

# A locação empresarial, o risco do negócio e o impacto das decisões judiciais

João Carlos Adalberto Zolandeck 01/11/2018

Discutir a tríade: locação empresarial, o risco do negócio e o impacto das decisões, no sentido da evolução ou involução da jurisprudência é bem propício neste momento pós-eleitoral.

O comportamento social dá norte ao processo decisório, estimulando ou desestimulando o investimento e a economia de um país, sendo certo que quanto mais dinheiro existir no mercado, maior será o emprego e o desenvolvimento econômico.

A locação empresarial não se esvazia em si mesma, pois abrange outros mercados, como o da construção civil, indústria, comércio, logística, infraestrutura, investimentos entre outros. Sua estrutura legal decorre de contratos gerais e particularizados, variando de acordo com o modelo da atividade empresarial que se desenvolve.

Diversas são as relações jurídicas de cunho locativo-empresarial, com abordagens diferentes no que se refere a direitos, deveres e obrigações passíveis de alocação no pacto ou na convenção, revelando-se importante uma cuidadosa análise sobre os alicerces legais e jurisprudenciais que norteiam tais relações.

De certa forma complexa, a locação empresarial tem variações segundo as suas espécies e características, a saber: **1)** locação empresarial comum/usual (imóveis/espacos de rua ou isolados); **2)** imóveis em condomínios comerciais ou empresariais; **3)** imóveis em galerias de lojas; **4)** imóveis/*containers* em vilas ou parques gastronômicos; **5)** imóveis ou espacos em hipermercados; **6)** *shopping centers* (em todas as classificações da ABRASCE: tradicionais e especializados, tipo: *outlet*, *life stile* ou temáticos); **7)** imóveis construídos ou reformados para atender os interesses do locatário (*built to suit* — termo de locução inglesa que significa “construído para servir” ou “feito sob encomenda”, ou “feito para atender ao locatário” — BTS).

Para todas as relações locatícias a Lei n. 8.245/1991 constitui a base legal justificadora, sendo que, em duas hipóteses, *shopping center* e *built to suit*, há maior liberdade de pactuar, estando prestigiado, com maior evidência e força, o princípio da autonomia privada, nos termos do conteúdo dos artigos 54 e 54-A, sendo que este foi introduzido pela Lei n. 12.744/12.

A distinção entre as espécies, se assim se pode designar, depende de variáveis entre a autonomia plena e o valor agregado. A locação empresarial comum/usual, por exemplo, dá autonomia plena ao locatário e ao seu negócio nas questões de ordem prática, mas tem maior limitação quanto ao livre pacto e a redação de cláusulas. Por outro lado, na locação em *shopping center*, o lojista/locatário e o empreendedor/locador têm autonomia plena para contratar e construir cláusulas, mas vinculam-se a objetivos maiores que orientam todas as atividades empresariais daquele empreendimento, em direção ao sucesso coletivo, havendo, por parte daquele complexo, um prévio valor agregado, formado pelo empreendedor ao ter orientado e organizado o *mix*, que representará a força propulsora para atrair o público alvo.

Da mesma forma, a locação na modalidade *built to suit*, por exemplo, carrega, igualmente, valor agregado ao locatício, observável pela compra, construção ou reforma do imóvel pelo locador segundo os critérios e interesses do locatário.

Estabelecidas estas premissas, é possível tratar do risco do negócio no cotejo com algumas decisões judiciais, segundo variáveis comportamentais importantes, a saber: a primeira variável decorre do comportamento descuidado do locador ao impor a um determinado contrato características de outro (s), como, por exemplo, dotar o contrato de locação empresarial comum/usual ou de lojas de galerias com cláusulas utilizadas em contratos de *shopping centers* ou com cláusulas exclusivas para o *built to suit*, exigindo-se, ali, o 13º aluguel, o aluguel variável em percentual sobre a receita bruta e o fundo de promoção, cláusulas estas, típicas do contrato de *shopping*, ou mesmo, cláusulas de barreira à ação revisional e de estipulação de multa pelo valor total do remanescente do contrato por denúncia antecipada, típicas do BTS.

