



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE ALIENAÇÃO DA
PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DOS LOJISTAS – A NECESSIDADE DE LIMITES AO
INSTITUTO DO *TENANT MIX*

Alexandre Ferreira Gonçalves

Rio de Janeiro
2024

ALEXANDRE FERREIRA GONÇALVES

ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE ALIENAÇÃO DA
PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DOS LOJISTAS – A NECESSIDADE DE LIMITES AO
INSTITUTO DO *TENANT MIX*

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2024

ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE ALIENAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DOS LOJISTAS – A NECESSIDADE DE LIMITES AO INSTITUTO DO *TENANT MIX*

Alexandre Ferreira Gonçalves

Graduado pela Universidade Candido Mendes

Resumo – as relações jurídicas entre o empreendedor do *shopping center* e os lojistas, suportadas por um plexo de contratos, estabelecem mútuas obrigações, que concorrem para o sucesso do empreendimento. Tais atores atuam sob uma lógica organicista, uma vez que o sucesso de cada um é, ao mesmo tempo, causa e efeito do sucesso de todos. Nesse contexto, tais contratos contêm diversas cláusulas especiais, destacando-se a referente à proibição de cessão da locação e de mudança da atividade. O presente investiga a inserção no bojo dessa – com o fito de se preservar o *Tenant mix* – a vedação da alienação da participação societária dos lojistas. Para tanto, são analisados os limites axiológicos dessa vedação, sobretudo a sua contraposição a direitos constitucionalmente assegurados, máxime a livre associação e a livre iniciativa, com o objetivo de aferir a necessidade de limites ao instituto do *Tenant mix*.

Palavras-chave – Direito empresarial. *Shopping Center*. *Tenant mix*. Lojistas.

Sumário – Introdução. 1. As cláusulas de manutenção do *Tenant mix* e a possibilidade de violação de preceitos constitucionais e principiológicos. 2. A identificação dos limites axiológicos da manutenção do *Tenant mix* e seus possíveis desvios. 3. A necessidade de um sistema normativo que tutele a vulnerabilidade contratual dos lojistas perante o empreendedor do *shopping center*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a necessidade da efetiva aplicação de limites constitucionais ao instituto do *Tenant Mix*, no contexto da relação jurídica entre o empreendedor do *shopping center* e seus lojistas; mormente diante da desvirtuação da cláusula de vedação à proibição de cessão de locação e à mudança da atividade, quando essa abranger a proibição de alteração do quadro social do lojista; o que, sob o pretexto da manutenção do mencionado instituto, viola frontalmente os direitos constitucionais da livre iniciativa e da livre associação, bem como, em última análise, vulnera o preceito constitucional da liberdade econômica.

Para tanto, em uma abordagem endereçada por posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, o instituto do *Tenant mix* é analisado sob a ótica das obrigações contratuais assumidas entre esses personagens; contudo, sem se perder de vista que tais obrigações compõem um contexto maior, simultaneamente permeado por aspectos econômico-financeiros e sociais, bem como, por múltiplas e complexas relações jurídicas, que tomadas em seu conjunto, proporcionam a própria essência e viabilidade negocial dos *shopping centers*.

Com esse desiderato, inicia-se o primeiro capítulo problematizando-se até que ponto as práticas contratuais adotadas pelos empreendedores dos *shopping centers*, quando da estipulação de cláusulas que objetivem a manutenção do *Tenant mix*, sobretudo em razão da sua assimetria perante os lojistas, podem caracterizar, a depender dos limites impostos no caso concreto, uma violação dos mencionados preceitos constitucionais, bem como podem configurar uma contraposição ao princípio da boa-fé objetiva contratual.

No segundo capítulo, pondera-se, por meio da análise da relação jurídica contratual entre os empreendedores dos *shopping centers* e seus lojistas; tendo como pano de fundo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, a possibilidade de se sustentar argumentativamente que a cláusula de vedação à proibição de cessão de locação e à mudança da atividade, na hipótese de abranger a proibição de alteração do quadro social do lojista, tem aptidão para violar o direito constitucional da livre iniciativa e da livre associação. Nesse contexto crítico, persegue-se, em última análise, o mapeamento dos limites axiológicos da manutenção do *Tenant mix*, de forma a permitir a identificação e a discussão de seus possíveis desvios.

No terceiro capítulo, por derradeiro, pesquisa-se, à luz da indubitável importância social e econômica do fenômeno dos *shopping centers*, cujo amparo jurídico se dá por uma complexa coligação de contratos e, conseqüentemente, pelo entrelaçamento de diversas esferas jurídicas subjetivas; qual a estratégia hermenêutica mais adequada para o enfrentamento da concorrência normativa entre os princípios constitucionais aplicáveis nessa relação jurídica; verificando-se, portanto, em razão da mencionada colisão, com base nas modalidades de ponderação – harmonizante ou excludente – em que medida há possibilidade da harmonização entre tais princípios, ou, se se deve reconhecer a prevalência de algum dele sobre os demais. Não obstante, nesse último capítulo defende-se, sobretudo, uma exegese que considere a vulnerabilidade dos lojistas perante o empreendedor do *shopping center*; sem descuidar, contudo, da necessária reflexão dos limites dessa tutela, no sentido de não se potencializar ou mesmo não se acentuar as dicotomias já existentes entre os sujeitos envolvidos nessa relação jurídica.

