

A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE RAIOS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE SHOPPING CENTER

THE APPLICATION OF THE RADIUS CLAUSE IN THE SHOPPING CENTER RENTAL CONTRACTS

Roberta Pappen da Silva¹

RESUMO: A procura por espaços e pelo comércio em shopping center aumentou consideravelmente, mesmo com a crise que envolve todos no Brasil. Em decorrência, surge, para os envolvidos, uma importância especial de avaliação das cláusulas dos contratos. Assim, o escopo deste artigo é avaliar as condições de validade para utilização das cláusulas de raio em contratos de shopping centers, eis que pode ou não constituir em infração à ordem econômica. Por fim, através de uma exposição breve sobre o “Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE” é analisado o processo n. 08012.012740/2007-46, de forma a exemplificar como o assunto é abordado. Deste modo, através de conceitos e fundamentos que envolvem o assunto, discutem-se algumas decisões proferidas com intuito de permitir que se obtenha uma formação de opinião sobre a (in)validade da cláusula de raio.

PALAVRAS-CHAVE: Shopping. Locação. Exclusividade. Raio. CADE.

ABSTRACT: The search for spaces and trade in shopping center has increased considerably, even with the crisis that involves all in Brazil. As a result, the importance of evaluating contract clauses has taken special importance for those involved. Thus, the scope of this article is to assess the validity conditions for the use of radius clauses in shopping centers contracts, and this may or might not constitute an infraction of the economic order. Finally, through a brief exhibition on the “Administrative Council for Economic Defense – CADE” Process n. 08012.012740/2007-46, is analyzed in order to illustrate how the subject is addressed. In this way, through concepts and fundamentals that involve the subject, some decisions are discussed in order to allow a formation of opinion on the validity of the radius clause.

KEYWORDS: Shopping. Lease. Exclusivity. Ray. CADE.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do shopping center. 2.1. Contrato de locação e regimento interno em shopping center. 3. Da cláusula de raio. 3.1. Da validade da cláusula de raio. 3.2. Da invalidade da cláusula de raio. 4. Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. 4.1. Análise do processo 08012.012740/2007-46. 5. Conclusão. Referências.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The shopping center. 2.1. Lease agreement and internal regulations in shopping center. 3. The radius clause. 3.1. The validity of the radius clause. 3.2. The invalidity of the radius clause. 4. The Administrative Council of Economic Defense - CADE. 4.1. Process analysis 08012.012740/2007-46. 5. Conclusion. References.

¹ Mestrado concluído em 2018, em Empresas e Negócios, na Unisinos, advogada atuante em Esteio, Rio Grande do Sul, pós-graduada em Direito Processual do Trabalho pela Unisinos, pós-graduada em Direito Processual Cível pela Ulbra.

1. Introdução

Considerando que o vínculo entre o empreendedor e o lojista normalmente ocorre por meio do contrato de locação e, somado ao fato de que o sucesso dos shoppings centers decorre da organização do *tenant mix*,² conforme previsão do artigo n. 54 da Lei 8.245/91, as condições pactuadas entre as partes prevalecem.

Neste contexto, as cláusulas de raio são inseridas nestes contratos para impedir os lojistas de constituir uma filial ou uma sociedade empresária, do mesmo ramo da existente, numa distância pré-determinada ou no espaço equivalente ao tempo de deslocamento fixado. Tomando como base a existência de “cláusulas de raio” inseridas em alguns contratos de locação de espaços comerciais em shopping center, o presente estudo visa a abordagem sobre a sua (i)legalidade.

Os contratos dos shoppings centers afetam não só aos participantes, como também toda a classe trabalhadora e consumidora diante do caráter econômico envolvido. Deste modo, a proposta de estudo se mostra relevante, tanto no aspecto teórico e prático, como no social e científico, porque o estudo da cláusula de raio afeta os lojistas, consumidores, empreendedores, enfim, toda a sociedade. As questões envolvendo o tema refletem nas necessidades vitais do ser humano, haja vista que, muitas vezes, são atinentes à sua própria sobrevivência. Outrossim, para a atividade profissional daqueles que se dedicam ao Direito, este é um tema de permanentes discussões na área de Direito Civil – Contratos.

A relevância que o shopping center possui no mercado é inquestionável. Desde a praticidade ao consumidor de obter a maior gama de lojas numa distância pequena e com a segurança necessária para obtenção da finalidade almejada por este, os contratos de locação de espaço destes lugares vêm sendo buscados por muitos lojistas e merecem atenção. Contudo, embora não se discuta, de forma aprofundada, na presente abordagem, o caráter de adesão ou

² “O *tenant mix* é constituído de acordo de acordo com o estudo de viabilidade econômica realizado previamente à construção do shopping center. Por ser fundamental para a atração da clientela, o empreendedor visa preservar o *tenant mix* e, neste sentido, a cláusula de raio é um dos mecanismos do qual ele se vale para manter o *tenant mix* ativo.” (SOUZA, Leonam Machado de; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Cláusula de Raio sob a perspectiva do direito civil-empresarial. *Revista Emerj*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 68, p. 97-125. Mar. Mai.2015, p. 100). Sobre o assunto, a Abrasce classifica o mix do empreendimento em lojas âncoras, megalojas, lojas satélites, conveniências/serviços e lazer. (ABRASCE. Disponível em: www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes. Acesso em 20 ago.2016) Paula Castello Miguel define *tenant mix* como uma combinação de diversificações comerciais, feita de forma estratégica mencionando: “Numa tradução livre, *tenant mix* significa a combinação de diversificações comerciais, o sopesamento de ramos mercantis, de modo que o público desfrute de opções variadas, sem que falte uma especialidade, mas também sem o saturamento de outras” (MIGUEL, Paula Castello. Contratos de shopping center. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro* v. 36, n. 107, jul-set. 1997, p. 146).

não do instrumento pactuado, dentre as disposições vigentes no contrato entabulado entre estes existe, na maioria das vezes, a cláusula de raio. Estamos diante de diversas discussões sobre o tema, eis que envolve tanto questões econômicas, sociais, trabalhistas, enfim, abarca diversos reflexos, como mencionado acima. Assim, o cerne do presente artigo visa saber se a cláusula de raio pode ser considerada ilegal e em quais situações este fato pode ser possível.

2. Do shopping center

O shopping center pode ser classificado como um local de compras e serviços diferenciado, por comportar, além de tradicionais lojas, estacionamento, seguranças, enfim, fatores que formam o *tenant mix* e proporcionam ao consumidor comodidade e praticidade num espaço harmonioso que visam atrair o maior número de atividades e fluxo de clientes, maximizando o faturamento.³

Nardim Darcy Lemke comenta que shopping center pode ser considerado como

um local planejado para os consumidores irem às compras e terem lazer, com maior segurança, sem as usuais dificuldades de estacionamento, e poderem contar com amplo espectro de lojas comerciais e de lojas prestadoras de serviços, de atividades diversificadas, muitas voltadas para o lazer e as diversões, organizadas de tal modo que haja uma convivência pacífica entre os lojistas, sem concorrência predatória, cobrindo grande número de necessidades humanas e contando com uma administração única e centralizada, que mantenha e melhore o *tenant mix*, sempre atualizando sua atuação no proveito recíproco de empreendedor e lojistas.⁴

Roberto Augusto Castellanos Pfiffer argumenta:

Em uma perspectiva econômica, é possível qualificar o ambiente do shopping center como um mercado de dois lados, em que o centro de compras funciona como uma plataforma que aproxima lojistas e consumidores. Nesse contexto, a administração do centro comercial cria uma importantíssima externalidade positiva, atraindo consumidores em razão de uma série de benefícios por ele implementados, dentre os quais merecem destaque a segurança proporcionada aos usuários, as facilidades de estacionamento, a localização privilegiada (normalmente em locais de fácil acesso por transporte individual ou coletivo), o ambiente interno e a composição de lojas (*tenant mix*).⁵

³ COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não concorrência nos “shopping centers”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXXIV, n. 97, p. 23-28, jan mar, 1995, p. 23.

⁴ LEMKE, Nardim Darcy. *Shopping Center*. Blumenau: Acadêmica, 1999, p. 33.

