

O Contrato de Shopping center: análise axiológica e interpretativa

CESAR AUGUSTO DE FIGUEIREDO BACOVIS
(UEPG) cesarbacovis@hotmail.com

ZILDA MARA CONSALTER
(UEPG) zilda@uepg.br

Resumo: O estudo versa sobre uma figura contratual atípica: o contrato de Shopping center. Seu estudo desenvolveu-se objetivando o delineamento de quais princípios contratuais ordinários e vigentes no ordenamento jurídico pátrio seriam aplicáveis a essa modalidade especial de pactos. Desse modo, o problema enfrentado consistiu na identificação e enumeração da tábua axiológica do contrato de shopping center. A pesquisa concretizou-se por intermédio do método dedutivo de abordagem, devidamente subsidiado pela técnica de pesquisa documental indireta (primordialmente legislação - Constituição, Código Civil e de Defesa do Consumidor; e doutrina crítica constitucional e civilística). Estando a pesquisa em fase de consecução, pode-se constatar que vários são os princípios de Direito Civil que são aplicáveis ao contrato de shopping center, mas outros tantos não podem ser observados, tendo-se em vista a aplicação em paralelo da principiologia consumerista. Desse modo, ressalta-se a importância dos resultados alcançados, bem como da necessidade da continuidade da pesquisa, visando-se a divulgação das conclusões dela advindas, no sentido de nortear as relações contratuais dessa categoria negocial.

Palavras-chave: Princípios contratuais. Shopping Center. Relações jurídicas empresariais e consumeristas.

The Mall Contract: an axiological and interpretative analysis

Abstract: The research deals with an atypical contractual figure: the mall contract. His study was developed aiming at the design of which ordinary contractual principles and force the national laws would apply to this special form of covenants. Thus, the problem faced was the identification and enumeration of the axiological board of the mall contract. The research became a reality through the deductive method of approach, properly funded by the indirect technique of documentary research (primarily legislation - Constitution, Civil Code and Consumer Protection Law and critical constitutional and civil doctrine). And the research phase of achievement, can be seen that there are several principles of civil law that are applicable to the mall contract, but many others can not be observed, keeping in view the parallel implementation of the consumerist principles. Thus, it emphasizes the importance of the results achieved, as well as the need for further research, aiming to disclosure arising from it in order to guide the negotiating contractual relationships in that category.

Key words: Contractual principles. Mall. Business and consumer relationships.

INTRODUÇÃO

O Direito dos contratos evoluiu juntamente com a sociedade e o Direito: na chamada pós-modernidade opera-se o neoconstitucionalismo, fenômeno traduzido pelo novo entendimento de Constituição, que prescreve diretamente novas normas, avançando sobre todos os campos jurídicos. Nesta, aprimoraram-se, também, as formas de negociar: o mercado consumidor expandiu e as necessidades do consumidor também. A sociedade não quer mais só “trocar sal por alimentos”, mas sim alugar, expandir, franquear, estar visível em todo o mundo.

Isso tudo, aliado a um modelo novo de mercado globalizado, às novas tecnologias, necessidade de segurança e comodidade, fez com que os centros de compras se espalhassem, modificando a ideia original de *Shopping centers* (doravante SC), criados inicialmente para que os canadenses pudessem fazer suas compras e trocar serviços, protegendo-se do frio intenso. (HEIDE, 2000).

Assim, os SC passaram a oferecer variados serviços e produtos, com conforto, segurança e praticidade. E essa nova forma comercial gerou novo molde de pactuação, com o mesmo nome. Nesse, as relações entre incorporador e lojistas são peculiares quanto ao objeto e as formas de adimplemento. A elas aplicam-se conceitos, institutos e os princípios do Direito dos contratos e da legislação especial.

Dessa nova tendência, gera-se a necessidade de um novo conjunto de regras reguladoras. É de extrema importância a avaliação do Direito hoje posto, se este é apto para controlar essas necessidades, o que justifica a pesquisa realizada.

