

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE OS CONTRATOS DE
LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTERS***

FELIPE TORMENTA DE SOUZA

Rio de Janeiro

2023

FELIPE TORMENTA DE SOUZA

**IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE OS CONTRATOS DE
LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTERS***

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Cláudia Franco Corrêa.**

Rio de Janeiro

2023

CIP - Catalogação na Publicação

S729i Souza, Felipe Tormenta de
Impactos da pandemia de Covid-19 sobre os
contratos de locação em shopping centers / Felipe
Tormenta de Souza. -- Rio de Janeiro, 2023.
87 f.

Orientadora: Cláudia Franco Corrêa.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Contrato de locação em shopping center. 2.
Pandemia de Covid-19. 3. Frustração do fim do
contrato. 4. Impossibilidade superveniente da
prestação. 5. Desequilíbrio superveniente. I. Corrêa,
Cláudia Franco, orient. II. Título.

FELIPE TORMENTA DE SOUZA

**IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE OS CONTRATOS DE
LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTERS***

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da **Professora Dra. Cláudia Franco Corrêa.**

Data da Aprovação: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2023

RESUMO

O presente estudo se propôs a analisar os impactos das restrições ao funcionamento de *shopping centers*, decretadas pelo poder público no contexto da pandemia de Covid-19, sobre as relações contratuais entre lojistas e empreendedores. A necessidade de perspectivas e de subsídios para a qualificação jurídica e para a aplicação de remédios – em meio ao cenário de divergência doutrinária e de judicialização de demandas concernentes à matéria – revela a importância de se investigar os institutos jurídicos potencialmente aplicáveis aos casos inseridos nesse contexto e as consequências de sua aplicação. As medidas não implicariam, propriamente, desequilíbrio, tampouco conduziriam à impossibilidade das prestações dos contratantes. Demonstrou-se que o quadro fático se insere no âmbito de aplicação do instituto da frustração do fim do contrato, pois restou prejudicado o atingimento do resultado prático que se pretendia extrair da síntese do efeitos essenciais das contratações.

Palavras-chave: Locação; *Shopping Center*; Pandemia de Covid-19; Frustração do fim do contrato; Desequilíbrio superveniente; Impossibilidade superveniente da prestação.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the impacts of the restrictions on the operation of shopping centers, enacted by the public authorities, in the context of the Covid-19 pandemic on contractual relations between tenants and entrepreneurs. The need for perspectives and subsidies for the legal qualification and for application of remedies – in the midst of the scenario of doctrinal divergence and the judicialization of demands concerning the matter – reveals the importance of investigating the legal institutes potentially applicable to cases inserted in this context and the consequences of its application. The measures would not, properly speaking, imply hardship, nor would they lead to impossibility of the contracting parties' performance. It was demonstrated that the factual hypothesis falls within the scope of application of the frustration of contractual purpose, as the achievement of the practical result that was intended to be extracted from the synthesis of the essential effects of the contracts remained impaired.

Keywords: Lease agreements; Shopping center; Covid-19 pandemic; Frustration of contractual purpose; Hardship; Impossibility of performance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – AS RELAÇÕES ENTRE LOJISTAS E EMPREENDEDORES DE SHOPPING CENTER	10
1.1 Empreendimento de <i>shopping center</i>	10
1.2 Contrato de locação não residencial de loja em <i>shopping center</i>	16
1.3 Poder negocial nas relações entre lojistas e empreendedores.....	25
1.4 Advento da pandemia do Covid-19	27
CAPÍTULO II – PERTURBAÇÕES AO PROGRAMA CONTRATUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	30
2.1 Impossibilidade.....	30
2.2 Desequilíbrio superveniente	38
2.3 Frustração do fim do contrato.....	47
CAPÍTULO III – RESTRIÇÕES AO FUNCIONAMENTO DE SHOPPING CENTERS: PERSPECTIVAS PARA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA E APLICAÇÃO DE REMÉDIOS	58
3.1 Qualificação jurídica	58
3.2 Aplicação de remédios	67
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

Com o advento da pandemia global causada pelo vírus Sars-Cov-2, popularmente designado como “Covid-19”, instaurou-se cenário de crise sanitária e econômica de proporções nunca antes testemunhadas.

No plano econômico, dentre os setores que foram severamente impactados, destacam-se o de serviços e o de comércio a varejo¹, sobretudo em razão das medidas de isolamento e de distanciamento social, impostas pelo poder público para contenção da disseminação do vírus, como a edição de atos normativos determinando a proibição à realização de eventos e a suspensão de determinadas atividades de comércio de mercadorias e de prestação de serviços, consideradas não essenciais.

Nesse contexto, chama-se atenção para a suspensão do funcionamento de *shopping centers* em diversos estados² e para os consequentes impactos produzidos sobre os contratos celebrados entre lojistas e empreendedores, no que tange ao propósito de exploração, pelos lojistas, de atividades econômicas nos imóveis, com aproveitamento da estrutura e do potencial de atração de clientela dos empreendimentos.

Diante dos desafios impostos, os contratantes, em boa medida, recorreram a mecanismos de renegociação dos contratos³ ⁴. Apesar dos esforços, nem sempre as partes alcançam consenso. Surge, desse impasse, uma demanda legítima pela intervenção do Poder Judiciário em busca de promover, na medida do possível, a preservação do contrato durante o período de suspensão ou, até mesmo, a extinção da avença.

Fato é que a questão ora explorada não aparenta ser de solução intuitivamente

¹ BOLETIM CIELO EXCLUSIVO: Impacto do COVID-19 no Varejo Brasileiro. **Cielo**, 03.nov.2020. Disponível em: <https://www.cielo.com.br/boletim-cielo-varejo>. Acesso em 07.jun.2022.

² Vide Decretos Estaduais RJ números 46.973 de 16 de março de 2020; 46.980 de 19 de março de 2020; 47.006 de 27 de março de 2020; 47.027 de 13 de abril de 2020; 47.052 de 29 de abril de 2020; 47.068 de 11 de maio de 2020; e 47.102 de 01 de junho de 2020.

³ MAIA, Flávia. Contratos de alugueis passam por negociações e judicialização durante a pandemia: após irem à justiça, locatários conseguiram redução de aluguel e a retirada da multa pela rescisão antecipada. **Jota**, Brasília, 24 nov. 2020. Pandemia. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/contratos-de-alugueis-passam-por-negociacoes-e-judicializacao-durante-a-pandemia-24112020>. Acesso em: 21.jun.2023.

⁴ MELLO, Gabriela. Iguatemi corta despesas após isenções de aluguel, descontos a lojistas durante a pandemia: Shopping JK Iguatemi é parte do Complexo JK, localizado no Itaim Bibi, área nobre de São Paulo. **Uol**, 23 abr. 2020. Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/04/23/iguatemi-corta-despesas-apos-isencoes-de-aluguel-descontos-a-lojistas-durante-pandemia.htm>. Acesso em: 21.jun.2023.

alcançável por meio de simples operação subsuntiva, sendo, em verdade, objeto de real divergência doutrinária⁵. Evidencia-se, portanto, a relevância do presente estudo, que se propõe a fornecer subsídios e perspectivas para avaliação dos institutos do ordenamento brasileiro que qualificam e instituem remédios para casos de perturbações ao programa contratual e da sua aplicabilidade, em tese, às locações em *shopping center* impactadas pelos atos normativos do poder público.

Em face do exposto, afigura-se pertinente indagar: (i) quais institutos jurídicos seriam aplicáveis diante das medidas restritivas impostas pelo poder público sobre as locações em *shopping center*; e (ii) quais as consequências de sua aplicação.

O recurso metodológico empregado nesta monografia para responder tais provocações consiste em estudo exploratório, do tipo levantamento documental e bibliográfico, utilizando-se como fontes legislações, artigos científicos, textos doutrinários, estudos e pesquisas acadêmicas, decisões judiciais, matérias veiculadas na internet, entre outras diversas fontes de dados.

Assim, no primeiro capítulo, serão analisados os empreendimentos de *shopping center*, seus traços característicos, sua delimitação conceitual, os regimes sob o qual se organiza o empreendimento, sua estrutura contratual, bem como os principais elementos e nuances da relação contratual entre empreendedores e lojistas, objetivando-se a compreensão acerca da sua racionalidade jurídica e econômica.

No segundo capítulo, serão analisados os institutos jurídicos do ordenamento brasileiro que qualificam e que instituem remédios para casos de perturbações ao programa contratual, notadamente, a *impossibilidade da prestação*, o *desequilíbrio superveniente* e a *frustração do fim do contrato*, direcionando-se a abordagem para aspectos relacionados à origem teórica, ao conceito, ao âmbito de aplicação, aos requisitos para configuração e aos efeitos dos referidos institutos.

No terceiro e último capítulo do desenvolvimento, será avaliada a aplicabilidade, em tese, desses institutos aos casos envolvendo locações em *shopping center* impactadas pelos

⁵ V. Martins-Costa (2020), Terra (2020), Tepedino, Oliva e Dias (2020), Andrade Jr. (2020), Simão (2020), Azevedo (2020), Abelha (2020), Schreiber (2020), Benetti (2020) e Cogo (2021).

atos normativos do poder público que incidiram sobre o funcionamento de atividades consideradas não essenciais, visando oferecer perspectivas para a qualificação jurídica e para a aplicação de remédios.

Enfim, convém enfatizar, conforme mencionado anteriormente, que, por “impactos” incidentes sobre as aludidas contratações, o presente estudo se refere, notadamente, à proibição ao funcionamento dos negócios em abrigo dos empreendimentos de *shopping center*, excluindo-se do seu escopo os demais efeitos no plano econômico porventura operados diante do quadro de crise global.

CAPÍTULO I – AS RELAÇÕES ENTRE LOJISTAS E EMPREENDEDORES DE *SHOPPING CENTER*

1.1 Empreendimento de *shopping center*

Os *shopping centers* adquiriram indiscutível relevância na economia nacional. Isso se reflete nos dados publicados pela Associação Brasileira de Shopping Centers⁶, segundo os quais o setor conta com 628 unidades em operação no país, 1,04 milhão de empregos gerados, aproximadamente 443 milhões de visitantes, em média, por mês e faturamento da cifra de 159,2 bilhões de reais.

Avulta, outrossim, o tráfego jurídico dos contratos que consubstanciam a sua organização, particularmente, as relações entre os *shopping centers* e os operadores das mais de 115.817 lojas em funcionamento no país⁷.

Para uma melhor compreensão das peculiaridades desse modelo de empreendimento, convém explorar os elementos que o caracterizam e destrinchar a estrutura jurídica que lhe confere forma e substrato.

A implementação de um *shopping center* pressupõe a elaboração de diversos estudos mercadológicos e de viabilidade, a escolha do local para sua instalação e a definição dos ramos de negócio que serão explorados em abrigo da sua estrutura (BARBARESCO, 2021). Tal planejamento permite mapear riscos e fornece subsídios para a maximização do potencial lucrativo do empreendimento.

Possui distinta relevância, para a organização do empreendimento, o processo de seleção dos lojistas (*tenant mix*). Esse *mix* vai definir a quantidade e a variedade de lojas, a articulação de “lojas âncora” – detentoras de maior potencial de atração de clientela – e de “lojas satélite” – que se beneficiam da atratividade das primeiras (REQUIÃO, 1984).

⁶ ABRASCE. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Números do Setor**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 19.mai.2023.

⁷ ABRASCE. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Números do Setor**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 19.mai.2023.

Em razão da íntima relação que se constitui entre empreendedor e lojistas (LANGONI, 1984), o processo de decisão referente à formação do *tenant mix* coaduna a análise dos negócios, sob o aspecto mercadológico, à avaliação do perfil subjetivo do lojista, sob o prisma do seu potencial alinhamento à dinâmica organizacional do empreendimento (BARBARESCO, 2021).

Cuida-se de proporcionar ao consumidor uma experiência de compra otimizada, importando economia de tempo (LANGONI, 1984). Há, também, clara preocupação com a captura da atenção dos frequentadores por meio de exposição constante a diversos estímulos. À guisa de exemplificação, ressalta-se o critério de disposição das *lojas âncora* no ambiente, de maneira que o consumidor caminhe por entre outras lojas até o destino.

A intenção do empreendedor de *shopping center* é, notadamente, construir um ecossistema ideal em termos de comodidade, de segurança, de facilidades e de condições para o consumo e para a convivência no seu interior. Frúgoli Jr. (1992, p.77) alude a uma “cidade ideal”, pretensamente impermeável à realidade social:

Chegamos, portanto, à interpretação de que, *simbolicamente, os SC (shopping centers) aspiram a traduzir, num espaço fechado, a utopia urbana que o capitalismo moderno não realizou para o conjunto da sociedade: uma “cidade ideal”, repleta apenas de cidadãos consumidores, sem vestígios de pobreza e deterioração, uma cidade onde “...o consumo é simultaneamente de mercadoria e imagens”, como se tudo passasse, antes de mais nada, pelo filtro e pela égide do consumo (e não da produção).*

Ademais, em ordem a manter perenemente aquecida a economia dos *shopping centers* e a viabilizar o retorno dos investimentos realizados, de parte a parte, por lojistas e empreendedor, é imprescindível que sejam desenvolvidos e efetivados planos estratégicos de *marketing*. Por essa razão, opera-se, no âmbito dos *shopping centers*, coordenação de recursos provenientes dos lojistas participantes do empreendimento para a constituição e para a gestão de fundos de promoções.

O objetivo é a divulgação do conglomerado de lojas conjuntamente consideradas, ou seja, do empreendimento compreendido de forma unitária. Assim, coloca Langoni (1984, p. 59), “os *shopping centers* viabilizam economicamente, através de esforços integrados, a participação de pequenas unidades em esquemas agressivos e modernos de divulgação, simplesmente inacessíveis através de uma ação isolada.”.

Os *Shopping centers*, assevera Pereira (1984, p. 73), “não são uma loja qualquer; não é conjunto de lojas disposto num centro comercial qualquer”; tampouco se confundem com uma “loja de departamentos (*store magazine*)”. Sob esse prisma, cumpre definir o que se entende por empreendimento de *shopping center*. Para tanto, mister se faz investigar a essência dessa organização, a fim de respaldar sua qualificação jurídica e diferenciação de outras figuras, com as quais não se confunde, mesmo possuindo traços em comum.

A despeito de existirem características que são observáveis em grande parte ou na maioria dos *shopping centers*⁸ – simbolizando uma concepção tradicional de *shopping center* –, não parece adequado tomá-las como base para a delimitação conceitual do aludido empreendimento (BARBARESCO, 2021). Em outras palavras, há categorias que se mostram insuficientes para a finalidade de se qualificar (ou não) determinado empreendimento como *shopping center*. Isso porque: (i) revelam-se estanques e, portanto, incompatíveis com o ânimo de progressiva evolução e diversificação dos *shopping centers*, a partir do advento de novas tendências mercadológicas; (ii) por si só, não constituem a essência dos *shopping centers*, tampouco fatores de distinção entre estes e meros conglomerados de lojas (BARBARESCO, 2021).

Na lição de Barbaresco (2021, p. 712), o traço caracterizador, de fato, da essência dos empreendimentos de *shopping center* consiste em “um comportamento uniforme de maneira que objetivos comuns, em regime de cooperação, sejam possíveis”, o que, na visão do autor, pressupõe uma “administração única e centralizada” que “prima pela manutenção e organização de cada ocupante, assim como, em idêntica potência, do todo, enquanto conjunto sistematizado, para o alcance de resultados positivos”. Com efeito, esse parece ser o traço comum às conceituações de *shopping center* encontradas na doutrina, bem como àquela fornecida pela entidade representativa do setor.

De acordo com a *Grande Enciclopédia Delta Larousse*, citada por Washington de Barros Monteiro (1984, p. 160), trata-se de:

[...] conjunto de lojas varejistas, concebido, realizado, possuído e administrado como uma só entidade, em geral longe de aglomerações, oferecendo facilidades para

⁸ A exemplo de características relacionadas a aspectos físicos das instalações onde funcionam os *shopping centers*, a certo modelo adotado para a sua organização ou a determinado elemento da sua estrutura jurídica, isoladamente consideradas.

estacionamento de automóveis e adaptado à região que serve, pela situação, pelas dimensões e pelos tipos de lojas de que se compõe.

Na conceituação de Konder e Santos (2016, p. 186), os *shopping centers* são

[...] forma de comércio varejista em que um grupo de estabelecimentos comerciais apresenta-se de modo unificado arquitetonicamente, em local com infraestrutura planejada, de cômodo acesso e seguro, além de administração operacional unificada, sendo composto por diversos tipos de lojas com variada oferta de produtos e serviços, inclusive relacionados ao lazer

Ainda, a Associação Brasileira de Shopping Centers ABRASCE considera como *shopping centers*⁹:

[...] os empreendimentos com Área Bruta Locável (ABL), normalmente, superior a 5 mil m², formados por diversas unidades comerciais, com administração única e centralizada, que pratica aluguel fixo e percentual. Na maioria das vezes, dispõe de lojas âncoras e vagas de estacionamento compatível com a legislação da região onde está instalado.

Dessarte, impõe-se reconhecer a essência da revolução tecnológica operada no mercado que, como bem observa Langoni (1984, p. 56), é “nitidamente organizacional”. Como visto, esse elemento essencial se traduz na confluência dos desígnios dos participantes do empreendimento que, apresentando-se como conjunto uniforme, sob administração única e centralizada, é perenemente direcionado à potencialização da atratividade – e, conseqüentemente, da lucratividade – em proveito da coletividade de lojistas.

Interessa à adequada compreensão dos *shopping centers* um olhar mais atento para a estrutura jurídica, sob duas perspectivas: (i) a dos possíveis regimes jurídicos sob os quais podem se organizar em relação à figura do empreendedor; e (ii) a da estrutura contratual sobre a qual se funda o empreendimento.

Cumprе ressalvar, desde já, que o presente estudo não tem o propósito de esgotar os possíveis arquétipos de estruturação jurídica de empreendimentos de *shopping centers* com enfoque na figura do empreendedor ou de, categoricamente, fixar *numerus clausus* os modos de fazê-lo.

⁹ ABRASCE. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Definições e Convenções**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/definicoes-e-convencoes/>. Acesso em: 14.jan.2023.

Diversamente, objetiva-se trilhar caminho para a análise dos impactos da pandemia de Covid-19 sobre contratos cujo objeto consiste na transmissão onerosa da posse direta dos espaços-loja em *shopping centers*, em regime de locação, disciplinados pela Lei nº 8.245/91. Por essa razão, não serão consideradas a seguir as modalidades de empreendimento em cujas estruturas não se verifica a categoria preestabelecida de contrato.

Entre as possíveis formas de estruturação jurídica do *shopping center*, Barbaresco (2021) aponta os dois modelos com maior incidência, quais sejam: (i) o modelo de sociedade; e (ii) o modelo de compropriedade, sem excluir outros possíveis arranjos.

No regime de compropriedade, há pluralidade de titulares do direito de propriedade sobre o imóvel onde se explora atividade de *shopping center*, sendo a relação entre os comproprietários, inclusive no que tange à administração e exploração do bem e à destinação de resultados, regulada por meio de “Convenção de Condomínio Civil Pro Indiviso” (BARBARESCO, 2021).

Por seu turno, na estruturação sob a forma de sociedade, a propriedade do imóvel onde se explora o *shopping center* é titularizada por uma única sociedade empresária, de modo que as questões relacionadas à administração do bem e à destinação dos resultados são reguladas nos atos constitutivos da sociedade e/ou nos acordos parassociais celebrados pelos detentores de participação no seu capital social (BARBARESCO, 2021).

Em relação à legitimidade para a cessão de uso e gozo do imóvel, tem-se que, na compropriedade, é exercida pelos titulares do bem, cabendo a estes – ou à administradora mandatária por estes constituída – celebrar os referidos contratos; ao passo que, na estrutura de sociedade, a legitimada é a pessoa jurídica proprietária que exerce a empresa em *shopping center* (BARBARESCO, 2021).

Independentemente do regime adotado, pode o empreendedor organizar a propriedade imobiliária mediante a constituição de condomínio edilício e sistematizar, a seu critério, as áreas privativas e comuns (BARBARESCO, 2021). Serve, ainda, o condomínio edilício às funções de normatização da utilização do imóvel por lojistas e frequentadores; de organização da exploração das áreas comuns; e, ainda, de centralização da gestão dos recursos de fundos de promoções (BARBARESCO, 2021).

Resta claro, portanto, que, pela perspectiva do empreendedor, o *shopping center* pode se organizar sob o regime de sociedade ou de compropriedade, facultando-se, em ambos os casos, o estabelecimento de condomínio edilício, com vista à sistematização da propriedade imobiliária, à normatização e à otimização da gestão do *shopping center*.

Seguindo o curso da análise da estrutura jurídica dos *shopping centers*, convém abordar o seu aspecto contratual, notadamente, as relações jurídicas que vinculam *shopping centers* e lojistas e entre estes últimos reciprocamente.

A partir da década de 1980, acirraram-se os debates acerca da figura dos *shopping centers* e de seus aspectos jurídicos, com a publicação de importantes estudos desenvolvidos por juristas conceituados. Entre eles, Rubens Requião (1984, p. 130) identificou o fenômeno da coligação contratual: “os contratos que surgem em torno da organização [dos *shopping centers*] não se fundem, nem resultam num novo contrato. Eles apenas se congregam, ou melhor, se coligam, a fim de disciplinar o empreendimento comum”¹⁰.

Sobre a coligação contratual, Tepedino e Schreiber (2021, v. 3, p. 163) anotam que:

[...] o desafio, neste âmbito, é determinar que implicações jurídicas se podem inferir de contratos que, posto celebrados de forma separada, encontram-se em conexão quanto à sua finalidade, ligados nos efeitos que pretendem atingir.

Dessa forma, a interpretação, a qualificação, a validade e a eficácia de um contrato depende da sua coligação a outros contratos. Isto é, as vicissitudes de um, como a invalidade ou ineficácia por causa superveniente, podem acabar por também tornar o outro ineficaz, conforme o aforisma latino, simul stabunt, simul cadent, a depender da avaliação funcional dos contratos em questão e também da ligação entre eles.

Nessa perspectiva, direcionando sua análise aos empreendimentos de *shopping center*, Barbaresco (2021, p.721) ressalta que os contratos coligados “amalgamam o plexo de direitos e obrigações, em regime de reciprocidade, que os agentes econômicos devem observar e fazer observar”.

A importância disso se reflete: a) no plano negocial, pois novos ajustes devem considerar os impactos de eventual modificação no todo do arranjo (BARBARESCO, 2021), sobretudo

¹⁰ Compartilham desse entendimento Santos (1992), Lira apud KONDER E SANTOS (2016), Gama (2002), Konder e Santos (2016) e Barbaresco (2021).

considerando-se a finalidade econômica, os direitos, as obrigações e as expectativas das diferentes partes envolvidas; e b) no plano hermenêutico, na medida em que os instrumentos devem ser interpretados conjuntamente, porquanto “as vicissitudes de um podem acabar por tornar o outro ineficaz” (TEPEDINO, 2021, v.3, p. 163).