No tocante ao método adotado para o desenvolvimento deste trabalho, a escolha recai sobre o hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende levantar um conjunto de hipóteses pertinentes ao objeto da pesquisa, com a finalidade de se identificar, ao final, quais delas se coadunam com uma adequada exegese, a partir do emprego da estratégia hermenêutica de ponderação de valores, acerca das colisões de princípios de índole constitucional observadas.

Nesse diapasão, será empregada uma abordagem qualitativa, uma vez que o presente será desenvolvido, sobretudo, à luz da investigação bibliográfica sobre o tema, permitindo-se, assim, a ponderação axiológica acerca dos vetores empresariais e constitucionais em questão.

1. AS CLÁUSULAS DE MANUTENÇÃO DO *TENANT MIX* E A POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E PRINCIPIOLÓGICOS

Inegavelmente, o fenômeno do *shopping center* vem assumindo cada vez mais um papel de destaque no mercado consumidor brasileiro. Denominados como templos de consumo, nas palavras de Neves¹, tais empreendimentos revelam-se um grande vetor de convivência comunitária, ainda que sob um viés marcadamente consumerista, por meio do qual as pessoas têm a sua disposição, em um único local e dentro de um contexto de fomento e de operacionalização do consumo; opções de alimentação, de diversão, de saúde, bem como de bens e de serviços em geral; tudo isso com a conveniência e a comodidade de acesso, de estacionamento, de climatização e, sobretudo, de segurança. Nesse mesmo sentido, porém abordando tal fenômeno sob a perspectiva de sua estrutura jurídica, afirma Melo:

[...] a ocupação e utilização das lojas de um *shopping center* envolve um complexo de negócios jurídicos tendentes a viabilizar a exploração empresarial que será levada a efeito pelo empreendedor com vistas a atrair os consumidores a toda uma gama de ofertas sistemáticas e permanentes de produtos e serviços [...].²

Contextualizando macroeconomicamente a dimensão desse segmento, observa-se que, de acordo com os dados disponibilizados no site da Associação Brasileira de *Shopping Centers* (Abrasce)³, no Brasil atualmente existem 639 *shopping centers*, os quais recebem mensalmente cerca de 462 milhões de visitantes e geram 1.063 milhão de empregos.

Assim, ante a estatura econômica desse setor, a sua importância e a sua capilaridade no mercado consumidor de bens e serviços – de uma forma em geral para a sociedade e para a economia brasileira – as suas relações jurídicas gravitacionais, as quais em última análise dão sustentação ao empreendimento como um todo; bem como a tutela da esfera de direitos constitucionais das partes contratantes, devem inegavelmente ser objeto de especial atenção pela comunidade jurídica.

De acordo com a doutrina, como será visto a seguir, a natureza jurídica do contrato de *shopping center* pode ser entendida a partir de um plexo de contratos em coligação, de forma que cada um, em sua respectiva seara de abrangência, visa a compor um todo, de forma a operacionalizar juridicamente diversos acordos de vontades conceitualmente convergentes e

¹ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 597.

² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: contratos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 520.

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE *SHOPPING CENTERS*. **Números do setor**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 13 jul.2024.

complementares. Nesse sentido, aponta a esse respeito o jurista Orlando Gomes, ao afirmar que “os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que sirvam a individualidade própria, por isso se distinguindo dos contratos mistos”⁴.

À luz desse arcabouço conceitual, podem-se citar diversos contratos coligados que compreendem a unidade jurídica da relação entre o empreendedor do *shopping center* e os seus lojistas. Tais acordos de vontades, em regra convergentes, segundo Neves⁵, são: a) contrato de locação, b) regimento interno do *shopping center*, c) convenção que disciplina normas gerais de locação, administração, funcionamento e fiscalização, e d) participação na associação de lojistas.

Com o objetivo circunscrever os limites subjetivos da relação contratual do empreendimento do *shopping center*, Neves⁶ indica quatro principais sujeitos de direitos: o empreendedor, o lojista, o administrador e o consumidor. Contudo, para efeito de recorte para a presente análise, aqui será tratado basicamente da relação entre os dois primeiros, porquanto o ângulo sobre o qual se pretende analisar o instituto do *Tenant mix* e suas implicações contratuais diz respeito, pelo menos diretamente, tão somente à interação entre estes.

Objetiva-se assim perquirir, ao final e ao cabo, os limites contratuais na relação jurídica entre o empreendedor do *shopping center* e seus lojistas, mormente em relação à cláusula de vedação à proibição de cessão de locação e à mudança da atividade; e se eventual transbordamento desses limites, em alguma medida, viola a própria função social do contrato e os direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente assegurados.

Constata-se faticamente, em razão da notória assimetria existente, em regra, entre o empreendedor do *shopping center* e seus lojistas; a vulnerabilidade destes perante aquele, sobretudo ante a insuficiência de uma base normativa específica, a qual correlacione e enderece soluções nesse contexto de desequilíbrio.

Entretanto não se desconhece, e isso é importante ressaltar, que a complexidade do mencionado empreendimento deve contar, para a sua operacionalização e sucesso, com mais do que um mero somatório de acordos de vontades entre as partes; mas, sobretudo, deve perpassar por uma verdadeira comunhão de desígnios e conjugação de esforços entre o

⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 104.

⁵ BUZAID, Alfredo. Estudo sobre Shopping Center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). *Shopping centers: questões jurídicas (doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: Saraiva, 1981 *apud* NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 613.

⁶ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 600-610.

empreendedor do *shopping center* e seus lojistas para se alcançar o êxito empresarial; uma vez que a entidade *shopping center* é, em última análise, tomada e acreditada pelos seus consumidores como um organismo unitário.

