

A NECESSÁRIA DENÚNCIA VAZIA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTERS UTILIZADOS POR ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE E DE ENSINO

DANILO DE BARROS CAMARGO
RUBENS CARMO ELIAS FILHO

Introdução

Estão cada dia mais presentes em shopping centers lojas voltadas ao ensino e clínicas médicas de atendimento rápido do público em geral, nova tendência de acesso à educação e à saúde.

Ao celebrar os contratos de locação, os lojistas assumem, usualmente, a obrigação de desocupar o imóvel, decorrido o prazo contratual, deixando-o totalmente livre de pessoas e de bens. Com exceção das hipóteses em que o contrato seja celebrado por prazo de cinco anos ou a soma dos contratos ininterruptos alcance esse prazo, entre outros requisitos, e o lojista tenha promovido a competente ação renovatória, decorrido o prazo contratual, o locador tem direito de reaver o imóvel locado, aplicando-se as regras da denúncia imotivada, previstas nos artigos 56 e 57 da Lei do Inquilinato.

Acontece que, em favor do lojista, mesmo que não tenha promovido ação renovatória, tem-se arguido a proteção do artigo 53, da Lei do Inquilinato, que veda a rescisão do contrato de locação *de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas*, salvo as hipóteses do artigo 9º, ou seja: *I - por mútuo acordo; II - em decorrência da prática de infração legal ou contratual; III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos; IV - para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las*, além da hipótese específica do artigo 53, inciso II, qual seja: *se o proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável e imitado na posse, com título registrado, que haja quitado o preço da promessa ou que, não o tendo feito, seja autorizado pelo proprietário, pedir o*

imóvel para demolição, edificação, licenciada ou reforma que venha a resultar em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil.

Porém, em contraposição ao artigo 53 da Lei do Inquilinato, tem-se o artigo 54, que contempla a autonomia privada, a livre contratação. De maneira clara e contundente, o artigo 54 – que disciplina as locações em shopping centers – prevê que “prevalerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação”.

De fato, ao se comparar o contrato de locação em shoppings centers com a locação não residencial comum, verifica-se que as cláusulas daqueles são muito mais rígidas e específicas ao desenvolvimento do negócio próprio do que as daquelas, e isto porque a autonomia privada deve ser respeitada, prevalecendo as condições livremente pactuadas nos contratos de locação.

Assim, se o contrato de locação em shopping center prevê prazo determinado, este deve ser observado pelas partes, orientado pelos princípios gerais dos contratos (obrigatoriedade e livre manifestação de vontade), o que não se coaduna com a inexigibilidade de cumprimento da mesma regra, de desocupação do espaço locado às instituições mencionadas no já mencionado artigo 53.

Atualmente, ainda com mais razão, vedar que o imóvel seja retomado pelo proprietário em situações como essas, especialmente quando se estiver na seara da plena liberdade contratual, implicará sérios danos aos próprios locatários, pelo aumento do valor do locativo, diante do risco inerente, além de não corresponder ao melhor direito.

Nesses pequenos comentários, pretende-se, portanto, diferenciar as locações de finalidade não residencial celebradas no âmbito de shopping centers e fora deles, esclarecer a regra aplicável nos shoppings quando existe regra específica, no que tange às locações utilizadas por hospitais e escolas, e outras regradas pelo artigo 53 da Lei do Inquilinato e, principalmente, comentar sobre

a denúncia vazia em contratos de locação em shopping center, de lojas utilizadas por estabelecimentos de saúde e de ensino.

1. Distinção entre as locações comerciais comuns e locações em shopping center

Por experiência comum, a maioria das pessoas conhece o que é um shopping center. Mas, em uma definição técnica, conforme antigo conceito da Associação Brasileira dos Shopping Center (Abrasce), trata-se de “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; estejam os locatários lojistas sujeitos a normas contratuais padronizadas, além de ficar estabelecido nos contratos de locação da maioria das lojas cláusula prevendo aluguel variável de acordo com o faturamento mensal dos lojistas; possua lojas-âncora, ou características estruturais e mercadológicas especiais, que funcionem como força de atração e assegurem ao shopping center a permanente afluência e trânsito de consumidores essenciais ao bom desempenho do empreendimento; ofereça estacionamento compatível com a área de lojas e correspondente afluência de veículos ao shopping center; esteja sob o controle acionário e administrativo de pessoas ou grupos de comprovada idoneidade e reconhecida capacidade empresarial.”¹

A partir do conceito acima transcrito, vale fazer uma sucinta distinção entre as locações não residenciais comuns das locações em shoppings.