A prática tem mostrado que uma parcela bem importante das demandas judiciais saneadoras decorre da ausência de transparência de parte a parte sobre questões fundamentais, bem como em razão de erros grosseiros e equívocos no momento da elaboração dos contratos, muitos transcritos a partir de modelos pré-formatados e extraídos da rede mundial de computadores, como se aplicáveis a todo e qualquer tipo de relação jurídica locatícia.

Outro fator de risco preponderante decorre de decisões judiciais lançadas em equívoco e desestabilizadoras do sistema judicial de controle, diante da corriqueira ausência de análise das consequências jurídicas e econômicas desta ou daquela posição, como foi, por exemplo, a decisão da 1ª Turma do STF no julgamento do RE 605709[1], julgado em 12 de junho de 2018, pela qual, por maioria, houve o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família do fiador em locações comerciais, contrariando a forte jurisprudência consolidada ao longo de anos, a súmula 549 do STJ e o artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90, que já havia, inclusive, sido questionado quanto à constitucionalidade, todavia, a regra do referido artigo 3º. manteve-se hígida.

Outro exemplo decorre, aqui mesmo, do Tribunal de Justiça do Paraná, onde a 11ª Câmara, na Apelação Cível sob o n. 1.446.838-9[2], por unanimidade de votos, declarou inexigível a cobrança de encargos de locação de um determinado locatário/lojista em *shopping center*, simplesmente porque não foram anexados documentos probatórios das despesas que compunham aquela receita.

Sabe-se, desde há muito tempo, que a jurisprudência firmou o entendimento pela desnecessidade da juntada de comprovante das despesas incorridas que compõem a taxa condominial em sede de execução, pois o lojista/condômino tem oportunidade anterior e posterior para exigir contas e até mesmo o reembolso quando inexigível determinada obrigação, não cabendo ao Tribunal, sem análise, diga-se, novamente, das consequências, afastar o crédito legítimo decorrente de despesas incorridas cobertas tanto pelo empreendedor do *shopping* como pelos demais lojistas adimplentes.

Indaga-se: Qual é a consequência deste posicionamento? De ordem prática, não é razoável que o locador, em se tratando de locação em *shopping center*, frente a milhares de despesas incorridas dentro do semestre, dentro do ano, ou de vários anos como era o caso, tenha a obrigação legal de comprovar despesa a despesa, em sede de execução de título judicial. Obviamente, não se pensou no elevado custo de transação não apenas da parte — *locador/shopping* — mas, também, dos advogados e desembargadores componentes daquela Câmara, como se fosse, a eles, viável, neste tipo de procedimento (executivo), debruçar-se em milhares de pequenos documentos para decidir contra o inadimplente que não juntou qualquer comprovante de pagamento daquelas despesas exigidas na pretensão executiva.

Lembre-se que, em *shopping center*, assim como em condomínios de maneira geral, as despesas são previamente orçadas, lançadas, aprovadas e fiscalizadas pelo respectivo conselho, com a participação dos condôminos. Para solucionar problemas na justificativa de contas, a medida adequada é a ação de prestação de contas, a qual guarda correspondência com o trabalho de examinar receita/despesa e documentos probatórios.

Além do 1º e 2º exemplos de ordem prática, cabe outro, a respeito da revisão da multa em contrato locatício *built to suit*. O parágrafo 2º do artigo 54-A da Lei 8.245/91 estabelece que “*em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencional, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação*”.

Como visto, é possível, nesta modalidade, ajustar que a multa por denúncia antecipada do contrato, pelo locatário, acarrete a obrigação de pagar a soma do total dos aluguéis restantes até o termo do pacto. Há uma lógica para esta previsão e, nem por isso, o contrato será de adesão, considerando-se o fato de que é direito do locador recompor o investimento feito com a construção e ou reforma segundo os critérios pré-definidos pela contraparte.

Todavia não foi este o entendimento lançado na apelação cível n. 1031395-54.2014.8.26.0114[3], da 37ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do Des. Azuma Nishi, em cujo v. acórdão houve a definição pela abusividade da respectiva cláusula, tendo sido determinada a redução da penalidade para o valor correspondente ao importe de três aluguéis, sob o manto do artigo 413 do Código Civil[4].