É nesse sentido, inclusive, ainda que de forma transversa, para o qual aponta a jurisprudência do C. STJ⁷, ao entender pela existência de relação de consumo entre o empreendedor do *shopping center* e os seus frequentadores, seja como efetivos consumidores ou a eles equiparados – *bystander* – conforme previsto no art. 17, do Código da Defesa do Consumidor⁸. Nesse entendimento, fica patente a figura do *shopping center* como um único organismo perante a sociedade, como um sujeito de direitos e deveres.

Assim, dentro dessa lógica organicista, uma falha em qualquer um dos seus componentes tem o potencial condão de colocar em risco toda a integridade do negócio, com repercussões mercadológicas e financeiras negativas para todas as partes.

Logo, a partir desse prisma integrativo, o fenômeno que aqui se busca analisar, no contexto das cláusulas especiais que regem o empreendimento do *shopping center*, máxime naquela que se refere à proibição de cessão da locação e mudança de atividade; é a existência nesta de uma vedação ao lojista em alienar a sua participação na sociedade empresária e as respectivas implicações jurídicas daí decorrentes.

Conceitualmente, a cláusula contratual referente à proibição de cessão da locação e mudança de atividade tem por finalidade a manutenção do *Tenant mix* do empreendimento, isto é, a preservação do planejamento realizado pelo empreendedor, sob uma ótica mercadológica, planejamento este no qual o empreendedor previamente identificou e promoveu a localização otimizada das lojas, por meio da sua distribuição orientada por um critério lógico funcional fundado na expertise de utilização dos espaços comerciais nas dependências do *shopping center*. Assim, tal planejamento busca, sobretudo, aperfeiçoar nesses espaços a oferta dos produtos e serviços a serem comercializados; maximizar a sinergia entre diferentes tipos de negócios, explorando, inclusive, as suas respectivas complementariedades; bem como orientar e catalisar o consumo por parte dos clientes do *shopping center*.

Segundo Venosa, o *Tenant mix* “é um plano de determinação dos ramos e localização

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2080225/SP**. Consumidor. Teoria finalista. Funcionária de loja em *shopping center*. Acidente em área comum. Banheiro. Lesão grave. Relação de consumo. Caracterização. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 03 de Outubro de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 03 ago.24.

⁸ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 ago.2024.

das lojas e pontos de venda dentro do centro de compras, gravitando em torno das chamadas lojas-âncoras, as quais funcionam como ponto magnético da clientela [...]”⁹.

Nesse cenário, por um lado, o *Tenant mix* é um conceito que envolve a composição diversificada e otimizada de ofertas nos espaços dos *shopping centers* sob o ponto de vista de alavancagem das suas vendas, e que tem por objetivo, em última análise, proporcionar um ambiente atrativo para as pessoas, predispondo-as ao consumo e; por outro lado, a mencionada cláusula de proibição de cessão da locação e mudança de atividade tem por finalidade preservá-lo.

Na opinião de Neves¹⁰, o *Tenant mix* corresponde à distribuição ordenada das lojas dentro do *shopping center* e, nesse sentido, esse autor justifica e legitima a previsão da cláusula de proibição de cessão da locação e mudança da atividade, uma vez que ela visa impedir o ingresso de terceiros que não contrataram originalmente com o empreendedor e, por esse motivo, podem vir a representar um potencial risco à ordenação previamente estabelecida, na medida em que esses novos lojistas podem explorar outras atividades no interior do empreendimento, em dissonância com o estudo previamente desenvolvido pelo empreendedor do *shopping center*. Dessa forma, o que se busca preservar, em última análise, com tal cláusula, é a própria rentabilidade do *shopping center*, seja para cada lojista individualmente, seja para o empreendimento como um todo.

Contudo, quando tal planejamento mercadológico, bem como a sua manutenção a título de garantir o sucesso do empreendimento, transbordam a esfera de direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos lojistas, enquanto cidadãos, hão de ser ponderados, no outro lado da balança, os limites axiológicos dos vetores constitucionais envolvidos, em especial os princípios gerais da ordem econômica e os direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, uma cláusula que objetive a manutenção do *Tenant mix* deve se limitar à proteção do indigitado instituto, não devendo, sob o pretexto de preservá-lo, extrapolar a sua esfera de aplicação, como na hipótese de impor uma vedação ao lojista em alienar a sua participação na sociedade empresária, uma vez que tal vedação afronta o direito potestativo dos lojistas em, naquilo que lhes convierem, estruturarem livremente os seus quadros societários. Nessa esteira, como assevera Neves, “é indubitável que novos paradigmas trazidos pela nova ordem constitucional e conformados

⁹ VENOSA, Sylvio de Salvo. **Lei do Inquilinato Comentada**: doutrina e prática. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 263.

¹⁰ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 649-650.

nas relações privadas pelo Código Civil de 2002, devem permear esta relação [...]”¹¹.

Portanto, há de se perquirir as dimensões a serem equilibradas nesta relação jurídica: por um lado, os institutos que regem o empreendimento, no caso em estudo, o *Tenant mix*; e, por outro, a prevalência dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Assim, tais vetores devem ser juridicamente harmonizados com o fito de que essa composição proporcione de fato a adequada efetividade empresarial que aproveite a todas as partes, em consonância com os princípios gerais da ordem econômica; contudo, sem descuidar dos direitos constitucionais da livre iniciativa e da livre associação, titularizados pelos lojistas, enquanto cidadãos, respectivamente nos termos do art. 5º, XVII e XX e do art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*, CRFB/88¹².