Essa inquietação ocorre uma vez que, como já informado, o SC tem contrato atípico, o que implica dizer que não há regramento específico sobre essa modalidade no Código Civil, sendo o mesmo regulado pela legislação rasa a todos os modelos de contratos.

Diante da situação, pode-se aferir que muitas das especificidades dessa relação jurídica tão complexa ficam à margem da apreciação legislativa. Com isso, um dos caminhos, talvez o mais importante, para a avaliação e solução de lides envolvendo os SC, é a identificação da tábua axiológica aplicável ao instituto em questão. Afinal, o Direito se inicia e se revela pelos princípios...

REVISÃO DA LITERATURA

Em se tratando das ciências jurídicas, a pesquisa deve se desenvolver no âmbito meramente abstrato. Assim sendo, considera-se material o cabedal legislativo a ser utilizado e aplicado ao fato social pesquisado. A escolha da legislação deve ser criteriosa e obediente ao método científico de abordagem adotado.

Desse modo, de cunho essencialmente teórico, a pesquisa foi desenvolvida à luz do método lógico-dedutivo, por meio do qual se analisou as incidências legais e o comportamento doutrinário sobre o tema, materializando-se na revisão teórica adiante expandida:

A base fundante do Direito Privado é composta do tríptico vértice: contrato, patrimônio e família (FACHIN, 2000). Um dos institutos civis que mais se submetem às transformações sociais e econômicas é, sem dúvidas, o contrato. (LISBOA, 2009).

O Direito Contratual, desde os primórdios, sempre foi visto como um Direito fechado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008) em que normas expressas regiam todo e qualquer pacto.

Ainda hoje, o Código Civil é a maior fonte desse Direito, porém, essa fonte de obrigações e direitos deve ser interpretada e aplicada face à Constituição da República.

Pode-se afirmar que esse efeito não ocorre somente com esse ramo normativo, mas com outros e, portanto, constata-se a materialização da tão propalada publicização do Direito Privado. (FACHIN, 2000).

Assim sendo, o Direito Contratual - ainda um dos pilares do Direito Civil - tem as suas bases, além do próprio Código Material, na própria Constituição da República e em outros diplomas legais, tais como o Código de Defesa do Consumidor. (CONSALTER, 2010).

E como se mostra a figura contratual nos dias atuais?

Emprega-se o vocábulo contrato em sentido amplo e restrito. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, indica o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais (GOMES, 1971). O consentimento ou consenso, portanto, é o núcleo do negócio jurídico contratual, formado a partir das vontades emitidas pelas partes declarantes. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Legalmente (art. 104 do Código Civil de 2002), a validade de um negócio jurídico e, conseqüentemente, de um contrato, exige três aspectos: “I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e III - forma prescrita ou não defesa em lei”. E dessa chancela da validade, pode-se extrair os principais requisitos e pressupostos do contrato (neste momento, falando-se dos planos de existência e, é claro, de validade do mesmo).

Como já alhures informado, e tomando o tema central da pesquisa, os contratos de SC não são figuras típicas - quando há uma previsão legal da disciplina de determinada figura contratual, estamos diante de um contrato típico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008) - e, por isso, nessa espécie contratual, devem ser aplicadas as normas gerais prescritas para todos os contratos, lidas à luz da Constituição da República e, sobretudo, os princípios norteadores dos direitos dos contratos e de outros direitos afetos aos contratos.

Em relação aos princípios do Direito Contratual, destacam-se o da autonomia da vontade, o *pacta sunt ser-*

vanda, o do consensualismo, o da relatividade dos efeitos contratuais, da equivalência material, da socialidade, da boa-fé (objetiva e subjetiva) (KRUCHEWSKY, 2006), dentre outros.

Diante dessa enumeração – em constante e permanente construção – impende explicar um tanto sobre cada um desses princípios, os quais, posteriormente, serão analisados por servir de lente à avaliação do contrato de SC:

Não se pode falar em contrato sem autonomia de vontade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008). Segundo o princípio da autonomia volitiva, as partes contraentes possuem liberdade de contratar ou não, conforme lhes aprouver, decidindo, em caso afirmativo, *com quem* contratar, *o que* contratar e o *conteúdo* da avença. (LISBOA, 2009).