⁵ PFIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Contrato de locação comercial em shopping center e cláusula de raio. In: FRANÇA, Erasmo Valladão A.N; ADAMEK, Marcelo V.V. (org). *Temas de direito empresarial e outros estudos: em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leão*. São Paulo: Malheiros, 2014, p.235.

Sendo um complexo de relações internas e externas interligadas, o shopping center deve manter um espaço de convivência que traz, ao consumidor, tranquilidade e uma maior extensão de mercado.

Conforme Pedro Paulo Salles Cristofaro, nada em um *shopping center* é aleatório, posto que desde a escolha das lojas até mesmo à sua distribuição espacial, da fixação quanto aos serviços apresentados ao público à concepção arquitetônica, tudo é elaborado e realizado para atender às necessidades do mercado e para buscar a atenção e um ótimo fluxo de compradores potenciais a aquele conjunto de lojas, dispostas de uma maneira exclusiva a este fim.⁶

Assim, a finalidade do empreendimento é congrega e junta,⁷ num mesmo local, o maior número possível de diferentes ramos do comércio, atividades empresariais, prestação de serviços para que “o consumidor sintá-se, não só seguro em relação aos produtos a serem adquiridos, mas, igualmente, estimulado a adquirir o maior número de produtos”.⁸

Conclui-se, deste modo, que o shopping center em si tem um fundo de comércio, que seriam as facilidades proporcionadas aos lojistas, como a própria concepção do empreendimento, o *tenant mix*, a estrutura, administração, campanhas que se agregam aos fundos dos estabelecimentos dando uma maior capacidade na obtenção de clientes.⁹

⁶ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista de Direito Renovar*. v. 36, p. 49-73, set.-dez., 2006, p. 51.

⁷ Observa Caio Mário da Silva Pereira que: “O shopping center não é uma loja qualquer; não é um conjunto de lojas dispostas num centro comercial qualquer; não se confunde com uma loja de departamentos (store magazine), já inteiramente implantada em nossas práticas mercantis há algumas dezenas de anos. Na sua aparência externa, é um edifício de grandes proporções, composto de confortáveis salões para instalação de numerosas lojas, arranjadas com gosto e até com certo luxo, distribuídas ao longo de vários andares selecionadas em razão de ordenamento especial que atende a estudos destinados a distribuir os ramos de atividades segundo *uma* preferência técnica (mix) e levando em consideração que é necessário fixar a atenção dos consumidores sobre certas marcas ou denominações de maior atração (*lojas-âncora*). A situação topográfica é da maior relevância porque pretende livrar a clientela dos inconvenientes impostos pela concentração urbana em bairros de elevado índice demográfico (...). Este complexo mercadológico exige, portanto, um conglomerado arquitetônico de alto custo, e o êxito comercial está na razão direta de uma constante presença publicitária, aliada à manutenção de um cultivado aspecto físico, que evite a obsolescência não apenas das mercadorias à venda, como, também, das exposições”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers. Organização econômica e disciplina jurídica. Revista dos Tribunais*, v. 580, fev. 1984, p. 17.).

⁸ MONTEIRO, Franklin Delano do Rego. *A nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 110. Portanto, “A ideia predominante nas relações entre o empreendedor e os lojistas é a atividade comum organizada, que não pode prescindir dos serviços internos” (BESSONE, Darcy. “O *shopping center* na lei do inquilinato”. *Revista dos Tribunais*, v. 680, p.29).

⁹ Conforme bem assinala Pedro Malta da Silveira, “pretende reunir-se um número elevado de diferentes tipos ou ramos de atividade econômica; para alguns desses ramos de atividade, é habitual existir mais de uma loja; misturam-se lojas pertencentes a empresas com forte posição de mercado (as chamadas lojas âncora), com lojas de empresas que se pretendem implantar no mercado (as chamadas lojas magnéticas) atende-se à criação de fluxos de circulação dos consumidores, procurando-se que a ocupação do espaço seja equilibrada, dessa forma se garantindo a todas as lojas uma relativa igualdade de posicionamento”. (SILVEIRA, Pedro Malta da. *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: Os centros comerciais como realidade juridicamente relevante*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 78).

O lojista, ao optar por fixar seu estabelecimento num shopping center, irá avaliar toda a estrutura oferecida que, conseqüentemente, lhe trará, de certa forma, vantagens se comparada aos lojistas que estão estabelecidos fora do empreendimento.¹⁰ Da mesma forma, o consumidor final, ao optar pelo shopping busca as qualidades do empreendimento como: a possibilidade de optar por certo número de estabelecimentos numa mínima distância possível, ocasionando, assim, a diminuição de tempo, bem como a segurança em transitar num espaço com ar condicionado e todas as vantagens de um lugar limpo e conservado, com a possibilidade de estacionamento próximo, etc.

A relação entre todos os envolvidos (empreendedor e lojista)¹¹ pressupõe uma unicidade funcional, uma vez que os objetivos são comuns, quais sejam: o êxito comercial e o aumento de lucros. Portanto, está intrínseco a todos que sejam vedados atos que realizem a concorrência por violar os interesses comuns e a base do negócio envolvido no empreendimento. Portanto, tratando-se de uma estrutura organizada, o contrato de locação e o regimento interno são instrumentos que qualificam e mantêm a integridade do *tenant mix*.

2.1. Contrato de locação e regimento interno em shopping center

Optando-se por realizar o negócio jurídico envolvendo o shopping center, as partes, num mútuo consenso, escolhem pela realização de um contrato.¹² Considerando a extensão das diretrizes a serem traçadas, suas funções podem ser consideradas como econômica, social,

¹⁰ Para Roberto Senise Lisboa, “o *shopping center* é um condomínio de unidades destinadas ao comércio, cujos espaços são previamente destinados por ocasião de condomínio”.(LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Direitos das Coisas e Direitos Intelectuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 336).

¹¹ Neste sentido: “o lojista tem como finalidade incluir seu estabelecimento no complexo visando lucro, enquanto que o empreendedor objetiva a implementação do seu centro comercial, oferecendo vantagens aos lojistas e ao público, para ampliar gama de frequentadores e conseqüentemente, de vendas e, assim aumentar o seu próprio lucro. (OLIVEIRA, Bruna Sant’Ana; ABREU, Luciana Maria de. Contrato de locação de shopping center: abusos e vulnerabilidade. *Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior*. Juiz de Fora, v. 5, 2014, p. 14-15).

¹² Os principais princípios que norteiam os contratos são mencionados por Bruna Sant’Ana Oliveira e Luciana Maria de Abreu como sendo: “a) Princípio da autonomia da vontade: As partes podem acordar livremente os pontos que lhes são interessantes [...]; b) Princípio da força obrigatória do contrato: O contrato é lei entre as partes [...]; c) Princípio da equivalência material: Possui como função manter o equilíbrio do contrato, corrigindo eventuais desequilíbrios ao longo de sua execução [...]; d) Princípio da Boa-fé Objetiva: Regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais que impõe uma atuação correta, leal e honesta [...]; e) Princípio da conservação dos contratos: A nulidade de uma cláusula abusiva não deve invalidar o contrato; f) Princípio da função social: Não deve ser interpretada como proteção especial do legislador em relação às partes economicamente mais fracas. Significa a manutenção do equilíbrio contratual”. (OLIVEIRA, Bruna Sant’Ana; ABREU, Luciana Maria de. Contrato de locação de shopping center: abusos e vulnerabilidade. *Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior*. Juiz de Fora, v. 5, 2014, p. 7).

enfim, o intuito é preencher o máximo de arestas possíveis para determinada tutela para que, assim, seja lei entre as partes.

Demonstrada a concordância da declaração de vontade entre duas ou mais pessoas a fim de disciplinar as suas relações jurídicas, o contrato de locação em shopping center é formado com o empreendedor ou proprietário ou desenvolvedor (locador), o lojista e a administradora.

Neste contexto, o artigo 54 da Lei 8.245/1991¹³ constitui o eixo central das locações em shopping center e, pelos princípios que norteiam as celebrações de contrato¹⁴ como: *pacta sunt servanda*, função social do contrato, da probidade e boa-fé, se instrumentaliza o processo com a elaboração do contrato que servirá de norte para todos. Este instrumento vinculará as partes e o inadimplemento de qualquer obrigação autoriza a parte prejudicada a buscar seus direitos.

