Efeitos da pandemia sobre os contratos de locação de shopping centers

SIMÕES BRANDÃO
ADVOGADOS

circular #09

Rio de janeiro, 6 de agosto de 2020

Sumário

I. A crise no contrato de locação em shopping centers **2**

II. Natureza do contrato de locação comercial: contrato relacional **3**

III. Desequilíbrio contratual gerado pela pandemia (caso de força maior) **5**

IV. Ausência de regra contratual sobre força maior **6**

V. Resolução contratual como uma das soluções possíveis **8**

VI. Conclusão **10**

Rua Debret nº 79 • Grs. 204 • Centro
Rio de Janeiro • RJ • CEP: 20.030-080

Telefone: (21) 3553-2441
www.simoesbrandao.com.br

I. A crise no contrato de locação em shopping centers

Não há dúvidas que as medidas de contenção do avanço da pandemia como o confinamento social e a restrição de atividades empresariais foram determinantes para quebrar muitas empresas, aumentar o desemprego e revelar dificuldades (ineficiência) de diversos setores da economia. Segundo o IBGE, 1,3 milhão de empresas foram fechadas, informação apresentada na primeira edição da pesquisa Pulso Empresa[1]. Deste total, 39,4% pararam suas atividades com o avanço da pandemia, número que vem crescendo mesmo após a reabertura gradativa de alguns setores.

As consequências descritas acima são ainda mais sentidas no setor de varejo, notadamente nos shoppings centers. Nesta pesquisa apresentada pelo IBGE, este setor foi o que menos se beneficiou com as medidas dos Governos para minimizar os prejuízos econômicos causados pela pandemia, indicando que apenas 40% das empresas sobreviventes utilizaram alguma linha de crédito, com preponderância para pagamento de pessoal.

A Abrasce (Associação Brasileira de Shopping Centers) estima que o setor perderá R$ 15 bilhões por mês em vendas se todos os 580 empreendimentos no país ficarem fechados. A projeção considera uma venda média anual dos shoppings de R$ 180 bilhões. O prejuízo é bem maior se forem consideradas as lojas localizadas na rua. Segundo dados da Fecomercio/SP, só no Estado de São Paulo o varejo fatura mensalmente R$ 38,5 bilhões – excluindo supermercados e farmácias, que ficaram de fora das restrições dos governos por serem consideradas atividades essenciais.

Com a abertura gradual dos shoppings centers, foi amplamente noticiado[2] que as vendas não retomaram ao patamar esperado, tampouco aos valores pré pandemia, razão explicada pelo receio de contágio e aumento considerável dos números de

[1] https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/28291-pesquisa-pulso-empresa-impacto-da-covid-19-nas-empresas.html?=&t=downloads
[2] https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/05/21/aliansce-sonae-diz-que-no-h-pedido-grande-de-sada-de-lojas-de-shoppings.ghtml

contaminados e mortos que já alcançam o número de 90 mil, doença ainda pouco conhecida e sem qualquer medicamento para cura ou vacina para prevenção.

Pelas razões apresentadas acima, lojistas e shopping centers travam verdadeira batalha contratual, muitas delas já propostas no Poder Judiciário, tendo como principal disputa o pagamento dos aluguéis e outras obrigações, muito em função da queda considerável do faturamento, além da frustração das expectativas de vendas mesmo após a reabertura. Ademais, empresários do setor ainda precisam gerenciar o aumento das dívidas durante o período de interrupção total das atividades empresariais. Tal cenário é desafiador, sendo imprescindível uma solução adequada para sobrevivência destas empresas, que passa necessariamente pelo acordo entre as partes ou decisões judiciais satisfatórias para as ações judiciais propostas.

II. Natureza do contrato de locação comercial: contrato relacional

Muito se tem discutido sobre a saída para o embate criado entre shopping centers e empresas do varejo, alertando alguns que o uso do espaço locado é a premissa importante a ser considerada para manutenção da obrigação de pagar, outros alertam que a inviabilidade na geração de receitas causadas pela inatividade empresarial é fator preponderante para ruptura contratual ou diminuição do montante a pagar, com vistas ao retorno do seu equilíbrio econômico financeiro.

Premissa inconteste é o fato do contrato de locação possuir natureza de contrato de cooperação (ou relacionais), diferentemente dos contratos de intercâmbio (como a compra e venda, que se exaure na entrega do produto ou serviço e o pagamento do preço). Nos contratos de colaboração ocorre a viabilização jurídica da associação entre agentes econômicos (empresas) para acomodar interesses em empreendimentos comuns ou com interesses comerciais convergentes.

Paula Forgioni[3] assim sintetiza:

> Os contratos colaborativos tendem a se estender no tempo, seu aspecto associativo faz com que a relação deles decorrente não se destine ao esgotamento imediato, como ocorre nos contratos de intercâmbio. Costumam, assim, ser celebrados por prazo indeterminado.
> (...)
> Ou seja, o negócio não visa a estabelecer apenas regras sobre trocas, mas balizar a relação das partes.