2. A IDENTIFICAÇÃO DOS LIMITES AXIOLÓGICOS DA MANUTENÇÃO DO *TENANT MIX* E SEUS POSSÍVEIS DESVIOS

Conforme visto, a vedação ao lojista em alienar a sua participação na sociedade empresária, quando insere no bojo de uma cláusula de proibição de cessão da locação e mudança de atividade, ainda que no contexto da manutenção do *Tenant mix*; para parte da doutrina, extrapola a função social desse instituto ao violar direitos e garantias fundamentais dos lojistas e afronta a boa-fé contratual; vulnerando, portanto, o contrato ao desnaturá-lo em sua função social, a bem dizer, desfuncionalizando-o.

Assim, o desafio que aqui se coloca é identificar os argumentos que demonstrem a natureza de tais violações. Nesse sentido, serão correlacionados alguns princípios da teoria do contrato, bem como os mencionados preceitos constitucionais e principiológicos potencialmente violáveis.

De forma ampla, Melo¹³ relaciona no estudo principiológico do contrato, princípios clássicos do direito civilista, e aqueles vinculados ao modelo constitucional do estado social de direito. No primeiro grupo, enumera os princípios da autonomia privada, da obrigatoriedade, do consensualismo e da relatividade, e no segundo, os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência entre as prestações.

¹¹ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 652.

¹² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

¹³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: contratos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 40.

O princípio da autonomia da vontade, um dos princípios basilares da teoria do contrato, significa, nas palavras de Gomes, “[...] o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica [...]”¹⁴. Segundo esse doutrinador, tal liberdade consiste em (i) a liberdade propriamente dita de contratar, (ii) a liberdade de estipular o contrato e (iii) a liberdade de determinar o seu conteúdo.

Sob uma perspectiva equivalente, na visão de Wald¹⁵, tal princípio se subdivide em duas vertentes: numa primeira – a liberdade de contratar – a qual corresponde à faculdade de se realizar ou não um contrato e, em numa segunda – a liberdade contratual – a qual corresponde à faculdade das partes contratantes decidirem o conteúdo em si do avençado.

De igual *status* principiológico, exsurge o princípio da obrigatoriedade, cujo conceito também é cunhado pela expressão latina *pacta sunt servanda*¹⁶. Nas palavras de Gomes, que o denomina princípio da força obrigatória, tal princípio contratual:

[...] consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos [...]¹⁷.

Segundo Melo¹⁸, o princípio da obrigatoriedade é consequência natural do princípio da autonomia privada. Sob essa perspectiva, a obrigatoriedade de se cumprir o avençado, expressão maior da natureza desse princípio, é consectário da liberdade de contratar.

É de se ver que, com o constitucionalismo iniciado no pós-guerra, houve paulatinamente uma mudança de paradigma da dogmática do ordenamento jurídico brasileiro, por meio da qual o Direito Civil, outrora irradiador do direito em geral, teve a sua centralidade superada pela Constituição¹⁹. Nesse diapasão, Hesse, ao apresentar esse novo paradigma a partir do influxo entre a normatividade, apresentado por ele como a ordenação jurídica, e o cenário político-social, como a realidade, assevera:

[...] a força viva e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetivado complexo de relações da vida [...]²⁰.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

¹⁵ WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.190.

¹⁶ *Pacta sunt servanda* é uma expressão latina que encerra o princípio da força obrigatória dos contratos.

¹⁷ GOMES, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: contratos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 43.

¹⁹ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 128. *E-book*.

²⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 18.

Nesse contexto, tais princípios contratuais civilistas devem ter a sua incidência interpretada sob a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual, segundo Barroso, envolve a “aplicação das normas constitucionais às relações privadas, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais”²¹.

Nesse sentido, o direito constitucional da livre associação, previsto no art. 5º, XVII e XX, da CRFB/88²², de ampla aplicação na vida em sociedade; tem especial aplicabilidade na seara do Direito Empresarial, na medida em que, a partir do conceito poliédrico dos perfis da empresa, concebido por Asquini²³, mormente no tocante a empresa sob a sua perspectiva subjetiva, tal direito constitucionalmente assegurado fundamenta a formação das sociedades empresárias como um direito potestativo disponível na esfera de direitos dos indivíduos. Nesse sentido, assevera Moraes, enfatizando ser esse um princípio constitucional setorial, afeito ao Direito Empresarial:

[...] princípio da liberdade de associação de pessoas e capitais: a sociedade empresarial, concebida como entidade, formada pelo acordo de vontades entre uma ou mais pessoas, que se comprometem a reunir capitais e trabalhos, é dirigida à realização de operações com finalidade lucrativa, para a distribuição de lucros entre os sócios [...] ²⁴.

Dessarte, o livre exercício do direito, destinado aos indivíduos, para se associarem e assim desenvolverem determinada atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços, em caráter profissional, por meio de um complexo de bens a ela afetado, é norma fundante da ordem econômica, porquanto compõe e dá significação à própria liberdade econômica prevista no art. 170, parágrafo único, da CRFB/88²⁵, bem como compõe o próprio núcleo do princípio da liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas, legalmente previsto no art. 2º, I, da Lei nº 13.874/2019²⁶.

Nesse compasso, de mesmo *status*, o direito constitucional à livre iniciativa, previsto

²¹ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p.121. *E-book*.

²² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

²³ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

²⁴ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 110. *E-book*.

