

Prêmio IBRAC-TIM 2016 - 1.ª Colocada Categoria Pós-Graduação

CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO POR SHOPPING CENTERS COMO CONDUTA ANTICOMPETITIVA: METODOLOGIAS DE ANÁLISE NO CONTEXTO BRASILEIRO

Patrícia Serson Deluca

Resumo: A imposição de cláusula de raio por *shopping centers* em contratos de locação com lojistas, embora seja usual no Brasil, é prática que vem sendo combatida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade à medida em que pode configurar infração à ordem econômica, nos termos da legislação concorrencial brasileira. Considerando os debates recentes do Tribunal Administrativo do Cade sobre o assunto, esse trabalho tem por objetivo analisar a evolução da jurisprudência do órgão, com especial foco nas possíveis metodologias de análise a serem adotadas: ilicitude *per se*, análise formal e regra da razão.

Palavras-chave: cláusula de raio; *shopping center*; conduta anticompetitiva; ilicitude *per se*; regra da razão.

Keywords: *radius clause*; *shopping mall*; *anticompetitive conduct*; *per se violation*; *rule of reason*

Introdução

No Brasil, a aglomeração de grandes centros comerciais (ou *shopping centers*) em áreas de elevada densidade demográfica costuma ser regra. Na cidade de São Paulo, por exemplo, capital mais populosa do Brasil¹, são 52 *shoppings* em operação, com estimativa de outros dois concluídos até o final do ano de 2016². Dada a relativa proximidade em que esses centros de compra

¹ Fonte: IBGE. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/pdf/analise_estimativas_2014.pdf, acessado em 17.09.2016. Em 2010, São Paulo possuía 11.253.503 habitantes e tinha uma densidade demográfica de 7.398,26 habitantes/km². Fonte: IBGE. Disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=355030>, acessado em 09.09.2016.

² Dados da Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE, atualizado até 24.08.2016. Disponível em:

estão localizados, tornou-se bastante comum a inclusão de “cláusulas de raio” nos contratos de locação firmados entre os *shopping centers* e os lojistas que ali se instalam.

Em essência, a cláusula de raio impõe ao lojista-locatário uma obrigação de não-fazer, que o impede de se estabelecer em locais próximos ao empreendimento, outros *shoppings*, ou mesmo em lojas de rua, implicando, assim, em exclusividade territorial. Por ser um dispositivo contratual que restringe a atuação do lojista, muito se questiona sobre a abusividade na utilização de tais cláusulas, em alusão ao princípio constitucional da livre concorrência e da livre iniciativa.

Sob a perspectiva concorrencial, a cláusula de exclusividade adstrita a determinada área é tida como uma restrição vertical. Isso porque empreendimento e lojista podem ser considerados elos subsequentes da cadeia e, mais que isso, há uma transferência do direito de decidir sobre a área em que o lojista vai atuar³. Em sendo assim, a prática é potencialmente lesiva ao ambiente competitivo, pois pode levar ao fechamento de mercado e à criação de dificuldades ao funcionamento de concorrentes. Por outro lado, justificativas econômicas podem legitimar a adoção desse tipo de cláusula, uma vez que ela pode gerar eficiências, tais como a garantia do retorno do investimento e a coibição do comportamento oportunista de lojistas.

Diante disso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), órgão responsável pela repressão a condutas anticompetitivas, tem adotado como metodologia para a análise da licitude da cláusula de raio a regra da razão.

Recentemente, porém, o Tribunal do Cade debateu a possibilidade de se adotar outras abordagens para o exame deste tipo de conduta. A mais severa delas seria configurar o estabelecimento de cláusulas de raio como prática anticompetitiva *per se*, determinando-se a total vedação a obrigações dessa natureza⁴. Outra metodologia proposta foi a aplicação de uma presunção

<http://www.portaldoshopping.com.br/monitoramento/numeros-nas-capitais>, acessado em 09.09.2016.

³ AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira*. In: Direito Econômico Concorrencial. SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinicius Marques de. CORDOVIL, Leonor (coord.). Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

⁴ Aliás, discussões sobre a proibição da cláusula de raio têm sido travadas não apenas no âmbito do Cade, mas também nos Poderes Legislativo e Judiciário. Por exemplo, está atualmente em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei nº 214, de 2009, de

relativa de ilicitude, o que significa dizer que o Cade, ao constatar a existência da conduta, presumirá que esta seja ilícita, mas abrirá oportunidade para que o acusado apresente prova em contrário, demonstrando, por exemplo, que não detinha posição dominante ou indicando as eficiências resultantes da prática⁵.