De acordo com Barbaresco (2021, p. 720-721), os instrumentos que, com maior incidência, compõem a base contratual dos *shopping centers* são:

(i) o contrato que, especificamente, se direciona a definir a coisa objeto da cessão, geralmente sob o regime jurídico da locação e, através dele estipuladas particularidades relacionadas à específica cessão e ao específico ocupante do espaço, assim como o preço a ser pago, sua periodicidade, critérios de reajustamento, atividade a ser desenvolvida no local, coeficiente ou valor para fins de apuração de despesas rateáveis, contribuição e respectivos critérios para o fundo de promoções e publicidade, garantia de cumprimento e todas e quaisquer outras condições relacionadas, especificamente, àquele determinado negócio jurídico;

(ii) normas gerais complementares, que, como coloca Orlando Gomes, têm como finalidade disciplinar “o uso das lojas e das áreas de circulação, a utilização dos bens e o aproveitamento dos serviços para que os que frequentam o edifício, a clientela, os visitantes, os fornecedores, os empregados das lojas e todos quanto se encontrarem sob a fiscalização[...] ou seja, estipulações aplicáveis à generalidade daqueles que ocuparem e desenvolverem suas atividades naquele específico shopping center;

(iii) convenção de condomínio edifício, que, quando existente [...] objetiva estabelecer a conformação da propriedade e determinadas normas de convivência do negócio jurídico com outros a ele relacionados; e

(iv) estatuto da associação de lojistas, que, também quando existente, são estabelecidos critérios para sua filiação e funcionamento, tendo por finalidade para além de dar cumprimento às suas premissas estatutárias e, em alguns empreendimentos imobiliários, também gerir o fundo de promoções e publicidade.

Assim, a estrutura contratual das locações em shopping center é caracterizada por: uma relação jurídica contratual que tem por objeto a transferência onerosa da posse direta do espaço-loja, a qual é situada num “feixe de relações contratuais”¹¹ integrado por diferentes tipos de avenças coligadas entre si, e que, nas suas peculiaridades, distingue-se, em diversos aspectos, da locação não residencial tradicional.

1.2 Contrato de locação não residencial de loja em *shopping center*

O contrato de locação não residencial é o título jurídico mediante o qual se confere ao lojista a posse direta do espaço em *shopping center* com a finalidade de utilização para o

¹¹ A expressão é utilizada por Konder e Santos (2016, p. 186).

desempenho de atividade econômica determinada; e ao locador-empresendedor, o direito ao recebimento da respectiva contraprestação, nos termos convencionados.

Ademais, é instrumento por meio do qual são disciplinados elementos peculiares à racionalidade econômica do empreendimento, como a padronização do conjunto de lojas¹², o *tenant mix* e suas vicissitudes, o viés cooperativo, a maximização de resultados, a competição, entre outros aspectos, que excedem o escopo de locações tradicionais.

Lateralmente, contribui, também, para a agregação funcional dos pactos coligados, não raro dispondo acerca da observância às normas gerais complementares, da participação de associação de lojistas ou de condomínio edilício, da captação de recursos destinados a promoções e a publicidade, entre outros exemplos.

A qualificação da principal relação jurídica compreendida na estrutura dos empreendimentos de shopping center suscitou, historicamente, divergências entre juristas.

Parte da doutrina, a exemplo de Gomes (1984), inseria a relação na categoria dos contratos atípicos mistos¹³, pelo protagonismo de elementos e cláusulas originais, supostamente incompatíveis com o regime tradicional de locações¹⁴. Outra posição, defendida por Pereira (1984)¹⁵, sustentava que a existência de peculiaridades em relação às locações comerciais tradicionais não desfigurava o caráter locatício da avença, presentes os seus elementos essenciais.

Com o advento da Lei nº 8.245/91, as relações entre lojistas e *shopping centers* foram inseridas na dogmática das locações não residenciais urbanas, restando assentada a sua

¹² No que diz respeito à apresentação e operação, traduzindo o comportamento uniforme que é insito aos *shopping centers*, conforme demonstrado neste capítulo.

¹³ Na lição de Orlando Gomes, podem ser compreendidos como “contratos sem autonomia dogmática, cuja estrutura engloba elementos de dois ou mais contratos nominados” (GOMES, 1984, p. 93).

¹⁴ “O traço marcante da relação jurídica travada entre o dono do *shopping center* e os lojistas é a forma de remuneração do uso temporário, para exploração comercial das lojas, o chamado ‘aluguel percentual’, considerando o elemento chave do notório êxito dos centros comerciais dessa espécie. [...] Demais disso, (o lojista) contrai obrigações e aceita comportamentos que não são próprios de um locatário.” (GOMES, 1984, p. 93.).

¹⁵ “Conforme assinalo no início desta exposição, o contrato de locação caracteriza-se pelos elementos que lhe são essenciais – *essentialia negotii*. Outros elementos, eventuais ou acidentais – *accidentalia negotii* – não têm o efeito de desfigurá-lo. O fato de o “contrato de locação” das lojas de shopping center, com toda a parafernália de dependências e acessórios, de tipo físico ou intelectual, exigir modelação específica às contingências mercadológicas do empreendimento não retira ao contrato a natureza de ‘contrato de locação’.” (PEREIRA, 1984, p. 82).

qualificação jurídica. Por efeito, normas típicas desse regime incidirão sobre a espécie, tal qual o direito à renovação do contrato, nos termos do que dispõe o artigo 51 do referido diploma legal¹⁶, representando a proteção legal do fundo empresarial¹⁷ do locatário-lojista.

Igualmente cabíveis são os princípios e os procedimentos da Lei, como as ações renovatória, de despejo, de consignação e revisional (VENOSA, 2014). Impende, portanto, a observância do artigo 45, que preconiza a nulidade das cláusulas do contrato de locação que visem elidir os objetivos daquela lei, que afastem o direito à renovação, na hipótese do artigo 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

Nessa esteira, aplica-se-lhes, igualmente, o entendimento consolidado na decisão da Quarta Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.990.552 – de que o prazo máximo para renovação compulsória de locação não residencial é de cinco anos, ainda que inferior à duração do contrato inicial. Consignou o relator, Ministro Raul Araújo:

Destarte, o prazo máximo de cinco anos mostra-se razoável para renovação compulsória de contratos de locação de imóvel para uso comercial, quando atendidos os requisitos legais, máxime quando se considera poder ser a renovatória requerida novamente pelo locatário ao final de cada período quinquenal, o que possibilita, de certa forma, a postergação do ajuste por sucessivos quinquênios.

¹⁶ Lei nº 8.245, “Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado; II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. § 1º O direito assegurado neste artigo poderá ser exercido pelos cessionários ou sucessores da locação; no caso de sublocação total do imóvel, o direito a renovação somente poderá ser exercido pelo sublocatário. § 2º Quando o contrato autorizar que o locatário utilize o imóvel para as atividades de sociedade de que faça parte e que a esta passe a pertencer o fundo de comércio, o direito a renovação poderá ser exercido pelo locatário ou pela sociedade. § 3º Dissolvida a sociedade comercial por morte de um dos sócios, o sócio sobrevivente fica sub - rogado no direito a renovação, desde que continue no mesmo ramo. § 4º O direito a renovação do contrato estende - se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo. § 5º Do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de um ano, no máximo, até seis meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor.”

¹⁷ “Abrir um negócio e mantê-lo em funcionamento não é tarefa simples. Entre as inúmeras variáveis que podem determinar lucro ou prejuízo do empreendimento, destaca-se a localização do ponto comercial. Ao escolher onde fixará seu estabelecimento, o empresário considera fatores como poder aquisitivo do público local, questões de segurança, facilidade de acesso, tamanho do imóvel. A partir daí, investe em reformas e equipamentos, faz publicidade, constitui uma clientela, consolida seu nome e sua imagem perante os consumidores, formando o que grande parte da doutrina define como o ‘fundo de comércio’.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ação Renovatória: a proteção simultânea do fundo de comércio e do direito de propriedade. **Notícias**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/25092022-Acao-renovatoria-a-protecao-simultanea-do-fundo-de-comercio-e-do-direito-de-propriedade.aspx>. Acesso em: 06.jan.2023.)

Nas palavras do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, "apesar de não existir conceito uniforme na doutrina brasileira, o fundo de comércio é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos destinados ao exercício da atividade empresarial, englobando, por conseguinte, todos os bens úteis e necessários ao exercício da empresa" (REsp 1.872.262).”

De mais a mais, há dispositivos aplicáveis especificamente às locações em *shopping center*. Cite-se a impossibilidade de recusa à renovação do contrato pelo empreendedor locador com fundamento na utilização do imóvel por si ou para transferência de fundo empresarial, extraída do §2º do artigo 52¹⁸. Segundo Souza (2017, pp. 396-397), “não é da vocação do empreendedor o exercício direto da atividade empresarial, seja por ele ou pelos parentes, o que poderia, inclusive, romper o equilíbrio do *mix*, que é a base do funcionamento do conjunto”, não sendo justo admitir-lhe(s) a possibilidade de retomada da loja para fazer concorrência à coletividade de lojistas (SOUZA, 2017).

Também se refere expressamente às locações em *shopping center* o §1º do artigo 54^{19 20}, que veda o repasse, pelo empreendedor ao lojista, de certas despesas relacionadas ao imóvel, quais sejam: (i) 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) despesas com obras ou com 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.

Nesse ponto, coloca Souza (2017, p. 412) que, a *contrario sensu*, poderiam ser cobradas verbas – excetuando-se as supramencionadas – que constituíssem despesas extraordinárias, em tese, de responsabilidade dos locadores, como “obras destinadas a repor condições de habitabilidade do edifício, instalação de equipamentos de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer e pela constituição de fundo de reserva”.

¹⁸ Lei nº 8.245/91, “Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se: [...]; II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente. [...] § 2º Nas locações de espaço em shopping centers, o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo. [...]”

¹⁹ Lei nº 8.245/91, “Art. 54. [...] § 1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center : a) as despesas referidas nas alíneas a, b e d do parágrafo único do art. 22; e b) as despesas 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.” [...].

²⁰ Lei nº 8.245/91, “Art. 22. [...] Parágrafo único. Por despesas extraordinárias de condomínio se entendem aquelas que não se refiram aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, especialmente: a) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas; [...] d) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação[...].”.

Fora o acima exposto, optou-se por não concentrar de forma rígida, no aparato legal, sistematização de todos os elementos abarcados nas locações em *shopping center*. Nesse sentido, a orientação incluída no texto legal é de que prevalecerão as condições encontradas nos respectivos instrumentos contratuais²¹.

À vista disso, podem coexistir com normas do regime de locação imobiliária urbana, desde que não visem elidir os objetivos da lei, as cláusulas de conteúdo econômico que, nas palavras de Souza (2017, p. 409), “procuram preservar a filosofia de trabalho e de produção em que se baseia um *shopping center*”.

No âmbito das locações imobiliárias de lojas em *shopping centers*, a contraprestação à ocupação dos espaços-loja devida pelo locatário é, normalmente, estipulada à luz de componentes específicos.

O primeiro deles consiste em percentual sobre uma base de cálculo vinculada ao faturamento obtido pelo lojista a partir das vendas e dos serviços prestados no *shopping center*. Denomina-se “remuneração percentual” ou “aluguel percentual” a contraprestação estipulada nesses moldes, usualmente apurada em periodicidade mensal (BARBARESCO, 2021).

Quanto à determinação do percentual e da base de cálculo, explica Barbaresco (2021, p. 724):

São estabelecidos caso a caso, negócio a negócio, tendo por razão circunstâncias criteriosamente avaliadas e sopesadas de diferentes ângulos e, portanto, representando a singularidade daquela contratação de maneira a torna-la incomparável, ao menos, sob esse aspecto.

Não por outra razão, no julgamento do AREsp nº 942.975, ratificou-se a decisão de origem, no sentido de que o aluguel percentual não seria passível de revisão judicial:

²¹ Lei nº 8.245/91, “Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

§ 1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center : a) as despesas referidas nas alíneas a , b e d do parágrafo único do art. 22; e b) as despesas 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.”.

[...] No que tange ao valor do aluguel, considerando as peculiaridades dos contratos de shopping centers, é preciso ter em mente que, ao contrário do que foi sustentado pelos recorrentes, a questão posta em julgamento não é eminentemente técnica, posto que, não obstante se reconheça a natureza dúplice da ação renovatória, no bojo deste tipo de ação só deve ser revista, ou reajustada, a parcela fixa devida a título de aluguel.

A remuneração percentual é questão subjetiva, de natureza negocial, que foi livremente pactuada entre as partes e, por outro lado, a sua alteração, aqui, importaria em um tratamento diferenciado em relação aos outros lojistas do mesmo Shopping Center.

Ainda, no julgamento do REsp. nº 1.947.694, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, decidiu-se que, em razão dos diversos fatores alheios ao valor de mercado, que influenciam a pactuação desse elemento, a remuneração percentual, como regra, não poderia ser alterada, sendo viável a sua revisão exclusivamente diante da hipótese de desequilíbrio econômico superveniente:

[...]

2. O propósito recursal consiste em definir se é possível, em ação renovatória de locação de espaço em shopping center, a alteração do percentual ajustado a título de remuneração variável.

[...]

6. No contrato de locação de espaço em shopping center, para a fixação do locativo, são ponderadas as características especiais do empreendimento e que o diferencia dos demais, como a disponibilidade e facilidade de estacionamento, a segurança do local, a oferta de produtos e serviços, opções de lazer, entre outros. Ou seja, há uma série de fatores que influenciam na fixação da remuneração mensal e que são alheios ao valor de mercado.

7. Frente às singularidades que diferenciam tais contratos, o art. 54 da Lei nº 8.245/91 assegura a prevalência dos princípios da autonomia da vontade e do pacta sunt servanda. Nesse sentido, alteração do aluguel percentual em sede de ação renovatória de locação de espaço em shopping center somente é viável caso demonstrado pela parte postulante – locatário ou locador – o desequilíbrio econômico superveniente resultante de evento imprevisível (arts. 317 e 479 do CC/02). Vale dizer, a dissonância entre o locativo percentual contratado e o valor de mercado não autoriza, por si só, a alteração do aluguel, sob pena de o juiz se imiscuir na economia do contrato

8. Recurso especial conhecido e provido.

É de se mencionar, igualmente, que, em relação à remuneração pelo componente percentual, impõe-se o cômputo, na base de cálculo relacionada ao faturamento, das vendas realizadas pela loja em questão na modalidade de comércio eletrônico (*e-commerce*), consoante a decisão da Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp nº 1.295.808.

Elucida o relator, Ministro João Otávio de Noronha, em seu voto, que “a colaboração entre os lojistas e o empreendimento é necessária para concretizar-se esse modelo de exploração comercial”, assentando que o aluguel percentual “representa, portanto, do sucesso, que em parte é possibilitado pela estrutura e planejamento oferecidos pelo empreendedor”.

O segundo componente da contraprestação pelo uso da loja em *shopping center* consiste na estipulação de valor mínimo a ser pago, mensalmente, pelo lojista (BARBARESCO, 2021). Designada como “remuneração mínima” ou “aluguel mínimo”, essa forma de contraprestação é geralmente conjugada com a remuneração percentual, prevalecendo o maior montante entre ambos.

Em outras palavras, nesse sistema em que se combinam as modalidades de remuneração, o valor efetivamente devido pelo locatário a título de contraprestação mensal pela exploração da loja é definido do seguinte modo: (i) calcula-se a remuneração percentual sobre o faturamento do mês em questão; (ii) sendo igual ou inferior à remuneração mínima, prevalece esta; (iii) caso supere o montante da remuneração mínima, deve ser pago, a título de contraprestação, a remuneração percentual apurada (BARBARESCO, 2021).

Dessa maneira, é possível que seja acordado o pagamento do montante da remuneração mínima, invariavelmente, no início de cada mês, com posterior apuração da remuneração percentual e eventual complementação à medida que o valor da última sobejar o da primeira (BARBARESCO, 2021).

É importante salientar que a remuneração mínima é passível de revisão judicial. À vista das peculiaridades da relação de *shopping center* no tocante aos critérios de avaliação do montante de tal remuneração, costuma-se – e sob a ótica do locador-empendedor é recomendável que o faça – pré-estabelecer, no contrato, critérios e parâmetros a nortear sua revisão²²(BARBARESCO, 2021).

Relativamente à matéria, no julgamento do EDcl no AgInt no AREsp nº 1.149.602, fixou-se o entendimento que veio a se consolidar na jurisprudência do STJ, no sentido de que, existindo disposição acerca da configuração do valor do aluguel, tal disposição não pode ser desprezada unicamente com fundamento na situação de mercado, se não restar comprovada disparidade apta a caracterizar desequilíbrio econômico do contrato:

²² Ainda, sobre os possíveis critérios: “tais como: metodologia técnica da revisão – método comparativo ou de renda –, critérios para realização da comparação – isto é, lojas do mesmo piso e do mesmo seguimento e, de público-alvo compatível e, inclusive, de dimensões e usos compatíveis, a exemplo de âncoras e satélites.” (BARBARESCO, 2021, p. 725).

[...]

5. Verifica-se que, na origem, a questão do equilíbrio econômico do contrato, bem como a vedação ao enriquecimento sem causa, foi fator motivador para afastar a regra insculpida no art. 54 da Lei do Inquilinato, segunda a qual, *in verbis*, "Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei".

6. A cláusula contratual em que se prevê a configuração do valor do aluguel não pode ser desprezada unicamente com fundamento na situação de mercado, mormente quando não há lastro suficientemente apto a demonstrar os motivos pelos quais a autonomia das partes não poderia prevalecer.

7. Ainda que se cogite eventual desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, importante destacar que o voto vencido na origem foi categórico ao afirmar que não há provas que evidenciam tal disparidade.

8. Diante disso, deve ser retificado o voto anteriormente apresentado para acolher os embargos de declaração, com efeitos modificativos, e dar parcial provimento ao recurso especial.

9. Embargos de declaração acolhidos.

Conforme aponta Barbaresco (2021), a remuneração mínima pode, ainda, ser concebida em bases anuais ou periodicidade diversa, se assim as peculiaridades do negócio concretamente exigirem. Bem assim, o contrato contemplaria a “Remuneração Mínima Anual” ou correspondente a período diverso, ao final do qual, não atingido o respectivo montante, a complementação seria devida.

Ademais, a remuneração mínima pode ser escalonada ou progressiva, desde que os respectivos acréscimos estejam baseados, “para além da simples autonomia da vontade, em premissas econômico-financeiras, consideradas pelos agentes econômicos quando da contratação”, sob pena de caracterizar abuso de direito (BARBARESCO, 2021).

Nesse sentido, a título exemplificativo: tomando-se a abertura de loja nova na região, ainda não conhecida pelo público frequentador do *shopping center*, seria permitido às partes estabelecer, no contrato, o valor da contraprestação a ser praticado no primeiro ano, tendo em consideração a necessidade inicial de consolidação do negócio da locatária perante os frequentadores; e aquele a ser praticado após esse período de adaptação, naturalmente superior, sendo interessante que o escalonamento encontre respaldo técnico em estudos e projeções (BARBARESCO, 2021).

Outro componente que costuma ser presente nos contratos de locação em *shopping center* é a remuneração mínima em dobro no mês de dezembro. Tal estipulação encontra lastro nas expectativas de resultados e de custos adicionais projetadas no plano de negócios desenvolvido

pelo empreendedor do *shopping center* (BARBARESCO, 2021). Cláusulas nesse sentido podem, contudo, ser alvo de questionamentos por parte do locatário, haja vista a inexistência de previsão legal. Daí por que indicar, no próprio instrumento, as projeções que justificam a sua estipulação, realçando o fundamento para a sua manutenção frente a eventual discussão sobre sua abusividade (BARBARESCO, 2021).

Recentemente, no julgamento do REsp. nº 1.409.849, concluiu-se que não configura abusividade a estipulação de remuneração mínima dobrada no mês de dezembro:

[...]

1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro.
2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.
3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.
4. Recurso Especial provido.

Por derradeiro, afigura-se possível a inserção, no contrato, de limitação geral ao montante devido pela ocupação de espaço-loja em determinado período-base. É o que Barbaresco (2021, p. 728) designa como “Custo Total de Operação” e que representa um “teto” em que “tenderiam e poderiam estar contempladas – a juízo da intenção e das vontades contratantes – todas as despesas de responsabilidade do ocupante”²³.

Sob a ótica do locatário, acordo dessa natureza é benéfico em razão da previsibilidade que representa, favorecendo o provisionamento dos recursos necessários a cobrir o custo da locação. No polo oposto, o empreendedor assume risco de ver diminuídos os seus ganhos reais ou, até mesmo, de amargar prejuízos a depender das flutuações de despesas no curso dos negócios.

²³. “A exemplo da remuneração pela ocupação, das despesas rateáveis (condomínio edilício ou não) com o empreendimento em shopping center, as relacionadas à sua publicidade e promoção e, inclusive, em sendo o caso, as contribuições por conta da associação a eventual associação de logistas, entre quaisquer outras”. (BARBARESCO, 2021, p. 729).

No tocante às contingências financeiras relacionadas ao adequado funcionamento do *shopping center*, notadamente “questões internas de administração, de zelo e de conservação da construção e, logicamente, das áreas comuns do imóvel em que funciona o *shopping center*, sobretudo das áreas comuns”, explica Gama (2002, p. 222) que são, normalmente, rateadas pelos lojistas-locatários na proporção especificada no contrato.

Semelhantes às despesas condominiais, sua atribuição aos lojistas decorre da comosse exercida no tocante às áreas comuns e do aproveitamento coletivo de serviços de “limpeza, segurança, adorno, entre outros”, providenciados pelo empreendedor no exercício de suas atribuições (GAMA, 2002, p. 222).

Nesse ponto, vale reiterar que as despesas excepcionadas no §2º do artigo 52 da Lei n.º 8.245/91 não poderão integrar o montante rateado entre os lojistas a título de despesas internas.

Destacam-se, ainda, as estratégias e o investimento em promoções e publicidade, que assumem especial relevância no contexto dos shopping centers. Em virtude disso, estipula-se cláusula que obriga o lojista-locatário a contribuir com recursos próprios para a constituição de fundo vinculado à divulgação do empreendimento por meio de campanhas publicitárias e de promoções, com a finalidade de atrair clientela, o que, segundo Gama (2002, p. 220), “logicamente gera benefícios para cada um dos lojistas isoladamente considerados e para o próprio empreendedor”.

Conforme examinado, a concentração e a administração de tais recursos podem ocorrer por meio do condomínio edilício, caso exista, ou da figura da associação de lojistas. Nesta última hipótese, a filiação do lojista à referida associação será obrigatória – por, necessariamente, auferir vantagens em decorrência dos investimentos conjuntos em promoções e publicidade. Razão idêntica permite inferir que sua exclusão da associação – e consequente cessação das contribuições – poderá conduzir à resolução da locação (GAMA, 2002) e demais avenças coligadas.