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica** [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 04 ago.2024.

no art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*, da CRFB/88²⁷; de regência ínsita ao Direito Empresarial, se relaciona com a própria liberdade de empreender, isto é, é inerente ao próprio exercício da liberdade para se escolher qual atividade deverá ser estabelecida, quais os meios deverão ser reunidos e gerenciados para a consecução do empreendimento, quando e sob qual forma se deverá atuar e, sobretudo, quais e de qual natureza deverão ser os riscos a serem assumidos.

Nesse sentido, a livre iniciativa se reveste de especial capacidade para proporcionar, em última análise, a justiça social, na medida em que, conjugada com a valorização do trabalho humano, tem o condão de promovê-la. Nesses termos, assevera Moraes sobre a justiça social:

[...] considerada como ditame da ordem econômica que, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, a justiça social é definida como “superação das injustiças na repartição do produto econômico”, em ordem a reduzir, tanto quanto possível, as desigualdades sociais²⁸.

Assim, o exercício do direito à livre iniciativa compõe o arquétipo fundante da ordem econômica instituída na CRFB/88, na medida em que, concomitantemente, consiste em um dos princípios da república brasileira, figura como uma das dimensões referentes à liberdade prevista entre os direitos e garantias fundamentais, bem como, teleologicamente, é veículo para a promoção de novos direitos sociais, na medida em que tem o condão de gerar novas oportunidades de trabalho.

Dessa forma, à luz da conjugação dos mencionados princípios civilistas contratuais com os tais direitos e garantias fundamentais, percebe-se claramente que a existência de uma vedação ao lojista em alienar a sua participação na sociedade empresária contraria tais direitos e se antepõe ao direito potestativo dos lojistas de estruturarem livremente os seus quadros societários, bem como atenta contra a própria funcionalização do instrumento contratual firmado entre o empreendedor do *shopping center* e seu lojistas. Nessa linha de raciocínio, leciona Neves:

Eventual proibição de alienação da participação societária, em princípio, não é válida, isso porque seria, tal hipótese, uma verdadeira ingerência nos negócios do lojista, bem como no seu livre direito constitucional de não se manter associados a ninguém, ou de não mais vir a exercer aquela determinada atividade, passando-a a terceiros²⁹.

Dessarte, ante os argumentos aqui identificados, os quais demonstram a natureza constitucional e a necessária leitura principiológica das violações tratadas pela presente pesquisa; constata-se que tais argumentos reverberam a especial relevância que assume o

²⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

²⁸ MORAES, *op. cit.*, p. 693.

²⁹ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 650.

núcleo da discussão aqui problematizada. Nesse sentido, afigura-se a patente colisão de princípios constitucionais cotejados neste trabalho.

É de se ver que, pertinente *in casu*, Dworkin³⁰ endereça uma solução para o enfrentamento pragmático de colisões constitucionais, baseando-se na ideia de prevalência entre princípios; consequentemente, se distanciando de uma visão marcada por um caráter absoluto, que desconsidera as nuances do caso concreto e que se assenta sob uma ideia de tudo ou nada, a qual funda uma falsa percepção de invalidação do princípio não prevalente, em prol daquele considerado válido.

Nesse diapasão – com o desiderato de se perquirir qual seria o adequado arcabouço normativo, apto a amparar uma efetiva tutela jurisdicional sobre os desdobramentos do instituto do *Tenant mix*, mormente aqueles referentes à vulnerabilidade contratual dos lojistas – faz-se mister derivar em alternativas a discussão aqui posta, para o cotejo de qual a melhor estratégia hermenêutica: (i) a aplicação da ponderação harmonizante (eficácia otimizável), por meio da qual a exegese é realizada a partir de concessões mútuas e recíprocas, com o fito de preservar a incidência concomitante dos princípios em colisão ou, no limite, (ii) a aplicação da ponderação excludente (eficácia excludentemente ponderável), por meio da qual a exegese é realizada a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade em sua tríade adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³¹. Nesse cotejo, se deverá, acerca dos limites da cláusula em apreço, considerar a aplicabilidade da boa-fé objetiva contratual, nas suas dimensões interpretativa, controlativa e integrativa, sobretudo, sob a égide da eficácia horizontal dos direitos fundamentais³²; e da força normativa da constituição³³.

3. A NECESSIDADE DE UM SISTEMA NORMATIVO QUE TUTELE A VULNERABILIDADE CONTRATUAL DOS LOJISTAS PERANTE O EMPREENDEDOR DO SHOPPING CENTER

Uma eventual vedação ao lojista em alienar sua participação societária na sua empresa individual ou na sociedade empresária da qual faça parte, embutida em uma cláusula de vedação à cessão de locação e de vedação à mudança da atividade, a ele imposta por meio de

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-45.

³¹ GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito constitucional avançado**. Rio de Janeiro: Seses, 2018, p. 152-153.

³² BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p.121. *E-book*.

³³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

contrato firmado com o empreendedor do *shopping center*; em que pese estar costumeiramente atrelada à preservação do *Tenant mix* – instituto já reconhecido pelo STJ como um dos elementos essenciais de tal avença, nos seguintes termos: “[...] uma das características mais importantes de um *shopping center* é a equilibrada combinação de lojas não concorrentes, junto com as atrações e utilidades oferecidas (no que a doutrina denomina de *Tenant mix*) [...]”³⁴ – é entendida por uma parte da doutrina empresarialista como um elemento que denota um insofismável contexto de violação de direitos e garantias fundamentais dos lojistas e de afronta aos elementos caracterizadores da boa-fé contratual, ainda que a pretexto de salvaguardar esse importante instituto mercadológico voltado para o sucesso e a sustentabilidade negocial de um *shopping center*.