A primeira delas se refere às obrigações do locador dispostas no artigo 22 da Lei nº 8.245/1991. Trata-se da imposição do legislador de que o locador não poderá cobrar despesas condominiais extraordinárias do locatário. Estas, em resumo, compreenderiam as decorrentes de inovações e acréscimos realizadas nas áreas para o melhoramento e aproveitamento do uso.

Porém, nas locações em shopping centers, há a possibilidade de impor ao locatário o custeio da maioria das despesas condominiais extraordinárias, excetuando-se as despesas: i) com obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; ii) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas; iii) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação, e; iv) com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se

e obras de paisagismo nas partes de uso comum, conforme artigo 54, §1º, alíneas a e b, combinado com artigo 22, parágrafo único.

Outra diferença relevante é a prática das denominadas cláusulas de raio em locações em shoppings, que impõe ao lojista a obrigação de não abrir outra loja em determinada distância para não concorrer com o shopping, entre outras inúmeras cláusulas inseridas, seja no contrato de locação, seja nas chamadas escrituras declaratórias de normas gerais. Nas locações comerciais comuns, não se justifica a cláusula de raio, pois o locador não está preocupado com os possíveis concorrentes do locatário.

Ainda, no shopping, é comum cobrar aluguel com base no faturamento do lojista locatário, e também aluguel dobrado no mês de dezembro – práticas incompatíveis com a locação comercial comum, porque não importa ao locador o faturamento do inquilino, mas, sim, se o aluguel pago está condizente com o preço de mercado.

Para o bom funcionamento do shopping center, como é sabido, é indispensável que estas cláusulas rigorosas e específicas estejam presentes, além do estudo mercadológico para formação do *tenant mix* – o que não se verifica nas locações comerciais comuns.

Portanto, com as distinções feitas acima, a autonomia privada da vontade no âmbito do contrato de locação em shopping center é, inegavelmente, mais intensa do que nas locações comerciais comuns, e por isso deve ser respeitada em seus termos, prevalecendo as condições livremente pactuadas nos contratos de locação.

Atento a isso, o legislador trouxe no artigo 54 que, em se tratando de locação em shopping center, “prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação (...)”.

O mesmo termo é utilizado no artigo 54-A, que trata do contrato de locação conhecido como *built to suit*, que, pela definição legal, é o contrato no qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação.

Ou seja, nos artigos 54 e 54-A, que tratam respectivamente de locação em shopping center e locação *built to suit*, verifica-se a força da denominada autonomia da vontade.

Em vários países, o ordenamento jurídico valoriza a liberdade de contratar, prestigiando a autonomia da vontade. A doutrina italiana, aqui

¹ Associação Brasileira de Shopping Centers (Abrasce). Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/>>. Acesso em 20 de maio de 2014.

representada pelo jurista Alberto Trabucchi, contempla a máxima de que *la volontà, elemento dinamico per eccellenza del modo giuridico, è il qui essenziale che dà vita al negozio*.²

Nas clássicas lições de Pontes de Miranda: *Os atos humanos interiores ao campo de atividade, a que se chama auto-regramento da vontade, “autonomia privada”, ou “autonomia da vontade”: é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades*.³ Em outras palavras: vale o que foi acordado, salvo eventual vício tido pela Lei como ensejador de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico.

Nesse ponto, a título de exemplo, vale mencionar que, no contrato *built to suit*, a multa para rescisão antecipada pelo locatário pode ser elevadíssima, não podendo, contudo, ultrapassar a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

O bom funcionamento e o sucesso do shopping center estão diretamente relacionados ao adequado planejamento, que tem o *tenant mix* como um dos principais vetores. Ao se colocar o direito dos lojistas que exercem atividade de saúde e educação acima da possibilidade de alteração das lojas e, até mesmo, a retomada imotivada do imóvel, se constitui regra prejudicial aos interesses de toda a comunidade de lojistas, não se compatibilizando com o sistema direcionado ao fomento do consumo, em benefício de toda a classe de lojistas, do cliente e do próprio empreendedor. Ou seja, para o sucesso do shopping center, é fundamental que a autonomia da vontade seja prestigiada, inclusive quando o locatário é instituição de ensino ou estabelecimento de saúde.