O presente trabalho objetiva, assim, identificar as abordagens aplicadas para a caracterização da cláusula de raio por *shopping centers* em contratos de locação com lojistas como infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/11, Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (“LDC”), percorrendo a análise dos precedentes do Cade que envolveram a questão para, então, apontar os possíveis desdobramentos decorrentes da adoção de uma ou de outra metodologia.

Inicialmente, na Seção II, serão apresentadas as possíveis metodologias para a análise concorrencial de condutas. A Seção III endereçará a questão especificamente quanto à cláusula de raio. Em seguida, a Seção IV se destina a analisar a evolução da jurisprudência do Cade sobre o tema e, por fim, a Seção V contém as conclusões do estudo aqui proposto.

1. A caracterização do ilícito antitruste: abordagens *per se*, análise formal e regra da razão

Tendo em vista as discussões recentes travadas no Tribunal Administrativo do Cade, é importante ter claros os pressupostos de cada um dos métodos propostos para a análise de cláusula de raio em contratos de locação com *shopping centers*. Nesse sentido, será feita a seguir uma breve descrição dessas abordagens e de suas origens.

A definição de violações antitruste surgiu, no direito norte-americano, a partir da regra contida no artigo 1º do *Sherman Act*, que prevê que qualquer acordo que restrinja o comércio entre os Estados ou com as nações estrangeiras é ilícito⁶. Devido à amplitude da norma, após longo debate nos tribunais estado-unidenses, firmou-se entendimento de que a ela deveria ser dada interpretação restritiva, já que haveria certas práticas que, embora pudessem representar algum grau de restrição à concorrência, também gerariam benefícios à

autoria do Senador Valdir Raupp, que tem por objetivo proibir a cláusula de raio, por meio de alterações na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do Inquilinato).

⁵ Como será visto na Seção II, esse método é bastante próximo à análise do ilícito pelo objeto ou “*formal-based approach*”, adotado no contexto europeu.

⁶ Tradução livre de: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*”.

competição e ao bem-estar do consumidor. Em relação a essas, portanto, seria aplicada a *rule of reason* (ou regra da razão). Segundo o princípio da razoabilidade, para se concluir quanto à ilicitude de determinada prática supostamente anticompetitiva, devem ser ponderados os efeitos deletérios e os possíveis benefícios, a exemplo das eficiências econômicas, que dela puderem advir.

Por outro lado, certas condutas sempre serão desarrazoadas, aplicando-se a elas a regra da proibição. Diz-se *per se* a conduta que configura um ilícito concorrencial por si só, isto é, são atos que sempre implicarão restrição não razoável da concorrência. Os potenciais efeitos lesivos ao ambiente competitivo resultantes da prática são tão graves que não haveria qualquer justificativa econômica capaz de concluir pela sua permissão. Isso significa que, uma vez caracterizada a conduta – por exemplo, se provada a existência de certo acordo anticoncorrencial –, esta merecerá repressão por parte do órgão antitruste, não sendo necessário analisar os efeitos ao mercado dela decorrente⁷.

Na União Europeia, diferentemente, a legislação concorrencial introduziu dois conceitos para a caracterização da infração: ilícito pelo objeto e pelos efeitos. Nos termos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE, serão proibidos quaisquer acordos que afetem o comércio entre os Estados Membros e que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno⁸.

Muito embora num primeiro momento a classificação europeia possa se assemelhar à dicotomia ilícito *per se*/regra da razão do direito norteamericano, a rigor, há uma diferença fundamental entre o dito **ilícito pelo objeto** e o **ilícito *per se***: na Comissão Europeia, sempre se admite a possibilidade de que haja justificativas objetivas para a conduta⁹, enquanto a

⁷ Segundo Paula Forgioni: “A ilicitude *per se* desobriga a autoridade antitruste de realizar uma análise mais profunda do ato praticado e do seu contexto econômico: a partir do momento em que uma conduta é tomada como ‘ilícita *per se*’ e considerada restritiva da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiada” (FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*, 5a ed., São Paulo: RT, 2012, p. 199).

⁸ Art. 101, TFEU: “*The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which [...]*”.