1.3 Poder negocial nas relações entre lojistas e empreendedores

O poder negocial constitui fator pertinente à análise do intérprete para solucionar controvérsias em matéria contratual no contexto da relação entre lojistas e empreendedores de *shopping center*.

As locações em *shopping center* são consideradas por parcela da doutrina como contratos interempresariais não paritários (KONDER E SANTOS, 2016)²⁴. O conteúdo de suas cláusulas cláusulas é pré-estabelecido pelo empreendedor e não há possibilidade de discussão desse conteúdo pelo lojista-aderente (TEPEDINO, 2021).

Exterioriza-se, pelo modo de contratação, a disparidade entre os poderes negociais dos contratantes, fator cuja causa não se adstringe à dimensão econômica (KONDER E SANTOS, 2016). Tal assimetria de poder negocial pode resultar em situações de desequilíbrio que demandem intervenção heterônoma, com finalidade de “garantir relativa proporcionalidade entre as situações jurídicas subjetivas construídas pelo contrato” (KONDER E SANTOS, 2016, p. 185).

Em circunstâncias como essa, segundo Konder e Santos (2016), em ordem a conciliar a proteção do equilíbrio econômico do contrato, a segurança jurídica e a legitimidade das posições de vantagem conquistadas negocialmente, a abordagem deve ser *funcional*. Ou seja, é necessário considerar “a síntese dos efeitos essenciais do contrato sob exame, isto é, a função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação” (KONDER E SANTOS, 2016, p. 184-185).

Cumprе ressaltar, por derradeiro, que a assimetria de poder negocial entre as partes não somente pode vir a gerar distorções no momento da formação do contrato, a exemplo de situações de desequilíbrio e cláusulas abusivas, como também a pautar novos ajustes e a dificultar o equacionamento de interesses no âmbito da renegociação de elementos do contrato.

²⁴ “o lojista – ainda que seja membro de grande rede de comércio – costuma ser carente de informações no que tange à sua relação com o proprietário do shopping, tendo em vista que o objeto de sua atividade econômica é o fornecimento de produtos ou serviços conforme a atividade escolhida, diferentemente do empreendedor que atua em ramo próprio. Nesse sentido, pode-se ter presente desigualdade jurídica independentemente da econômica, pelo fato de ‘[...] um dos contratantes ter aquilo de que o outro necessita’ [...]”. (KONDER E SANTOS, 2016, p. 189).

1.4 Advento da pandemia do Covid-19

A proibição da abertura de lojas nos *shopping centers* ao público, em decorrência do agravamento da pandemia do Covid-19, – excetuando-se atividades consideradas essenciais – ocorreu em diversas cidades, afetando a economia nacional. É necessário, portanto, qualificar juridicamente o impacto causado pelo “fechamento” dos *shopping centers* na relação contratual entre lojistas e empreendedores.

Conforme verificado, os *shopping centers* diferenciam-se de meros conjuntos de lojas por possuírem administração centralizada, encarregada da planificação e condução de negócios, da coordenação de recursos e da implementação de planos de *marketing* com enfoque na ampliação do potencial de lucratividade das lojas instaladas. Sabe-se que os resultados dessa atividade são influenciados por diversos fatores: a localização do imóvel sede, o conjunto arquitetônico, o *tenant mix* e a sua disposição no espaço, a capacidade de proporcionar segurança, conforto e facilidades aos frequentadores, entre outros.

Nesse contexto, as locações em *shopping centers* abrangem complexo de prestações que são amalgamadas e qualificam a cessão onerosa da posse direta do imóvel ao lojista-locatário. Ante essa peculiar agregação, também se complexifica a dinâmica de corresponsabilidade entre as obrigações, impondo-se, para análise da questão, que seja considerada a racionalidade econômica do conjunto.

Os efeitos da restrição ao funcionamento de lojas em *shopping centers* afetaram lojistas e empreendedores, impactando severamente as locações em *shopping center*. Subitamente, locatários-lojistas deixaram de se beneficiar da plena exploração econômica de sua empresa na estrutura proporcionada pelos *shopping centers*, ao passo que permaneceram vinculados às obrigações assumidas perante o *shopping center*, os fornecedores, os empregados e o Estado. De outro ângulo, o planejamento financeiro dos empreendimentos de *shopping center* foi afetado pelo comprometimento da parcela variável da remuneração e pela insegurança quanto ao recebimento da parcela fixa, subsistindo as despesas relativas a conservação, limpeza e segurança dos imóveis, bem como aquelas referentes à manutenção de corpo operacional.

Registre-se que houve tentativas de renegociação entre as organizações que representam lojistas e *shopping centers* no país e, ainda, entre determinadas redes de *shopping centers* e

respectivos locatários, com vista a preservar os vínculos e a própria sobrevivência dos empreendimentos. Entretanto, diante de tamanha crise e, possivelmente, sob certa influência da disparidade entre os poderes negociais dos contratantes, muitos casos não foram exitosos. Persistindo, em larga medida, o estado de litigiosidade, a situação culminou na judicialização das discussões.

A questão relacionada à natureza do impacto gerado pelo fechamento das lojas em *shopping centers* nos contratos entre lojistas e empreendedores e ao remédio aplicável divide opiniões no meio jurídico, doutrinário e judicial.

Para alguns, trata-se de impossibilidade superveniente da prestação concernente à cessão do uso do imóvel, *parcial*, ponderando-se a conservação, pelos lojistas, da posse direta dos imóveis, neles armazenando seus bens, e *temporária*, diante do caráter transitório da restrição imposta pelo poder público (TERRA, 2020; MARTINS-COSTA, 2020; TEPEDINO, OLIVA e DIAS, 2020).

Suscitou-se, ainda, desequilíbrio superveniente, a ensejar a resolução do contrato com fundamento na excessiva onerosidade superveniente ou a sua revisão, com fundamento no artigo 317 do Código Civil²⁵.

Supõe-se, no entanto, que a suspensão da abertura dos *shopping centers* ao público resultaria, potencialmente, na frustração (ainda que parcial e temporariamente) do fim do contrato, ou seja, do resultado prático que, da síntese de seus efeitos essenciais, pretendia-se extrair (SCHREIBER, 2020; COGO, 2020).

²⁵ No julgamento do Agravo de Instrumento nº 0048869-91.2020.8.19.0000, exarado pela Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, consignou-se: “Embora não caiba, neste momento processual, qualquer apreciação exauriente quanto ao mérito da demanda originária, necessária a aferição da presença dos elementos autorizadores da tutela de urgência pretendida, mediante a demonstração, em exame perfunctório, da plausibilidade das alegações de que à demandante não se poderia exigir a integralidade dos valores decorrentes do contrato de locação rescindido, diante da circunstância excepcional, qual seja, a crise sanitária instaurada pela covid-19 e as consequentes medidas restritivas impostas às atividades não essenciais (Lei Federal nº 13.979/2020, Decreto Presidencial nº 10.282/2020, Decreto Estadual nº 47.006/2020 e, especificamente no âmbito municipal, os Decretos nº 11.908, de 30.03.2020, nº 11.928, de 27.04.2020, nº 11.937, de 10.05.2020 e 11.958, de 31.05.2020). Não obstante a complexidade da solução da lide, diante da atual situação de grave crise social e econômica por fato imprevisível e inevitável às partes, atingindo ambos os sujeitos da relação locatícia, no caso vertente, verifica-se a presença dos requisitos necessários à concessão da providência vindicada. Com efeito, a probabilidade do direito invocado decorre do atípico quadro de saúde pública existente, em que a sinalagma e a comutatividade contratual, inerentes às relações locatícias afiguram-se aparentemente afetadas, ensejando desequilíbrio entre as prestações decorrentes do negócio jurídico objeto da lide, à luz da onerosidade excessiva superveniente, fulcrada na teoria de imprevisão (art. 317, do Código Civil).”

Com o intuito de averiguar os remédios disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro aplicáveis às hipóteses de perturbação do programa contratual das locações em *shopping center* impactadas pela pandemia de Covid-19 e de subsidiar a adequada qualificação jurídica do evento em apreço, passa-se a analisar a disciplina dos institutos pertinentes.

CAPÍTULO II – PERTURBAÇÕES AO PROGRAMA CONTRATUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Impossibilidade

O conceito de impossibilidade, em linhas gerais, orbita a noção de insuscetibilidade de realização de uma determinada prestação (PEREIRA, 2017). Nessa esteira, coloca Aguiar Júnior (2003, p. 96), “há impossibilidade quando existe obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica”.

É recorrente, em sede doutrinária, a sua classificação com base em determinados critérios²⁶, dentre os quais destacam-se: a) superabilidade; b) natureza da condição não materializada; c) grau de comprometimento da prestação; d) momento em que se manifesta; e) definitividade; f) ligação à pessoa do devedor; e g) imputabilidade.

Quanto à superabilidade, classifica-se em *absoluta* e *relativa*. Entende-se por impossibilidade *absoluta* aquela que é insuperável por não se materializar condição necessária, de natureza fática ou jurídica, para que a prestação seja realizada. Por outro lado, é considerada *relativa* a dificuldade que não representa barreira intransponível ao ato de prestar: a prestação é possível, contudo demanda esforços ou sacrifícios superiores aos padrões considerados para o tipo de relação (MARTINS-COSTA, 2020).

Em relação à natureza do pressuposto ou da condição não materializada, pode-se dizer que a impossibilidade *física* ou *material* é caracterizada pela ausência de pressuposto ou de condição para sua realização de ordem física ou natural. Decorre, portanto, de um limite imposto pelas próprias leis da natureza, de modo a afigurar-se “fisicamente inalcançável” a prestação (TEPEDINO, KONDER e BANDEIRA, 2021, v. 2, p. 32)²⁷.

O conceito de impossibilidade *jurídica*, por seu turno, não ressoa em uníssono na doutrina. Segundo Pereira (2017, v. 2, p. 36), diz respeito à “consecução (da prestação) na

²⁶ Ressalva-se que há autores que desconsideram ou que rejeitam a separação entre os critérios de *superabilidade* e *correlação com a figura do devedor*, a exemplo de Gomes (2008, v. 2, p. 44). No entanto, existem hipóteses de impossibilidade insuperável que é ligada à pessoa do devedor e, também, casos de prestação extremamente dificultosa, que o é para todos, não só para o devedor pessoalmente, consoante se observa em Martins-Costa (2020, p. 405).

²⁷ Tepedino (2021) cita o exemplo da obrigação de tocar o céu para ilustrar a hipótese de impossibilidade *material* ou *física*.

conformidade com a ordem jurídica”, noção que, em razão da sua abrangência, poderia compreender a iliceidade ou com ela se confundir, “já que entram na mesma linha de insubordinação aos preceitos a obrigação cujo objeto não é possível diante da regra jurídica e aquela que se define como um ilícito”. Lôbo (2019, p. 77) afirma que a impossibilidade é jurídica “quando o “objeto (da obrigação) é impedido pelo direito”.

Venosa (2017, p. 376) estende à prestação²⁸ o tratamento do objeto dos negócios jurídicos, cuja impossibilidade jurídica atribui ao fato de não serem permitidos pela lei.

Para Tepedino, Konder e Bandeira (2021, v. 2, p. 32), a prestação juridicamente impossível é aquela vedada por lei. Definição parecida é pontada por Farias e Rosenvald (2015, p. 54), para quem a impossibilidade jurídica “ocorre quando o ordenamento proíbe que determinados negócios jurídicos tenham objeto específico”, diferindo-se da ilicitude da prestação, quando atentatória à lei, o que resultaria, de acordo com o autor, na ineficácia e na inexigibilidade da obrigação.

Ainda, sublinha Amaral (2018, p. 503) que a possibilidade jurídica está relacionada com a viabilidade legal, referindo-se a um “ato não permitido pelo direito”, distintamente da ilicitude em que, “embora possa ser materialmente praticado (o ato), é reprovado em lei” por violar dever legal.

Nesse contexto, a observação de Silva (2006, pp. 100-102) afigura-se pertinente ao deslinde da questão. O autor remontou à separação, no Código Civil, entre as hipóteses de impossibilidade originária e de objeto expressamente vedado por lei (respectivamente, art. 145, II e V, do Código Civil de 1916 e art. 166, II e VII, do Código Civil de 2002), aduzindo que “o ato contrário à expressa disposição é ineficaz, porque é nulo, e o ato juridicamente impossível é nulo, porque é ineficaz, uma vez que não se pode efetivar a prestação”. A diferença, explica o autor, é que “na primeira hipótese, há um juízo de valor; na segunda, como o ato é inútil, a lei declara-o também nulo e, em consequência, de nenhum feito.”.

²⁸ Cf. Venosa (2017, p. 36).

Fica, portanto, claro, à luz do raciocínio acima, que o conceito de impossibilidade jurídica carrega, em seu conteúdo, a noção de não materialização de determinado fator – de cariz jurídico – necessário à sua realização.

No que tange ao grau de comprometimento da prestação, a impossibilidade pode ser *total*, inviabilizando a prestação completamente, ou *parcial*, quando passível de realização em parte (AGUIAR JÚNIOR, 2003). Conforme salienta Martins-Costa (2020, p. 403), “‘todo’ e ‘parte’ não são noções naturalistas”. Tais critérios, explica a autora, “não dizem respeito apenas ao fato de poder ser parcelada a prestação, mas à questão de saber se, cumprida apenas uma parte, e não o todo, se estará a atender, ou não, o interesse do credor.”.

Quanto ao momento de configuração da impossibilidade da prestação, classifica-se a impossibilidade em *origiária*, *inicial*, *atual* ou *concomitante* – situação em que a impossibilidade da prestação é “presente ao tempo da constituição da obrigação” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 97) – e *superveniente*, em que o objeto da obrigação se torna impossível “no momento da prestação” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 98), posteriormente à formação do vínculo (MARTINS-COSTA, 2020).

De acordo com a definitividade, tem-se a impossibilidade *temporária* – cuja cessação no futuro é expectável, conquanto subsista a utilidade da prestação para satisfação do interesse do credor – e a *definitiva*, caracterizada pela inexistência de perspectiva de cessação do estado de impossibilidade. Também se considera *definitiva* a impossibilidade – não obstante tenha sido gerada por circunstância transitória – se, nesse interregno, a prestação vier a perder a utilidade, deixando de ser possível a satisfação do interesse do credor (MARTINS-COSTA, 2020).

Sob o prisma da pessoalidade, classifica-se a impossibilidade em *objetiva* e *subjativa*. No primeiro caso, a prestação é impossível para qualquer pessoa que viesse a figurar no polo passivo da relação jurídica obrigacional; no segundo caso, a impossibilidade é pessoal e atinge a pessoa do devedor (MARTINS-COSTA, 2020).

Ainda, no que se refere à imputabilidade, a impossibilidade pode ser *imputável* ou *não imputável* ao devedor. A imputabilidade se configura caso a impossibilidade resulte de conduta culposa do devedor (MARTINS-COSTA, 2020). Elucida Tepedino, Konder e Bandeira (2021, v. 2, p. 101) que a noção de culpa passou por relevante transformação, em que deixou de ser

concebida como a “negligência, imprudência ou imperícia subjetiva do agente” e passou a ser analisada sob o prisma da “violação objetiva aos padrões usuais de comportamento naquela espécie de relação obrigacional”.

Vistas as principais classificações doutrinárias do instituto, necessário se faz examinar o regime jurídico da impossibilidade e sua positivação no Código Civil de 2002.

A impossibilidade *originária* é disciplinada pelo artigo 166, II, do Código Civil, nos termos do qual é nulo o negócio jurídico quando for impossível seu objeto. Tem-se, portanto, que “a impossibilidade anterior à conclusão dos negócios jurídicos é causa de *nulidade*” (MIRANDA, 2012, t. XXV, p. 283)²⁹.

Nos termos do artigo 106, não acarretará nulidade: (i) a impossibilidade *originária* que cessar anteriormente ao implemento de condição suspensiva a que esteja submetida a eficácia do negócio, não obstante a produção de efeitos do negócio; e (ii) a impossibilidade inicial que a legislação designou como “relativa”.

Sobre esta última hipótese, “por mais que não se considere o termo ‘relativa’ o mais adequado para se referir à impossibilidade que afete apenas o devedor³⁰, essa parece ser a interpretação mais adequada para o dispositivo” (MAIA, 2022, pp. 62-63).

A impossibilidade *superveniente* atinge obrigação validamente constituída, operando, pois, no plano da eficácia, consoante Miranda (2013, t. IV, p. 254). O regime geral da impossibilidade *superveniente* da prestação adere à sistematização das obrigações conforme a modalidade da prestação – dar e restituir; fazer; e não fazer.

Nessa linha, em se tratando de obrigação de dar coisa certa, dispõe o artigo 234 que a perda da coisa, sem culpa do devedor, antes da tradição ou pendente a condição suspensiva, tem por efeito a resolução da obrigação para ambas as partes; se a perda resultar da culpa do

²⁹ A doutrina parece convergir nesse ponto, vide Gomes (2008, pp. 43-44), Pereira (2007, pp. 36-37), Silva (2006, p. 99); Farias e Rosenthal (2015, p. 54), Venosa (2017, p. 36), Tepedino, Konder e Bandeira (2021, v. 2, pp. 31-32), Lôbo (2019, p. 77), Martins-Costa (2020, p. 402), Maia (2022, p. 61).

³⁰ Isso, porque se considera mais adequada a classificação que separa o critério da superabilidade – de que deriva a classificação em impossibilidade *relativa* e *absoluta* e o critério da ligação à pessoa do devedor – a partir do qual a impossibilidade se classifica em *subjetiva* e *objetiva*.

devedor, este fica sujeito à execução pelo equivalente pecuniário da prestação, bem como à responsabilização por eventuais perdas e danos.

Se a obrigação for, por sua vez, de restituir coisa certa, o devedor é o possuidor direto da coisa e se encontra obrigado a entregá-la ao credor. Nesse contexto, prevê o artigo 238 que, no caso de perda da coisa, sem culpa do devedor, antes da tradição, a obrigação é resolvida e o credor suportará a perda da coisa, sem direito de pleitear indenização do devedor, ressalvado o valor que lhe couber em contraprestação à utilização da coisa pelo devedor até o momento da impossibilidade. De acordo com o artigo 239, caso a coisa venha a se perder por culpa do devedor, responsabiliza-se este pelo equivalente pecuniário e por eventuais perdas e danos suportados pelo credor.

Repara-se, por um lado, que, em ambos os casos, o efeito jurídico da impossibilidade *imputável* ao devedor é a execução pelo equivalente pecuniário da prestação e o reconhecimento de pretensão indenizatória em face do devedor por danos eventualmente suportados pelo credor. Por outro lado, a impossibilidade *inimputável* ao devedor resulta na resolução da obrigação sem pretensão indenizatória do credor em face do devedor. Depreende-se, pois, que, no regime jurídico da impossibilidade, o risco da perda da coisa sem culpa do devedor, nas obrigações de restituir, é atribuído ao credor – diferentemente do que ocorre nas obrigações de dar coisa certa.

Nas obrigações de dar coisa incerta³¹, inicialmente, o objeto mediato é indicado, ao menos, pelo gênero e pela quantidade. Nesse contexto, o cumprimento da obrigação pressupõe o ato da *escolha* ou *especificação*³², consistente na individualização da coisa que deverá ser entregue ao credor. A partir do momento em que o credor toma ciência do bem que receberá, o objeto mediato deixa de ser indicado apenas pelo gênero e quantidade, deixando de ser incerta a coisa. Desse momento em diante, a relação passa a ser regida pelas normas aplicáveis à obrigação de dar coisa certa, nos termos do artigo 245. Por força do artigo 246, não é admitida alegação de impossibilidade *superveniente* no momento anterior à *escolha*, ainda que por caso fortuito ou de força maior, sob a *ratio* de que o gênero não perece.

³¹ Código Civil, “Art. 243. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.”.

³² Código Civil, “Art. 244. Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor.”.

A impossibilidade *superveniente*, no campo das obrigações de fazer, se *inimputável*, na dicção do artigo 248 do Código Civil, gera a resolução da obrigação, com a liberação das partes e o retorno ao estado anterior (*status quo ante*), sem pretensão indenizatória; se *imputável* ao devedor, a impossibilidade gera para este o dever de reparar os danos eventualmente suportados pelo credor.

Com respeito às obrigações de não fazer, dispõe o artigo 250 que se extingue a obrigação na hipótese de impossibilidade *superveniente* e *inimputável* de abstenção do ato.

Na seara das obrigações de fazer e de não fazer, pois, os riscos da impossibilidade *superveniente* e *inimputável* são suportados pelo credor.

Os efeitos da impossibilidade *superveniente* no âmbito das obrigações alternativas³³ variam conforme a atribuição da escolha da prestação devida³⁴ e, ainda, a aferição da culpa do devedor: (i) caso todas as prestações se tornem impossíveis, sem culpa do devedor, extingue-se a obrigação, sem pretensão indenizatória, não importando a quem caberia a escolha; (ii) por outro lado, se todas as prestações se tornarem impossíveis por culpa do devedor, (ii.1) cabendo a escolha ao credor, poderá o credor reclamar o valor de qualquer das duas e indenização ou, (ii.2) cabendo a escolha ao devedor, este ficará obrigado a pagar o valor da prestação que por último se impossibilitou, sem prejuízo de indenizar o credor; (iii) caso apenas uma prestação se torne impossível sem culpa do devedor, subsistirá o débito quanto à outra prestação, não importando a quem caberia a escolha; (iv) se, diversamente, apenas uma prestação se tornar impossível por culpa do devedor, (iv.1) cabendo a escolha ao credor, este terá direito de exigir a prestação subsistente ou o valor da outra e indenização ou, (iv.2) cabendo a escolha ao devedor, subsistirá o débito quanto à outra prestação.

³³ As obrigações alternativas caracterizam-se “pelo fato de a exoneração do devedor depender do cumprimento de qualquer das prestações que constituem seu múltiplo objeto”, de modo que “as múltiplas prestações que se oferecem como alternativas no momento de constituição reduzem-se a uma apenas a ser executada, dando fim ao vínculo obrigatoriedade com a liberação do devedor” (TEPEDINO, KONDER E BANDEIRA 2021, v. 2 pp. 223-224).

³⁴ Código Civil, “Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou. [...]”.

Há, também, regramento específico para a impossibilidade *superveniente* nos casos de obrigações alternativas e de solidariedade passiva³⁵. Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, a execução pelo equivalente pecuniário pode se dar em face de qualquer destes; a responsabilização por eventuais danos, todavia, recai exclusivamente sobre o devedor culpado, consoante o disposto no artigo 279 do Código Civil.