Dá se depreende que as partes são autônomas, livres, para efetuar contratos, definir sua modalidade (inclusive as que não estão previstas na legislação), estabelecer quais serão as partes componentes da relação jurídica, bem como seu objeto e condições de pactuação.

No entanto, essa liberdade de contratar – autonomia – sofre limitações, pena de se estabelecer uma verdadeira “ditadura” do poderio econômico sobre a parte que, de algum modo, necessita do produto ou do serviço oferecido pelo outro. Então, esse limite ocorre diante de alguns paradigmas, como os destacados por Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, que são condicionamentos impostos da lei, da moral e da ordem pública. (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Quanto à lei, esta traz no seu conteúdo normativo preceitos permissivos e imperativos e, claro, que em determinadas condições, impõe dado comportamento e, em outras, proíbem ou obrigam certas condutas (BOBBIO, 2007, p.104-112). O mesmo se dá quanto aos contratos, pois a própria legislação estabelece questões que limitam os poderes (e a autonomia) das partes.

A ordem pública “é o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase da evolução histórica, e que, por isso, devem considerar-se imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica” (ROPPO, 2009, p. 179). Assim considerados, alguns valores e bens fundamentais de uma dada sociedade servem como fronteira de atuação para os pactuantes, que não podem ameaçar o ordenamento constitucional daquele Estado.

Nessa senda, também é importante trazer à baila a informação que, além da limitação de ordem pública, há, ainda, outras de ordem sócio-cultural: a moral e os bons costumes.

Os bons costumes e a moral são conceitos interligados, pois aqueles são “regras não escritas de comportamento, cuja observância corresponde à consciência ética difundida na generalidade dos cidadãos e cuja violação é considerada moralmente reprovável.” (ROPPO, 2009, p. 185).

Esses preceitos deontológicos – tal qual ocorre com a lei e a ordem pública – delimitam de que modo devem as partes proceder interna e externamente. E esse molde comportamental deve ser observado na formação, na execução e nos atos posteriores à contratação.

Esses limites são expressões do chamado dirigismo contratual. De mais a mais, tal qual afirmado, a interferência do Estado na economia do contrato não representa a decadência do instituto, mas revela a sua capacidade de adaptação e profetiza a longa vida que desfrutará. (KRUCHEWSKY, 2006).

Desse modo, pode-se perceber que há a dita autonomia volitiva das partes como cânone das pactuações, mas sem poder ocorrer o esquecimento e vigilância dessa vontade, que resta moldada pelos seus limitadores de ordem pública, moral e social.

Outro molde axiológico dos contratos é princípio do consensualismo. Ele é decorrente da própria definição comum de contrato: acordo de vontades. Apenas há contrato mediante a declaração convergente de vontades acerca do objeto da avença e do seu respectivo conteúdo. (LISBOA, 2009).

Informa o princípio do consensualismo que o contrato se perfaz com o mero consentimento das partes, sendo desnecessária a adoção de formalidade ou solenidade específica. (KRUCHEWSKY, 2006).

No entanto, a ideia de que basta a manifestação livre de vontade das partes para que o contrato seja firmado é relativizada pelo dirigismo contratual, como já visto, pois a lei pode exigir forma essencial ao ato. Assim, casos há em que o consenso é insuficiente, sendo necessária uma determinada solenidade (contrato formal ou solene) ou a prática de um ato (contrato real). (KRUCHEWSKY, 2006).

Importante acentuar que os princípios da autonomia da vontade e do consensualismo não se confundem, posto que no primeiro as partes têm liberdade de escolha de: com quem, o que e como contratar. Enquanto que no segundo, a afirmação é no sentido de que o contrato só pode existir se as vontades emanadas forem convergentes para tanto. Melhor explicando: não basta a vontade das partes e que ela seja livre. Ela há que ser, *pari passu*, coincidente, convergente, para ser hábil a reconhecer-se a pactuação civil.