Por meio desse raciocínio doutrinário, defendido por Neves³⁵, uma cláusula que preveja uma vedação pura e simples de tal alienação é inquinada de invalidade, uma vez que é a sociedade empresária, e não o sócio, que exerce a empresa. Logo não existe razão em se considerar a legitimidade e tampouco a proporcionalidade de tal proibição. No entanto, adverte o autor que tal raciocínio, por óbvio, não impede que o empreendedor do *shopping*, caso venha a identificar alguma violação da boa-fé objetiva contratual, por parte do lojista, decorrente de conduta que represente um abuso de direito, não possa deduzir as suas pretensões por meio das vias judiciais adequadas.

Já para outra parte da doutrina, esposada por Basílio³⁶, tal vedação não representa qualquer óbice ou violação de direitos; porquanto, amparada pelo princípio da autonomia contratual, tal vedação se mostra oportuna na medida em que impede, de forma transversa, a substituição efetiva do locatário.

Por meio desse outro raciocínio doutrinário, entende-se que uma alienação da participação societária da empresa individual ou da sociedade empresarial, nos termos ora discutidos, teria o condão de colocar em risco a harmonia da concepção, bem como a própria organização desse empreendimento.

Assim, sob a orientação dessa divergência doutrinária – sem se perder de vista as questões relativas à patente assimetria negocial marcadamente a favor do empreendedor do *shopping center*, mas não se desconhecendo a inegável força motriz em prol da economia,

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 764901/RJ**. Comercial. *Shopping center*. Cláusula de exclusividade na comercialização de produto pelo lojista (mix). Desrespeito pelo incorporador-administrador. Desvirtuamento do objeto do contrato (*res sperata*) [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 10 de Outubro de 2006.

³⁵ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 650.

³⁶ BASÍLIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124.

proporcionada pela sua iniciativa privada, seja em relação ao volume de investimentos por ele aportados, seja em relação à dimensão dos riscos por ele assumidos – o presente trabalho se debruça sobre o cotejo de alternativas de enfrentamentos exegéticos que viabilizem a adoção de um adequado plano normativo com a finalidade de amparar uma apropriada tutela jurisdicional que venha ser buscada por uma ou ambas as partes no curso dessa relação jurídica. A bem de ver, ressalte-se, sem se descurar que tal normatividade esteja alinhada a um contexto de segurança jurídica para as partes envolvidas.

Contudo, antes de se adentrar em tal cotejo, revela-se necessário identificar alguns aspectos relevantes no contexto que permeia os papéis dos agentes econômicos envolvidos, máxime o empreendedor de *shopping center* e o lojista.

Em primeiro lugar, a complexidade dessas as relações comerciais e jurídicas, as quais alicerçam a operação desses empreendimentos comerciais, deve ser tomada como um pano de fundo desse fenômeno, a partir do qual se sobrepõe múltiplas plataformas contratuais que viabilizam a imbricada conjugação de esforços dos seus atores em prol do sucesso do empreendimento. Nesse sentido, tal conjugação, realizada pelos seus diversos sujeitos de direitos e de obrigações, revela-se deveras reticente em relação a eventuais formalidades que não atendam, de forma pragmática, à sua lógica negocial.

Em segundo lugar, em que pese à notória dicotomia de interesses envolvidos e à evidente assimetria entre as posições contratuais dos seus integrantes; deve-se perseguir uma necessária despolarização ideológica dos limites a serem estabelecidos para amparar a mencionada tutela jurisdicional que venha a se demonstrar necessária em um caso concreto.

Assim, assinalados tais aspectos, é de se ver que a CRFB/88³⁷ instituiu a livre iniciativa como um dos fundamentos da República, bem como alçou a ordem econômica como um instrumento para assegurar, em conjunto com a valorização do trabalho, uma existência digna a todos.

Bem nesse sentido, a Lei nº 13.874/2019³⁸ instituiu parâmetros para a declaração dos direitos de liberdade econômica; reforçando, assim, a natureza normativa da proteção ao livre exercício da atividade econômica, ao prever que as normas de ordem pública sobre tais atividades privadas devem ter a sua interpretação orientada em prol, dentre alguns vetores, do respeito aos contratos. Assim, em consonância com os princípios gerais da ordem econômica, e em alinhamento com os fundamentos republicanos, em especial o da livre iniciativa, constata-se que a liberdade de contratar, enquanto

³⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 04 ago.2024.

princípio norteador, deve ser valorada como um dos fundamentos da presente relação jurídica.

Por outro lado, de igual estatura, também hão de ser considerados os princípios fundamentais constitucionalmente assegurados, em especial, os relativos aos direitos da livre iniciativa e da livre associação, titularizados pelos lojistas enquanto cidadãos, respectivamente, nos termos do art. 5º, XVII e XX e do art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*, CRFB/88³⁹.

Nesse tocante, inclusive, torna-se oportuno frisar que a expansão do direito público e da Constituição sobre o direito privado promoveu um paulatino deslocamento da centralidade da liberdade de contratar, enquanto irradiador de normatividade do ordenamento jurídico civil, marcando, conforme denominou Barroso, uma publicização do direito privado:

A liberdade de contratar e o direito de propriedade fundiam-se para formar o centro de gravidade do sistema privado. Ao longo do século XX, todavia, esse quadro se alterou. A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados princípios de ordem pública⁴⁰.