Como forma de limitar a autonomia privada, o Código Civil recepcionou, no artigo 421,¹⁵ a cláusula geral da função social dos contratos que deve ser um dos cernes que vinculam as partes e, no artigo 422,¹⁶ a cláusula da boa-fé objetiva, que deve ser aplicada em todas as relações. Tratando-se de um contrato relacional, no qual as partes se unem com o objetivo de obtenção de lucros, estes artigos se aplicam diretamente e servem como base para qualquer relação no empreendimento.

Além disso, sugere-se que o shopping center tenha um regimento interno¹⁷ para que possa servir para regular as normas de condutas, como: procedimentos internos de horários, entre outros. O objetivo básico deste regramento seria manter a harmonia nas ações, visando fins comuns.

¹³ 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.

¹⁴ Para Fábio Konder Comparato: “Os lojistas estipulam entre si, ou entre eles e o proprietário do conjunto imobiliário, um contrato de exploração do *shopping center*, prevendo a utilização ordenada das áreas comuns. Acessoriamente, estabelecem limites convencionais à concorrência, dentro do centro comercial ou externamente, em relação ao centro como um todo”. (COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXXIV, n. 97, p. 23-28, jan-mar, 1995, p. 26).

¹⁵ Art. 421 do Código Civil Brasileiro: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹⁶ Art. 422 do Código Civil Brasileiro: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

¹⁷ Neste sentido: “definir limites para a atuação de cada um daqueles que o compõem, permitindo, por um lado, não só a convivência pacífica entre os diversos componentes do empreendimento, mas, para além desta, estimular a atuação coerente, unitária e adequada para o sucesso do empreendimento. Ademais, deve-se buscar, nos limites do que seja possível, evitar a eclosão de conflitos, próprios de todos os espaços comunitários, onde diversas maneiras de ser e de agir são postas a conviver em um mesmo espaço” (MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center*. Abusos e ilegalidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 113-114).

Tratando-se de uma estrutura diferenciada, contando com uma grande diversidade de lojas e facilidades de locomoção e outros fatores para atrair a clientela, as regras devem ser impostas, inclusive restritivas, para que seja mantida a organização do shopping center.¹⁸

De acordo com Pedro Paulo Salles Cristofaro:

A concorrência não se dá apenas entre a loja específica nas proximidades do shopping e outra loja, oferecendo o mesmo produto ou serviço, no interior do shopping. O que está em jogo não é apenas a concorrência entre farmácias, ou entre cinemas, ou entre livrarias. A localização de uma farmácia ou de uma livraria, ou se um cinema nas vizinhanças do shopping afeta o fluxo do público do empreendimento. O impacto, com certeza, será ainda maior se a farmácia, a livraria ou o cinema das redondezas fizerem parte das mesmas cadeias, ostentar as mesmas marcas que as dos estabelecimentos localizados dentro do shopping. Quando uma mesma loja se instala em dois shoppings de um mesmo tipo, e que atendem a uma mesma região geográfica, a relação de concorrência é ainda mais evidente. Ao integrar ambos os *tenant mix*, a loja torna-se neutra como fator determinante da escolha, pelo consumidor, do shopping ao qual frequentará. O consumidor, que quer adquirir um produto específico naquela loja, continuará escolhendo entre dois shoppings, mas por outros motivos, que não a presença daquela loja em si.¹⁹

Deste modo, como forma de preservar o poder de atração do *tenant mix* do shopping center, os contratos e regulamentos celebrados se tornam regra e norma geral, devendo ser observados por todos os lojistas que desejarem integrar o círculo criado.

A liberdade contratual pode, em regra, ser limitada pelo conteúdo do contrato, desde que a restrição não consista em abuso do direito e violação da função social dos contratos. Contudo, no momento em que o contrato firmado ultrapassa os limites razoáveis que envolvem as partes, as suas cláusulas poderão ser discutidas.

3. Da cláusula de raio

Dentre as cláusulas existentes do contrato de shopping center ou regulamento, comumente encontramos as cláusulas de raio que são aquelas pelo qual o lojista locatário de um espaço se obriga a não exercer atividade similar à praticada no imóvel em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância pré-determinado daquele imóvel (a distância é contada a partir do centro do terreno). Sendo um acordo vertical, pois celebrado

¹⁸ VERRI, Maria Elisa Gualandi. *Shopping centers*. aspectos jurídicos e suas origens. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 146.

¹⁹ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista de Direito Renovar*. v. 36, p. 49-73, set./dez., 2006, p. 57-58.

entre partes que não são concorrentes, a cláusula de raio vincula um ajuste principal que deve atribuir um caráter monopolístico.

Sem a pactuação mencionada, o lojista poderia, por exemplo, abrir outra loja de mesmo ramo próximo ao shopping, com um aluguel menor e/ou sem aluguel em percentual, ou desviar a sua clientela, a fim de concentrar seu faturamento neste segundo estabelecimento, prejudicando todo o empreendimento.²⁰

A origem destas cláusulas precede a existência do shopping center, como Pedro Paulo Salles Cristofaro elucidada:

As primeiras cláusulas de raio surgiram nos Estados Unidos na época da depressão econômica dos anos 30 do século passado, quando proprietários de imóveis passaram a admitir o pagamento de aluguéis calculados com base na receita bruta dos locatários, seja como forma de atrair lojas de departamento para áreas menos valorizadas das cidades, seja como meio de reduzir as despesas fixas do comerciante em dificuldades. A fixação de um aluguel variável, limitado a um determinado percentual da receita do locatário, seria uma forma de reduzir os riscos do locatário, facilitando-lhe a celebração do contrato de locação. [...] [Sendo assim] As cláusulas de raio foram incluídas em tais contratos de locação como um mecanismo de defesa dos proprietários, para proteger a integridade do aluguel percentual contra a possibilidade de desvio do faturamento pelo locatário para outro estabelecimento similar. Em contrapartida ao risco assumido pelo locador, ao vincular sua própria remuneração ao faturamento percebido pelo locatário, o locatário se obrigaria a concentrar seus maiores esforços no sucesso do estabelecimento locado.²¹

A cláusula de raio serve para alinhar os incentivos dos contratantes porque evita condutas oportunistas dos lojistas e serve para proteger o empreendimento do shopping e do próprio negócio da parte. Contudo, ela deve ser analisada de acordo com cada situação, eis que, normalmente, redigida de forma diferenciada em todos os contratos.

O objetivo principal da cláusula de raio seria a proteção da clientela do shopping center, mas, para não ser considerada inválida, a cláusula de raio não poderá ferir os valores essenciais do ordenamento e do contrato. A sua relevância deve ser apurada tomando-se por

²⁰ Neste sentido: “a cláusula de raio coíbe um comportamento oportunista de lojistas, comportamento este que retira os incentivos para que *shopping center* e lojistas, como um todo, maximizem o valor do negócio que compartilham. Na ausência da cláusula de raio, um lojista poderia se apropriar dos benefícios coletivos da aglomeração de lojas e do provimento de bens coletivos por parte do *shopping center*. Estes são financiados pelo pagamento do aluguel, que contém um componente fixo e outro variável conforme o volume de vendas (*royalties*). Se um lojista monta um segundo estabelecimento ao lado do *shopping center*, ele, ao mesmo tempo que se aproveita do fluxo de consumidores nesse espaço, pode desviar suas vendas para a sua loja ao lado, evitando o pagamento de *royalties*. Esse comportamento é prejudicial ao coletivo, pois erode a sua fonte de financiamento e, assim, reduz a capacidade de o empreendimento atrair consumidores e ofertar bens coletivos. A cláusula de raio, ao impedir esse comportamento oportunista, cria valor, sendo este o benefício social que deve ser contraposto às eventuais perdas sociais a ela associadas.” (AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. Escola de Economia de São Paulo/FGV, n. 264, jul. 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6895> Acesso em 10 nov.2016.).

²¹ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista de Direito Renovar*. Vol. 36, p. 49-73, set./dez., 2006, p. 49-50.

base a finalidade que determinou a sua adoção e implementação, já que pode ser benéfica para a defesa dos interesses globais do empreendimento.

Deste modo, deve-se cotejar a razoabilidade em cada caso concreto, tendo em vista as peculiaridades de impacto devido à distância, vigência e objeto, por exemplo.