Pacta sunt servanda significa, em latim, que os contratos devem ser cumpridos. Trata-se da denominação latina para o princípio da força obrigatória dos pactos, que traduz a natural congência que deve emanar do contrato, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Em sua expressão mais objetiva, o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra que o contrato é lei entre as partes “[...] essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança ao comércio jurídico.” (GOMES, 1971).

Em uma época como a atual, em que os contratos paritários cedem lugar aos contratos de adesão, o *pacta sunt*

servanda ganhou um matiz mais discreto, temperado por mecanismos jurídicos de regulação do equilíbrio contratual, a exemplo da teoria da imprevisão. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Ainda, deve-se destacar que *pacta sunt servanda* é um princípio, e, como tal, deve ser aplicado e interpretado conjuntamente com todos os outros princípios informativos dos direitos dos contratos e não como regra inquebrável.

O princípio da relatividade dos efeitos contratuais indica que os efeitos oriundos de um contrato são relativos, não absolutos. (KRUCHEWSKY, 2006).

Segundo o princípio, [...] o contrato tem os seus efeitos limitados àqueles que o celebraram (efeitos internos), isto é, a relação contratual se torna oponível perante terceiros, não podendo vir a ser por eles questionada. (LISBOA, 2009).

Regra geral, os contratos só geram efeitos entre as próprias partes contratantes, razão porque se pode afirmar que a sua oponibilidade não é absoluta ou *erga omnes*, mas, tão-somente, *relativa*. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Aqui se abra um parêntesis para informar que os pactos podem gerar benefícios a terceiros alheios à pactuação, como o seguro de vida, por exemplo. Mas jamais podem criar obrigações e deveres a quem, de fato, não participou da avença.

A socialidade, por sua vez, é princípio que informa que no confronto entre o individual e o geral deve prevalecer o interesse comum. “[...] Na verdade, tal norma é corolário da função social da propriedade prevista no art. 5º, XXII, da CF.” (KRUCHEWSKY, 2006). Assim, tem-se que a socialidade nada mais é do que o contrato cumprindo a sua função social.

Do ponto de vista pragmático, a função social do contrato representará um limite à autonomia da vontade de contratar e uma exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos, quando o seu efeito promova um malefício social (KRUCHEWSKY, 2006), mas também não deixa de ser um princípio informador do pacto, pois as partes devem observá-lo desde a sua gênese e em todas as fases daquele.

Além da socialidade, um outro princípio que forneceu base ao CC/2003 é o da eticidade, que tem na boa-fé o seu epicentro. (KRUCHEWSKY, 2006).

Originariamente, *boa-fé* é a convicção interior que o sujeito possui acerca da justiça do seu direito (*boa-fé subjetiva*) (LISBOA, 2009). Distingue-se, portanto, da *boa-fé objetiva*, a qual, tendo natureza de princípio jurídico – delineado em um conceito jurídico indeterminado –, consiste em uma verdadeira “regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

A boa-fé objetiva traduz-se na ideia de que o contrato, sobretudo o bilateral, não pode criar vantagens gratuitas, não é feito para enriquecer um dos contratantes e submeter

o outro à penúria (KRUCHEWSKY, 2006). Ela é aferida mediante a análise do cumprimento, ou não, dos deveres decorrentes das obrigações principais assumidas pelos contratantes. (LISBOA, 2009).

Assim, em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes “devem guardar entre si a lealdade e o respeito que se esperam do homem comum” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008). A boa-fé, portanto, é o comportamento esperado dos contratantes, indicado por uma série de deveres advindos do negócio jurídico que não os principais. Entre os deveres correlatos ou secundários de negócio jurídico, pode-se destacar: a lealdade, a cooperação mútua, a informação, a assistência técnica, a veracidade, a segurança e a transparência de agir. (LISBOA, 2009).

