1999.p.188

FLORENZANO, Maria Beatriz. **O mundo antigo: economia e sociedade**. 12ª. Ed. Brasiliense1994: 81.

GASPARETTO, Rodrigo Ruede . **Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro**. São Paulo: Scortecci, 2009. (p.150-151)-

GUILLEN, Jose. **Urbs Roma: Vida y costumes de los romanos, I – La vida privada**. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1977 : 54

PEREIRA, Caio Mário da Silva – **“Shopping Center: organização econômica e disciplina jurídica”** - Revista dos Tribunais, Ano 73, v. 580, 1984, p. 19.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do Direito – Aspectos Macrossistemicos**. Sapere Aude Grupo Editorial