Não se trata de estabelecer um critério padrão para todos os contratos e sim, avaliar a limitação, por exemplo, ao fulcro específico da preservação e integralidade de condutas e do potencial econômico investido fazendo com que a concorrência alcance a totalidade do mercado envolvido.

Nestas cláusulas de raio se mostra obrigatório constar a delimitação de distância e do negócio a ser realizado, sendo necessário avaliar as condições de acessoriedade e imprescindibilidade para viabilidade do negócio, além da limitação temporal e espacial.

Num ambiente concorrencial, a cláusula de raio visa uniformizar certos comportamentos, sem interferir na autonomia de cada empresa. As cláusulas contratuais podem ser consideradas válidas se atenderem a determinados fatores, em especial, a preservação do livre mercado com a delimitação de limites materiais, temporais e espaciais.

Entretanto, a validade da cláusula de raio depende do preenchimento de requisitos:

Inicialmente, é necessário que se defina o tipo de atividade empresarial sobre a qual incide a regra de não concorrência com o *shopping center*. Na medida em que a cláusula de raio tem função essencial de manter a posição relativa do lojista no *tenant mix*, considerando sua força atrativa, não há porque estendê-la além das atividades exercidas pelo lojista naquele *shopping*. No que diz respeito ao prazo de vigência, entendemos que, em situações normais [admite-se] [...] que a restrição vigore durante todo o curso da relação locatícia. Por fim, o raio propriamente dito em que a concorrência estaria proibida deverá ser limitado ao estritamente necessário para que o poder de atração da loja localizada no interior do *shopping* não seja aviltado. A distância cabível, naturalmente, dependerá de diversos fatores, que fazem parte dos próprios estudos de viabilidade para a composição do *tenant mix*. Em um '*shopping* de vizinhança', cujo *mix* é formado para atender as necessidades básicas de consumidores vizinhos, o raio de proteção será menor; em um *shopping* regional, que visa a atender a toda sorte de clientes, o raio poderá ser maior. No interior, em que o deslocamento entre grandes distâncias se faz em um curto espaço de tempo, o raio poderá ser maior, nos grandes centros, marcados por engarrafamentos, menor, etc.²²

Consideram-se, neste tópico: a) limites materiais – o ramo da atividade desenvolvida pelo empresário titular da clientela e não a outro tipo de atividade empresarial, b) limite temporal – a obrigação não pode configurar uma abstenção permanente de concorrência à determinada atividade, c) limite espacial – a obrigação de não concorrer deve limitar à zona

²² CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista de Direito Renovar*. v. 36, p. 49-73, set./dez., 2006, p. 70.

em que se trava a concorrência.²³ Para averiguação destes limites, deve se ter em mente o espaço de locação sob a ótica do produto e a área em torno do shopping center sob a ótica geográfica, visando a análise do *tenant mix*. Ainda, tendo em vista que as áreas adjacentes do shopping center passam por transformações, as cláusulas de raio não podem acarretar prejuízos e, portanto, devem ser limitadas no tempo, sob pena de violação ao princípio da boa-fé objetiva, analisando o caso concreto.

Assim, as cláusulas de raio não podem ser reputadas in(válidas) sem uma análise, caso a caso, da racionalidade subjacente à imposição da restrição e dos limites precisos que deveriam ser observados, tendo em vista a observância dos princípios da liberdade de contratação e da livre concorrência, fundamentais à própria viabilização do empreendimento.

3.1. Da validade da cláusula de raio

Como visto acima, o fomento do empreendimento do shopping center deve ser preservado e a proteção do *tenant mix* é fundamental porque constitui uma espécie de fundo de comércio e a cláusula de raio é utilizada para que outros empreendimentos copiem o planejamento nas proximidades, evitando prejuízo de todas as partes investidoras que resolveram locar os espaços.

A possibilidade de desvio de faturamento destrói a lógica e a mecânica do empreendimento e não traz qualquer benefício ao consumidor. A destruição gradativa do empreendimento representaria menor faturamento e menos entrantes neste mercado, desestimulando qualquer sucesso causando, muitas vezes, a insolvência de todos os envolvidos, inclusive lojistas, e não apenas do empreendedor.

Ademais, a proibição da cláusula de raio poderia ter como consequência a padronização de shoppings fazendo com que os lojistas de maior posse dominassem os mercados, os consumidores se desestimulassem na procura do empreendimento, bem como diminuiria a abertura de novos espaços comerciais.

A variedade de lojas traz consigo um efeito positivo para o mercado e o consumidor, pois a cláusula de raio complementa o efeito do *tenant mix*, não acarreta competitividade entre os próprios integrantes do empreendimento, trazendo união para o sucesso do negócio e preservação dos investimentos.²⁴

²³ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 243.

²⁴ A cláusula de raio tem o mesmo fundamento lógico das cláusulas de interdição de concorrência, tal como ocorre

O fato do consumidor não encontrar uma loja num shopping center que frequenta não acarreta prejuízo a este, pois a instalação dos lojistas em tais empreendimentos depende de inúmeros fatores. O empreendedor possui o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e, por isso, o exercício e a imposição de formas visam a garantir a viabilidade do uso, implementação do empreendimento e a função social da propriedade, inclusive.

Ademais, não se trata de ofensa à livre concorrência e sim, de logística do empreendimento.²⁵

A conquista de mercado resultante da maior eficiência de agente econômico frente a seus competidores não possui ilicitude, tanto que a própria legislação exclui como infração da ordem econômica no parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei n. 12.529/2011.

Neste sentido, ensina Fábio Konder Comparato que

A concorrência proibida, quer por estipulação convencional, quer por disposição legal, nada tem a ver com a concorrência desleal. Esta última só existe quando a atividade concorrencial se desenvolve de modo malicioso, visando a iludir ou desviar a clientela. A prova da culpa do agente é, portanto, indispensável para se poder pleitear a condenação da parte contrária.²⁶

Ponderando esta análise de raciocínio, deve ser avaliado, inclusive, que qualquer uma das partes, descontente com o que foi pactuado, poderá rescindir o contrato, ou seja, não há qualquer impedimento para que o lojista procure outro shopping concorrente e coloque seu empreendimento novamente. O princípio da autonomia privada se torna um dos pilares do contrato entre as partes e transcende os centros de interesse, eis que os envolvidos manifestaram seus interesses quando da pactuação e tinham a livre escolha de optar ou não pela situação

nos contratos de alienação e de cessão de exploração (contratos de trespasse), admitida de forma pacífica pela doutrina e jurisprudência pátrias em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações entre os contratantes em geral. (NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 7ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118-119).

²⁵ Paulo Furquim de Azevedo observa que quanto menor a extensão da cláusula de raio, maior a justificativa da existência da mesma, pois é mais claro o benefício auferido pelo shopping em termos de proteção à perda de receita e menor o risco de problemas anticompetitivos. Em contrapartida, quanto maior o raio, menor a justificativa, pois o benefício para o shopping em termos de proteção de receita reduz, mas os riscos de efeitos anticompetitivos aumentam. Dessa forma, alegou que no caso em que o Shopping Iguatemi foi condenado³⁷, a extensão de 2,5 km do raio em área tão densamente povoada, no município de São Paulo, não poderia ser considerada razoável. (AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. *Escola de Economia de São Paulo/FGV*, n. 264, jul. 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6895> Acesso em 10 nov.2016).

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXXIV, n. 97, p. 23-28, jan-mar, 1995, p 27. Impende frisar que a súmula 646 do STF não diz respeito às cláusulas contratuais estabelecidas em pactos entre locador e locatário e sim, a Leis municipais.

exposta. Assim, o contrato não é de adesão, pois são de livre estipulação sem preponderância de um sobre o outro, sendo livre a pactuação das cláusulas de acordo com suas necessidades.