2. A regra protetiva do artigo 53, da Lei nº 8.245/1991

As regras específicas a determinadas atividades mencionadas no artigo 53 “têm um evidente sentido social, protegendo a permanência desses estabelecimentos que desempenham importante papel de assistência e educação.”⁴ De toda forma, as hipóteses de despejo do artigo 53 são extremamente restritas, sendo que não se pode “ampliar

o conceito vernacular do termo, sob pena de se restringir ainda mais o direito de propriedade, em qualquer dos institutos protegidos nesse artigo.”⁵

Assim, a jurisprudência tem tomado cautela para conceituar o que se entende por escolas, hospitais, asilo etc. Por exemplo, em recente julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo decretou ação de despejo por denúncia vazia a uma clínica particular de fisioterapia, pois entendeu que ela não se enquadrava como estabelecimento de saúde para os fins da lei:

“Locação imobiliária. Despejo por denúncia vazia. R. sentença de procedência, com apelo só do requerido. Retomada por mera liberalidade. Preenchimento dos requisitos para a resolução unilateral válida. Estabelecimento em que instalada clínica particular de fisioterapia. Proteção conferida aos estabelecimentos de saúde, prevista no artigo 53, da Lei do Inquilinato. Descabimento. Instituto de fisioterapia que não se enquadra como estabelecimento de saúde para tais fins. Artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Nega-se provimento ao apelo do inquilino/requerido”.⁶

O julgado cuja ementa foi colacionada acima, de maneira muito pertinente, fundamentou a decisão com os ensinamentos de Gildo dos Santos: “Ocorre que não são todas as escolas que merecem essa proteção legal. Somente os estabelecimentos de ensino que mantenham cursos regulares, de primeiro grau (ensino fundamental), de segundo grau (ensino médio), de terceiro grau (ensino superior), supletivo e profissionalizante, devidamente autorizados ou reconhecidos e fiscalizados pelo Poder Público”⁷

Ou seja, tanto doutrina quanto jurisprudência têm ao longo do tempo construído conceitos concretos para os vagos termos escolas e hospitais, por exemplo, analisando cada caso para avaliar se a finalidade da lei está ou não presente, qual seja, se a locatária exerce relevante atividade social.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possui entendimento majoritário de ser impossível o despejo por denúncia vazia, em razão do término do prazo estipulado em con-

² *A vontade, dinâmica por excelência, é elemento para dar forma jurídica, é aqui essencial para que se dê vida ao negócio* (TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di Diritto Civile*. 40ª ed. – Padova: Cedan, 2001, p. 149., tradução nossa)

³ MIRANDA, Pontes de, 1892-1979. *Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova; atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. (coleção tratado de direito privado: parte especial; 3)* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991 – 10 ed.* – São Paulo: Atlas, 2010. página 242.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *OP. CIT.* página 243.

⁶ TJSP, *Apelação nº 1003025-24.2016.8.26.0008, des. rel. Campos Petroni, j. 23/5/2017.*

⁷ SANTOS, GILDO. *Locação e Despejo, Comentários à Lei nº 8.245/91, RT, 3ª ed., 1999, p. 268.*

trato, quando se trata das instituições descritas no artigo 53 da Lei do Inquilinato, como se observa na ementa abaixo:

“LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. Despejo por denúncia vazia. Estabelecimento de ensino autorizado e fiscalizado pelo Poder Público. Impossibilidade. Inteligência do artigo 53 da LI. Falta de interesse processual. Inadequação da via eleita. Majoração da verba honorária de sucumbência, consoante disposto no artigo 20, § 4º, do CPC. Recurso do autor não provido e parcialmente provido o da ré.”⁸

Contudo, na realidade, decisões semelhantes à transcrita acima só restringem o mercado de locação às instituições de ensino, hospitais e outras beneficiárias do artigo 53, que, possivelmente, não encontrarão locadores dispostos a perder significativa parcela do constitucional direito à propriedade, já que os proprietários não poderão dispor de seus bens por prazo indeterminado e, quem sabe, eterno.

Antes mesmo da aprovação da atual Lei do Inquilinato, o experiente advogado Rubens Carmo Elias⁹, de forma percuciente, já vaticinava:

“Inadmissível nos tempos atuais a aplicação de uma lei iníqua e injusta que privilegia uma classe de inquilinos que não necessita de tanto amparo – Governo e proprietários de estabelecimentos de saúde e de ensino, sendo desnecessária qualquer outra consideração.