O tratamento da impossibilidade, em qualquer modalidade de obrigação, submete-se às normas preconizadas nos artigos 393, 396 e 399 do Código Civil³⁶. Assim, via de regra, o devedor somente será passível de responsabilização se: (i) a impossibilidade resultar de conduta culposa; (ii) se estiver em mora quando a prestação se tornar impossível, hipótese em que será responsabilizado independentemente de se configurar caso fortuito ou força maior, ressalvada a comprovação da ausência denexo de causalidade entre o dano e a mora, nos termos da parte final do artigo 399.

À luz do Código Civil, a impossibilidade *superveniente* deve ser *absoluta*. Em aprofundada dissertação de mestrado na Universidade Federal de Minas Gerais, Maia (2022) expõe verdadeiro panorama dos posicionamentos doutrinários acerca do conceito de impossibilidade.

Depreende-se que parcela da doutrina³⁷ adota conceito de impossibilidade menos restritivo, ao sustentar a equiparação das hipóteses de extrema dificuldade de prestar, sacrifício intolerável, esforços desproporcionais ao interesse do credor, ou, até mesmo, de impossibilidade *econômica*, conquanto não imputáveis ao devedor, à impossibilidade (*absoluta*). Por outro lado, doutrina igualmente autorizada³⁸ adota conceito mais restrito de

³⁵ “Quando, na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação, à dívida toda, há *solidariedade*. Se o concurso é de vários *credores*, há *solidariedade ativa*, se de *devedores*, *solidariedade passiva*.” (GOMES, 2008, p. 79).

³⁶ “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

“Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

“Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”

³⁷ Entre as concepções menos restritivas mencionadas pela autora, encontram-se, por exemplo, em graus diferentes entre si, as de Couto e Silva, Cesa, Aguiar Jr. e Pontes de Miranda.

³⁸ Nesse sentido, a autora citou o posicionamento de Medeiros da Fonseca: “quando se abandona condição necessária da impossibilidade absoluta de executar, surgem dificuldades práticas insuperáveis. Não se pode

impossibilidade, aduzindo, para tanto, a necessidade de se ter um conceito bem delimitado de modo a garantir segurança jurídica na sua aplicação (MAIA, 2022).

Nesse cenário, é razoável a ponderação de Maia (2022, p. 107) no sentido de que “apenas o efetivamente impossível de ser prestado (não importando os esforços adotados) é considerado impossível”, de modo a se delimitar o escopo da impossibilidade *superveniente*, tornando mais segura e previsível a sua aplicação.

Além disso, os artigos 234, 238, 248 e 250 compreendem tão somente hipóteses de impossibilidade *total*, notadamente: a) a coisa que deixa de existir ou se torna irrecuperável; b) a ação pela qual se obrigou que se afigura irrealizável; ou c) a prática do ato a cuja abstenção se obrigou que é inevitável. A despeito disso, não se pode deixar de mencionar que parcela da doutrina defende a aplicação analógica do regramento da deterioração³⁹ (artigos 235, 236, 239 e 240⁴⁰) (AGUIAR JÚNIOR, 2003) e de regras próprias de tipos contratuais específicos à hipótese de impossibilidade *parcial* (MARTINS COSTA, 2020).

Também é omissa o regime geral quanto à impossibilidade *temporária*⁴¹, haja vista o predomínio de soluções de caráter definitivo, conduzindo ora à resolução da obrigação, ora à execução pelo equivalente pecuniário⁴². Diante desse cenário, registra-se a existência de posicionamento doutrinário sustentando a colmatação da lacuna mediante aplicação analógica de regras próprias dos contratos em espécie, no que couber, em casos de impossibilidade *temporária* no geral (MARTINS-COSTA, 2020).

determinar mais, de maneira segura, o mínimo de esforços que bastará, em cada caso, para pronunciar-se a exoneração do devedor” (MEDEIROS DA FONSECA *apud* MAIA, 2022, p. 97).

³⁹ Conforme se define em Schreiber (2021, p. 487), “deterioração significa que a coisa continua a existir, ainda desempenha sua função, mas com valor reduzido”. Para Farias e Rosenthal, (2015, p. 152), a deterioração compreende os casos em que há “redução das qualidades essenciais da coisa ou de seu valor econômico, mas ela ainda guardada a sua identidade”.

⁴⁰ Nas obrigações de dar em que ocorrer a deterioração da coisa, sem culpa do devedor, o credor poderá resolver a obrigação ou aceitar a coisa, com abatimento do preço (art. 235); se resultar de culpa do devedor, o credor poderá optar por receber o equivalente pecuniário ou aceitar a coisa no estado em que se encontrar, bem como a responsabilização do devedor por eventuais perdas e danos em ambos os casos (art. 236). Nas obrigações de restituir, diante da deterioração da coisa sem culpa do devedor, o credor recebe-la-á, no estado em que se encontrar e não lhe assistirá direito de pleitar indenização em face do devedor (art. 240); se, por outro lado, resultar de culpa do devedor, este ficará sujeito à execução pelo equivalente e responsabilização por eventuais perdas e danos (art. 239).

⁴¹ Exceto pelo artigo 396, que impede a constituição em mora do devedor na hipótese em que, anteriormente à data prevista para o cumprimento, impossibilite-se a prestação temporariamente, subsistindo, contudo, o interesse no cumprimento após cessar a causa da impossibilidade.

⁴² A execução pelo equivalente pressupõe a manutenção da obrigação, diferentemente do que ocorre na resolução (TERRA, 2018). Após o efeito modificativo e o pagamento do equivalente pecuniário, opera-se o efeito extintivo do vínculo.

Cabe mencionar, ainda, que os dispositivos que tratam da impossibilidade *superveniente* não distinguem impossibilidade *absoluta objetiva* da *subjéitiva*. Assim, considera-se que possa tanto ser *objetiva*, por ter se perdido a coisa, quanto *subjéitiva*, por doença que impeça o devedor de cumprir sua prestação nas obrigação de fazer.

Por fim, depreende-se que o sistema de atribuição de risco instituído pelo regime geral da impossibilidade preconiza a lógica de que: a) a coisa perca para o proprietário; e b) o risco da prestação recaia sobre o devedor, enquanto o do seu uso, sobre o credor (COGO, 2021, Nota 515).

2.2 Desequilíbrio superveniente

Os institutos jurídicos relacionados ao desequilíbrio superveniente situam-se no campo das alterações de circunstâncias e remontam à doutrina da *clausula rebus sic stantibus*, formulada pelos glosadores no período medieval, a qual se traduz na concepção de que a “subsistência dos pactos depende da persistência das circunstâncias existentes no momento da celebração, devidamente assumidas e cuja alteração não fosse previsível para as partes” (LARENZ, 2002, p. 24, tradução nossa)⁴³.

Verificou-se, contudo, o enfraquecimento dessa doutrina a partir do século XVIII, o que Larenz (2002, p. 25) atribui à sua generalidade e indeterminação. Acrescenta Schreiber (2019, p. 496) que a laiscização e a elevação da obrigatoriedade dos pactos ao *status* de princípio “praticamente absoluto” contribuíram para a asfixia das teses revisionistas.

O vácuo deixado pela *cláusula rebus sic stantibus* só viria a ser preenchido na metade do século XIX, pela teoria da pressuposição de B. Windscheid⁴⁴. Para o autor, a pressuposição da existência ou da permanência de determinada circunstância – exteriorizada na declaração de vontade⁴⁵ configuraria fator de autolimitação da vontade verdadeira de um dos contratantes.

⁴³ “*En su acepción más general, mantiene esta doctrina que la subsistencia de una relación contractual depende, según su sentido, de la persistencia de las circunstancias existentes al concluir el contrato que elean debidamente presupuestadas y cuya variación no era previsible para las partes contratantes.*”

⁴⁴ Consideração de Larenz (2002, p. 25-26).

⁴⁵ Reforça Schreiber (2019, p. 497) que “a pressuposição só pode ser invocada quando seja cognoscível pela outra parte”.

Assim, ao não se confirmar o quadro fático pressuposto, a produção dos efeitos jurídicos do negócio afigurava-se contrária à vontade verdadeira daquele contratante (LARENZ, 2002)⁴⁶.

A teoria de Windscheid recebeu críticas, sobretudo de O. Lenel, para quem a pressuposição se aproxima da categoria dos motivos unilaterais, os quais, via de regra, não possuem relevância jurídica, senão quando elevados a *condição – stricto sensu* – de eficácia do negócio (Larenz, 2002, p. 19). Com a reinauguração do debate, sucedeu-se à *teoria da pressuposição*, conservando o paradigma da vontade negocial como ponto de partida, a *teoria da base do negócio*, de P. Oertmann.

A *base do negócio* em Oertmann consiste na “representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte”⁴⁷ ou, ainda, na “comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparição de determinadas circunstâncias, nas quais se baseia a vontade negocial”⁴⁸ (LARENZ, 2002, p. 5, tradução nossa). Caso desaparecessem tais circunstâncias, o contrato poderia ser extinto pelo contratante prejudicado (LARENZ, 2002). Portanto, enquanto a pressuposição refere-se à declaração de vontade e é tão somente cognoscível pela outra parte, a base do negócio – enquanto representação mental conhecida e não afastada por ambos os contratantes ou comum a estes – se relaciona ao ato negocial bilateral (LARENZ, 2002).

Não obstante os esforços de Oertmann para aperfeiçoar a teoria da pressuposição visando contornar as críticas sofridas por Windscheid, segundo Larenz (2002), a *teoria da base do negócio* de Oertmann, além de se apoiar exclusivamente em critérios psicológicos, não logrou delimitar as circunstâncias que caracterizariam a base do negócio cujo desaparecimento ensejaria direito à resolução, fator que comprometeria a segurança jurídica na sua aplicação. Também observou Larenz (2002, p. 21, tradução nossa) que a *base do negócio* em Oertmann sujeitava-se – tal qual a pressuposição em Windscheid – à crítica de Lenel, no sentido de que

⁴⁶ “Windscheid entendía por “presuposición” una limitación de la voluntad, exteriorizada em el supuesto de hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez sólo para el caso, que el declarante considera cierto y, por tanto, no puso como “condición” (en sentido técnico-jurídico), de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia . Si esta presuposición no se realiza, las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera. La presuposición es, por consiguiente, una condición no desenvuelta y, al igual que la condición típica, una “autolimitación de la voluntad”, no de la voluntad efectiva, consciente, sino de la voluntad verdadera.” (LARENZ, 2002, p. 18).

⁴⁷ “La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte”.

⁴⁸ “la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial”.

“inexiste meio termo entre um simples motivo e uma condição convertida em conteúdo do negócio”⁴⁹.

Surgiram, paralelamente, teorias que remontaram, em termos, à *cláusula rebus sic stantibus*, fundamentando-se em conceitos objetivos. Kaufmann aludiu à “finalidade essencial do contrato”, atentando-se à natureza do tipo contratual para determinar o conteúdo da “vontade eficaz” que limitaria a vinculação dos contratantes às obrigações assumidas diante de alterações de circunstâncias (LARENZ, 2002, p. 26, tradução nossa)⁵⁰. Krückmann reportou à hipótese de perda do “sentido”, “fim” ou “objeto”, que autorizariam a resolução contratual, com fundamento na *cláusula rebus sic stantibus*, concebida pelo autor como “reserva virtual” que integraria o conteúdo do contrato (LARENZ, 2002, p. 27, tradução nossa)⁵¹. Por sua vez, Locher abandonou a ideia de representações das partes para conceituar a *base do negócio jurídico*, por ele concebida como “aquelas circunstâncias necessárias para que se possa alcançar a ‘finalidade do negócio’, determinada pelas partes e destacada no contrato”⁵² (LARENZ, 2002, pp. 26-27, tradução nossa).

Posteriormente, Larenz (2002, p. 34, tradução nossa) desenvolveu sua própria teoria, em que a *base do negócio* era compreendida no sentido subjetivo – enquanto “representação mental existente ao concluir o negócio que tenha influído significativamente na formação dos motivos”⁵³; e objetivo – como “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência

⁴⁹ “[...] no hay ‘ningún término médio’ entre un simple motivo, por lo regular irrelevante, y una condición convertida en contenido del negocio.”.

⁵⁰ Kaufmann sustenta que “a obrigação assumida no negócio jurídico por cada contratante deve encontrar seus limites no que se possa imputar ao contratante obrigado em virtude de sua vontade eficaz, tendente à finalidade essencial de um determinado tipo contratual.” (LARENZ, 2002, p. 26). Tradução livre de: “la obligación, asumida en el negocio jurídico, de cada contratante debe encontrar sus límites en lo que ‘pueda imputarse al contratante obligado en virtud de su voluntad eficaz, tendente a la finalidad esencial de un determinado tipo contratual’”.

⁵¹ Krückmann “conceituava [a *cláusula rebus sic stantibus*] [...] como uma ‘reserva virtual’, que existe sem necessidade de que as partes houvesse tido conhecimento dela, ‘lógico-imanente’ à sua vontade negocial e declarações. A *cláusula rebus sic stantibus* se converte em conteúdo do contrato, se uma das partes não se opõe expressamente à mesma e não destrói a reserva virtual.” Tradução livre de: “La conceptuaba [...] como una ‘reserva virtual’, que es, sin necesidad de que las partes hubiesen tenido conocimiento de ella, ‘lógico-inmanente’ a su voluntad negocial y declaraciones. La cláusula rebus sic stantibus se convierte en contenido del contrato, si una de las partes no se opone expresamente a la misma y no destruye la ‘reserva virtual’.” (LARENZ, 2002, p. 27).

⁵² Locher entende que a resolução do contrato se justificaria “quando existam ou apareçam circunstâncias que impeçam que, mediante o negócio jurídico, possa ser alcançada a finalidade perseguida pelas partes com o contrato e dele faça parte.” Tradução livre de: “cuando existan o aparezcan circunstancias que impidan que mediante el negocio jurídico pueda alcanzarse la finalidad que las partes perseguían con el mismo y que forma parte deste.” (LARENZ, 2002, p. 26-27)

⁵³ “[...]representación mental existente al concluir el negocio que há influído grandemente en la formación de los motivos”

pressupõe o contrato, saibam ou não os contratantes”, pois, não fora assim, “não se lograria o fim do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria ‘sentido, fim ou objeto’.”⁵⁴.

Após examinar julgamentos de cortes superiores nas experiências de ordenamentos jurídicos distintos, Larenz (2002) concluiu que a desapareição da base objetiva do negócio se verificava em duas hipóteses: (i) destruição da relação de equivalência entre as prestações, que guarda relação com a noção de desequilíbrio superveniente; e (ii) impossibilidade de alcançar o fim do contrato, onde insere a figura da frustração do fim do contrato, originada da doutrina inglesa do *frustration of purpose*, que será aprofundada mais à frente.

Releva, outrossim, mencionar a teoria da imprevisão, de origem francesa, que ascendeu de decisões das cortes administrativas do país e projetou sua aplicação às relações contratuais privadas a partir da *Loi Failliot*⁵⁵ e dos diplomas que seguiram até, mais recentemente, ganhar assento no Código Civil francês (SCHREIBER, 2019). Concerne, em suma, à possibilidade de revisão ou de resolução de contratos impactados por eventos imprevisíveis posteriores à sua celebração (SCHREIBER, 2019).

Na Itália, a teoria da excessiva onerosidade aludia a acontecimentos imprevisíveis e extraordinários que tornariam extremamente dificultoso para uma das partes a execução do contrato (SCHREIBER, 2019). A proximidade da noção de impossibilidade da prestação foi apontada por Schreiber (2019, p. 503), que destacou os esforços da doutrina italiana no sentido de interpretar seus requisitos de forma objetiva.

Sob inspiração do ordenamento italiano, o remédio previsto no Código Civil de 2002 para as situações de desequilíbrio superveniente no âmbito das relações contratuais é a resolução por onerosidade excessiva superveniente na forma dos artigos 478 e seguintes (SCHREIBER,

⁵⁴ “[...] conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes – , ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría ‘sentido, fin u objeto’.” (LARENZ, 2002, p. 34).

⁵⁵ A Primeira Guerra afetou sobremaneira a economia francesa e os contratos no âmbito da sociedade civil, exigindo intervenção Estatal, que culminou na *Loi Failliot*, que “permitiu a resolução dos contratos concluídos antes do início do conflito, desde que um dos contratantes demonstrasse ter sofrido prejuízos exagerados em virtude da guerra.” (SCHREIBER, 2019, p. 500).

2019)⁵⁶. Constituem requisitos para a sua aplicação extraídos do texto legal e destacados pela doutrina de modo geral, (i) contrato de execução diferida ou continuada; (ii) onerosidade excessiva; (iii) extrema vantagem; (iv) acontecimento superveniente imprevisível e extraordinário.

O primeiro requisito determina que o contrato seja de execução diferida ou continuada, de modo que o acontecimento extraordinário e imprevisível provoque, no curso da execução do contrato, o agravamento da onerosidade (SCHREIBER, 2019). Excluem-se, portanto, do âmbito de aplicação do instituto, os contratos de execução instantânea (ou imediata)⁵⁷.

A excessiva onerosidade, segundo requisito, consiste, de acordo com Schreiber (2019, p.506), no “sacrifício desproporcional sofrido pelo contratante, quer em face da contraprestação que recebe (*desequilíbrio contratual vertical* ou *relacional*), quer em face da obrigação que assumira ao tempo da conclusão do contrato (*desequilíbrio contratual horizontal* ou *temporal*)”⁵⁸.

Face à ausência de métricas ou de parâmetros objetivos e específicos para a sua aferição, caberá ao juiz avaliar, à luz das circunstâncias do caso concreto (SCHREIBER, 2019) e dos “riscos concretamente assumidos pelas partes no exercício legítimo da autonomia negocial”, a configuração de “efetivo desequilíbrio econômico” a justificar intervenção no programa contratual originalmente pactuado (TEPEDINO e SCHREIBER, 2021, v. 3, pp. 248-249).

Constitui, portanto, importante parâmetro para a apuração do desequilíbrio econômico superveniente e, conseqüentemente, para a caracterização da excessiva onerosidade a álea própria do contrato, assim compreendida a “oscilação entre os custos e vantagens previstos no

⁵⁶ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

⁵⁷ Por contratos de execução instantânea, compreende-se “aqueles em que as prestações se destinam a ser cumpridas de imediato”; nos contratos de execução diferida, o cumprimento “embora pontual e delimitado no tempo, é diferido para o futuro”; e nos contratos de execução continuada, o cumprimento “se estende no tempo de modo difuso (contrato continuado em sentido estrito) ou por meio de atos sucessivos (contrato de trato sucessivo, também chamado de contrato de execução periódica).” (SCHREIBER, 2019, pp. 442-443).

⁵⁸ Vide contratos unilaterais, nos termos do artigo 479 do Código Civil.

momento de conclusão do contrato e seu valor efetivo apreciado após a execução” (CARDOSO, 2010, p. 103).

A “extrema vantagem”, que corresponde ao terceiro requisito, gera discussões acerca da sua interpretação e da sua aplicação. Parte da doutrina critica a sua exigência, por reduzir o escopo de proteção da norma, excluindo hipóteses de alteração de circunstâncias que não necessariamente beneficie um dos contratantes em detrimento do outro (SCHREIBER, 2019). Vai ao encontro das críticas o Enunciado nº 365 IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁵⁹, que parece suprimir o requisito ao dispensar sua demonstração plena⁶⁰.

Outra parte da doutrina deduz da onerosidade excessiva que atinge determinada obrigação, perturbando o equilíbrio do contrato, a extrema vantagem relativa auferida pelo contratante, “que estaria na iminência de obter uma prestação por valor inferior ao que seria necessário para obter a mesma prestação naquele momento, à luz das condições de mercado” (KHOURI *apud* SCHREIBER 2019, p. 509). Essa interpretação, todavia, anula a extrema vantagem enquanto requisito autônomo, pois sua configuração constituiria inferência lógica da onerosidade excessiva. Anotam Tepedino, Konder e Bandeira (2021, v. 2, p. 320):

Se for considerada presente a extrema vantagem sempre que a prestação contraposta estiver sendo obtida por valor inferior ao valor atual de mercado, não se trata, a rigor, de um requisito, mas de efeito necessário da onerosidade excessiva – caso em que a presunção absoluta seria operada pelos próprios fatos.

No julgamento do REsp. nº 2.032.878, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a despeito de mencionar a extrema vantagem enquanto requisito, reconheceu a possibilidade de se flexibilizar a sua exigência:

11. A seu turno, o art. 478 do CC consagra a Teoria da Onerosidade Excessiva, de matriz italiana [...]
 12. Para sua incidência, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: [...]; (IV) extrema vantagem para a contraparte
 14. Outrossim, no que concerne ao requisito da “extrema vantagem para a outra parte”, parcela da doutrina posiciona-se pela sua flexibilização[...]
 33. Por sua vez, os demais requisitos da Teoria da Onerosidade Excessiva também se mostram presentes em tese. Isso porque, [...]; (II) é possível, em tese, constatar a

⁵⁹ “A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.”

⁶⁰ A isso se opõe Schreiber (2019, p. 508), que assevera: “ao intérprete não compete simplesmente ignorar expressões constantes do dispositivo legal, o que, tecnicamente, somente poderia ser alcançado por meio da impugnação parcial à validade da norma, e não pela via puramente interpretativa”.

excessiva onerosidade para a parte que precisou continuar a pagar os aluguéis nos moldes originalmente ajustados, flexibilizada a exigência de extrema vantagem para a outra parte.

Cabe, ainda, menção ao julgamento do REsp nº 1.984.277-DF, em que a Quarta Turma parece acolher a interpretação doutrinária de “extrema vantagem” enquanto reflexo ou efeito automático da onerosidade excessiva.

Tem-se, portanto, que as críticas e os debates doutrinários acerca do elemento da “extrema vantagem” resultaram ora na sua relativização, ora na sua inferência automática diante da excessiva onerosidade – o que implica não se considerar, na prática, requisito propriamente dito, mas efeito desta.

O quarto requisito, nos termos do artigo 478, é a superveniência de acontecimento “extraordinário” e “imprevisível”. Expõe Schreiber (2019, p.510), que, na doutrina, a extraordinariedade é relacionada à noção de probabilidade, compreendendo o elemento, portanto, sob perspectiva objetiva; já a imprevisibilidade é associada à capacidade dos contratantes de antecipar o acontecimento, sendo aferida, portanto, sob perspectiva subjetiva. No entanto, essa correlação, segundo o autor, demonstra certa fragilidade: a uma, pela “impossibilidade de se perquirir a representação mental das partes ao tempo da contratação”; a duas, porque a “aferição de extraordinariedade funda-se, em larga medida, na percepção subjetiva que temos do que ordinariamente acontece”.

Merecem registro os esforços doutrinários para orientar a interpretação desse requisito, de modo a viabilizar e a promover a efetiva aplicação da norma. Desse movimento, resultaram os Enunciados nº 175 e 366 da III e IV Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, os quais preceituam respectivamente que: “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às conseqüências que ele produz.”; e que “o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.”.