Para arrematar, impende tratar de outro novo paradigma contratual: a equidade ou equivalência material contratual. E é preciso recorrer à ética aristotélica para explicá-lo. E nessa empreitada rumo ao equilíbrio entre os contratantes, veda-se a lesão e a onerosidade excessiva. (MENEZES DA COSTA, 2007, p. 244).

Não se trata de vislumbrar apenas a equivalência das prestações, mas que estas se equiparem entre si, na medida do possível. Paulo Lôbo afirma que o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, para harmonização dos interesses. (apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008).

Por esse princípio, é possível buscar o reequilíbrio contratual, caso as prestações, durante o contrato, se tornem excessivas a uma das partes, ou seja, obrigação e direitos desproporcionais. O *reequilíbrio da relação jurídica* e da equação econômico-financeira disposta pelos termos contratuais é de suma importância, a fim de que um dos contraentes, mais especificamente aquele que se encontra presumivelmente em situação inferior ou vulnerável, possa obter retribuição proporcional à obrigação que contraiu pela formação do contrato. (LISBOA, 2009).

Assim, a uniformidade de direitos e obrigações importa em toda a extensão de um contrato, e não apenas no primeiro momento de exteriorização da vontade ou celebração do acordo, podendo, portanto, ser restabelecida quando violada.

Todos esses princípios (relatividade dos efeitos contratuais, socialidade e boa-fé objetiva e subjetiva), corroboram o argumento de que o Estado interfere, cada vez mais, nas relações contratuais, sendo constante o chamado dirigismo contratual – o que pode gerar a falsa concepção de que há uma “crise do contrato.” (LIMA MARQUES, 2007, p. 18).

O que se pode ver, nesse sentido, é que há uma acomodação do *status* contratual, tendo ele a sua seara de atuação autônoma, que vem acompanhada de limitações pertinentes e condizentes com o atual contexto social (BIERWAGEN, 2007, p. 47). Não parece, assim, que haja uma “cri-

se”, mas sim uma adequação ao atual *modus vivendi* e à maneira de se conceber os pactos (não como fatos isolados, mas sim componentes de uma sociedade interligada e que se correlaciona nas mais diferentes extratificações). (LIMA MARQUES, 2007).

Vista a tábua axiológica ordinária vigente, indispensável à análise detida sobre o tema, avaliar-se os princípios de natureza consumerista, eis que, de certa forma, há também o envolvimento dessa seara nessa modalidade contratual, no que se tem convencionado chamar de “diálogo das fontes.” (PFEIFFER; PASQUALOTTO, 2004).

Merecem atenção alguns princípios do Direito do Consumidor:

O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor (MIRAGEM, 2010). Por esse princípio o consumidor é reconhecido como parte fraca da relação jurídica. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico (NUNES, 2012). Com fundamento no princípio da vulnerabilidade, o âmbito de aplicação das normas de proteção do consumidor pode ser restringido ou ampliado. É o caso que dispõe o artigo 29 do CDC, ao estabelecer que as normas de proteção constantes nos capítulos seguintes relativas à formação e execução do contrato de consumo, são aplicáveis a todos os que estiverem expostos às práticas ali descritas. (MIRAGEM, 2010).

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e o caráter desigual com que este se relaciona com o fornecedor ressaltam a importância do princípio do equilíbrio no direito do consumidor (MIRAGEM, 2010). Reconhecer a vulnerabilidade, portanto, é visualizar que um dos polos da relação jurídica estabelecida é mais fraco e deve, portanto, ser igualado ao polo mais forte. Relações jurídicas equilibradas implicam a solução do tratamento equitativo. (NUNES, 2012).

O princípio da harmonia das relações de consumo, por sua vez, permite que os interesses das partes existam sem se contraporem. “Harmonizar é compatibilizar interesses antagônicos com a finalidade de obter um ponto ótimo, ou seja, um resultado que atenda razoavelmente aos interesses pessoais das partes envolvidas na relação de consumo [...]” (ANDRADE, 2006). A harmonia das relações de consumo nasce dos princípios constitucionais da isonomia, da solidariedade e dos princípios gerais da atividade econômica. (NUNES, 2012).