Para o sucesso e viabilização do shopping center, os lojistas vinculam-se a uma modalidade específica de contratação. Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, “o shopping center constitui uma estrutura comercial híbrida e peculiar e as diversas cláusulas extravagantes inseridas nos ajustes locatícios servem para justificar e garantir o fim econômico do empreendimento”.²⁷

Paulo Furquim de Azevedo, por sua vez, confirma o entendimento de que as cláusulas de raio não são ilícitas *per se* e pondera:

De um lado, a cláusula de raio é uma restrição à concorrência, visto que transfere a uma única empresa (o shopping center), os direitos de diversos lojistas se instalarem em uma determinada área. Uma vez que o mix de lojas é um importante atributo de diferenciação e concorrência entre shopping centers, a cláusula de raio limita o acesso de shoppings centers concorrentes a lojistas, podendo debilitar a concorrência na área sob proteção. Por outro lado, a cláusula de raio coíbe um comportamento oportunista de lojistas, comportamento este que retira os incentivos para que shopping center e lojistas, como uni todo, maximizem o valor do negócio que compartilham. Na ausência da cláusula de raio, um lojista poderia se apropriar dos benefícios coletivos da aglomeração de lojas e do provimento de bens coletivos por parte do shopping center. Estes são financiados pelo pagamento do aluguel, que contém um componente fixo e outro variável conforme o volume de vendas (royalties). Se um lojista monta um segundo estabelecimento ao lado do shopping center, ele, ao mesmo tempo que se aproveita do fluxo de consumidores nesse espaço, pode desviar suas vendas para a sua loja ao lado, evitando o pagamento de royalties. Esse comportamento é prejudicial ao coletivo, pois erode a sua fonte de financiamento e, assim, reduz a capacidade de o empreendimento atrair consumidores e ofertar bens coletivos. A cláusula de raio, ao impedir esse comportamento oportunista, cria valor, sendo este o benefício social que deve ser contraposto às eventuais perdas sociais a ela associadas.²⁸

Ainda, sobre a validade da cláusula de raio citamos o seguinte julgado:

Locação de imóveis shopping center - ação declaratória de nulidade de cláusula de raio pactuada na escritura pública de normas gerais das locações cláusula que se manteve vigente mesmo após sucessivas prorrogações dos contratos de locações inoportunidade de revogação expressa ou tácita por instrumentos contratuais posteriores improcedência da tese de abusividade da denominada “cláusula de raio” convencionada entre o shopping center e os lojistas. *Validade da cláusula de exclusividade territorial amplamente reconhecida na doutrina e jurisprudência finalidade de proteção da clientela do centro comercial, no interesse dos próprios*

²⁷ Na referida decisão, houve a análise de que o “controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência da prevalência da livre iniciativa, do *pacta sunt servanda*, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado”. (BRASIL. Recurso Especial n. 1535727. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Recorrente: Maiojama Participações Ltda, Ancar IC S.A., Lasul Empresa de Shopping Centers Ltda, LRR Participações Ltda. Recorrido: Sindicato dos lojistas do comércio de Porto Alegre – Sindilojas. J. 10 mai.2016).

²⁸ AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. Escola de Economia de São Paulo/FGV, n. 264, jul. 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6895> Acesso em 10 nov.2016.

lojistas nele instalados restrição contratual bem delimitada no espaço, que não ofende os princípios constitucionais da ordem econômica preservação da liberdade de iniciativa e de concorrência, não afetadas por pontual limitação geográfica precedentes desta corte - sentença de improcedência confirmada. Recurso desprovido. (grifo nosso)²⁹

Na decisão acima, foi considerado que os contratos eram de fevereiro de 1994 e fevereiro de 1995, que a distância era de 2,5 quilômetros e a cláusula de raio assegurava a clientela do centro comercial, bem como o faturamento e a continuidade do próprio negócio. A cláusula questionada definia o tipo comercial ao qual incidia e a distância era plenamente razoável se comparada à larga extensão da metrópole de São Paulo. Avaliou que a cláusula de exclusividade territorial era convencional contando, portanto, com a aceitação e manifestação de vontade dos lojistas. Contudo, a decisão, atualmente, está aguardando decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Visualiza-se, claramente, que houve a avaliação do caso concreto e, deste modo, diante da distância, tempo e objeto, foi averiguado que a cláusula não se mostrava ofensiva porque pactuada e não demonstrava abusividade.

Mesmo na ausência de leis específicas, as regras de não concorrência representam uma limitação convencional indireta de concorrência, pela qual os lojistas estabelecem limites no contrato, em relação ao centro como um todo e, por se tratar de relações contratuais de organização, a função econômica de tais contratos vai ao sentido da colaboração entre as partes e não da competição.³⁰

Assim, a cláusula de raio busca o equilíbrio da relação entre shopping center e lojista, sendo livremente negociada entre as partes contratantes que buscam respeitar os limites da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

3.2. Da invalidade da cláusula de raio

Ao contrário do acima exposto, analisando o ponto de vista econômico, a cláusula de raio pode limitar o pleno exercício da atividade econômica, em detrimento do

²⁹ BRASIL. TJSP. Apelação Cível n. 9128982642009826000, 30ª Câmara de Direito Privado. Relator: Edgard Rosa. Apelante: Valdac Ltda. Apelado: Condomínio Shopping Center Iguatemi. Interessado: Instituto Brasileiro de Defesa dos Lojistas de Shopping - Idelos (Assistente do Apelante) j. 23 set. 2011.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXXIV, n. 97, p. 23-28, jan-mar, 1995, p. 26-27.

desenvolvimento nacional, do crescimento das empresas e do incentivo ao mercado interno, obstaculizando o fomento a novos empregos e opções aos consumidores e, portanto, inválida.

Neste sentido, se o shopping center, que controla parcela considerável de certo mercado em uma dada região impõe ao lojista a cláusula de raio que o impediria de se estabelecer, com o mesmo ramo de atividade em determinado raio de distância, pratica, indubitavelmente, infração concorrencial, causando danos à livre concorrência e aos interesses dos consumidores em geral.³¹

A cláusula ofende a Constituição Federal de 1988 e se caracteriza com caráter ilícito, de qualquer prática concertada, no momento em que traz prejuízo a livre concorrência e à livre iniciativa. Discorre Gladston Mamede sobre o assunto:

[...] a vigente Constituição Federal não mais permite que sejam postos limites à capacidade dos cidadãos (individualmente ou organizados em pessoas jurídicas) de livre agir e de livre concorrer. Basta recordar que a livre iniciativa é fundamento da República, assim definido pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal. Reconhece o nosso legislador constituinte que é do interesse do Estado brasileiro, para benefício do País, que as pessoas tenham amplas possibilidades de ação econômica, elevando a possibilidade de concretizar empreendimentos os mais diversos, desde que legais, à condição de base do sistema jurídico e econômico no qual baseia-se a República. Além do mais, não se pode desprezar a colocação do princípio no momento fundamental da Ordem Jurídica, vale dizer, logo no 1º artigo da Constituição; como se não bastasse, a Norma Maior privilegia-o um outra vez em momentos posteriores de seu texto. E assim, encontra-se a disposição anotada no artigo 170 da Constituição: logo no *caput*, consagra-se, uma vez mais, o império da livre iniciativa, ao passo que o inciso IV consagra o princípio da livre concorrência.³²

O princípio da livre concorrência refere a possibilidade do próprio mercado se autorregular, apresentando mecanismos de sobrevivência, o que surge através das intensas rivalidades e desigualdades entre as partes. O princípio constitucional não tem caráter absoluto, pois, se assim o fosse, não haveria mercado que sobrevivesse, pois haveria supressão em decorrência do poder econômico envolvido. Ao tratar sobre a ordem econômica, a Constituição de 1988 criou limites para evitar a desigualdade entre as partes e proteção do próprio mercado para impedir a dominação.

A cláusula de raio, portanto, não só objetiva o aumento do faturamento do shopping center como cria uma espécie de monopólio, pois limita o acesso do consumidor aos serviços oferecidos pelo shopping center concorrente.

³¹ HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. Cláusula de raio: violação ao princípio da livre concorrência. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,clausula-de-raio-violacao-ao-principio-da-livre-concorrencia,49978.html> Acesso em 10 nov.2016.

³² MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 110.

Com relação ao lojista, a cláusula impede a liberdade deste em atuar em outras frentes de comércio, restringindo a concorrência através de imposições desproporcionais.

Outro argumento que também deve ser analisado, no que concerne à economia, seria que esse tipo de cláusula impõe um “engessamento do mercado de determinada região, impossibilitando a livre concorrência e a disputa legal e leal por consumidores”.³³ A imposição das cláusulas de raio formaliza o abuso de poder econômico do empreendedor face ao lojista. Além disso, impediria investimentos e criações de novos mercados, pela ausência de possibilidade de certas lojas.