Em meio ao intenso e complexo debate sobre os elementos desse requisito, Schreiber (2019) tece interessante crítica ao juízo de imprevisibilidade e de extraordinariedade, aduzindo

a sua arbitrariedade e conseqüente propensão a produzir decisões judiciais contraditórias e o fato de relegar ou, até mesmo, de obstar a análise do desequilíbrio.

Acentua Schreiber *apud* Schreiber (2019, pp. 512-513) :

O juízo de imprevisibilidade e extraordinariedade, além de arbitrário na eleição do seu objeto, por ser a cadeia causal que conduz ao desequilíbrio contratual frequentemente complexa e multifacetada, revela-se, também, impreciso, porque permite conclusões divergentes em relação aos mesmos fatos, conforme a especificidade, profundidade e momento da análise. [...] O foco da análise deve se deslocar da questão da imprevisibilidade e extraordinariedade (do acontecimento apontado como ‘causa’) para o equilíbrio contratual em concreto.

Somam-se aos requisitos ora abordados os pressupostos negativos para a aplicação do instituto, notadamente: a) inexistência de mora, haja vista que “tem por efeito impor ao devedor todos os riscos que lhe forem supervenientes”; e b) inimputabilidade do desequilíbrio superveniente ao devedor (TEPEDINO, 2021, v.3, p. 249).

Passando-se à análise dos efeitos da onerosidade excessiva superveniente, em relação aos contratos unilaterais, o artigo 480 estabelece a possibilidade de redução da prestação ou da alteração do modo de execução a fim de evitar onerosidade excessiva. Tratando-se de contrato bilateral, o remédio previsto no artigo 478 é o pleito de resolução do contrato⁶¹. Instaurado o processo, nos termos do artigo 479, faculta-se ao réu – contratante não prejudicado pelo desequilíbrio –, propor modificação equitativa visando preservar o contrato, conquanto seja “ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório”, de acordo com a orientação doutrinária assentada no Enunciado nº 367 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁶².

Nesse ponto, é importante destacar que o artigo 317 do Código Civil é interpretado pela doutrina, à luz do princípio da conservação dos contratos, como fundamento geral para a revisão judicial de contratos atingidos por desequilíbrio superveniente, suprindo, assim, a lacuna do artigo 478 no que se refere aos contratos bilaterais (SCHREIBER, 2021).

⁶¹ “Define-se como unilateral o contrato que cria obrigações para um só dos contratantes; bilateral, aquele que as origina para ambos.” (PEREIRA, 2018, v. 3, p. 91).

⁶² “Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.”.

Consoante observam Tepedino, Konder e Bandeira (2021, v. 2, pp. 319-320), diante dessa interpretação, surge o desafio de conciliar esse sistema de normas, na medida em que: (i) o artigo 317, por referir-se à “desproporção interna” da prestação, considerada, pois, isoladamente, não estabelece, como requisito para sua aplicação, a extrema vantagem para a contraparte, tal qual o faz o artigo 478; (ii) o artigo 317 faz referência a “motivos imprevisíveis”, não aludindo à extraordinariedade.

Nesse ponto, analisando decisões judiciais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, há receptividade quanto aos pleitos de revisão contratual em face de situações de desequilíbrio econômico com fundamento em ambos os dispositivos, sendo o quadro fático analisado à luz dos requisitos previstos em um e no outro dispositivo. Nota-se, ainda, quando da análise dos requisitos do artigo 317, referência à teoria da imprevisão; e, quando da análise dos requisitos do artigo 478, à teoria da excessiva onerosidade⁶³.

Na seara das locações imobiliárias urbanas, a proteção legal contra o desequilíbrio superveniente se materializa na figura da ação revisional. De acordo com Souza (2017, p. 582), o objetivo da ação revisional do aluguel “é, sem dúvida, o de preservar o equilíbrio da equação econômica do contrato de locação do imóvel urbano, se o aluguel vier a se afastar, de maneira significativa do valor de mercado”. O remédio encontra-se previsto no artigo 19 da Lei nº 8.245/91⁶⁴ e seu procedimento, disciplinado nos artigos 68 e seguintes.

É necessário que o contrato esteja em vigor há, pelo menos, 3 anos e, ainda, que o aluguel não tenha sido repactuado nos 3 anos anteriores ao pleito. Souza (2017, p. 196; 603) entende que o acordo que não tenha logrado readequar o aluguel ao valor de mercado não obstará a ação revisional. Contudo, há jurisprudência consolidada no sentido contrário, notadamente, de que impedirá a revisão judicial qualquer repactuação anterior do aluguel, independentemente da sua adequação ao valor do mercado, reforçada no julgamento do REsp nº 264.556.

⁶³ V. REsp. nº 2.032.878; REsp. nº 1.993.499; REsp. nº 1.984.277; e REsp. nº 1.316.595.

⁶⁴ Lei nº 8.245/91: “Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.”

Nada obstante, a doutrina sustenta que, diante do desequilíbrio superveniente, na hipótese de repactuação do aluguel dentro dos 3 anos anteriores – não cabendo, portanto, ação revisional –, admite-se o pleito de revisão judicial com fundamento na teoria da onerosidade excessiva.

Por todos, Souza (2017, p. 605) assinala:

Alguns autores, entretanto, têm admitido que, diante de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis, que rompam o equilíbrio do contrato, trazendo lesão profunda à parte prejudicada, poderá ela pleitear a sua modificação ou até mesmo a resolução, com base na teoria da onerosidade excessiva, que, como é óbvio, não pode estar engessada temporalmente. Nesse caso, entretanto, a via adequada seria a ação ordinária de modificação de cláusula, ou de resolução do pacto, com base no artigo 478 do Código Civil, e não a revisional referida no artigo 19. Parece-nos acertado este entendimento, já que, em se tratando de imprevisibilidade, não seria possível fixar o momento em que ocorreria a circunstância justificadora da aplicação da velha cláusula *rebus sic stantibus*.

Em consonância com esse entendimento, tem-se admitido o pleito de revisão de contratos de locação regidos pela Lei nº 8.245/91 com fundamento nos artigos 317 c/c 478 do Código Civil, a exemplo dos julgamentos do Recursos Especiais de números 2.032.878 e 1.984.277.

2.3 Frustração do fim do contrato

O instituto da frustração do fim do contrato tem origem no direito inglês, notadamente, na *doctrine of frustration*, que, segundo Cogo (2021), é abrangente e compreende uma diversidade de casos, os quais, à luz da tradição romano-germânica, consolidaram-se sob institutos próprios, a exemplo da *impossibility* e da *impracticability*, correspondentes, respectivamente, à impossibilidade e ao desequilíbrio supervenientes. Por seu turno, os casos em que “as prestações eram perfeitamente possíveis, sem excessiva onerosidade, mas nos quais a contratação não tinha mais nenhum sentido” foram enderaçados à *frustration of purposes*, ramificação específica da *doctrine of frustration*, correlata, propriamente, à frustração do fim do contrato na acepção consagrada pelo direito brasileiro, ora examinada.

Dentre os exemplos relacionados à *frustration of purpose*, os mais emblemáticos são os *coronation cases*, cujo *leading case* – *Krell v. Henry* – se refere à locação de imóvel de onde seria possível assistir ao desfile de coroação do Rei Eduardo VII. No caso, parte do valor da locação havia sido paga antecipadamente, contudo o Rei adoeceu e o desfile foi cancelado (COGO, 2021). Os *coronation cases* foram analisados, no âmbito da doutrina alemã, por Larenz

(2002), que os inseriu no componente objetivo da sua teoria da base do negócio, contribuição que alicerçou e impulsionou o surgimento de novas formulações acerca dessa figura jurídica. Na Itália, os esforços doutrinários para embasar tratamento jurídico específico aos casos de frustração do fim conduziram à teoria da *presupposizione*. Esta nasceu inspirada na teoria da pressuposição de Windscheid – marcada por subjetividade – e sofreu reformulações, objetivando-se e proporcionando elementos de análise mais precisos, com importante papel desempenhado pela ideia de função ou causa concreta (COGO, 2021).

Para conceituar “fim do contrato”, a doutrina recorre, pois, a construções teóricas de matrizes distintas: hispânica, influenciada pela teoria de Larenz, no sentido de “finalidade objetiva do contrato – compreendida como a finalidade comum das partes, que tenha sido levada em conta ao determinar o conteúdo do contrato” (MARINHO, 2020, p. 37); e italiana, que relaciona o fim do contrato à sua causa concreta, representando a “síntese dos efeitos essenciais, tal qual emerge do concreto interesse que a operação contratual é destinada a satisfazer” (PERLINGIERI *apud* MARINHO, 2020, pp. 32-33).

Não obstante serem fundados sobre diferentes perspectivas e bases conceituais, os referenciais expostos confluem para a “tutela jurídica da inalcançabilidade do resultado prático que as partes pretendem extrair do contrato” (MARINHO, 2020, p. 37). Portanto, fim é, nas palavras de Cogo (2021), “o efeito prático que o contrato proporcionará. São os efeitos que os efeitos do negócio jurídico gerarão”. Ilustra o autor:

Os efeitos diretos resultantes do contrato de locação são um dar (entrega do preço) em troca de um fazer (permitir o uso do bem); essa locação pode ser feita para admirar uma queima de fogos no réveillon, que será o efeito esperado com os efeitos da locação.

Nessa esteira, delimita-se, conceitualmente, a frustração do fim do contrato à hipótese em que, “mesmo sendo possíveis as prestações ajustadas, o contrato perde seu sentido e razão de existência, por não ser mais possível alcançar sua finalidade concreta (causa concreta) em decorrência de um fato superveniente à contratação e não imputável às partes” (COGO, 2021).

Por ser fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, a frustração do fim do contrato, seus requisitos e efeitos não se encontram expressamente previstos no texto legal. A despeito disso, a figura é consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro, fundamentando-se, segundo

Cogo (2021): a) na relevância conferida à função-finalidade no direito brasileiro, enquanto fator de manutenção de eficácia – o que se depreende da análise de dispositivos do Código Civil, da própria Constituição e de outros diplomas legais⁶⁵; e, sobretudo, b) no princípio da função social do contrato, na medida em que, frustrado o seu fim, o contrato “não atende à função social, por não mais permitir que ele funcione como um instrumento de troca apto a proporcionar a satisfação dos interesses dos contratantes, não sendo lícito, assim, exigir seu cumprimento”⁶⁶.

Esse entendimento originou o Enunciado nº 166, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.”.

Marinho (2020), contudo, alinha-se à concepção do princípio da função social do contrato voltada, exclusivamente, à tutela de interesses metaindividuais, razão pela qual não identifica, no referido princípio, fundamento da frustração do fim. Para a autora, constitui base, para o reconhecimento de tutela aos casos em apreço, o princípio da boa-fé objetiva, que teria o condão de impor “observância e respeito pelas partes à finalidade concreta que era efetivamente visada por elas no momento da contratação, não se podendo exigir a manutenção do vínculo a despeito da impossibilidade de alcançar tal fim”.

Ambas as perspectivas revelam-se coerentes com os referenciais adotados relativamente ao conteúdo de cada princípio. Mais importante é a conclusão de que a frustração do fim do contrato encontra assento no direito brasileiro, fundamentada, por meio de raciocínio lógico dedutivo, ora no princípio da função social do contrato, ora no princípio da boa-fé objetiva; e, ainda, por raciocínio indutivo, no papel atribuído à finalidade no ordenamento jurídico na disciplina de diversos institutos⁶⁷.

⁶⁵ O panorama é traçado por Cogo (2021), que investiga a existência de amparo legal à frustração do fim do contrato no direito brasileiro por meio da aferição da relevância conferida pelo ordenamento jurídico, nos planos constitucional e legal, à função concreta ou finalidade do negócio.

⁶⁶ A concepção do princípio da função social do contrato de que parte Cogo (2021) concretiza-se, tanto na dimensão ou eficácia externa, referente aos interesses da coletividade relacionados ao contrato, quanto na dimensão ou eficácia interna, notadamente, relativa aos interesses individualizados dos contratantes e terceiros determinados.

⁶⁷ Assim, conclui Cogo (2021): “A indicação das disposições legais que amparam uma determinada teoria jurídica confortam o aplicador do direito. Adiantamos que tanto no Código Civil quanto do Código de Defesa do Consumidor existem disposições legais para amparar a frustração do fim do contrato. De todo modo, considerando que (i) a frustração do fim do contrato utiliza a noção de causa concreta do negócio jurídico, e que (ii) “a causa,

Constituem requisitos para a aplicação da teoria da frustração do fim do contrato: (i) contrato bilateral ou unilateral, de cunho patrimonial, comutativo ou aleatório, de execução diferida ou continuada; (ii) finalidade que integre o conteúdo do contrato (sem, no entanto, entrelaçar-se de forma indissociável do ato de prestar); (iii) perda do sentido ou razão de ser do contrato em razão da impossibilidade superveniente de se atingir o seu fim; (iv) ocorrência de evento posterior à contratação que não estava dentro da álea do contrato e era alheio à atuação culposa das partes; (v) inexistência de mora do contratante frustrado (COGO, 2021).

Classificam-se como bilaterais os contratos que geram obrigações para ambos os contratantes, ao passo que, dos contratos unilaterais, exurgem obrigações para um⁶⁸. A doutrina enxerga nos contratos bilaterais contexto mais propício à aplicação do instituto, pois a parte não prejudicada pela frustração do fim contratual poderia exigir o cumprimento do contrato, visando receber a “prestação a que, em tese, faz jus, mas que, em decorrência de fato superveniente, é objeto de um contrato cujo sentido se perdeu.” (COGO, 2021).

Ademais, normalmente, nos contratos bilaterais, a vinculação das partes à execução do programa contratual é intensa, de modo que, “como regra, a nenhum deles é dado simplesmente eximir-se da relação contratual por vontade própria sem enfrentar alguma espécie de empecilho para tanto” (COGO, 2021). Em relação aos contratos unilaterais, a vinculação seria menos intensa, não raro assistindo à parte opção de resilir unilateralmente o contrato (COGO, 2021). Nada obstante, afigura-se possível que determinado contrato unilateral perca o sentido diante da frustração da finalidade que integre o seu conteúdo (MARINHO, 2020)⁶⁹.

no nosso direito, não está na lei, mas está, porque é inevitável, no ordenamento como um todo”⁵⁴⁵, a sua aplicabilidade no Brasil não restaria prejudicada ainda que não houvesse um dispositivo legal específico para albergá-la. [...] Mesmo que o prestígio à função do negócio jurídico não estivesse positivado no art. 421 do Código Civil, não haveria óbice à aplicação da frustração do fim do contrato ante a presença imanente da causa no ordenamento jurídico.”

⁶⁸ Assim, “no contrato unilateral, há um credor e um devedor; no contrato bilateral, cada uma das partes é credora e reciprocamente devedora da outra.” (PEREIRA, 2018, p. 91).

⁶⁹ O exemplo suscitado por Marinho (2020, pp.64-65) ilustra a hipótese: “imagine-se que um colecionador doe ao acervo do Museu Histórico Nacional determinadas obras de arte a serem entregues após alguns meses e, nesse interim, ocorra o trágico incêndio que devastou o referido museu. Ou seja, há um contrato de doação celebrado com a finalidade de que o bem doado seja utilizado de determinada forma, que, posteriormente se torna impossível.[...] caso se entenda que se trata da finalidade do negócio, incide a teoria da frustração do fim do contrato como forma de solucionar a questão.”

Os contratos comutativos caracterizam-se pela prévia certeza em relação ao conteúdo das prestações e à equivalência recíproca (PEREIRA, 2018). Nos contratos aleatórios, inexistente tal certeza em razão do risco assumido por um dos contratantes. Nesse aspecto, a doutrina considera aplicável a frustração do fim, quer aos contratos comutativos, quer aos aleatórios. Ressalva-se, contudo, que “o evento caracterizador do risco do negócio não enseja a aplicação da teoria da frustração do fim do contrato”, exigindo-se, portanto, que a alteração de circunstâncias não se compreenda na álea contratual (COGO, 2021).

De acordo com Marinho (2020), somente é possível conceber a frustração da finalidade do contrato se em curso ou ainda não iniciada a sua execução. Nesse sentido, a existência de lapso entre o momento da formação desses contratos e o momento da sua execução “sujeita-os à alteração das circunstâncias, fato necessário para ocorrer a frustração do fim” (COGO, 2021). Portanto, o âmbito de aplicação do instituto cinge-se aos contratos de execução diferida e continuada. Acrescenta Marinho (2020) que “ não poderá a parte que já recebeu a prestação contratada se valer da frustração do fim do contrato, uma vez que seu interesse já terá sido satisfeito quando da ocorrência do fato superveniente”. No mesmo sentido, a colocação de Neves (2017, p. 204):

Uma situação um pouco distinta é a de frustração do fim do contrato. Isso vai ocorrer se, por algum motivo superveniente ao início da obrigação e antes do oferecimento da prestação o contrato perde o sentido porque já não se poderá mais atingir a finalidade do negócio.

Ademais, a finalidade precisa integrar o conteúdo do contrato. Para isso, salienta Cogo (2021), deve constituir finalidade comum às partes e considerada por ambas, influenciando objetivamente a contratação. A doutrina converge no sentido de que tal aferição volta-se às “circunstâncias do caso concreto” e aos “termos do contrato” (MARINHO, 2020, p. 73). Para Cogo (2021), o “ponto de partida deve ser o contrato, em respeito à autonomia privada e sob pena de oferecer uma solução pouco coerente com o conflito de interesses em jogo”. Caso, a partir dos dados do contrato, a análise resulte inconclusiva, torna-se necessário o recurso à análise das circunstâncias do negócio.

Nesse sentido, Cogo (2021) fornece elementos de análise para auxiliar nessa investigação, designadamente: os usos e costumes, o preço e o tipo contratual, conjugados com o princípio da boa-fé objetiva. Assim, o juízo, à luz da boa-fé, consistiria em avaliar “se, a partir de um

comportamento padrão de conduta, poder-se ia afirmar que o co-contratante conheceu ou deveria ter conhecido o propósito prático do contrato, tornando-o igualmente como seu”. Os critérios de usos e costumes, preço e tipo contratual, por seu turno, “formam uma espécie de estrutura de freios e contrapesos ao juízo de boa-fé objetiva, tornando-o mais articulado, racional e atrelado à economia do negócio específico, segundo a formatação dada pelos contratantes”.

Quanto aos usos e costumes, Cogo (2021) explica que, por vezes, é possível constatar se determinado fim integra o contrato ou, ainda, se concorre com outras possíveis finalidades, dentro da “normalidade” para a contratação em apreço⁷⁰. A respeito do preço de mercado, pontua que, caso o preço contratado corresponda ao valor de mercado relacionado à finalidade alegada, poder-se-ia inferir que aquela finalidade integra o conteúdo do contrato. Ademais, o preço inferior poderia sugerir que o fim não teria integrado o contrato ou assunção, pelo contratante, do risco da não consecução. Com respeito ao tipo contratual, destaca que a análise da distribuição de riscos, própria do tipo contratual em questão, contribui para examinar se o fim se refletiu no conteúdo do contrato.

Após analisar uma série de casos cujo julgamento envolveu a investigação do fim e da sua influência na determinação do conteúdo do contrato, Marinho (2020, p. 79) também destacou pontos que entendeu relevantes para tal objetivo, como as circunstâncias que conduziram à contratação; as tratativas havidas entre as partes; as peculiaridades ou especificidades da prestação; o preço; o prazo ou período de contratação; e as demais condições contratadas.

Complementarmente à avaliação da sua integração ao conteúdo do contrato, releva apurar se o fim se entrelaçou de forma indissociável ao ato de prestar.

De acordo com Cogo (2021), “o fim deve ser visto como algo exterior à prestação, atuando como um fator de eficácia”.

⁷⁰ Segundo Cogo (2021), “isso é importante porque: a) pode esclarecer se aquela (finalidade) que restou frustrada importará a afetação do negócio como um todo; b) pode determinar se essa finalidade foi tomada em consideração – foi relevante – por ambas as partes.”.

Sob a perspectiva do conceito de *prestação* compreendida como *resultado*, ou seja, como “contraprestação que se pretende obter por meio da ação de prestar concreta da outra parte”, Pereira e Múrias *apud* Cogo (2021, Nota 307) explicam que o *resultado* cuja obtenção foi definida pelas partes como necessária para considerar a obrigação cumprida – ou seja, o “resultado que deve ser causado pelo devedor” – define a prestação e integra seu conceito (*resultado definidor*). Os resultados “que não precisam ser causados pelo devedor (nas obrigações de resultado) ou tentados (nas obrigações de meio), foram designados pelos autores como *resultados externos* (à prestação), sendo ‘os resultados do *resultado definidor*’”⁷¹. Nesse contexto, identifica Cogo (2021) que o *fim do contrato* (na acepção de causa concreta) corresponde à noção de *resultado externo*.

Há hipóteses em que o *fim* se liga de tal maneira ao “ato de prestar em concreto” que passa a definir a prestação, “a ponto de se concluir que o devedor estava obrigado a causá-lo, como parte da prestação a que se obrigou” (COGO, 2021). Devido a essa integração entre o *fim* e o ato de prestar, por vezes, ao se frustrar o *fim* (ou a sua realização por meio do cumprimento do contrato)⁷², também se impossibilita a prestação; ou, ainda, ao se impossibilitar a prestação, conseqüentemente, a finalidade se torna inalcançável.

A esses casos, em que a prestação se inviabiliza, para Cogo (2021) a teoria da *frustração do fim* deve ceder espaço à aplicação do regime da impossibilidade, razão pela qual constitui requisito negativo para a aplicação da teoria da *frustração do fim do contrato* que o fim não tenha se entrelaçado de forma indissociável ao ato de prestar.

Ainda, é preciso que o contrato tenha perdido seu sentido ou razão de ser, tornando-se inútil, por ter se operado a impossibilidade de alcançar seu *fim*. Entende-se que, nos casos em que o *fim* é obtido por meio de meios diversos da execução do contrato, embora se verifique a perda do sentido ou utilidade, configura-se a impossibilidade, em razão de o fim ter se unido de forma indissociável ao ato de prestar ou ao *substrato*⁷³ da prestação, de modo que a frustração do fim não incidiria sobre esses casos, por se tratar de remédio residual (COGO, 2021).

⁷¹ Os autores conceituam, ainda, os resultados denominados *subalternos*, como sendo “aqueles destinados a causar ou a contribuir para causar o definidor” (PEREIRA E MÚRIAS *apud* COGO, 2021).

⁷² Hipótese de “consecução do fim por meio diverso do contratado” (COGO, 2021).

⁷³ Cogo (2021, Nota 304) explica que o *substrato* “abrange tanto condições objetivas quanto subjetivas para que ela seja cumprida, englobando, portanto, circunstâncias relativas à pessoa do credor [...] ou ao objeto/bens envolvidos no cumprimento da prestação.”