Ressalte-se que, por tratar-se de uma colisão de direitos constitucionalmente assegurados e com mesmo *status* normativo, não se revela adequada uma apreciação calcada em uma análise subsuntiva, isto é, aquela por meio da qual se perquire, em um contexto silogístico de tudo ou nada – *all or nothing*⁴¹ – qual o vetor válido, e, por conseguinte, quais os que não o são.

Dessa forma, diante dessa colisão de princípios, segundo Góes⁴², a doutrina preceitua que se devem adotar estratégias hermenêuticas que representam um processo de ponderação de valores, por meio de caminhos diferenciados e sob uma determinada ordem de apreciação.

Nesse sentido, em primeiro lugar, analisa-se tal colisão a partir da estratégia hermenêutica consistente na ponderação harmonizante de valores (também conhecido por eficácia otimizável), por meio da qual, sob o princípio da concordância prática, averigua-se a possibilidade da incidência concomitante dos princípios que se apresentem colidentes no caso concreto, todavia com concessões mútuas, para, ao final e ao cabo, encontrar uma forma de utilizar ambos, ainda que, em alguma medida, com atenuações entre si, a partir de um critério de harmonização.

Como exemplo da aplicação do princípio da concordância prática, Barroso apresenta:

Todos os domingos, às 7 horas da manhã, um pregador religioso ligava sua aparelhagem de som em uma pequena praça de Copacabana, um bairro residencial populoso e simpático do

³⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

⁴⁰ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 29. *E-book*.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

⁴² GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito constitucional avançado**. Rio de Janeiro: Seses, 2018, p. 152-153.

Rio de Janeiro. Em altos brados, anunciava os caminhos a serem percorridos para ingressar no reino dos céus, lendo passagens bíblicas e cantando hinos. Moradores das redondezas procuraram proibir tal manifestação. [...]. No caso [...], há uma solução relativamente simples capaz de harmonizar, mediante concessões recíprocas, a liberdade religiosa e o direito ao repouso: a fixação do horário das 10 horas da manhã para o início da pregação⁴³.

No caso específico do presente trabalho, isto é, a respeito dos mencionados direitos em colisão; em razão de a existência da cláusula que contenha uma vedação quanto à alienação da participação societária, nos termos apontados, ainda mais sem uma justificativa plausível que a legitime – conforme aponta Neves⁴⁴ – constata-se que não resta configurada uma lógica de coexistência, apta a amparar a perquirida concomitância – uma vez que a nomatividade de natureza contratual, imposta por tal cláusula, representa uma violação direta aos direitos da livre iniciativa e da livre associação, com o condão de neutralizá-los; não sendo possível, portanto, adotar-se um viés de harmonização principiológica, que permita, em alguma medida, uma incidência relativa de ambos, em maior ou menor grau entre si.

Dessa forma, considerando-se a impossibilidade da adoção dessa primeira estratégia; analisa-se, subsidiariamente, tal colisão a partir da estratégia da ponderação excludente de valores (também conhecido por eficácia excludentemente ponderável), por meio da qual, sob o princípio da proporcionalidade, averigua-se a possibilidade da prevalência de um direito sobre os demais em jogo, perquirindo-se, no caso concreto, qual o que melhor se coaduna com a relação jurídica em análise.

Como exemplo, quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, Barroso apresenta:

A cantora mexicana Glória Trevi teve sua extradição requerida pelo governo de seu país e foi presa na Polícia Federal em Brasília. Tendo engravidado na prisão, acusou de estupro os policiais em serviço. Às vésperas do nascimento, os policiais requereram que fosse feito exame de DNA na criança, visando a excluir a paternidade e, consequentemente, desmoralizar a acusação de estupro. Invocando jurisprudência do próprio STF, a cantora recusou-se a fornecer material para exame, em nome do direito à intimidade. [...]. No caso Glória Trevi, o Supremo Tribunal Federal fez uma escolha: optando pelo direito à honra sobre o direito de privacidade, determinou a realização do exame de DNA na placenta que envolvia o bebê, levado a efeito logo em seguida ao parto⁴⁵.

Dessa forma, sob uma perspectiva de alternatividade, necessariamente marcada pelo caráter excludente do princípio a ser considerado de incidência preponderante, isto é, com o condão de afastar a incidência dos demais, apesar desses também serem aplicáveis quando analisados individualmente; deve-se no caso concreto do presente trabalho, portanto, cotejar os princípios em questão com a finalidade de solucionar o conflito posto.

Assim, por um lado, em que pese à liberdade de contratar, informada pela sua inerente

⁴³ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 121. *E-book*.

⁴⁴ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 650.

⁴⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 121.

autonomia, ser um elemento fundante a ser valorado na seara do Direito Empresarial, uma vez que a ordem econômica constitucional, cujos princípios gerais são instrumentos, afinal, para proporcionar um direito existencial calcado em uma existência digna de caráter universal, conforme preceitua o art. 170, *caput*, CRFB/88⁴⁶; é de se ver, no caso concreto, que a normatividade dos direitos constitucionais da livre iniciativa e da livre associação há de prevalecer sobre a normatividade da cláusula de vedação à alienação de participação societária na sua empresa individual ou na sociedade empresária da qual o lojista faça parte, na medida em que, como será adiante demonstrado, este direito colidente não se reveste de elementos que resistam ao escrutínio da tríade subprincipal do princípio da proporcionalidade, conforme a subdivisão enunciada por Góes⁴⁷, a saber: (i) subprincípio da adequação; (ii) subprincípio da necessidade e (iii) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Nessa esteira, quanto ao primeiro subprincípio, o da adequação, de fato tal vedação se demonstra apta a impedir objetivamente uma eventual transferência de cotas ou ações, a qual, em última análise, poderia representar uma cessão transversa do contrato de locação, o que, segundo Tomazette⁴⁸, colocaria em risco a concepção e a organização do *shopping center*. A mencionada vedação, portanto, se revela eficaz sob esse aspecto, na medida em que representa uma obrigação avençada entre as partes, podendo, assim, ser objeto de uma eventual discussão no âmbito da inadimplência contratual, em caso de descumprimento. Logo, estritamente sob esse subprincípio, tal vedação se demonstra adequada, uma vez que a sua operacionalização atinge ao seu objetivo proposto.