Este entendimento viola literalmente o parágrafo 2º do artigo 54-A da Lei 8.245/91, gerando insegurança jurídica capaz de eliminar do mercado o contrato de locação na modalidade *built to suit*.

Com a redação dada ao artigo 20 e seguintes do Decreto-Lei n. 4.657/42, pela Lei n. 13.655/2018, o legislador traz uma abordagem interpretativa que leva em consideração alguns postulados da AED (Análise Econômica do

Direito), mas é importante que se diga, desde logo, que a Lei não traz uma metodologia de avaliação do direito ou do caso concreto sob o enfoque da economia. A economia continua e deve continuar sendo uma ferramenta importante para dar eficiência ao julgado diante das ponderações sobre as repercussões *extra partes* que a decisão confere, na medida das externalidades positivas e negativas que gera.

Deste modo, não se pode desprezar a evolução, pela inserção de mais um elemento hermenêutico no contexto da análise do caso concreto, em cujo conteúdo, percebem-se incentivos para que o juiz construa uma decisão criativa e eficiente. Lembre-se que decisões neste sentido sempre encontrarão motivação e fundamentação para a entrega da justa tutela.

A mencionada Lei n. 13.655/2018 alterou dispositivos do Decreto Lei n. 4.657/42, que passaram ter a seguinte redação:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos** sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas**.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso **suas consequências jurídicas** e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, **não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos**.

Diante de um *tradeoff*, fazer a melhor escolha, em detrimento da pior é a melhor solução para o conflito. Para isso, necessário é o entendimento dos contornos, da lateralidade e das externalidades desta ou daquela posição.

Dialogando com os alunos do LLM em Direito Empresarial Aplicado, das Faculdades da Indústria do Sistema FIEP, recentemente, o juiz Tiago Gagliano Pinto Alberto expressou que o julgador deve cuidar para que a decisão estabilize o sistema e não seja produto de avaliação individual, contrariando critérios de coerência já assinalados pela jurisprudência. Acrescentou que o juiz faz parte de uma engrenagem e, por isso, não pode decidir com base em convicções que contrariem a óptica materializada pelo sistema, podendo, evidentemente, ressaltar o seu pensamento. Como diz, trata-se de um critério epistemológico de coerência como definição de verdade (Lewis, Davidson), que acolhe como correto para estabilização do sistema decisório [5].

Este pequeno texto teve por objetivo contextualizar algumas questões de ordem prática e jurídica que afetam a dinâmica do amplo e reinventado mercado de locações empresariais.

Conclui-se, assim, que o risco do negócio — locação empresarial — decorre do comportamento das partes na fase pré-contratual, na fase de elaboração e formalização do contrato e na posterior discussão deste mesmo pacto perante o Poder Judiciário ou a Jurisdição Arbitral, o que tem resultado em precedentes, como os acima registrados, não aderentes aos artigos 20 e seguintes da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que remete ao julgador a análise das consequências da decisão.

## Notas e Referências

[1] 1ª Turma do STF — RE 605709. Relatoria da Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/stf-afasta-penhora-bem-familia-fiador-locacao-comercial>>. Acessado em: 07 de agosto de 2018.

[2] TJPR—Apelação Cível 1.446.838-9. Relator Des. Sigurd Roberto Bengtsson. Órgão Julgador: 11ª. Câmara Cível. Data da publicação 24/01/2017.

[3] TJSP— Apelação 1031395-54.2014.8.26.0114. Relator AZUMA NISHI. Órgão Julgador: 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Foro de Campinas — 1ª Vara Cível. Data do Julgamento: 24/05/2018. Data de Registro: 29/05/2018.

[4] CC, art. 413. “*A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*”.

[5] ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *In* Diálogo com os Alunos do LLM em direito empresarial aplicado das Faculdades da Indústria do Sistema FIEP, outubro/2018.

Imagem Ilustrativa do Post: two person shaking hands // Foto de: rawlpixel.com // Sem alterações

Disponível em: <https://www.pexels.com/photo/two-person-shaking-each-others-hands-872957/>

Licença de uso: <https://www.pexels.com/photo-license/>

**O texto é de responsabilidade exclusiva do autor, não representando, necessariamente, a opinião ou posicionamento do Empório do Direito.**