Assim, no caso em que o navio que se tenha obrigado a desencilhar se mova por força da maré, a prestação perde o sentido, haja vista o fim ter sido obtido por meio diverso. Entretanto, a prestação afigura-se irrealizável, em razão da não materialização de condição necessária à sua execução, o que atrai o regime da impossibilidade, excluindo a hipótese do âmbito de aplicação da frustração do fim, que, conceitualmente, abrange os casos em que as obrigações são possíveis, contudo a execução do contrato se torna inútil pela frustração do seu *fim* (COGO, 2021).

A frustração do fim pressupõe a ocorrência de evento posterior à contratação que não estava na álea do contrato e era alheio à atuação das partes. Cogo (2021) entende que, para a incidência da frustração do fim do contrato, há que se apurar se o evento é, antes de mais nada, posterior à contratação, de modo a caracterizar alteração de circunstâncias. Também é preciso que o evento não integre a álea contratual, pois o fato de um dos contratantes ter assumido o risco da sua ocorrência afastaria incidência da frustração do fim do contrato (COGO, 2021). Deve, ainda, ser alheio à vontade do contratante, não tendo sido causado culposamente ou em decorrência da sua mora. Em tal hipótese, a frustração do fim do contrato não teria aplicação, pois há disciplina legal própria, que preconiza a responsabilização do contratante pelos prejuízos causados pela sua mora e, até mesmo, por aqueles resultantes de eventos que configurem caso fortuito ou de força maior, ocorridos durante a sua mora (COGO, 2021)⁷⁴. Por fim, o fato deve ser inesperado, assim considerado, “o que razoavelmente – segundo um *standart* de comportamento probó, leal e honesto – não se podia esperar.” (COGO, 2021). Frisa Cogo (2021) que a imprevisibilidade, nesse contexto, não constitui condição, mas elemento considerado para aferição dos riscos assumidos pela parte. Desse modo, salienta o autor, “há de se verificar caso a caso para saber se a probabilidade de ocorrência ou do conhecimento do evento futuro era de tal proporção que pudesse significar a assunção do risco de sua configuração.”.

Por fim, para a caracterização da frustração do fim, é necessário que não esteja em mora o contratante frustrado. Nesse caso, inaplicável a frustração do fim, seguindo o mesmo preceito utilizado para analisar a hipótese de o contrato perder a sua finalidade por ocasião da mora do

⁷⁴ Vide art.395 c/c art. 399 do Código Civil. Cumpre mencionar exceção a essa regra, prevista na parte final do artigo 399, do Código Civil, notadamente, se o contratante provar “que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”.

devedor – notadamente, de que a mora atrai para a esfera do contratante os riscos das alterações de circunstâncias e a responsabilização pelos danos eventualmente provocados (COGO, 2021).

No plano dos efeitos, aparentemente a doutrina compartilha o entendimento de que a frustração do fim do contrato conduz à sua ineficácia (MARINHO, 2020). A ineficácia, segundo Cogo (2021), operar-se-ia “de pleno direito (*ipso iure*)”, podendo ser necessária a sua postulação, pela via judicial, em face de pretensão resistida. A manifestação dessa ineficácia, consoante o autor, dar-se-ia por meio da “resolução” ou da “resilição” do contrato. Marinho (2020, p. 105; 107), que também reconhece o caráter automático da ineficácia, posiciona-se contrariamente à referência à *resolução*, que “tem por efeito a ineficácia – quando a ineficácia já resulta da própria frustração do contrato.” Assim, para Marinho (2020), o reconhecimento da frustração do fim do contrato, pela via judicial, possuiria natureza declaratória.

Dessarte, a frustração do fim resulta na “ineficácia *ex nunc* da relação, ficando as partes liberadas do cumprimento das suas obrigações a partir do evento que conduziu à frustração e mantendo-se hígidas as prestações realizadas anteriormente”, que se opera *ipso iure*, independentemente de sentença constitutiva (MARINHO, 2020). Por conseguinte, consoante observa Cogo (2021), exclui-se a mora e paraliza-se o cumprimento das prestações.

A doutrina reconhece efeito restitutivo da frustração do fim do contrato em relação a prestações realizadas anteriormente à alteração de circunstâncias, sem que o devedor haja recebido a contraprestação⁷⁵, por força do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa (MARINHO 2020, p. 117):

Caso uma prestação tenha sido realizada sem a respectiva contraprestação antes do evento que conduzir à impossibilidade de se alcançar o fim do contrato, o devedor será liberado de realizar a respectiva contraprestação, mas deverá restituir a prestação antes recebida, em razão da vedação ao enriquecimento sem causa que vigora no ordenamento jurídico brasileiro

De mais a mais, considera-se, ainda, a hipótese de as partes terem incorrido em despesas preparatórias para a execução do contrato no momento anterior à frustração. Por se entender que a frustração do fim do contrato constitui evento alheio à vontade e conduta culposa das partes e externo à álea contratual, compreende-se que a frustração do fim do contrato constitui

⁷⁵ No mesmo sentido, Cogo (2021): “Se alguma parcela foi adiantada, deverá ser devolvida”.

“risco comum das partes”, devendo-se “priorizar uma solução de repartição dos custos, evitando-se imputar exclusivamente a uma das partes o ônus da frustração do fim do contrato” (MARINHO, 2020, pp. 121-122)⁷⁶.

Em relação ao ressarcimento de despesas e à repartição de riscos, Cogo (2021), igualmente, contesta a razoabilidade de uma das partes arcar com todo o prejuízo, apontando a necessidade de se adotar solução “própria e particular, não estando o julgador atrelado, necessariamente, às regras de que o risco da prestação corre por conta do devedor, e o risco de utilização, por conta do credor.”.

Nesse ponto, reforça-se que “apenas aquelas (despesas) incorridas para preparar a execução ou cumprir a prestação de forma adequada devem ser reparadas”, não sendo considerados aqueles investimentos que podem ser aproveitados pelo devedor para o exercício de sua atividade econômica ou para execução de demais contratos (COGO, 2021).

Tem-se reconhecido, igualmente, na doutrina contemporânea, a possibilidade – ainda que considerada remota ou excepcional⁷⁷ – de revisão contratual na hipótese de frustração parcial do fim do contrato, na qual “o juízo atua de forma a adaptar a parte do contrato que se manteve hígida, não sofrendo o efeito de ineficácia decorrente da frustração do fim do contrato.” (MARINHO, 2020, p. 109).

Cogo (2021) admite, ainda, a hipótese de impossibilidade temporária de atingir o fim do contrato. Subsistindo interesse das partes na manutenção do vínculo até cessar a situação transitória que obsta o atingimento do fim, o autor entende cabível a suspensão temporária da exigibilidade das prestações. Acerca das despesas relacionadas à manutenção do vínculo até que a finalidade possa ser atingida, o autor entende que a questão deveria ser objeto de ajuste

⁷⁶ Cogo (2021) relaciona a repartição de prejuízos decorrentes de despesas incorridas à noção de enriquecimento sem causa, aduzindo que “de certo modo, o credor estaria auferindo uma vantagem (não ter que pagar pela prestação) em detrimento de um empobrecimento do devedor que realizou despesas confiando na execução do negócio”. “Dessa forma, a regra do art. 885 do Código Civil pode justificar o ressarcimento das despesas ou, quiçá, ao menos, a repartição dos prejuízos do devedor com o credor” (COGO, 2021). Opõe-se a esse entendimento Marinho (2020), ao salientar que as despesas incorridas por uma das partes para a execução do contrato não teria beneficiado a outra, visto que a finalidade do contrato se perdeu.

⁷⁷ Nesse sentido, Cogo (2021) afirma que “a revisão de um contrato cujo fim restou frustrado afigura-se uma hipótese muito remota, pois não é fácil vislumbrar alguma situação em que um negócio jurídico que não tenha mais nenhuma utilidade possa ser aproveitado com uma adaptação.”. Ainda, segundo Marinho (2020, p. 109), “pode-se vislumbrar a possibilidade do contrato na hipótese (deveras excepcional) de que a frustração atinja apenas uma parte da relação obrigacional.”.

entre as partes e de ponderação do interesse em conservar o vínculo, elencando como alternativa diante da ausência de acordo, a resolução. A princípio, o autor parece não se manifestar quanto à possibilidade de intervenção judicial em relação à atribuição a uma das partes ou à repartição, entre ambas, das despesas incorridas para assegurar o atingimento futuro da finalidade.

Schreiber (2020, p.9) posiciona-se favoravelmente ao reconhecimento e à aplicação da frustração *temporária* (*total* ou *parcial*) do fim do contrato. Para o autor, a frustração *total* “implica a supressão da eficácia do contrato”, enquanto no caso de frustração *parcial*, a supressão seria “igualmente parcial, mantendo-se, em parte, as obrigações do contratante”. Sob a perspectiva remedial, ante a ausência de previsão legal, entende aplicável à hipótese, por analogia, o direito à revisão contratual admitido para casos de desequilíbrio superveniente (arts. 317 c/c 478 do Código Civil).

CAPÍTULO III – RESTRIÇÕES AO FUNCIONAMENTO DE *SHOPPING CENTERS*: PERSPECTIVAS PARA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA E APLICAÇÃO DE REMÉDIOS

3.1 Qualificação jurídica

Cumprir situar a restrição ao funcionamento de *shopping centers* e os seus impactos sobre os contratos de locação no âmbito de aplicação dos institutos jurídicos contemplados pelo ordenamento brasileiro, a fim de oferecer perspectivas, em tese, para subsidiar a qualificação jurídica do evento diante das circunstâncias concretas, observados os necessários direcionamentos e os diferentes recortes a depender da atividade exercida pelo lojista, das consequências efetivamente produzidas em cada relação contratual, do preenchimento dos requisitos para aplicação dos institutos, entre outros aspectos.

A despeito de a contratação se perder sentido, de certo modo, sob a perspectiva do locatário-lojista cuja atividade restou prejudicada pela determinação oriunda do poder público, há razões para crer que o quadro fático não se enquadra na hipótese de desequilíbrio econômico.

Consoante Schreiber (2020, p. 11), não se trata de desequilíbrio econômico “se o valor do aluguel continua a corresponder ao valor da cessão de uso e gozo de uma loja com aquelas características em um empreendimento como aquele em que se situa.”. Isso porque o valor de mercado do imóvel constitui parâmetro objetivo de aferição de eventual desequilíbrio superveniente em relação à posse cedida em abrigo do contrato⁷⁸.

Desse modo, permanecendo estável o valor de mercado da locação, não seria possível configurar desequilíbrio econômico (SCHREIBER, 2020, p. 5):

[...] não se trata de desequilíbrio contratual. Não há onerosidade excessiva no cumprimento da prestação em virtude de alteração do seu valor econômico. [...] Não há, hoje, notícia de desequilíbrio econômico entre a prestação do locador (cessão do uso e gozo do imóvel) e a prestação do locatário (aluguel) nas locações comerciais.

⁷⁸ Lei nº 8.245/91: “Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.”

Ademais, mesmo que se logre comprovar a expressiva redução do valor de mercado do imóvel, apta a caracterizar efetivo desequilíbrio econômico – o que não necessariamente guardaria relação com as restrições ao funcionamento das lojas – a qualificação do evento como desequilíbrio econômico pressupõe considerar que, se porventura a relação viesse a ser reequilibrada, o *fim* do contrato ainda poderia ser atingido (COGO, 2021). Percebe-se, contudo, que, no caso das locações em *shopping center* impactadas pelos atos normativos que restringem suas atividades, a finalidade permaneceria prejudicada, independentemente de eventual intervenção visando à eliminação do suposto desequilíbrio.

Portanto, compreende-se que a qualificação jurídica como desequilíbrio superveniente não se revela compatível com o contexto dos impactos decorrentes das restrições ao funcionamento de lojas no interior de *shopping centers*.

Passa-se a averiguar a caracterização de impossibilidade superveniente. Ao que consta, não caberia a tese de impossibilidade da obrigação do locatário – de pagar o aluguel e os encargos locatícios –, pois, conforme visto, a impossibilidade *relativa* – dificuldade ou indisponibilidade de meios ou recursos para realizar a prestação – não exonera o devedor. Além disso, às obrigações pecuniárias, é aplicável o regramento das obrigações de dar coisa incerta. Sujeitam-se, portanto, à lógica de que o gênero não perece.

Nesse sentido, Schreiber (2020, p 5):

Registre-se que, assim como na locação residencial, eventuais dificuldades que o locatário possa experimentar no cumprimento dessa prestação por força da redução de seus ganhos dizem respeito não à prestação em si, mas à sua própria economia. Evidentemente, sua capacidade financeira pode estar sendo afetada justamente pela frustração da receita que ele esperava aferir por meio da combinação de diversos fatores, entre os quais se inclui o uso e gozo do imóvel. Isso, contudo, não tornam impossíveis ou desequilibradas as prestações do contrato de locação comercial. [...] esses são fatores que não afetam a possibilidade jurídica da prestação de pagar aluguel, nem dão ensejo ao desequilíbrio superveniente do contrato de locação se o valor do imóvel permanecer estável.

O mesmo enfatiza Simão (2020, p. 10):

A prestação do locatário (dar dinheiro) não se impossibilita pelo fato de a loja estar fechada ou aberta. Dar dinheiro não sofre impossibilidade no sentido do caso fortuito ou da força maior para fins de irresponsabilidade do devedor. Se esse raciocínio fosse utilizado, com a loja fechada, não se paga o aluguel, não se pagam seus funcionários, não se pagam seus fornecedores etc. O argumento da “loja estar fechada por Decreto

Estadual” implicar força maior para extinção da locação é equivocado e revela descuido com as categorias jurídicas. A prestação de dar é possível.

Vale o registro de que a determinação do poder público também não impediu a continuidade da transferência da posse direta dos imóveis, mantendo-se proteção possessória contra ameaças turbações e esbulhos – oponível, inclusive, em face dos locadores (SIMÃO, 2020). Além disso, de modo que as faculdades de uso e de gozo permaneceram sendo exercidas pelos locatários (SIMÃO, 2020), como, por exemplo, para armazenamento de seus bens e, conforme o caso, servindo de apoio à modalidade comércio eletrônico. Também estaria sendo mantida, a princípio, a proteção ao ponto comercial ou a fluência do período aquisitivo do direito à renovação do contrato.

Nesse contexto, parece a doutrina entende que se trata de impossibilidade *superveniente, parcial, temporária e inimputável* da obrigação do locatário de ceder o uso de imóvel em estado apto a atingir o fim a que se destina (MARTINS-COSTA, 2020; TERRA, 2020; TEPEDINO, OLIVA e DIAS, 2020).

Para Martins-Costa (2020, p. 407),

[...] embora o locador continue a prestar parte daquela que, nos contratos de locação, é a sua obrigação principal – o uso da coisa imóvel mediante a entrega da posse correspondente – não poderá prestar a fruição da coisa aos fins a que ela se destina, pois impossibilitado está pelo ato do Poder Público (impossibilidade jurídica)

Divergindo desse posicionamento, Schreiber (2020, p. 4), considera que “não há impossibilidade da prestação do locador”, haja vista que o exercício, pelo lojista, da atividade econômica que pretendia sediar no imóvel locado – proibido pelas autoridades públicas –, “não integra a prestação em si”, mas consiste “no fim para o qual as partes celebraram o contrato”.

Conforme demonstrado, o *fim* do contrato, compreendido como o “resultado prático que as partes pretendem extrair do contrato” (MARINHO, 2020, p. 37) ou como “os efeitos que os efeitos do negócio jurídico gerarão” (COGO, 2021), é externo à prestação, ainda que esta seja concebida sob a perspectiva do resultado que deva produzir.

Esse resultado, “que deve ser causado pelo devedor” para que a obrigação seja considerada cumprida, é designado como *resultado definidor* da prestação. Determinados

resultados “não precisam ser causados pelo devedor (nas obrigações de resultado) ou tentados (nas obrigações de meio)” e, por isso, são designados como *externos* (à prestação), não integrando seu conceito (COGO, 2021). São, nas palavras de Pereira e Múrias *apud* Cogo (2021, Nota 307), “resultados do *resultado definidor*”, noção que corresponde ao conceito de *fim*.

À vista disso, conclui-se: (i) o *fim* não é constitutivo do conceito de prestação; (ii) o devedor não se obriga a causar o *fim*; (iii) a inalcançabilidade do *fim* não se confunde com a impossibilidade da prestação (COGO, 2021).

Segundo Cogo (2021), há, no entanto, situações excepcionais nas quais o *fim* se “entrelaça de maneira indissociável ao ato de prestar”, passando a definir a prestação. Os exemplos mencionados pelo autor são ilustrativos: obrigação de desencilhar navio que, antes da chegada do rebocador, desencilha por força da maré; obrigação de realizar tratamento para engravidar em paciente que, antes do início do tratamento, descobre que havia engravidado; obrigação de realizar cirurgia em paciente que falece antes do procedimento; obrigação de pintar abóboda de igreja que, antes do início da pintura, é destruída.

No caso do navio que desencilhou por força da maré e no da paciente que descobriu estar grávida antes do início do tratamento, os *fins* são tão intensamente relacionados ao ato de prestar que a sua obtenção por meio diverso, além de esvaziar de sentido o cumprimento, torna a prestação irrealizável (COGO, 2021). Isso porque, nesses casos, o atingimento prévio do *fim* obsta a realização da prestação, por atingir o seu *substrato*, que “abrange tanto condições objetivas quanto subjetivas para que ela seja cumprida, englobando, portanto, circunstâncias relativas à pessoa do credor [...] ou ao objeto/bens envolvidos no cumprimento da prestação.” (COGO 2021, Nota 304). No caso do paciente que falece antes da cirurgia e no da igreja que é destruída antes do início da pintura, a perda do *substrato* da prestação impossibilita a sua realização e, conseqüentemente, o atingimento do *fim*.

Em casos tais, que a) a prestação se torna impossível e o *fim*, conseqüentemente, inalcançável; ou, ainda, que b) a consecução prévia do *fim* atinge o *substrato* da prestação, impossibilitando a sua realização, Cogo (2021) considera aplicável o regramento da impossibilidade da prestação em razão do caráter residual da *frustração do fim do contrato*. Nos demais casos, “quando o contrato perde seu sentido e razão de ser por não ser mais possível

alcançar a sua finalidade concreta (causa concreta), a despeito da possibilidade de cumprimento das prestações e da inexistência de alteração dos seus valores”, aplica-se a *frustração do fim do contrato*:

As situações que já se encaixam em outras figuras ou institutos jurídicos, possuindo disciplina legal predeterminada, mas que, ao mesmo tempo, podem ser enquadradas na frustração da finalidade do contrato, devem permanecer reguladas pelas regras já existentes, por já fazerem parte da cultura jurídica e, também, por não serem legítimos casos de frustração. Para fins didáticos, podemos segmentá-las como hipóteses de frustração do fim do contrato lato sensu, enquanto a real, a técnica e a verdadeira frustração do contrato pode ser denominada frustração do fim do contrato stricto sensu. (COGO, 2021).

Retomando as locações em *shopping centers*, para investigar se a proibição das atividades que os lojistas desempenhariam no imóvel configuraria, em tese, impossibilidade superveniente, há que se delimitar o *resultado definidor* da prestação de transferir a posse direta do bem em estado a servir para o uso a que se destina. Em outras palavras, necessário se faz compreender o “resultado que deve ser causado pelo devedor” para que se considere cumprida a obrigação.

De acordo com Venosa (2014, pp. 120-123), “o estado do imóvel é importante para fixar a possibilidade de sua correta destinação”, de modo que “um imóvel destinado à habitação deve ser idôneo para a moradia, assim como um imóvel destinado ao comércio deve permitir a mercância”. Assim, verificando-se “situação no imóvel entregue, que impossibilite ou dificulte seu uso [...] o locador deve, se for o caso, fazer as reformas necessárias para atender o que colocou no contrato”.

Observa Souza (2017, p. 208), que, em se tratando de locação não residencial (comercial ou industrial), é “preciso, ainda, que no local sejam toleradas tais atividades, para que o locatário as possa exercer normalmente”.

Para Pereira (2018, v. 3, pp. 303-305), à vista do “objetivo conceitual, que é proporcionar ao locatário a utilização da coisa”, constitui “dever fundamental do locador [...] responder pela sua aptidão para ser utilizada” e “mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato”, o que “envolve, naturalmente, a questão das *reparações* na coisa, durante a locação, em razão das deteriorações e estragos que possa sofrer”.

Gomes (2009, v. 3, pp. 358-360) aponta que, para que se considere a coisa em estado de servir ao uso para que foi locada, “exige-se que esteja em bom estado de conservação”, não apresentando “defeitos que diminuam sua utilidade”. Quanto à obrigação de manter a coisa em estado de servir à destinação, implica “fazer os reparos necessários” e “conservá-la nas condições indispensáveis ao seu uso, de modo a possibilitar ao locatário o normal exercício do seu direito”.

Consoante Scavone Junior e Peres (2017, pp. 59-61), o dever do locador consiste em “prover o imóvel de condições estruturais básicas que permitam a regular ocupação e exploração pretendida pelo locatário”, o que, na visão dos autores, abrangeria a entrega do “Habite-se” e do Auto de Vistoria emitido pelo Corpo de Bombeiros, de modo a possibilitar que o locatário tenha “condições de providenciar a licença de funcionamento para o regular exercício de suas atividades no local”, considerando-se, com isso, que o locador teria entregue o imóvel “regular e apto à ocupação pelo locatário”.

Depreende-se que o *resultado definidor* da prestação consiste na prática, pelo locador, dos atos necessários para assegurar que o imóvel satisfaça todas as condições físicas e jurídicas que configuram a aptidão para que determinada atividade possa ser exercida em seu interior, não respondendo o devedor por eventuais proibições ou restrições que não guardem relação com a situação do imóvel ou com o seu estado.

As restrições impostas ao poder público ao funcionamento de atividades de comércio e serviços consideradas não essenciais instaladas em *shopping centers* não atingiram o *substrato* da prestação compreendido em seu sentido *objetivo*, enquanto “circunstâncias relativas [...] ao objeto/bens envolvidos no cumprimento da prestação” (COGO, 2021).

Pondera-se que os atos normativos visando à contenção do alastramento da pandemia não alteraram a situação do imóvel ou a sua aptidão para abrigar atividade empresarial, permanecendo possível a prestação do locador de assegurar que o imóvel siga preenchendo as condições físicas e jurídicas necessárias para tanto. Acredita-se, pois, que tais medidas recaíram sobre o *fim* do contrato, obstando seu atingimento, a despeito da possibilidade de cumprimento das prestações de parte a parte.

A análise de Cogo (2021) à luz do exemplo do caso *Krell v. Henry* facilita a visualização:

Suponha-se que, em vez de o cortejo ser cancelado, seja erigido um tapume de obras em frente à janela locada bem no dia em que ocorreria o desfile do rei. Conquanto nos pareça que o resultado assistir ao desfile da coroação seja um resultado exterior (ou seja, um fim que não define a prestação, pois o devedor não se obriga a causá-lo), franquear uma janela que tenha vista para o desfile da coroação é um resultado que define a prestação do locador (seria o resultado definidor) porque é uma finalidade que, a partir da interpretação do negócio, o devedor se obrigou a causar, relevante e decisiva para ambas as partes, e que se entrelaçou de forma inseparável do ato de prestar. Portanto, se, posteriormente à contratação, sobrevém a notícia de que será colocado um tapume em frente à janela, estaremos diante de uma impossibilidade superveniente da prestação e não de uma situação de frustração do fim do contrato. Porém, se simplesmente o cortejo for cancelado, parece-nos haver uma hipótese de frustração do fim do contrato.