Deste tema extrai-se que o contrato de locação não visa apenas a entabular obrigações recíprocas como o pagamento dos aluguéis e demais despesas e custos. A intenção das partes contratantes vai muito além, pois visa disciplinar, a seu turno, a relação de troca entre a permissão do uso do espaço em shopping centers e todo o seu ativo imaterial (tanto de clientela como de propaganda e marketing, dentre outros) para melhor organizar os seus fatores de produção para venda do produto ao consumidor final.

Tal associação criada por meio da plataforma contratual necessariamente se protrai no tempo como fator imprescindível do seu cumprimento contratual. A doutrina especializada chama de contrato relacional ou contrato de trato sucessivo (de cooperação), posto que não se exaure nas obrigações contratuais recíprocas, mas sim na disciplina como a associação contratual irá se relacionar com o passar do tempo, tornando-se um processo contínuo.

[3] FORGIONI, Paula A. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro. Da Mercancia ao mercado. 4 Edição revista e atualizada. Revista dos Tribunais. Pag. 354

III. Desequilíbrio contratual gerado pela pandemia (caso de força maior)

Posto o cenário acima, não é difícil concluir que a pandemia causada pela Covid-19 é fato superveniente e alheio a relação contratual capaz de desequilibrar o contrato de locação de shopping centers entabulado, podendo ser considerado como evento de força maior, tornando as obrigações demasiadamente onerosas para uma das partes contratantes (locatários).

A pandemia da Covid-19, imperioso reconhecer, impôs a paralisação das atividades empresariais como forma de contenção do avanço da doença, o que provoca necessariamente a ausência de receitas (faturamento oriundo das vendas) e impossibilita o pagamento dos custos e despesas operacionais, o que também vem ocorrendo com as obrigações contratuais relativas ao contrato de locação em shopping centers, além de outros custos empresariais.

Como já exposto, a paralisação das atividades cria um descasamento entre receitas e despesas, não tendo como continuar a cumpri-las sem geração de receitas, o que torna incongruente o fluxo de caixa das empresas. Sem reservas de caixa disponível, como é a realidade da maioria das empresas localizadas em shoppings centers (pequenas e médias), impossível se torna a continuação da empresa em virtude da incapacidade de custeio da operação, notadamente em relação aos custos fixas, devidos independentemente da empresa está aberta ou não – como é exatamente a despesa de locação das lojas no shopping centers.

Com efeito, é incontestável que o fato comentado acima (de efeitos inevitáveis e imprevisíveis) foi capaz de causar o descumprimento contratual involuntário (inadimplemento dos valores relativos a aluguéis), impossibilitando a continuação da relação negocial nos termos pactuados por ter criado situação de onerosidade excessiva para as empresas locatárias, com seu desequilíbrio econômico financeiro.

Sendo assim, tais fatos (pandemia causada pela Covid-19) são considerados como evento de força maior, como se depreende da inteligência do artigo 393 do Código Civil, abaixo reportado:

> 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. (grifo nosso)

Não restam quaisquer dúvidas que a pandemia da Covid-19 é considerada evento força maior, sendo assim decido por diversos Tribunais de Justiça no país, por se tratar de fato necessário cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, amoldando-se perfeitamente a norma contida no art. 393 abordado.

IV. Ausência de regra contratual sobre força maior

Cabe salientar que em regra os contratos de locação realizados entre lojistas e shoppings centers é omisso no que toca a solução para os casos comentados acima. Não há uma cláusula sequer que orienta como as partes contratuais devem ser comportar-se com a implementação do evento de força maior (pandemia da Covid-19).

Dito de outro modo, os contratos de locação em shopping centers (foram analisados mais de 25 contratos de locação de diferentes shoppings centers) são omissos na distribuição do ônus contratual na ocorrência de fato considerado força maior. Na ausência de regra contratual, aplica-se o art. 393 do Código Civil, que determina que o credor (shopping Centers) deve suportar os riscos e ônus contratuais ocorridos em função do inadimplemento contratual e impossibilidade de sua continuação.

Desta forma, deve-se afirmar que a responsabilidade pelos prejuízos causados pelo inadimplemento dos valores relativos ao aluguel e demais encargos acima descrito é do credor da relação contratual, ou seja, os shoppings centers. Repisa-se, na omissão contratual sobre a alocação dos riscos contratuais para inadimplemento causado pela força maior (como vem ocorrendo), aplica-se a regra contida no art. 393 do Código Civil já comentado, que atribui os custos do inadimplemento ou da impossibilidade de continuar a relação contratual ao credor shopping centers.

O evento pandemia da Covid-19, considerada sem qualquer dúvida como força maior operou efeitos de desequilíbrio contratual (tanto no aspecto das relações obrigacionais quanto de equilíbrio econômico financeiro), é causa a ensejar a resolução contratual por onerosidade excessiva fundado no art. 478 do Código Civil, valendo a sua transcrição:

> 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. (grifo nosso)

Esta premissa deve ser levada em conta para todos os agentes econômicos envolvidos, tanto para resolução negociada como para aquela dada pelo Poder Judiciário, sabendo inclusive que o posicionamento dos Tribunais é exatamente no sentido do texto acima.