⁹ Nesse sentido, bem explica Wouter Wills: “*Indeed, contrary to US antitrust law, EU antitrust law does not contain any per se prohibitions. Article 101 TFEU always allows for the possibility of justification under Article 101(3) TFEU, and the application of Article 102 TFEU is also always subject to the possibility of objective justification*”

Corte Americana refuta que sejam possíveis quaisquer defesas para a licitude da prática¹⁰. Sobre a diferenciação entre essas duas abordagens adotadas por uma e outra jurisdição¹¹, bem explicou Alexander Italianer, então Diretor-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, em discurso proferido em dezembro de 2014:

“Para condutas ‘por natureza’, nos termos dos artigos 101 e 102, a defesa de eficiências continua disponível. Essa possibilidade de as partes apresentarem argumentos de eficiência também em casos de conduta ‘por natureza’ é uma importante diferença em relação ao modo pelo qual as cortes americanas vêm interpretando a *Section 1* do *Sherman Act*. É por isso que não é correto equiparar a noção europeia de ‘anticompetitivo por objeto’ ou ‘por natureza’ à noção de ‘ilícito *per se*’”¹².

(WILS, Wouter P. J. *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance*. In: *World Competition: Law And Economics Review*, Vol. 37, nº 4, Setembro, 2014, p. 25. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407, acessado em 09.09.2016).

¹⁰ Veja, nesse sentido decisão no caso *Northern Pacific Railway vs. United States* (1958): “*There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use*”.

¹¹ Wills também elucida, ao tratar especificamente da prática de descontos exclusivos: “*It is often said that the EU case-law on abuse of dominance is ‘form-based’, with the strong suggestion that this is something undesirable. It is far from clear what exactly is meant by the case-law being ‘form-based’. If it means that the EU case-law per se prohibits the use of exclusivity rebates or other practices by dominant undertakings, it is based on a misreading of that case-law, because the case-law always provides for the possibility of objective justification*” (idem, p. 20).

¹² ITALIANER, Alexander. *The Object of Effects*. CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels, 10 December 2014. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf, acessado em 02.09.2016. Tradução livre de: “*For ‘by nature’ conduct under both 101 and 102 the efficiency defence remains available. This possibility for parties to raise efficiency arguments also in cases of ‘by nature’ conduct is an important difference to the way US courts have been interpreting Section 1 of the Sherman Act. This is why it is not accurate to equate the European notion of ‘anticompetitive by object’ or ‘by its nature’ with the notion of ‘per se illegal’*”

A LDC, com clara influência no regulamento europeu, também adotou as noções de “por objeto” e de “efeito potencialmente gerado” para a caracterização de atos que podem configurar infração à ordem econômica, conforme seu artigo 36. Assim, em regra, a adoção de uma abordagem *per se* seria inadmissível no contexto brasileiro¹³.

Apesar disso, na importação desses conceitos ao direito pátrio, atribui-se, no mais das vezes, igual significado às expressões “ilícito *per se*” e “ilícito pelo objeto”. Um exemplo disso pode ser observado no excerto abaixo, extraído de Nota Técnica da Superintendência-Geral do Cade¹⁴:

“[...] O que se tem, portanto, é que uma conduta é anticompetitiva se (i) tiver objeto lícito, mas possuir potencialidade lesiva ou (ii) se tiver objeto ilícito. A interpretação desta estrutura normativa permite, pois, que se possa classificar as condutas em dois tipos: condutas por objeto e condutas por efeitos.

O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra *per se*. Neste caso, frise-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises posteriores sobre efeitos ou detalhadas sobre o mercado” (grifos próprios).

Essa aparente confusão entre os termos utilizados para identificar a metodologia de análise a ser empregada em cada caso pode resultar em conclusões diversas quanto à licitude de determinada prática.

Como visto, a caracterização do ilícito pelo objeto, ou análise formal, consiste em atribuir à conduta uma presunção de ilicitude, já que teria, por natureza, a característica de restringir a concorrência. No entanto, essa presunção é relativa, uma vez que se admite a existência de justificativas

¹³ Paula Forgioni afirma que “no Brasil, não há “infração *per se*”, pois as condutas do §3º, para serem declaradas ilícitas, necessitam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo caput do art. 36” (FORGIONI, Paula Andrea. *op. cit.*, p. 133).