A inexistência de oferta de imóveis destinados a esse tipo de locação demonstra que já é tempo de ser reformulada a Lei nº 6.239/1975. Há quanto tempo não se inaugura um hospital ou estabelecimento de saúde e ensino oficial ou particular instalados em prédios locados?”.

Ou seja, por interferir no princípio da livre manifestação da vontade, não se justifica restringir o direito de retomada imotivada no âmbito dos shopping center, não importando o ramo de atividade praticado no fundo de comércio estabelecido no imóvel locado, de modo que, somente nos casos de ajuizamento de ação renovatória, as regras restritivas de retomada poderiam ser adotadas.

Aliás, interpretando-se sistematicamente a Lei nº 8.245/1991, depreende-se que o artigo 53 está inserido na Seção III, que trata principalmente de dois temas: locação não residencial e ação renovatória (artigo 51).

Assim, os artigos supracitados necessitam estar em consonância, em harmonia, sendo que

a interpretação predominante conferida ao artigo 53, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, leva à flagrante desintegração das normas que regem a locação não residencial, causando graves consequências ao mercado de locações de imóveis, especialmente para estabelecimentos de ensino e de saúde.

Isso porque, o artigo 51, ao tratar da ação renovatória, não faz exceções quanto à qualidade ostentada pelo locatário, mas apenas impõe requisitos cumulativos e abrangentes a qualquer atividade exercida no imóvel, pouco importando tratar-se de sociedades empresárias atuantes no ramo da educação, saúde ou outra área qualquer.

Por sua vez, observa-se que o artigo 53 também não traz ressalvas quanto à necessidade ou não do ajuizamento da ação renovatória, ou seja, indigitado artigo não isenta as instituições de ensino ou hospitais, por exemplo, de ingressarem com ação para lograrem a permanência no imóvel para além do prazo convencionado pelas partes.

Até porque, como é cediço, o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), desde que respeitados os princípios que o norteiam, dentre eles a livre manifestação de vontade das partes, de modo que, decorrido o prazo contratual, estabelecido o dever de desocupação ao locatário, tal regra deve ser cumprida, sob pena de despejo, pelo simples decurso do prazo contratual.

Conclusão

O ingresso de lojas destinadas à atividade de saúde e educação em shopping centers tem o potencial de causar prejuízos ao planejamento comercial do empreendimento, caso não seja construído um entendimento jurisprudencial no sentido de prevalência da autonomia privada contemplada no artigo 54 da Lei nº 8.245/1991, em contraposição ao artigo 53, da mesma lei.

Não se justifica que, decorrido o prazo contratual, sem que o locatário tenha postulado ação renovatória, não tenha o locador a faculdade de retomar o imóvel, prevalecendo o direito de propriedade e, principalmente, os interesses maiores do shopping center, que compreende uma gama de serviços e comércios variados, que não podem ser prejudicados por privilégios isolados.

A manutenção do entendimento de aplicação do artigo 53 às instituições de ensino e saúde instaladas em shopping center, impedindo a denúncia imotivada, prejudicará o mercado de locação para instituições de ensino, hospitais e outras beneficiárias do artigo 53, que possivelmente não en-

⁸ TJSP, Apelação nº 0021693-65.2013.8.26.0008, des. rel. Gilson Delgado Miranda, j. 26/4/2016

⁹ Rubens Carmo Elias, *Aspectos da Locação em escolas e hospitais*, O Estado de São Paulo, p. 51, 27.09.1987.

contrarão no mercado locadores dispostos a perder significativa parcela do direito à propriedade, já que os proprietários não poderão usar e fruir de seus bens, da forma que melhor lhes aprouver, por prazo indeterminado e, quem sabe, eterno.

Por óbvio, esta não foi a vontade do legislador, cumprindo ao julgador interpretar a Lei e aplicá-la em consonância com os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigo 5º, LINDB).

BIBLIOGRAFIA

CARMO ELIAS, Rubens. Aspectos da Locação em escolas e hospitais, O Estado de São Paulo, p. 51, 27/9/1987.

MIRANDA, Pontes de, 1892-1979. *Negó-*

cios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova; atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. (coleção tratado de direito privado: parte especial; 3) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, GILDO. *Locação e Despejo, Comentários à Lei 8.245/91*, RT, 3ª ed., 1999

TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di Diritto Civile*. 40º ed. – Padova: Cedan, 2001

VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991* – 10ª ed. – São Paulo: Atlas, 2010

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil: parte geral* – 12. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