O princípio da transparência “[...] se traduz na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos e, também, gerará no contrato a obrigação de propiciar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo.” (NUNES, 2012). Esse princípio determina que todas as cláusulas de um contrato ou características de produtos e serviços devem ser informadas ao consumidor.

A ideia de nulidade das cláusulas abusivas é inerente à proteção do consumidor. Nessa ótica tem-se como princí-

pio, outrossim, a proibição de práticas e cláusulas abusivas. A legislação brasileira, adotando a doutrina do abuso do direito, acabou por regular uma série de ações e condutas que outrora eram tidas como meras práticas abusivas, tornando-as ilícitas (NUNES, 2012); [...] em razão de disposição expressa de lei, as cláusulas abusivas nos contratos de consumo são nulas de pleno direito [...]. (MIRAGEM, 2010).

Ressalta-se, ainda nesse sentido, o contido no enunciado nº 172 da 2ª Jornada de Direito Civil, cujo conteúdo é o seguinte: “Art. 424: As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.”

Destaca-se, ainda, a interpretação mais favorável ao próprio consumidor. Ao lado das normas de proteção do consumidor com relação ao controle de conteúdo dos contratos de consumo, não descarta o legislador no estabelecimento de regra favorável ao sujeito vulnerável também em relação à interpretação dos contratos de consumo. (MIRAGEM, 2010).

Para sanar esse problema da desigualdade, Álvaro Villaça Azevedo (2001) opina, em parecer exarado especificamente sobre o tema:

Contudo, para evitar-se que as regras contratuais impostas cristalizem-se em contratos leoninos, é preciso que o Estado intervenha, antes, regulamentando, ainda que genericamente, os contratos de adesão; depois, especificamente, cada um deles que for surgindo, com regulamentação própria; depois, ainda, fiscalizando, com rigor extremo, o desenvolvimento judiciário de cada um deles, devendo, assim, realçar-se, o juiz como figura tutelar da liberdade contratual, e, mais ainda, como esta se vê quase nula diante do contrato de adesão, de proteger o aderente contra os abusos que se possam perpetrar no estabelecimento dessas regras impostas.

Vistos os princípios hipoteticamente aplicáveis aos contratos de SC, por ora é importante a feitura de breves esclarecimentos sobre o próprio instituto.

Veja-se:

Quanto ao contrato de SC, exemplificado no modelo anexado a este estudo (ANEXO I), define a Associação Brasileira de Shopping centers, apud Heide (2000), “empreendimento constituído por um conjunto planejado de lojas, operando de forma integrada, sob administração única e centralizada; composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados ou especializados de comércio e prestação de serviços; [...]”

Doutrinariamente, Orlando Gomes (1993, p. 519) entende tratar-se de:

[...] um empreendimento de um só empreendedor sendo este o único proprietário de todas as unidades, única e exclusivamente de uso comercial, que formam um todo incidível, dá unidades em locação em troca da partici-

pação percentual no faturamento da atividade comercial exercida pelo lojista que ele também incrementa, têm a administração única e centralizada, todos os contratos são padrão, entre suas diversas outras características jurídicas próprias de *Shopping center*.

Já Nagib Slaibi Filho (1986, p. 39) define *Shopping center* tomando em consideração a composição estrutural do estabelecimento como:

[...] grupo de estabelecimentos comerciais unificados arquitetonicamente e construídos em terreno planejado e desenvolvido. O *“Shopping center”* deverá ser administrado como uma unidade operacional, sendo o tamanho e o tipo de lojas existentes relacionados diretamente com a área de influência comercial a que esta unidade serve. O *“Shopping center”* também deverá oferecer estacionamento compatível com todas as lojas existentes no projeto.

Esse contrato é peculiar, pois o proprietário do shopping não oferece apenas o espaço para o lojista desenvolver as suas atividades, mas também outros serviços, como praça de alimentação, estacionamento, área de circulação, limpeza, segurança, publicidade, conforto etc. (CZELUSNIAK, 2010).