A cláusula de raio pode ser considerada como leonina, pois confere, ao lojista, condições sem que esse possa alterar ou modificar, ficando a critério do empreendedor a instalação ou não do lojista em estabelecimento próximo, ou seja, o lojista não consegue se impor perante seus concorrentes diretos.³⁴

O princípio do *pacta sunt servanda*, na aplicação da cláusula de raio não é observado uma vez que não existe o compartilhamento de recursos sobre o negócio do lojista, ou seja, não preserva o interesse do coletivo e sim do interesse individual do empreendedor shopping center, o que invalida a cláusula de raio.

Quanto à viabilidade do negócio, deve se ter em mente que, visando atrair consumidores e lojistas, quanto maior o número de consumidores que frequentam o shopping center, maior será o potencial do aluguel de seus espaços e, quanto maior o número de variedade de lojistas, maior a capacidade de consumidores finais. Os alinhamentos, incentivos e obrigações entre as partes são as mais variadas num contrato e, portanto, existem outras maneiras de se obter o resultado da equação citada de forma proveitosa sem ser pela cláusula de raio. A inexistência de tal norma não reduziria os estímulos a investirem na sua atividade-fim.

A possibilidade de instalação da mesma loja entre vários shoppings centers estimularia a concorrência dinâmica do mercado, que deverão se esforçar para oferecer serviços atrativos para diferenciar-se dos demais. As lojas apenas são uma parte do empreendimento e não a totalidade.

³³ HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. Cláusula de raio: violação ao princípio da livre concorrência. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,clausula-de-raio-violacao-ao-principio-da-livre-concorrancia,49978.html> Acesso em 10 nov.2016.

³⁴ FERREIRA, Renata da Silva. A cláusula de Raio nos Contratos de Shopping Center. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj-p7_W6tPQAhUGCpAKHdu9B8IQFggIMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.emerj.tjtj.jus.br%2Fpaginas%2Ftrabalhos_conclusao%2F1semestre2010%2Ftrabalhos_12010%2Frenataferreira.pdf&usq=AFQjCNE16wFDW7AuOhc2fV_LRVDZcoHTw&sig2=Hdpi7gUXyyRwHI9sIhpMsA&bvm=bv.139782543,d.Y2I Acesso 10 nov. 2016.

O *tenant mix* significa um reflexo da criatividade e inovação da liderança do empreendedor face ao investimento do shopping center, sendo um benefício do lojista para oportunizar aos consumidores atrativos que, indiretamente, fariam com que visualizasse as ofertas expostas e a cláusula de raio, neste caso, traria a imobilidade e falta de criatividade diante de certo monopólio criado.

É fato notório que, no Brasil, existem poucas marcas que figuram como lojas âncoras em shopping centers e a manutenção das cláusulas de raio acabaria por fechar o mercado ao invés de crescer, fazendo com que, muitas vezes, estas lojas optem pelo mercado de rua ao invés de se sujeitar à pactuação.

Destacando outros tópicos que merecem ser analisados, Waldyr de Arruda Miranda Carneiro leciona que:

na esfera constitucional tal cláusula fere, indubitavelmente, dispositivos relativos à proteção à livre iniciativa (art. 1., IV, art. 3., I; 5., XIII e XXII, e 170 caput) e à livre concorrência (art. 170, IV e parágrafo único, 173, §4º). De igual maneira, emergem malferidas normas infra-constitucionais (sic) como os art. 20 e 21 da Lei 8884/94 (que dispõe sobre o abuso do poder econômico) a prescreverem como infração da ordem econômica os atos, de um modo geral, que limitem ou prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa, bem como que limitem ou impeçam o acesso de novas empresas ao mercado.³⁵

Para exemplificar o exposto, a abusividade foi analisada como ilegal no seguinte julgado:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE CONTRATUAL. LOCAÇÃO DE ESPAÇOS EM SHOPPING CENTER. CLÁUSULA DE RAIOS IMPEDINDO QUE LOJISTAS MANTENHAM NEGOCIAÇÃO COM OUTROS EMPREENDIMENTOS (SHOPPINGS), SOB PENA DE SOFRER SEVERAS PENALIDADES. ABUSIVIDADE E ILEGALIDADE DEMONSTRADA. Agravo retido reiterado na apelação: Empresa que atua como mera mandatária não é parte legítima para responder à demanda, mantendo-se a extinção do processo em relação a ela. Mérito da demanda: Cláusula de raio considerada abusiva e ilegal no caso em concreto pelos seguintes fundamentos: 1) alteração unilateral do raio para 3 km, violando o princípio da boa-fé objetiva; 2) violação da livre concorrência com os outros shoppings; 3) violação da livre iniciativa com a criação de obstáculo aos pequenos e médios empreendedores interessados em locar espaço nos outros shoppings; 4) prejuízos ao consumidor, que serão induzidos e estimulados a frequentarem o Iguatemi (pois vários estabelecimentos comerciais consagrados e de renome somente estarão em funcionamento lá); 5) Cláusula de raio estabelecida "*ad eternum*", violando regra/princípio/postulado da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença reformada, julgando-se procedente a demanda. Invertidos os ônus sucumbenciais. Agravos retidos reiterados em contrarrazões: Ilegitimidade ativa do Sindicato. Afastada. Trata-se de hipótese de substituição processual, ou seja, situação pela qual o substituto age em nome próprio defendendo direitos alheios.

³⁵ CARNEIRO, Waldyr de Arruda Miranda. *Anotações à Lei do inquilinato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 422.

Jurisprudência do STF consagrou posição no sentido de que é desnecessária autorização específica dos associados/filiados. Ausência de interesse processual. Descabimento. *Reconhecimento da invalidade da "cláusula de raio" por diversos fundamentos, inclusive por situações de ilegalidade*. Além do mais, uso da terminologia não impediu o exercício do contraditório e da ampla defesa pelas rés.". Ainda: "Negaram provimento ao agravo retido da autora e, no mérito, deram provimento à apelação, rejeitando-se os agravos retidos reiterados em contrarrazões. Unânime. (grifo nosso)³⁶

Neste caso, o shopping envolvido teve sua constituição em 1983 e a cláusula de raio era de dois quilômetros. Houve uma alteração acerca da distância para três quilômetros posteriormente em alguns contratos. Naquela época, quase inexistiam concorrentes, o número de habitantes da cidade era ínfimo se comparado à quantidade da atualidade e não havia sido promulgada a Constituição Federal de 1988.

Deste modo, para justificar a invalidade, analisou-se a promulgação da Constituição Federal de 1988 prevendo normas de proteção à ordem econômica, os mecanismos protetivos da livre concorrência e da defesa do consumidor, o aumento significativo da população, o acréscimo na utilização dos *shoppings center* pelo consumidor em razão das facilidades existentes, especialmente pela segurança e pela grande variedade de opções agrupadas dentro do empreendimento. Contudo, a decisão, atualmente, está aguardando decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a viabilidade da cláusula de raio traria um potencial fechamento de mercado e a imposição inerente nos contratos traz restrições à liberdade de mercados.

4. Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

O CADE é uma autarquia encarregada de decidir sobre a prática de infração à ordem econômica que não vincula o Judiciário na discussão, relata a caracterização de infração contratual apta a ensejar a resolução da locação ou validade de cláusulas. Sua função é orientar, fiscalizar, prevenir e decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na Lei. Impende destacar que seria uma forma administrativa de solucionar o litígio entre as partes envolvidas. Contudo, das decisões do CADE poderá haver discussões perante a Justiça Federal.

³⁶ BRASIL. TJRS. Apelação cível n. 70053953147. Apelante: Sindicato dos lojistas de POA. Apelado: Ancar Emp. Comerciais, Lasul Empr. De Shopping Centers, Maiojama Part. E Nacional Part. Relator: Ergio Roque Menine, j. 02 set. 2014.

Ao transformar o CADE em autarquia, a lei concedeu-lhe mais independência em sua atuação, possibilitando a análise de questões vinculadas à concorrência desleal, principalmente.