Recorre-se, por fim, a Larenz (2002, pp. 144-145, tradução nossa)⁷⁹:

[...] em épocas de intensas perturbações sociais, e especialmente por causa da guerra, ocorrem com frequência casos em que o arrendatário se vê impedido no exercício do seu direito de uso por motivos alheios à sua vontade e que não só o afeta, mas a grupos inteiros da população. Nesses casos, ao contrário, não se pode falar de ‘defeito’ no estado da coisa locada. Em vários desses casos se havia arrendado o uso ou o uso e fruição de bares ou restaurantes para exploração de um salão de baile ou discoteca, e esta finalidade resultou inatingível por consequência da proibição de bailes e estabelecimentos noturnos imposta ao começar a guerra. [...] o arrendador podia, em que pese a proibição, cumprir sua obrigação, isto é, disponibilizar a posse e o uso; é uma construção artificiosa afirmar que a proibição geral de determinadas diversões haja alterado as condições do imóvel, ou seja, sua aptidão para certo fim. Como acertadamente disse Krüchmann, ‘a prestação é perfeitamente possível antes e depois, mas não é útil para o credor. Temos que perceber que, além da imperfeição ou da impossibilidade da prestação, há um terceiro termo distinto de ambas: a transcendental e profunda transformação das circunstâncias necessárias para que a prestação do devedor surta todos os seus efeitos’. A base do negócio em sentido objetivo desaparece, acrescentamos, quando, por obra de uma transformação de tal natureza resulta inalcançável não o propósito de utilização que teria uma das partes, mas – como ocorre evidentemente nessas hipóteses – a finalidade objetiva do contrato, expressa no seu conteúdo e que determina a quantia da contraprestação devida.

⁷⁹ “[...] en épocas de intensas perturbaciones sociales, y especialmente a causa de la guerra, se dan con frecuencia casos en que el arrendatario se ve impedido en el ejercicio de su derecho de uso por una causa ajena a su persona y que no sólo le afecta a él, sino a grupos enteros de población. En estos casos, por outro lado, no puede hablarse de ‘vicio’ en la condición de la cosa arrendada. En varios de estos casos, se habían dado en arrendamiento de uso o de uso y disfrute bares o restaurantes para explotar un salón de baile o un club nocturno, y esta finalidad resultó inasequible a consecuencia de la prohibición de bailes y establecimientos nocturnos dictada al estallar la guerra. [...] El arrendador podía, pese a la prohibición, cumplir su obligación, es decir, facilitar la posesión y el uso; es una construcción artificiosa afirmar que la prohibición general de determinadas diversiones haya alterado la condición del inmueble, o sea, su aptitud para cierto fin. Como acertadamente dice Krüchmann, ‘la prestación es perfectamente posible antes y después, pero no resulta útil para el acreedor. Hemos de percatarnos que, además de la imperfección o imposibilidad de la prestación, hay un tercer término distinto de ambas: la transcendental y profunda transformación de las circunstancias necesarias para que la prestación del deudor surta todos sus efectos’. La base del negocio en sentido objetivo desaparece, añadimos nosotros, cuando, por obra de una transformación de tal índole resulta inalcanzable no el propósito de utilización que tenía una de las partes, sino – como ocurre evidentemente em estos supuestos – la finalidad objetiva del contrato expresada en el contenido del mismo y que determina la cuantía de la contraprestación convenida.”

Dessarte, na hipótese analisada, não se configura a impossibilidade superveniente da prestação. Insta, enfim, examinar a aplicabilidade, em tese, da *frustração do fim do contrato*, por meio dos critérios estudados no capítulo antecedente, ressaltando-se, desde logo, a necessidade da aferição dos requisitos de acordo com as circunstâncias concretas para escorreita qualificação jurídica *in casu*.

De início, trata-se de contrato bilateral, oneroso (portanto, de cunho patrimonial), comutativo e de duração (Gomes, 2009, v. 3, p. 333). Plausível, assim, a constatação da *frustração do fim* no curso da execução.

É preciso conferir se o *fim* integra o conteúdo do negócio. Em atenção a Cogo (2021), deve-se partir do contrato. Nesse ponto, conforme observa Schreiber (2020, p. 11), a “própria estrutura do contrato envolve a premissa comum de funcionamento e até de configuração interna do empreendimento (*tenant mix*), compartilhada de modo expreso entre os contratantes”, no contrato que regula a locação e/ou nos demais instrumentos coligados.

Caso a finalidade não resulte expressamente indicada no contrato, ainda é possível interpretar as circunstâncias do caso concreto. Podem constituir indicativos, dentro do critério do “preço”, a pactuação de remuneração na forma de percentual do faturamento do lojista ou, ainda, a constatação de diferença entre o valor do aluguel mínimo e os valores de mercado para locação de imóveis comerciais não inseridos no contexto de um *shopping center*.

Pode-se avaliar, igualmente, se, considerando os usos e costumes que moldam a normalidade de contratações congêneres, a finalidade integra o seu conteúdo.

Outro recurso disponível é a análise do tipo contratual. Esse fator corrobora a integração do fim ao conteúdo do contrato, sobretudo porque a legislação institui modalidade “não residencial”, em que o imóvel se destina à utilização, pelo locatário, para o exercício de atividade empresarial. Além disso, a lei consagra direito à renovação do contrato, aplicável às locações não residenciais, o qual é condicionado à exploração de ininterrupta de atividade empresarial no imóvel⁸⁰. Estabelece, ainda, obrigações, para o locador, de entregar ao locatário

⁸⁰ Lei nº 8.245/91: “Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente: I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito

o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina e de manter, durante a locação, o destino do imóvel⁸¹.

Quanto à perda do sentido ou da razão de ser do contrato em decorrência da impossibilidade superveniente de se atingir seu *fim*, sua demonstração revela-se perfeitamente possível. Considerando as restrições impostas pelo poder público, supõe-se, razoavelmente, que o *fim* comum – traduzido no funcionamento de determinado negócio em um *shopping center*, na sua agregação ao *tenant mix* e nos ganhos provenientes da exploração dessa estrutura – teria se tornado inalcançável, ainda que parcial e temporariamente, esvaziando de sentido o contrato. De todo modo, impõe-se a aferição *in casu*.

Por resultar de determinação do poder público, justificando-se em razão do contexto pandêmico, a proibição do funcionamento configura evento alheio à atuação culposa dos contratantes. Há, no entanto, que se verificar, em concreto, se o evento integrava ou não a álea da contratação. Assim, incumbe “analisar as previsões contratuais para avaliar se as partes predisuseram uma disciplina a ser aplicada para a alteração de circunstâncias”, de modo que, “havendo previsão expressa, deve ela ser seguida, salvo se houver alguma razão que justifique a sua não aplicação” (COGO, 2020, p. 78).

Consoante Cogo (2020), via de regra, prevalece a solução contratualmente estabelecida⁸². No entanto, sobretudo por se tratar de contratação na qual o conteúdo das cláusulas é pré-estabelecido pelo empreendedor, sem possibilidade de discussão desse conteúdo pelo lojista-aderente, e pelo alinhamento do presente estudo à classificação das locações em *shopping center* como contratos interempresariais não paritários⁸³, considera-se que eventual disposição sobre alteração de circunstâncias deva ser submetida a juízo de abusividade.

Aparentemente, os riscos relacionados ao quadro fático em questão não encontram regulação legal própria. Logo, na ausência de disposição contratual acerca da hipótese de

e com prazo determinado; II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos; III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos. [...]”

⁸¹ Lei nº 8.245/91: “Art. 22. O locador é obrigado a: I - entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina; [...] III - manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel [...]”

⁸² “As previsões específicas eleitas pelas partes para serem aplicadas em tais situações devem ser observadas – salvo, é claro, se houver alguma abusividade in concreto -, de modo a não transformar a pandemia em panaceia da intervenção indevida no arranjo contratual.” COGO (2020, p. 78).

⁸³ Cf. item 1.3.

alteração de circunstâncias, demonstrando-se que o risco não fora assumido por uma das partes – por meio de “juízo de boa-fé em relação ao valor de mercado escolhido e a normalidade das contratações” (COGO, 2020, p. 107) – seria possível, sob o aspecto do requisito em questão, a aplicação da *frustração do fim do contrato*.

Outrossim deve-se avaliar, em concreto, se as restrições representaram, para os contratantes, fato “que razoavelmente – segundo um standart de comportamento probro, leal e honesto – não se podia esperar” (COGO, 2021), o que não parece infactível, tratando-se de desdobramento de uma pandemia global.

Por fim, cabe apurar a existência de mora de ambos os contratantes. Nada obstante, é possível que o contratante em mora consiga comprovar “que a finalidade se perderia ainda que não estivesse em mora” (COGO, 2021), o que, salvo melhor juízo, ensejaria a aplicação do instituto apesar da mora, conquanto presentes todos os demais requisitos.

3.2 Aplicação de remédios

Nos casos em que as determinações do poder público restringindo o funcionamento de *shopping centers* em razão da pandemia de Covid-19 houverem ocasionado a *frustração do fim do contrato* em caráter *total e definitivo*, preenchidos todos os requisitos para sua aplicação, a consequência jurídica é o reconhecimento da ineficácia extintiva *ipso iure*. Opera-se efeito liberatório em relação às obrigações pendentes e mantêm-se firmes as que hajam sido cumpridas (MARINHO, 2020).

Nesse cenário, incide efeito restitutivo em relação a eventuais pagamentos realizados anteriormente à alteração de circunstâncias sem que o devedor tenha recebido a respectiva contraprestação (MARINHO, 2020). À guisa de exemplo: pagamento da cota única do IPTU e os eventuais pagamentos antecipados de cotas relacionadas à conservação do imóvel, serviços, fundo de promoções, etc., que devem ser restituídos proporcionalmente ao período aproveitado ou à contraprestação percebida.

Ademais, eventuais despesas incorridas para o cumprimento do contrato e não convertidas para a sua execução, conquanto não possam ser revertidas para o cumprimento de demais contratos, constituem prejuízos a serem repartidos equitativamente entre os

contratantes, “evitando-se imputar exclusivamente a uma das partes o ônus da frustração do fim do contrato” (MARINHO, 2020, pp. 121-122). À vista das locações em *shopping center*, acredita-se que dificilmente existirão investimentos por parte do locador que não possam ser direcionados para outras contratações. De qualquer maneira, a avaliação casuística é indispensável à correta aplicação do instituto e à produção dos seus efeitos.

Diante desses efeitos, Cogo (2021) sugere a instituição de um sistema de créditos e débitos entre credor e devedor, considerando valores porventura devidos a título de a) restituição de pagamentos que não tiveram contraprestação; e b) repartição de prejuízos correspondentes a despesas preparatórias não convertidas para o cumprimento do contrato, que não possam ser aproveitadas para outras contratações.

Se, por outro lado, os impactos das medidas de contenção à pandemia houverem resultado na *frustração do fim do contrato* em caráter *temporário*, subsistindo interesse dos contratantes e sendo viável a manutenção do contrato, salienta Schreiber (2020, p. 9) que “compete ao magistrado avaliar se a frustração foi integral ou parcial”.

Isso porque, segundo Schreiber (2020, p. 9), a finalidade de exploração econômica “abrange não apenas o recebimento do público e a realização das vendas, mas também outros aspectos, como armazenamentos de mercadorias, que podem ser íntegros mesmo com o impedimento ao comércio em si”. Assim, “a frustração integral implica a supressão da eficácia do contrato”, enquanto “na frustração parcial, essa supressão é igualmente parcial, mantendo-se, em parte, as obrigações do contratante”. Para Cogo (2021), “um negócio jurídico pode ter múltiplas finalidades comuns aos contratantes”, de modo que, “frustrando-se apenas parte delas e sendo divisíveis as obrigações e o próprio contrato, poderia fazer sentido manter o negócio jurídico na parte não atingida pela frustração”.

Um olhar mais atento para as proposições justapostas permite concluir que, conquanto um autor conceba a frustração *parcial* sob perspectiva de uma única *finalidade* em seus diversos matizes, o outro parte da noção de uma pluralidade de finalidades que, congregadas, refletem-se no conteúdo do contrato. Por uma ou outra perspectiva, infere-se que a *frustração do fim do contrato parcial* acarreta a supressão parcial da sua eficácia, prescrevendo que se delimite em que extensão cada aspecto do *fim* restou inalcançável ou que se identifique quais finalidades comuns às partes se tornaram inalcançáveis e em que grau.

Se *temporária e total a frustração do fim do contrato*, de acordo com Cogo (2021), tem lugar a suspensão da exigibilidade das prestações, “como se o contrato permanecesse em *stand-by* pelo período de duração dos efeitos da pandemia”, situação que imporá a negociação pelas partes ou análise “caso a caso pelo julgador de forma a reestabelecer o sinalagma”. Saliencia o autor, que a repartição dos custos incorridos durante a suspensão do contrato visando assegurar o atingimento do *fim* no futuro deve ser objeto de acertamento entre as partes, de modo que, inexistindo acordo, a alternativa seria a resolução do contrato sem penalidades.

Revela-se verdadeiro desafio a construção de solução para o problema diante da inexistência de disciplina legal⁸⁴. No âmbito de eventual discussão judicial com fundamento na frustração *temporária* do contrato, a questão não pode ser deixada de lado, reservando-se ao julgador o importante papel de auxiliar as partes a alcançarem bons termos, privilegiando soluções negociadas. Persistindo a divergência, se ainda for viável e do interesse das partes a manutenção do contrato, pensa-se que a solução, em última instância, resultante de intervenção do juiz, deve, em conformidade com o quanto exposto relativamente às despesas preparatórias, seguir o viés da repartição dos custos.

Se *temporária e parcial a frustração do fim do contrato*, na percepção de Cogo (2021) e Schreiber (2020) o remédio aplicável seria a revisão contratual. Nesse caso, conforme exposto, a supressão da eficácia seria, igualmente, *parcial*. Contudo, como bem acentua Schreiber (2020, p. 9) considera-se inconcebível qualquer sorte de incursão na esfera econômica particular do locador “para avaliar seu faturamento, suas receitas gerais, sua margem de lucro etc.”. Assim sendo, a medida da supressão da eficácia – leia-se, redução de contraprestações – deve corresponder à “exata medida em que o contrato foi juridicamente afetado, sendo certo que nosso ordenamento não confere poderes ao juiz estatal ou ao árbitro para determinar a porção de rendimentos que considera ‘justa’”.

⁸⁴ “Evidentemente, ideal seria contar com norma jurídica expressa que disciplinasse a distribuição dos custos na frustração do fim do contrato. Não obstante, diante da ausência de norma legal a esse respeito do no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode deixar o problema sem resposta. Daí a necessidade de um esforço interpretativo para tratar dos efeitos da frustração do fim do contrato nos diferentes casos concretos a que o instituto se aplica.” (MARINHO, 2020, p. 125).

CONCLUSÃO

Os *shopping centers* adquiriram notória relevância na economia nacional. Sua implementação demanda planejamento que envolve estudos mercadológicos e de viabilidade, escolha do local para sua instalação e definição dos ramos de negócio que serão explorados em abrigo da sua estrutura. Conforme observado, o traço que constitui a essência dos empreendimentos de *shopping center* – distinguindo-os de uma loja qualquer ou de um conjunto de lojas disposto num centro comercial qualquer – é a atuação enquanto conjunto uniforme perenemente, sob administração única e centralizada, direcionado à potencialização da atratividade e da lucratividade, em proveito da coletividade de lojistas.

Verificou-se que, da perspectiva do empreendedor, organiza-se, normalmente, sob o regime jurídico de sociedade ou de compropriedade; e, da perspectiva da relação entre empreendedor e lojista, estrutura-se por meio de relação jurídica contratual que tem por objetivo principal a transferência onerosa da posse direta do espaço-loja, e que é situada num feixe integrado por diferentes tipos de avenças coligadas entre si, notadamente: contrato de locação não residencial, normas gerais e complementares, estatuto da associação de lojistas e, eventualmente, convenção de condomínio edilício.

Nesse contexto, para além da transferência onerosa da posse direta do espaço-loja, integram essa relação elementos peculiares à racionalidade econômica do empreendimento, que excedem o escopo de locações tradicionais, a exemplo do *tenant mix* e suas vicissitudes, o fundo de promoções, a utilização dos espaços comuns do centro comercial, os serviços de administração da estrutura dos *shopping centers* prestados pelo empreendedor (o que inclui assegurar segurança, limpeza e conservação do imóvel), os interesses da coletividade de lojistas, o viés cooperativo, o rateio de despesas, etc.

Ao se analisar os institutos jurídicos pertinentes a situações de perturbação ao programa contratual, constatou-se que a impossibilidade incide sobre a prestação e implica a insucetibilidade da sua realização. Sendo *superveniente*, deve ser *absoluta*, podendo ser *física* ou *jurídica*, *imputável* ou *não imputável* ao devedor, *total* ou *parcial*, *definitiva* ou *temporária*. A despeito da ausência de disciplina no regime geral do Código Civil, a doutrina identifica hipóteses em que a impossibilidade é *parcial* e/ou *temporária* e, sob a perspectiva remedial, recorrem à aplicação, por analogia, de normas que tratam da *deterioração* e/ou normas próprias

do regime de tipos contratuais em espécie. Como se pôde perceber, o regime geral da impossibilidade, no tocante aos efeitos, institui paradigma binário e pouco flexível de atribuição de risco, fundado nas premissas de que a coisa perca para o proprietário e de que os riscos relacionados à prestação recaem sobre o devedor e aqueles relacionados à sua utilização, recaem sobre o credor.

O desequilíbrio superveniente, por seu turno, consiste no rompimento da proporcionalidade objetiva entre o valor da prestação e o da respectiva contraprestação ou, ainda, na manifesta desproporção entre o valor da prestação no momento da execução do contrato em relação ao que possuía no momento da sua celebração. Para os casos de desequilíbrio, de modo geral, cabe a resolução contratual por onerosidade excessiva, nos termos do artigo 478 do Código Civil, sustentando a doutrina a interpretação sistemática e teleológica dos referidos dispositivos combinados com o artigo 317, a autorizar, também, para essas hipóteses, a revisão contratual, observados os respectivos pressupostos e requisitos.

Em relação as locações imobiliárias urbanas, a Lei nº 8.245/91 institui o direito à revisão do contrato nos termos do artigo 19, cuja aplicabilidade encontra limitação de caráter temporal. Nada obstante, parece ter ganhado força, nos âmbitos da doutrina e dos tribunais, tese consentânea ao pleito de resolução ou revisão de contratos de locação imobiliária urbana, a qualquer tempo, na hipótese de desequilíbrio superveniente provocado por fato imprevisível e/ou extraordinário, com fundamento nos artigos 317 e 478 do Código Civil.

A frustração do fim do contrato possui aplicação residual e corresponde à hipótese em que, por força de evento superveniente, inimputável às partes, não compreendido na álea contratual e cuja ocorrência as partes não poderiam razoavelmente esperar, o *fim* – resultado prático que as partes pretendem extrair do contrato ou efeitos que os efeitos do negócio jurídico gerarão – torna-se inalcançável, esvaziando de sentido a contratação, a despeito de as prestações permanecem plenamente possíveis. Tem por efeito a ineficácia *ipso iure* do contrato, que pode ser *definitiva* ou *temporária*. A doutrina reconhece que a frustração *temporária* do fim do contrato pode ser *total*, que conduziria à suspensão da a execução do contrato até que seja possível o atingimento da *finalidade*; ou *parcial*, que ensejaria revisão contratual.

Afora a ineficácia desde o evento que conduziu à frustração do fim do contrato, a doutrina reconhece ao instituto efeito restitutivo em relação à prestação realizada pela parte prejudicada

que tenha deixado de receber a respectiva contraprestação em razão da frustração do fim. Endende-se, ainda, que seus efeitos alcançam as despesas incorridas, necessariamente, para a execução do contrato e que não podem ser aproveitadas pelo contratante e revertidas para sua atividade econômica ou outras contratações, prescrevendo a repartição de tais prejuízos entre os contratantes, haja vista tratar-se de evento inimputável e cujo risco não fora assumido por qualquer das partes.

À luz dos regimes jurídicos dos diferentes institutos suscitados, foi possível constatar que o impacto das continências normativas ao funcionamento de *shopping centers* sobre as relações entre empreendedores e lojistas não caracteriza desequilíbrio superveniente, a uma, porque, a despeito de qualquer intervenção visando à correção do suposto desequilíbrio, a *finalidade* do contrato permaneceria inalcançável; e, a duas, porque, permanecendo estáveis os padrões de valorização de mercado dos imóveis em questão, não restaria configurado o desequilíbrio.

Verificou-se, ademais, que a hipótese não se qualifica como impossibilidade, quer seja da prestação do lojista – de pagar o aluguel –, à medida que a indisponibilidade de meios para prestar não seria apta a configurar efetiva impossibilidade da prestação; quer seja da prestação do locador – de ceder o uso de imóvel em estado que sirva para o fim a que se destina –, pois, conforme observado, o resultado que o devedor se obriga a causar para que se considere cumprida a obrigação cinge-se à aptidão do imóvel para a utilização pretendida. Os atos normativos não recaem sobre o *substrato* da prestação, consubstanciado nas circunstâncias relativas à figura do devedor ou ao imóvel. Desse modo, prestação concernente à disponibilização do imóvel em estado de servir ao fim a que se destina seria, em tese, possível; Contudo, prejudicou-se o atingimento da finalidade para a qual a locação foi contratada.

Ao se examinar se as restrições impostas pelo poder público locações em *shopping center* poderiam provocar frustração do *fim* dos contratos celebrados entre empreendedores e lojistas, demonstrou-se a aplicabilidade, em tese, do instituto à hipótese em razão da sua compatibilidade com a aludida qualificação jurídica e da plausibilidade da confirmação, diante circunstâncias dos casos concretos, dos requisitos elencados pela doutrina, notadamente, i) contrato bilateral ou unilateral, de cunho patrimonial, comutativo ou aleatório, de execução diferida ou continuada; (ii) finalidade que integre o conteúdo do contrato (sem, no entanto, entrelaçar-se de forma indissociável do ato de prestar); (iii) perda do sentido ou razão de ser do contrato resultante da impossibilidade superveniente de se atingir o seu fim; (iv) ocorrência de

evento posterior à contratação que não estava dentro da álea do contrato e era alheio à atuação culposa das partes; (v) inexistência de mora do contratante frustrado.