Essa diversidade de serviços, traduz-se na expressão técnica *tenant mix*, que é a “mistura de serviços e produtos de forma otimizada.” (MARINI, 2000).

Diferentemente da locação comercial, na qual o objeto é pura e simplesmente a loja, independentemente dos demais imóveis e espaços públicos que se avizinham, o contrato de *Shopping center* tem como objeto “lojas integradas em centros comerciais.” (BARCELLOS, 2009). O objeto do contrato de SC é complexo, vai além da locação do espaço. “[...] os lojistas de *Shopping center* utilizam-se de serviços comuns, como segurança, limpeza, rede de saneamento e energia e publicidade.” (BARCELLOS, 2009).

Além do objeto do contrato ser atípico, a sua forma de cumprimento também é diferente: o lojista não aluga ou compra o seu espaço e usufrui livremente, mas também paga ao incorporador para explorar o espaço, além de entregar-lhe um percentual do faturamento bruto das vendas e outras taxas. (MIRANDA, 2009).

É característico dos contratos de SC que a contrapartida a pagar pelos lojistas ao empreendedor contenha uma porcentagem sobre o volume das vendas apuradas na loja ou um valor fixo, caso aquele seja inferior a este. (MILANI, 2005).

Portanto, diferentemente do contrato de locação típico, caracterizado como contrato exclusivamente de intercâmbio, no contrato firmado entre o empreendedor e os lojistas de SC, quanto mais estes últimos faturarem, mais o primeiro irá receber (BARCELLOS, 2009). Paralelamente à relação de intercâmbio, no contrato de SC há uma relação de colaboração. (BARCELLOS, 2009).

Diante de todas essas nuances e da análise de vários critérios, direciona-se à conclusão de que é impossível não conceber essa modalidade contratual firmada entre empreendedor e lojista como diferente de todas as outras espécies, sendo considerado atípico, complexo e misto. (CELUSNIAK, 2010; BARCELLOS, 2009).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Dos resultados obtidos com o estudo tem-se que, legalmente, o SC é efetivado entre as chamadas incorporadoras e os lojistas, e são, até o presente momento, regidos pelas normas de Direito Civil atinentes às relações contratuais (eis que não há legislação específica acerca do tema) e, ainda, as de locações (Lei n. 8245/91, chamada de Lei do Inquilinato).

No que tange aos princípios do Direito Contratual aplicados à espécie, são eles largamente usados, operando-se a ideia de autonomia da vontade (sobretudo do proprietário do SC), pois, em tese, qualquer pessoa (capaz) tem liberdade de contratar, sem justificar suas escolhas (mesmo tratando-se de contrato de adesão).

O contrato deve ser fruto da vontade das partes (consensualismo). Somado a ele, vigora o princípio do *pacta sunt servanda*, posto que, uma vez contratados, devem ser cumpridos.

Igualmente, impera o princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato, que traça a ideia de que os efeitos oriundos dos contratos são relativos e não absolutos.

No entanto, pela própria natureza e execução do contrato de SC, não se cogita a aplicação do princípio da igualdade material entre as partes contratantes, eis que não há regime de paridade nessas contratações, nem no ato da contratação, nem no período de sua execução.

Pari passu ao acima mencionado, está cada dia mais presente nas relações contratuais a intervenção estatal, bem como o surgimento de novos princípios e tendências. Daí tem-se obrigatoriedade da observância de outros princípios, como o da boa-fé e o da função social.

Que pese o conceito legal de consumidor (“Art. 2º - CDC - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”) não abranger o lojista, este deve ser considerado vulnerável em face ao empreendedor. Diante disso, é possível a aplicação do próprio princípio da vulnerabilidade. Isso porque o lojista está à mercê da vontade do empreendedor, não podendo discutir cláusulas. A vontade do lojista é limitada em aceitar ou não o pacto.