Quanto ao subprincípio da necessidade, é de se ver que essa hipótese de transferência de cotas ou ações, com o real fito de operacionalizar uma cessão transversa do contrato de locação, perpassaria obrigatoriamente por uma violação da boa-fé contratual, contituindo-se assim em um abuso de direito, na medida em que, tal subterfúgio seria realizado a partir de uma simulação de um negócio jurídico para dissimular outro, nos termos do art. 167, do Código Civil⁴⁹. Assim, considerando-se que na outra ponta, de forma colidente, existem direitos constitucionalmente assegurados; a utilização de tal cláusula com carga proibitiva se demonstra desnecessária, uma vez que outras medidas, despidas do caráter violador de

⁴⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

⁴⁷ GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito constitucional avançado**. Rio de Janeiro: Seses, 2018, p. 157.

⁴⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 13 jul.2024.

direitos fundamentais, tais como o manejo de ações judiciais pela via adequada com objetivo de buscar a adequada tutela jurisdicional, teria o mesmo efeito prático.

Por fim, quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual representa, no final das contas, uma análise da relação de custo benefício entre o direito que se elege como prevalente e o direito que se deixa de lado; no caso em tela, não foi preciso sequer ser acionado, porquanto a desnecessidade da vedação, conforme visto no subprincípio anterior, já foi o bastante para submetê-lo à prevalência dos direitos da livre iniciativa e da livre associação.

CONCLUSÃO

Após o exame dos mencionados direitos de índole constitucional, os quais incidem sobre o contexto da vedação ao lojista em alienar sua participação, inserida em uma cláusula de proibição à cessão de locação e à mudança da atividade – ainda que sob o pretexto de proporcionar maior proteção para a sustentabilidade negocial do empreendimento como um todo, sobretudo com a finalidade da preservação do *Tenant mix* – é de se ver que, por intermédio da aplicação de estratégias hermenêuticas acerca da ponderação de valores constitucionais em colisão, para o sopesamento de tais direitos colidentes e, ao fim, para a eleição de qual deles deve prevalecer no caso concreto; a normatividade dos direitos constitucionais à livre iniciativa e à livre associação deve prevalecer sobre a razão de se implementar a aludida cláusula de vedação.

A tal conclusão é possível se chegar por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, que informa a exegese realizada a partir da ponderação excludente de valores, na medida em que, após percuciente análise, identifica-se que a aplicação de tal vedação se demonstra desnecessária, na medida em que, no caso concreto, existem alternativas com a mesma aptidão de cumprir o mesmo objetivo (adequação), sem, contudo, vulnerar os aludidos princípios constitucionais em colisão.

Nesse sentido, a previsão contratual acerca da eventual vedação ao lojista para alienar a sua empresa individual ou a sua participação societária na sociedade empresária da qual ele faça parte; *in casu*, consiste em uma flagrante violação de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, titularizados pelos lojistas enquanto cidadãos, bem como representa uma patente afronta aos elementos caracterizadores da boa-fé contratual.

Assim, em que pese à complexidade das relações jurídicas para o suporte estratégico e operacional do mencionado empreendimento, bem como e que pese a necessidade, para a

sua operacionalização e sucesso, de mais do que um mero somatório de acordos de vontades entre as partes; mas, sobretudo, fundamentalmente, uma verdadeira comunhão de desígnios e conjugação de esforços entre o empreendedor do *shopping center* e seus lojistas para se alcançar o êxito empresarial; não é menos verdade que a desvirtuação da cláusula de vedação à proibição de cessão de locação e à mudança da atividade, e quando, em razão da sua abrangência, se estender à proibição de alteração do quadro social do lojista; sob o pretexto da manutenção do instituto do *Tenant mix*, viola frontalmente os direitos constitucionais à livre iniciativa e à livre associação, bem como, em última análise, vulnera o preceito constitucional da liberdade econômica.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.35, n. 104, out./dez. 1996.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE *SHOPPING CENTERS*. **Números do setor**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 13 jul.2024.

BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

BASÍLIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm. Acesso em: 04 ago.2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 764901/RJ**. Comercial. *Shopping center*. Cláusula de exclusividade na comercialização de produto pelo lojista (mix). Desrespeito pelo incorporador-administrador. Desvirtuamento do objeto do contrato (*res sperata*) [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 10 de Outubro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2080225/SP**. Consumidor. Teoria finalista. Funcionária de loja em *shopping center*. Acidente em área comum. Banheiro. Lesão grave. Relação de consumo. Caracterização. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 03 de Outubro de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 03 ago.24.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito constitucional avançado**. Rio de Janeiro: Seses, 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: contratos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024.

TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

VENOSA, Sylvio de Salvo. **Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.