Trata-se de contrato bilateral, oneroso, comutativo e de duração. A finalidade de utilização do imóvel para desempenho de atividade econômica e aproveitamento da estrutura do *shopping center* integra o conteúdo do contrato, não raro, de forma expressa ou, quando não, extrai-se das circunstâncias da contratação à luz do princípio da boa-fé objetiva e dos parâmetros preço, usos e costumes e tipo contratual. Diante das medidas adotadas pelo poder público, a despeito de as prestações dos contratantes permanecerem realizáveis, verifica-se a inalcançabilidade do *fim* do contrato por meio do seu cumprimento, considerando-se que tal finalidade é externa às prestações das partes e não se confunde com os resultados que estas se obrigaram a causar. Por fim, as determinações das autoridades governamentais constituem evento alheio à atuação culposa das partes, sendo factível a demonstração, em concreto, de que o evento não se compreende na álea contratual.

Sendo assim, confirmada, diante de cada caso concreto a presença das circunstâncias acima descritas, tem-se que a *frustração do fim do contrato* é instituto jurídico potencialmente aplicável diante das medidas restritivas impostas pelo poder público sobre as locações em *shopping center*.

As consequências da aplicação do instituto variam a depender se a frustração foi *definitiva* ou *temporária*. Sendo *definitiva*, opera-se a ineficácia extintiva *ex nunc*, incidindo efeito restitutivo em relação a prestações realizadas pela parte prejudicada sem que esta tenha recebido a respectiva contraprestação em razão da frustração do *fim*. Impõe-se, ainda, repartição de prejuízos relacionados a despesas preparatórias incorridas que não possam ser reaproveitadas.

Se *temporária* a inalcançabilidade do fim – constatada a viabilidade e o interesse dos contratantes na manutenção da contratação –, deve-se averiguar se a frustração foi *total* ou apenas *parcial*.

No primeiro caso, o efeito produzido, de acordo com a doutrina, seria a ineficácia integral das obrigações até que seja possível atingir a finalidade pretendida.

Quanto aos custos incorridos durante a suspensão do contrato visando assegurar o atingimento do fim no futuro, registra-se, na doutrina, posicionamento no sentido de que a solução deveria passar pela negociação entre as partes, assistindo-lhes optar pela extinção do contrato, na ausência de acordo.

A questão referente aos desdobramentos da aplicação da frustração *temporária* do fim do contrato é espinhosa e, sobretudo à vista da transitoriedade da pandemia de Covid-19 e seus diversos impactos sobre as relações contratuais, merece atenção e dedicação de juristas e pesquisadores, a fim de melhor se delimitar parâmetros e balizas para a operacionalização do instituto.

Frente a esse quadro, entende-se que, ao julgador, cabe privilegiar soluções negociadas, desempenhando o importante papel de auxiliar as partes a alcançarem bons termos. Contudo, se o impasse não for superado, conquanto ainda seja viável e do interesse das partes a manutenção do contrato, pensa-se que a solução, em última instância, resultante de intervenção do juiz, deve, em conformidade com o quanto exposto relativamente às despesas preparatórias, seguir o viés da repartição dos custos.

No segundo caso, de frustração *parcial* da finalidade, a supressão da eficácia é, na mesma medida, parcial. Portanto, ao se defrontar com pleitos de revisão de contratos impactados, incumbe ao julgador buscar a readequação das prestações, atentando-se para a extensão da ineficácia gerada pela frustração parcial do *fim* do contrato.

REFERÊNCIAS

ABELHA, André. Quatro impactos da covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta. **Migalhas**, 27.abr.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/325495/quatro-impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos--seus-fundamentos-e-outras-figuras--precisamos--urgentemente--enxergar-a-floresta>. Acesso em: 07.jun.2022.

ABRASCE. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Definições e Convenções**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/definicoes-e-convencoes/> . Acesso em: 14.jan.2023.

_____. Associação Brasileira de Shopping Centers. **Números do Setor**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 05.jan.2023.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. – 10. ed. revista e modificada – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ANDRADE JR., Luiz Carlos de. Covid-19: impactos do fechamento do comércio sobre os alugueis. **Conjur**, São Paulo, 16 abr. 2020. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/direito-civil-atual-covid-19-impactos-fechamento-comercio-alugueis#:~:text=No%20contexto%20da%20pandemia%20de%20Covid-19%2C%20os%20locatários%20comerciais,concretização%20da%20fórmula%20abstrata\)%2C%20se](https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/direito-civil-atual-covid-19-impactos-fechamento-comercio-alugueis#:~:text=No%20contexto%20da%20pandemia%20de%20Covid-19%2C%20os%20locatários%20comerciais,concretização%20da%20fórmula%20abstrata)%2C%20se). Acesso em: 22.jun.2022.

AZEVEDO, Fábio. Sem shopping, sem aluguel: covid-19 e alocação de risco. **Migalhas**, 13.abr.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/324393/sem-shopping--sem-aluguel--covid-19-e-alocacao-de-risco>. Acesso em: 07.jun.2022.

BARBARESCO, Marcelo. Shopping center. *In*: BORGES, Marcus Vinícios Motter. **Curso de direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2021.p. 708-740.

BENETTI, Giovanna. **Dilemas em tempos de pandemia: o que fazer com os contratos de locação comercial e em shopping center?** **Migalhas**, 06.mai.2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/326224/dilemas-em-tempos-de-pandemia--o-que-fazer-com-os-contratos-de-locacao-comercial-e-em-shopping-center>. Acesso em: 07.jun.2022.

BOLETIM CIELO EXCLUSIVO: **Impacto do COVID-19 no Varejo Brasileiro**. Cielo, 03.nov.2020. Disponível em: <https://www.cielo.com.br/boletim-cielo-varejo>. Acesso em 07.jun.2022.

BRASIL. **Lei n. 8.245, 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). AREsp. Nº 942.975. Apelação cível. Ação renovatória. Locação comercial de imóvel em shopping center. Sentença que julgou procedente o pedido da autora, determinando a renovação do contrato por igual período, e mantendo a remuneração no percentual contratado anteriormente. Recurso da parte ré pretendendo a anulação do julgado e, no mérito. A revisão do percentual devido a título de aluguel. Cerceamento de defesa não caracterizado. Agravantes: : Ecisa Participacoes Ltda.; Planejar Consultoria, Empreendimentos e Participacoes Ltda; GJC Planejamento e Consultoria Ltda.; Power Servicos de Gerenciamentos Ltda.; Pama Participacoes Ltda.; Zuzy Empreendimentos Ltda. Agravados: Eladio Miranda Lima - Rj086235, Alexandre Miranda Lima - Rj131436, Pablo Hertz Bruzzzone Leal - RJ15948 e outro(s); Lojas Americanas S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 29 de maio de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=83419105&tipo_documento=documento&num_registro=201601686639&data=20180607&formato=PDF. Acesso em: 15.jan.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). EDcl no AgInt no AREsp nº 1.149.602. Embargos De Declaração. Vista Regimental. Retificação De Voto. Omissões Constatadas. Análise Da Aventada Ofensa Ao Art. 54 Da Lei 8.245/1991. Locação De Espaço Em Shopping

Center. Autonomia Da Vontade Das Partes. Constatada A Ausência De Embasamento Para O Afastamento Dos Termos Livremente Pactuados Pelas Partes. Embargos De Declaração Providos Com Efeito Modificativo. Embargante: Fundo de Investimento Imobiliario - FII ANCAR IC; Embargado: Banco Santander Brasil S/A; Interes.: ANCAR Administradora de Shopping Centers Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 27 de novembro de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701967571&dt_publicacao=13/02/2019. Acesso em: 15.jan.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma) . REsp. 1.295.808. [...] 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. Recorrente: Multiplan Empreendimentos Imobiliários S/A e outros. Recorrido: Lojas Americanas S/A. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, 24 de abril de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102864110&dt_publicacao=21/05/2014. Acesso em: 16.jan.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.316.595. [...] Teoria da imprevisão e teoria da onerosidade excessiva. Hipóteses de cabimento. Ausência de demonstração do desequilíbrio econômico-financeiro do instrumento contratual. [...]. Recorrente: Todrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Recorrido: Companhia Docas do Estado de São Paulo CODESP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 07 de março de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200625787&dt_publicacao=20/03/2017. Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp. nº 1.409.849. [...] Locação de espaço em shopping center. Ação de despejo por falta de pagamento. Aplicação do art. 54 da lei de locações. Cobrança em dobro do aluguel no mês de dezembro. Concreção do princípio da autonomia privada. Necessidade de respeito aos princípios da obrigatoriedade ("pacta sunt servanda") e da relatividade dos contratos ("inter alios acta"). Manutenção das cláusulas contratuais livremente pactuadas. Recurso especial provido. Recorrente: Crystal Administradora de Shopping Centers Ltda. Recorrido: F1 Comércio de Roupas e Artigos de

Couro Ltda e outros. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 26 de abril de 2016. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303420570&dt_publicacao=05/05/2016. Acesso em: 15.jan.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp. nº 1.872.262. [...] Ação renovatória. Art. 1.022 do CPC/2015. Violação. Ausência. Estação de rádio base. Antenas. Fundo de comércio. Interesse processual. Existência. Recorrente: Condominio do Edificio Residencial Via Parque Noroeste; Recorrido: Telefônica Brasil S.A. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 20 de abril de 2021. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903616071&dt_publicacao=08/06/2021. Acesso em: 07.jan.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp. nº 1.947.694. [...] Ação renovatória. Locação de espaço. Shopping center. Alteração do aluguel percentual. Discrepância com o valor de mercado. Inviabilidade. Autonomia da vontade e pacta sunt servanda [...]. Recorrente: Companhia Brasileira de Distribuicao. Recorridos: IRB Internacional Fundo de Investimento Imobiliário – FII; Levian-Participacoes E Empreendimentos Ltda.; Parking Partners Fundo de Investimento Imobiliario – FII; Condominio Civil Do Internacional Guarulhos Shopping Center; Nessun Dorma Empreendimentos e Participações Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 14 de setembro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=135492108®istro_numero=202100762815&peticao_numero=-1&publicacao_data=20210916&formato=PDF. Acesso em: 15.jan.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). REsp. nº 1.984.277. Revisão contratual. Covid-19. [...] Locação não residencial. Empresa de coworking. Decreto distrital. Suspensão das atividades desenvolvidas pela empresa locatária. Pretensão de redução proporcional do valor dos aluguéis durante as medidas de restrição. Cabimento. Medida que visa restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Arts. 317 e 478 do cc. Teoria da onerosidade excessiva. Diminuição da receita da locatária comprovada. Enriquecimento sem causa do locador. Situação externa. Repartição dos ônus. Observância aos postulados da função social e da boa-fé, que apontam para a revisão do contrato no caso concreto. Recurso especial não provido. Recorrente: EGA - Administracao, Participacoes e Servicos Ltda. Recorrido:

Operativa de Sistemas Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 de agosto de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103168784&dt_publicacao=09/09/2022. Acesso em: 21.jun.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). REsp. nº 1.990.552. [...] Locação. Recurso especial. Ação renovatória de contrato de locação comercial. Ausência de negativa da prestação jurisdicional. Pretensão do locador de ver repetido o prazo do contrato original. Impossibilidade. Prazo máximo de prorrogação de cinco anos. Recurso desprovido. Recorrente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. Recorrido: Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas Poa. Relator: Min. Raul Araújo, 17 de maio de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=2173811&num_registro=201801150204&data=20220526&formato=PDF. Acesso em 15.jan.23.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp. nº 1.993.499. Ação revisional de contrato de fornecimento de oxigênio líquido medicinal, c/c repetição de indébito dos valores pagos indevidamente. Reconvenção, com base nos arts. 317 e 478 do código civil. Pedido de compensação dos valores devidos e de rescisão contratual. Recurso especial parcialmente provido. Recorrente: Air Liquide Brasil Ltda. Recorrido: Irmandade da Santa Casa de Mis. De Fernandópolis. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 02 de agosto de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200853436&dt_publicacao=09/08/2022. Acesso em: 21.jun.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp. nº 2.032.878. [...] Ação revisional de contrato de aluguel entre shopping center e lojista. Superveniência da pandemia decorrente da covid-19. Contratos paritários. Regra geral. Princípio do pacta sunt servanda. Possibilidade de revisão. Hipóteses excepcionais. Previsão do art. 317 do código civil. Teoria da imprevisão. Art. 478 do código civil. Teoria da onerosidade excessiva. Resolução. Interpretação sistemática e teleológica do dispositivo que autoriza também a revisão. Pandemia da covid-19 que configura, em tese, evento imprevisível e extraordinário apto a possibilitar a revisão do contrato de aluguel, desde que preenchidos os demais requisitos legais. Hipótese dos autos. Ausência de comprovação. Manutenção da decisão recorrida. Recorrente: EAS Turismo – Eireli. Recorridos: Condomínio do Shopping Cidade Jardim em Goiânia; ENAC Empresa Nacional

de Mercados Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de abril de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203248843&dt_publicacao=20/04/2023. Acesso em: 21.jun.2023.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **A onerosidade excessiva no Direito Civil brasileiro**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-19112010-082708. Acesso em: 02 jun. 2023. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-19112010-082708/publico/A_onerosidade_excessiva_no_direito_civil_brasileiro_Luiz_P.pdf.

COGO, Rodrigo Barreto. **Frustração do Fim do Contrato**. – 1.ed. – São Paulo: Almedina, 2021.

COGO, Rodrigo. Pandemia Covid-19, revisão e resolução contratual: a relevância da Frustração do Fim do Contrato. **Direito e Pandemia**, n. esp. (maio. 2020) - Brasília, 2020, pp.70-121.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 9ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2015, v.2.

FRÚGOLI JR., Heitor. Os shoppings de são paulo e a trama do urbano: um olhar antropológico. *In: Shopping centers: espaço, cultura e modernidade nas cidades brasileiras / organizadores Silvana Maria Pintaudi, Heitor Frúgoli Jr.* – São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1992. p. 75-92.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de shopping center. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro v.5 n. 18, p. 187-227, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_187.pdf. Acesso em: 13.jan.2022.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. “Traços do perfil jurídico de um shopping center”. In: ARRUDA. José Soares; LÔBO. Carlos Augusto da Silveira. **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.p. 87-115.

INAUGURADO EM 1966, IGUATEMI FOI O PRIMEIRO SHOPPING DO BRASIL. **Veja São Paulo**, 2016. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/coluna/memoria/inaugurado-em-1966-iguatemi-foi-o-primeiro-shopping-do-brasil/>. Acesso em: 05.jan.2023.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos judiciários. **Jornadas de Direito Civil I, II e IV**: enunciados aprovados. Brasília, 2007. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados-jornadas-1-3-4.pdf>. Acesso em: 21.jun.2023.

KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. **O equilíbrio contratual nas locações em shopping center**: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, p. 176-200, nov.2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p176. ISSN: 2178-8189. Acesso em: 23.jun.2022. Disponível em: <http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2018/01/Carlos-Nelson-Konder-e-Deborah-Pereira-Pinto-dos-Santos-Equilibrio-contratual-em-shopping-center.pdf>.

LANGONI, Carlos Geraldo. Shopping centers no Brasil In: ARRUDA. José Soares; LÔBO. Carlos Augusto da Silveira. **“Shopping centers”**: aspectos jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.p. 56-69.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Granada: Editorial Comares, S.L., 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 7ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v.2.

MAIA, Flávia. Contratos de alugueis passam por negociações e judicialização durante a pandemia: após irem à justiça, locatários conseguiram redução de aluguel e a retirada da multa pela rescisão antecipada. **Jota**, Brasília, 24 nov. 2020. Pandemia. Disponível em:

<https://www.jota.info/justica/contratos-de-alugueis-passam-por-negociacoes-e-judicializacao-durante-a-pandemia-24112020>. Acesso em: 21.jun.2023.

MAIA, Marina Leal Galvão. **O regime da impossibilidade superveniente no direito brasileiro**: conceito e aplicação. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/48920>. Acesso em: 02 jun. 2023. Acesso em: 09.mai.2023. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/48920/3/MAIA%2C%20Marina%20Leal%20Galv%C3%A3o.%20O%20regime%20da%20impossibilidade%20superveniente%20no%20Direito%20Brasileiro%20-%28Dep%C3%B3sito%29%20-%20PDFA.pdf>.

MARTINS-COSTA, Judith. Impossibilidade de prestar e excessiva onerosidade superveniente na relação entre shopping center e seus lojistas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa** – lisbon law review, Lisboa, Vol. LXI (2020) 1, p. (391-427), julho, 2020. Acesso em: 28.jun.2022. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1bC44pG3BYiPYGuM3cLVJZEUujEkA8ILY/view>.

MARINHO, Maria Proença. **Frustração do fim do contrato** / Maria Proença Marinho. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

MELLO, Gabriela. Iguatemi corta despesas após isenções de aluguel, descontos a lojistas durante a pandemia: Shopping JK Iguatemi é parte do Complexo JK, localizado no Itaim Bibi, área nobre de São Paulo. **Uol**, 23 abr. 2020. Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/04/23/iguatemi-corta-despesas-apos-isencoes-de-aluguel-descontos-a-lojistas-durante-pandemia.htm>. Acesso em: 21.jun.2023.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. “Shopping centers”. *In*: ARRUDA. José Soares; LÔBO. Carlos Augusto da Silveira. “**Shopping centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.p. 159-181.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das Obrigações** – 7. Ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações. 29ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v.2.

_____. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v.3.

_____. **Shopping centers – organização econômica e disciplina jurídica**. *In*: ARRUDA. José Soares; LÔBO. Carlos Augusto da Silveira. “**Shopping centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.p. 70-87.

REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (“shopping centers”) no Brasil *In*: ARRUDA. José Soares; LÔBO. Carlos Augusto da Silveira. “**Shopping centers**”: aspectos jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.p. 116-159.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto n. 46.973, de 16 de março de 2020**. Reconhece a situação de emergência na saúde pública do estado do rio de janeiro em razão do contágio e adota medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19); e dá outras providências. *Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 16.mar.2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto 46.980, de 19 de março de 2020**. Atualiza as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19) em decorrência da situação de emergência em saúde, e dá outras providências. *Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 19.mar.2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto 47.006, de 27 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19), em

decorrência da situação de emergência em saúde, e dá outras providências. *Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 27. mar.2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto 47.027, de 13 de abril de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19), em decorrência da situação de emergência em saúde, e dá outras providências. *Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 13.abr.2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto 47.052, de 29 de abril de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19), em decorrência da situação de emergência em saúde e dá outras providências. *Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 29.abr.2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto 47.068, de 11 de maio de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da propagação do novo coronavírus (covid-19), em decorrência da situação de emergência em saúde, e dá outras providências. *Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 11.mai.2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto 47.102, de 01 de junho de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da propagação do novo coronavírus (covid-19), em decorrência da situação de emergência em saúde, e dá outras providências. *Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 01.jun.2020.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (16ª Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 0048869-91.2020.8.19.0000. Ação revisional. Contrato de locação em shopping center. Rescisão contratual em decorrência da pandemia da covid-19. Pretensão do locatário de não pagamento dos encargos relativos ao período de calamidade, em que o empreendimento esteve fechado ao público externo, bem como a isenção da multa rescisória. Pedido de tutela de urgência, objetivando compelir o locador à abstenção da prática de quaisquer atos de cobrança enquanto sub judice a matéria. Indeferimento. Irresignação. Possibilidade de concessão de tutela provisória de natureza antecipada, sem prévia audiência da parte, quando inequívoca a presença de seus requisitos autorizadores (art. 300, do cpc/15). Probabilidade do direito evidenciada, à luz das circunstâncias excepcionais do caso concreto. Atual atípico quadro de saúde pública imprevisível e inevitável, em que a sinalagma e a comutatividade contratual, inerentes às relações locatícias afiguram-se nitidamente afetadas,

ensejando aparente desequilíbrio contratual, em razão da onerosidade excessiva superveniente, fulcrada na teoria de imprevisão (art. 317, do código civil). Periculum in mora demonstrado. Nefastos efeitos que as medidas coercitivas de cobrança, notadamente a negativação e o protesto, podem ocasionar à sociedade empresária, inclusive ensejando óbices à continuidade do exercício de suas atividades em local diverso. Reforma da solução de 1º grau. Recurso conhecido e parcialmente provido. Agravante: Pizzaria Valpadana Ltda. Agravados: Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A., Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI, Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES – FAPES, Fundação Sistel de Seguridade Social, Carvalho Hosken S.A. Engenharia e Construções. Relator: Des. Mauro Dickstein, 24 de novembro de 2020. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004DDD3C628CD0D7E05DF1DDB5918DBEBF1C50D4D25285A>. Acesso em: 24.jun.2023.

SANTOS, Claudio. A locação de espaço em “shopping centers”. **Revista dos Tribunais** vol. 680/1992 | p. 9 – 22, Jun.1992. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 5, p. 645 – 668, Jun.2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; PERES, Tatiana Bonatti. **Lei do inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência**. 2ª Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Contratos de locação imobiliária na pandemia**. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 25, n. 3, p. 1-13, dez.2020. DOI: 10.5020/2317-2150.2020.11487. e-ISSN:2317-2150. Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/11487>. Acesso em 07. jun.2022.

_____. **Manual de direito civil contemporâneo** / Anderson Schreiber. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHREIBER, Anderson [et al.]. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. – reimpressão – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SIMÃO, José Fernando. **Pandemia e locação – algumas reflexões necessárias após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário**. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fabio Azevedo. **Migalhas**, 24.abr.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325272/pandemia-e-locacao---algumas-reflexoes-necessarias-apos-a-concessao-de-liminares-pelo-poder-judiciario--um-dialogo-necessario-com-aline-de-miranda-valverde-terra-e-fabio-azevedo>. Acesso em 07.jun.2022.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **A Lei do Inquilinato Comentada** /Sylvio Capanema de Souza. – 10ª ed. rev. Atal. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ação Renovatória: a proteção simultânea do fundo de comércio e do direito de propriedade. Notícias. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/25092022-Acao-renovatoria-a-protecao-simultanea-do-fundo-de-comercio-e-do-direito-de-propriedade.aspx>. Acesso em: 06.jan.2023.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, vol. 3 – Contratos / Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira. 2.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil**, vol. 2 – Obrigações / Gustavo Tepedino, Anderson Schreiber. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. **Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial. Consultor Jurídico**. 20.abr.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>. Acesso em: 09.jun.2023.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Covid-19 e os contratos de locação em shopping center**. **Migalhas**, 20.mar.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em 07.jun.2022.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018

TRF-1 CONFIRMA DECISÃO DO CADE QUE PROÍBE IGUATEMI DE EXIGIR CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATO COM LOJISTAS: decisão mais favorável mantém condenação imposta ao *shopping* em 2007. **Conselho administrativo de defesa econômica**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/trf-1-confirma-decisao-do-cade-que-proibe-iguatemi-de-exigir-clausula-de-raio-em-contrato-com-lojistas>. Acesso em: 16.jan.2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 17ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Direito Civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada**: doutrina e prática: lei 8.245 de 18-10-1991 / Sílvio de Salvo Venosa. – 13. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.