A decisão proferida pelo CADE, embora tenha sua natureza administrativa, constitui título executivo extrajudicial, eis que se trata de um órgão judicante. Para justificar, João Bosco Leopoldino da Fonseca assevera que as decisões do CADE, mesmo que se tratando de origem administrativa, apresentam natureza similar a uma decisão judicial posto que “versam sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado”,³⁷ ou seja, em muitas situações tratadas pelo CADE o judiciário possivelmente não estaria tão familiarizado e especializado. Contudo, cumpre destacar que

As semelhanças entre as decisões proferidas pelo CADE e as decisões judiciais não permitem que elas se confundam, não significam ‘transferência de funções’ do Poder Judiciário para o Poder Executivo. Igualmente, não deve essa circunstância servir de argumento para se menosprezar a atuação da entidade. Sua existência tem sido responsável por conceder eficiência à intervenção estatal na econômica em questões concorrenciais, em um contexto em que a liberdade de iniciativa é consagrada constitucionalmente.³⁸

Não se trata de repudiar o acesso ao judiciário e sim, equacionar a estrutura judicante administrativa e a participação do judiciário para encontrar a melhor solução ao litígio. Ao judiciário caberá, em última instância, aplicar a norma vigente, sendo que o amadurecimento do debate da legislação, interpretação do material trazido da esfera administrativa.

4.1. Análise do processo 08012.012740/2007-46³⁹

A representação n. 08012.012740/2007-46 foi encaminhada ao CADE em 24 de julho de 2008 em decorrência da situação existente de suspensão de quatro contratos de lojistas que abriram filiais num shopping abrangido pela cláusula de raio.

³⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 312-313.

³⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito da concorrência e o poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 34.

³⁹ BRASIL. CADE. Processo n. 08012.012740/2007-46. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1miKQNYdFDaKFGKUbju4nOKW8gPmitRNYrPHWPRRZd_jw. Acesso em 7 set. 2016.

Avaliando o mapa é possível observar a significativa parte da cidade coberta por restrições e penas previstas nos contratos que implicaria um possível fechamento ou diminuição de mercado.

Como os shoppings buscam uma diferenciação para atrair os consumidores, foi citado no processo n. 08012.009991/1998-82 que refere:

É sabido que a localização geográfica é um importante fator de diferenciação dos espaços comerciais, mas uma vez definida a localização, há outros *fatores de diferenciação*, como por exemplo, o mix de lojas e a configuração dos serviços prestados. (...). *Um shopping pode se diferenciar tanto através da configuração dos serviços prestados como através do conjunto de lojas que atrai, objetivando com isso também atrair um público-alvo diferenciado.* Para isso a administração do shopping faz um trabalho de prospecção para descobrir *quais lojas poderiam ser identificadas com o público-alvo definido* e, posteriormente, um trabalho de atração dessas lojas para o seu espaço. Desse modo, ele busca cativar um grupo de consumidores que seja capaz de aumentar a receita das lojas e, indiretamente, sua própria receita. O padrão de concorrência no mercado, portanto, está claramente baseado na diferenciação de produtos. *Cada shopping tenta distinguir-se dos outros de modo a se tornar um polo de atração de consumidores para seus lojistas. Nesse sentido, pode-se dizer que os diversos tipos de shopping tentam se diferenciar horizontalmente, não só pela localização, mas também em relação ao 'produto específico' que estão oferecendo a lojistas e consumidores* (shopping centers regionais, especializados, outlet centers, festival centers, entre outros). (grifo nosso)⁴¹

Portanto, na análise para o julgamento tomou-se como base o público alvo, os produtos envolvidos, localização e extensão da cláusula, enfim, os fatores que compõe o empreendimento. Averiguou-se que as cláusulas de raio provocam, no caso exposto, um ciclo vicioso porque suprimem, de forma abusiva, a livre iniciativa de lojistas, que replicam os incentivos econômicos resultantes e concorrencialmente contaminados ao mercado a montante. Partindo deste raciocínio, avaliou-se o poder de mercado do shopping em relação aos lojistas, com a característica se era ou não de adesão do contrato, (i)restrição geográfica, vigência (i)limitada da cláusula, objeto amplo ou restrito, existência ou não de disparidade de cláusulas

sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjD-4fGjtTQAhXBIJAKHaEZC80QFggdMAE&url=http%3A%2F%2Fsei.cade.gov.br%2Fsei%2Finstitucional%2Fpesquisa%2Fdocumento_consulta_externa.php%3FDXqJ8f_4XTZmwaFRrRrM0jCymjm_eEEJ2xXvcEuTZgzkI3N4byUdmO28ffmzg_O242Jeapft5tRXku1GprFiCg%2C%2C&usg=AFQjCNGhX7aJxofTOaafc_WVMBuLh-5Q&sig2=pXbPn2Ry2q8ANZvTpIUDxw&cad=rja Acesso em 10 nov.2016.

⁴¹ BRASIL. CADE. Processo n. 08012.009991/1998-82. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjD-4fGjtTQAhXBIJAKHaEZC80QFggdMAE&url=http%3A%2F%2Fsei.cade.gov.br%2Fsei%2Finstitucional%2Fpesquisa%2Fdocumento_consulta_externa.php%3FDXqJ8f_4XTZmwaFRrRrM0jCymjm_eEEJ2xXvcEuTZgzkI3N4byUdmO28ffmzg_O242Jeapft5tRXku1GprFiCg%2C%2C&usg=AFQjCNGhX7aJxofTOaafc_WVMBuLh-5Q&sig2=pXbPn2Ry2q8ANZvTpIUDxw&cad=rja Acesso em 10 nov.2016.

entre os lojistas do mesmo shopping, as multas frente os efeitos anticoncorrenciais da cláusula de raio.

Houve demonstração no processo de que o crescimento do mercado de Porto Alegre após o surgimento do shopping foi de 763% e foram construídos mais catorze novos empreendimentos para debater a situação do tempo.

Para tanto se demonstrou a seguinte tabela:

SHOPPINGS EM POA	m²	%
Barra Shopping Sul	68.192	18,90
Boulevard Strip Center	6.270	1,74
Bourbon Assis Brasil	18.525	5,14
Bourbon Country	27.686	7,68
Bourbon Ipiranga	24.370	6,76
Bourbon Wallig	45.600	12,64
DC Shopping	14.969	4,15
IGUATEMI	39.700	11,01
Lindóia	5.743	1,59
Moinhos Shopping	9.215	2,55
Center Lar	21.408	5,93
PRAIA DE BELAS	30.597	8,48
Rua da Praia Shopping	7.969	2,21
João Pessoa	7.900	2,19
Shopping Total	27.176	7,53
Paseo Zona Sul	5.394	1,50
TOTAL	360.714	100,00

Figura 2 – Demonstração do crescimento dos shoppings em POA.⁴²

Para a defesa, foram expostos, em suma, os seguintes argumentos: 1 – não existe poder de mercado das Representadas; 2 – a cláusula não impediu o crescimento e a livre competição na cidade; 3 – a cláusula protege o consumidor do monopólio das grandes redes lojistas, representando, no caso concreto, ganho de quase trezentas novas lojas (novas opções) dentro da área do raio, prestigiando a diversidade e direito de escolha do consumidor; 4 – deve-

⁴² BRASIL. CADE. Processo n. 08012.009991/1998-82. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjD-4fGjtTQAhXBIJAKHaEZC80QFggdMAE&url=http%3A%2F%2Fsei.cade.gov.br%2Fsei%2Finstitucional%2Fpesquisa%2Fdocumento_consulta_externa.php%3FDXqJ8f_4XTZmwaFRrRrM0jCymjm_eEEJ2xXvcEuTZgzki3N4byUdmO28ffmzg_O242Jeapft5tRXk u1GprFiCg%2C%2C&usq=AFQjCNGhjxX7aJxofTOaafc_WVMBuLh-5Q&sig2=pXbPn2Ry2q8ANZvTpIUDxw&cad=rja Acesso em 10 nov.2016.

se proteger o *tenant mix* ao possível comportamento oportunista por parte dos lojistas; 5 – procura-se recuperar o investimento.

No parecer, concluiu-se que ficou demonstrado nos autos que as dimensões geográficas estão desajustadas ao mercado de Porto Alegre, gerando, muitas vezes, ineficiência e efeitos negativos para a concorrência apontando-se, inclusive, a existência de shopping center que não utiliza a cláusula de raio. Quanto ao efeito anticoncorrencial da cláusula de raio, houve a conclusão que esta indisponibiliza a expansão das lojas âncoras que são essenciais para a existência dos shoppings centers, mas, antes da avaliação de cada contrato, foi reforçado o posicionamento de análise dentro de parâmetros razoáveis e racionais. Foi detalhado cada item esboçado no processo e demonstrado diante de votos dos conselheiros.