Os interesses dos lojistas e do empreendedor devem coexistir. Assim, deve-se buscar a harmonia nos interesses, trazida pela ideia da harmonização das relações de consumo.

Nesse tipo contratual, a transparência (expressada principalmente pelo dever de informar) deve estar caracterizada, pois o lojista deve conhecer todas as características do contrato, dos produtos e serviços prestados.

A interpretação do contrato deve ser a mais favorável ao lojista. Na maioria dos acordos firmados, o lojista não discute as cláusulas contratuais, mas apenas aceita ou não o imposto pelo empreendedor. Assim, deve-se aplicar, do direito do consumidor, o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor. Ou, adaptando-se à espécie em análise, a exegese mais benéfica ao vulnerável.

Por fim, deve ser vedada a prática de cláusulas e práticas abusivas. Como exposto, o contrato de SC é de cooperação entre as partes e, portanto, esse princípio deve estar presente. É inadmissível o enriquecimento sem causa, bem como o excesso de onerosidade da prestação devida pelo lojista.

CONCLUSÕES

Diante do estudo efetuado, tem-se que, dentre os princípios de direito contratual civil, são aplicáveis aos contratos de SC: autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*, relatividade dos efeitos contratuais, boa-fé e função social.

A aplicação destes princípios visa, em última análise, compreender que o pacto firmado entre lojista e empreendedor, mesmo sendo atípico, é um contrato. Como tal, devem ser seguidas as normas estabelecidas para esse instituto jurídico.

Somado a eles, do direito consumerista devem-se “emprestar” os princípios da harmonização das relações de consumo, da informação, da inversão do ônus da prova, da lealdade, da prevenção, da veracidade e da publicidade, porque mesmo não sendo estas relações consumeristas, os contratos de SC, em sua maioria, são de adesão, estando o lojista vulnerável à vontade do dono do empreendimento.

O uso desses princípios, mesmo que a subsunção não se dê de modo exato, dá-se em razão da própria vulnerabilidade do lojista em face ao empreendedor. No entanto, essa vulnerabilidade não afasta a aplicação do direito dos contratos em geral.

Ainda, deve-se considerar que no atual cenário jurídico, sociológico e econômico no qual transita essa modalidade contratual, dá-se maior relevo à boa-fé entre os contratantes que a sua autonomia; mais valor à segurança dos consumidores que à obrigatoriedade dos contratos, sempre com ênfase aos aspectos comuns e coletivos, em detrimento dos interesses privados e egoísticos, motivo maior e autorizador da intervenção estatal nas relações privadas hodiernas.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ruy Rosado de. (coord. Cient.). **Jornadas de Direito Civil I, II, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: CNJ, Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri: Manole, 2006.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16405>>. Acesso em: 3 jun. 2012.
- BARCELLOS, Rodrigo. **O Contrato de Shopping Center e os Contratos Atípicos Interempresariais**. São Paulo: Atlas, 2009.
- BIERWAGEN, Monica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito: Teoria da norma jurídica (1ª Parte). Trad. De Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito).
- BRASIL. Lei n. 8078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial de 12.09.1990**, Brasília, DF.
- BRASIL. Lei n. 10246 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial de 11.01.2002**, Brasília, DF.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- HEIDE, Márcio Pecego. Traços jurídicos, físicos e econômicos da modalidade de negócio chamada *Shopping center*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/610>>. Acesso em: 1 jun. 2012.
- LIMA MARQUES, Cláudia. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: _____ (coord.) **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 8-86.
- MENEZES DA COSTA, Maria Aracy. Os novos poderes/direitos oriundos do contrato no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor: vontade das partes. In: LIMA MARQUES, Cláudia. (coord.) **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 226-246.
- MILANI, Virginia de Medeiros Claudino. **Contrato de Shopping Center**. 2005. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo. 2005.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PFEIFFER, Roberto; PASQUALOTTO, Adalberto. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CC 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, no. 51, jul./set. 2004, p. 34-67.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários à Nova Lei do Inquilinato**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.