V. Resolução contratual e alteração temporária das obrigações como uma das soluções eficientes

Para as empresas que ainda possuem capacidade de operar mesmo diante da situação de queda do faturamento, a solução mais eficiente seria a redução das obrigações contratuais (de pagar os valores de aluguéis e seus encargos) para patamares compatíveis com a operação empresarial. O que se tem constatado é uma redução em torno de 50% destes valores, retornando ao equilíbrio econômico financeiro antes quebrado. Na dificuldade de encontrar esta solução pelo consenso de vontades, imperioso apontar que o Poder Judiciário tem atendido pleitos exatamente neste patamar de redução, o que se torna um importante instrumento de reequilíbrio contratual.

Noutro giro, para as empresas que não mais possuem fôlego de caixa para continuar por mais um período (ainda incerto, tendo em vista que a pandemia ainda está progredindo) com uma operação empresarial deficitária, além da incapacidade de pagamento das dívidas já criadas durante a pandemia da Covid-19, solução encontrada seria a resolução do contrato de locação com o ônus do inadimplemento para os shoppings centers (credores da relação contratual).

Estas empresas se deparam com um cenário bastante frustrante. Durante o período de interrupção das atividades empresariais, os custos fixos continuaram a ser cobrados, o que fez aumentar consideravelmente o passivo empresarial. Levando em conta que as margens de lucro do setor de varejo são bastantes apertadas, notadamente para as empresas que utilizam o sistema de franquia, somado ao fato que as vendas não retornaram ao patamar normal (encontra-se em torno de 20% a 30% comparado com a média no ano anterior), é possível afirmar que as dívidas já existentes jamais serão quitadas, pelo simples fato de não conseguirem se acomodar na estrutura de custos destas empresas. O não retorno das vendas no mesmo volume anterior a pandemia

indica que o faturamento esperado no curto e médio prazo não permite o pagamento do passivo já existente, o que nos permite concluir que a operação empresarial se tornou inviável.

Não se trata de uma insolvência pontual, mas sim de uma incapacidade absoluta de geração de receitas para cumprimento das obrigações empresariais, inclusive aquelas obrigações advindas do contrato de locação.

Não temos dúvidas que a melhor solução é o acordo entre empresas e shopping centers. Aliás, é dever das partes contratantes negociar e diminuir os próprios prejuízos, como determina a doutrina do duty to mitigate the own loss do direito anglo saxônico, trazida pelo nosso ordenamento pelo princípio da boa fé. Assim, é considerado como dever contratual das partes mitigar a própria perda ou prejuízo, o que nos permite dizer que não cabe ao credor shopping centers quedar-se inerte e presenciar as dívidas das empresas locatárias aumentarem a cada dia, tornando-se cada vez mais difícil o seu recebimento.

O racional econômico para os credores que justifica a resolução contratual por meio do consenso de vontades, repousa no fato de que a liberação do espaço permitirá realizar novos contratos de locação, com empresas que possuam capacidade de pagamento, com geração de receitas e sem passivo a pagar (criado durante a pandemia). Continuar com o contrato anterior resultaria no aumento do contas a receber, mas sem a sua conversão em recebido (caixa), trazendo de um modo ou de outro prejuízo para o credor shopping centers.

Cotejando os custos das hipóteses de absorver os prejuízos com este contrato e realizar outro (que realmente terá capacidade de pagamento) com a hipótese de continuar com a sua cobrança e não receber os valores, pode-se afirmar que seria mais caro a segunda assertiva, somando-se ainda os custos com jurídico para execuções das dívidas inadimplidas, como já vem ocorrendo.

Por fim, na impossibilidade de composição amigável, não resta alternativa senão o ingresso com a ação de resolução contratual com o fundamento apresentado neste artigo, fundado nos art. 393 e 478 do Código Civil, atribuindo o ônus contratual trazido pela pandemia (e suas medidas de contenção) para o credor shoppings centers., como

bem vem decidindo os Tribunais do país.

VI. Conclusão

Diante do cenário exposto, a expectativa é que os shoppings centers utilizem o racional econômico descrito acima para resolver os contratos de locação sem qualquer ônus para as empresas locatárias, movimento que apenas agora se começa a verificar. Por outro lado, encontrada postura intransigente, solução eficiente é a ação de resolução contratual para encerrar o contrato com a aplicação da lei de forma mais equitativa possível, transferindo os riscos da força maior para os credores shoppings centers.

A equipe do Escritório Simões Brandão, continuará inteiramente à disposição dos seus clientes a fim de auxiliá-los com orientações relevantes que servirão como auxílio na tomada de decisão dos gestores empresariais, para evitarmos juntos os reflexos nefastos da paralisação das atividades empresariais.

Sócio: Cesar Brandão OAB/RJ 152.124
Consultor: Gilson Novo OAB/RJ 121579

Facebook
Linkedin
Instagram