O relator, portanto, fixou multas individualizadas (chegando a milhões) e excluiu as cláusulas raio determinando trinta dias para cumprimento da obrigação, sob pena de multa de R\$50.000,00 com a comunicação a cada lojista, sob pena de igual quantia de multa. O vogal, após proferir seu voto, divergiu de alguns detalhes, mas, como o relator manteve seu voto com acréscimo de fundamentação, acabou por este acompanhar o entendimento.

Contudo, a decisão ainda não transitou em julgado, ou seja, ainda está aguardando recurso das partes.

5. Conclusão

A cláusula de raio comumente está inserida nos contratos que envolvem os empreendedores do shopping center e os lojistas.

A justificativa para a sua pactuação, principalmente, seria para manter o sucesso do negócio como um todo, uma vez que, diante da avaliação do *tenant mix*, o fundo de comércio seria afetado diante da cláusula que foi previamente estabelecida para obtenção de lucros para todos os envolvidos.

A racionalidade que ampara a cláusula de raio inerente ao empreendimento propicia a contenção de condutas impróprias e oportunistas por parte dos lojistas o que gera o questionamento sobre sua (in)validade.

Para o empreendedor a cláusula seria uma garantia do investimento quanto aos lojistas, seria uma cláusula imposta que não é aplicada, na maioria das vezes, em contratos de maior agentes econômicos que possuem condições de se impor.

Para o lojista, a cláusula fere, principalmente, o direito ao ingresso no mercado, pois impede a instalação de novas frentes de consumo. A pactuação por prazo indeterminado não avalia a evolução que o mercado sofreu e acaba por findar novos mercados ao invés de investir o consumo. Ademais, com o crescimento de shoppings perante o território brasileiro, a determinação da distância acaba por, muitas vezes, estar em dissonância com a realidade. Deste modo, a pactuação acaba por ferir a livre concorrência, enfim, gera dúvidas e questionamentos.

Inobstante a controvérsia pautada sobre o tema, os casos pautados para exame devem ser observados minuciosamente. A realidade deve ser avaliada diante das partes e do mercado envolvido, a fim de que apreciada a existência ou não da infração à ordem econômica.

Evitar que a realidade, num primeiro momento, que seria o sonho de se instalar dentro de um shopping center, seja transformada numa desgraça em razão da cláusula de raio fazendo com que, na realidade, sejam encerradas atividades, não pode prevalecer.

A maturidade do agente econômico empregador há de pautar suas escolhas no momento em que pactua e estipula diâmetros para a cláusula de raio para não incorrer a infração à ordem econômica ou a livre iniciativa.

Deve-se ter em mente se realmente é necessário limitar, de certa forma, o comércio do lojista e se esta atitude realmente se torna um fator de crescimento para o *tendant mix* ou acaba sendo um desastre.

Através da análise do processo do CADE esboçado no presente artigo, paira a pergunta se a alteração da distância no contrato que previa a cláusula de raio teria efeito adverso a diminuição da concorrência e da oferta aos consumidores ou não.

E, por fim, indaga-se: Podemos dizer que é válida a cláusula de raio em que condições?

Referências

ABRASCE. Disponível em: www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes. Acesso em 20 ago.2016.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. Escola de Economia de São Paulo/FGV, n. 264, jul. 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6895> Acesso em 10 nov.2016.

BESSONE, Darcy. “O *shopping center* na lei do inquilinato”. *Revista dos Tribunais*, v. 680, p. 12-42.

BRASIL. CADE. Processo n. 08012.009991/1998-82. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwjD-4fGjtTQAhXB>

IJAkHaEZC80QFggdMAE&url=http%3A%2F%2Fsei.cade.gov.br%2Fsei%2Finstitucional%2Fpesquisa%2Fdocumento_consulta_externa.php%3FDXqJ8f_4XTZmwaFRrRrM0jCymjm_eEEJ2xXvcEuTZgzkI3N4byUdmO28ffmzg_O242Jeapft5tRXku1GprFiCg%2C%2C&usg=AFQjCNGhjxX7aJxofTOaafc_WVMBuLh-5Q&sig2=pXbPn2Ry2q8ANZvTpIUDxw&cad=rja. Acesso em 10 nov.2016.

BRASIL. CADE. Processo n. 08012.012740/2007-46. Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1miKQNYdFDaKFGKUBjyu4nOKW8gPmitRNYrPHWPRRZd_jw, Acesso em 7 set. 2016.

BRASIL. Recurso Especial n. 1535727. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Recorrente: Maiojama Participações Ltda, Ancar IC S.A., Lasul Empresa de shopping centers Ltda, LRR Participações Ltda. Recorrido: Sindicato dos lojistas do comércio de Porto Alegre – Sindilojas. J. 10 mai.2016.

BRASIL. TJRS. Apelação cível n. 70053953147. Apelante: Sindicato dos lojistas de POA. Apelado: Ancar Emp. Comerciais, Lasul Empr. De shopping centers, Maiojama Part. E Nacional Part. Relator: Ergio Roque Menine, j. 02 set. 2014.

BRASIL. TJSP. Apelação Cível n. 9128982642009826000, 30ª Câmara de Direito Privado. Relator: Edgard Rosa. Apelante: Valdac Ltda. Apelado: Condomínio shopping center Iguatemi. Interessado: Instituto Brasileiro de Defesa dos Logistas de shopping – Idelos (Assistente do Apelante) j. 23 set. 2011

CARNEIRO, Waldyr de Arruda Miranda. *Anotações à lei do Inquilinato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não concorrência nos “shopping centers”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXXIV, n. 97, p. 23-28, jan mar, 1995.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista de Direito Renovar*. v. 36, p. 49-73, set.-dez., 2006.

FERREIRA, Renata da Silva. A cláusula de raio nos contratos de shopping center. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj-p7_W6tPQAUGCpAKHdu9B8IQFggIMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.emerj.tjrj.jus.br%2Fpaginas%2Ftrabalhos_conclusao%2F1semestre2010%2Ftrabalhos_12010%2Frenataferreira.pdf&usg=AFQjCNE16wFDW7AuOhc2fV_LRVDZcoHTw&sig2=Hdpi7gUXyyRwHI9sIhpMsA&bvm=bv.139782543,d.Y2I Acesso 10 nov. 2016.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. Cláusula de raio: violação ao princípio da livre concorrência. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,clausula-de-raio-violacao-ao-principio-da-livre-concorrenca,49978.html> Acesso em 10 nov.2016.

- LEMKE, Nardim Darcy. *shopping center*. Blumenau: Acadêmica, 1999.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. Direitos das Coisas e Direitos Intelectuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center*. Abusos e ilegalidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MIGUEL, Paula Castello. Contratos de shopping center. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, v. 36, n. 107, p. 137-182, jul-set. 1997.
- MONTEIRO, Franklin Delano do Rego. *A nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. 7ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito da concorrência e o poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- OLIVEIRA, Bruna Sant'Ana; ABREU, Luciana Maria de. Contrato de locação de shopping center: abusos e vulnerabilidade. *Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior*. Juiz de Fora, v. 5, p. 09-32, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. shopping centers. Organização econômica e disciplina jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 580, fev. 1984.
- PIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Contrato de locação comercial em shopping center e cláusula de raio. In: FRANÇA, Erasmo Valladão A.N; ADAMEK, Marcelo V.V. (org). *Temas de direito empresarial e outros estudos: em homenagem ao professor Luiz Gastão Paes de Barros Leão*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 230-252.
- SILVEIRA, Pedro Malta da. *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos: Os centros comerciais como realidade juridicamente relevante*. Coimbra: Almedina, 1999.
- SOUZA, Leonam Machado de; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Cláusula de raio sob a perspectiva do direito civil-empresarial. *Revista Emerj*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 68, p. 97-125. Mar. Mai.2015.
- _____. *Efeitos da cláusula de raio nos shopping centers*. Rio de Janeiro: Gamma, 2015
- VERRI, Maria Elisa Gualandi. *shopping centers*. Aspectos jurídicos e suas origens. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Recebido em: 24.05.2019
1º Parecer em: 27.06.2019
2º Parecer em: 22.08.2019