¹⁴ Nota Técnica SG/Cade nº 17/2016, emitida no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.000774/2011-74.

econômicas, objetivamente identificáveis, que poderiam compensar os efeitos deletérios à concorrência.

O Cade já adotou, em precedentes, análise baseada na presunção relativa de ilicitude, ou seja, uma análise mais formalista, ao tratar de outra restrição vertical: a fixação de preço de revenda. Em caso paradigmático, em que foi investigada e condenada a empresa SKF do Brasil Ltda.¹⁵, estabeleceu-se esse novo padrão para avaliação da regularidade de políticas comerciais desse tipo.

O efeito prático da adoção dessa abordagem é a possibilidade de inversão do ônus da prova: enquanto na análise pela regra da razão “clássica” cabe à autoridade provar que não há eficiências capazes de superar os prejuízos à concorrência, na análise formal, a existência de justificativas econômicas para a licitude da prática deve ser apresentada pela parte investigada.

Tendo sido apresentadas as possíveis abordagens para a caracterização do ilícito concorrencial, passa-se agora à identificação da cláusula de raio como conduta anticompetitiva.

2 Cláusula de raio como conduta anticompetitiva

O estabelecimento de cláusula de raio em contratos de locação entre *shopping centers* e lojistas é uma restrição vertical e, como tal, poderá ser considerada um ilícito concorrencial na medida em que, em determinadas circunstâncias fáticas, resultar em prejuízos à concorrência e em redução do bem-estar do consumidor¹⁶. No entanto, dela também podem decorrer eficiências econômicas, devendo ser analisada, portanto, pela regra da razão. Esse é o posicionamento majoritário da doutrina, tanto pátria como internacional, sendo esta bastante enfática quanto à impossibilidade de se admitir a cláusula de raio como violação *per se* da legislação concorrencial. Note-se o entendimento de Massimo Motta¹⁷:

¹⁵ Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44, julgado em 21 de fevereiro de 2013.

¹⁶ AZEVEDO, Paulo Furquim de. *op. cit.*, p. 207.

¹⁷ MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004, p. 377. Tradução livre de “*vertical restraints and vertical mergers have a number of efficiency features: although in some circumstances they might have some anti-competitive effects, a per se prohibition rule would clearly be inappropriate, since it would forego efficiency effects which are likely to dominate in most cases. A rule of reason appears certainly more advisable*”.

“[...] restrições verticais e integrações verticais possuem diversos fatores de eficiência: embora em certas circunstâncias possam causar efeitos anticompetitivos, uma proibição *per se* seria claramente inapropriada, já desconsideraria efeitos de eficiência que prevalecem na maioria dos casos. A regra da razão parecer ser certamente mais aconselhável”.

A razão para se refutar a proibição *per se* da utilização de cláusulas de raio está na existência de justificativas econômicas. A primeira e mais facilmente compreendida, trata-se da garantia do retorno do investimento realizado na construção do *shopping center*, o que seria justificado pelo alto risco do negócio¹⁸.

Além disso, também se reconhece que a cláusula evita o comportamento oportunista do lojista, o chamado efeito *free rider*. Explica-se: o pagamento do aluguel pelo lojista contém uma parcela fixa e outra variável, que depende do fluxo de clientes e do faturamento das lojas. Assim, se o lojista instala outra loja em região próxima ao centro comercial e consegue atrair a clientela, desviando os consumidores do empreendimento, se exime do pagamento da parcela variável do aluguel, prejudicando o coletivo (*shopping center* e demais lojistas)¹⁹.

Por fim, outra justificativa utilizada nesse caso é a preservação do *tenant mix*, ou seja, da combinação de lojas e atrações do *shopping center*. Quando do desenvolvimento do projeto do empreendimento, o administrador realiza um estudo de viabilidade, levando em conta a localização, o público alvo, dentre outras variáveis, visando congregar uma cesta de lojas adequada para tornar o empreendimento o mais rentável possível, de forma a maximizar as sinergias²⁰. O *tenant mix* constituiria, assim, um elemento diferenciador, em

¹⁸ A admissibilidade dessa justificativa é, porém, questionável, sob o ponto de vista do Direito da Concorrência. Destacou o Conselheiro João Paulo de Resende, em seu voto vista no Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46: “Para as demais atividades econômicas que não se enquadram como monopólio natural, o risco deve ser entendido como parte do negócio, cabendo aos empreendedores encontrar formas de rentabilizar seus investimentos **sem ferir a livre concorrência**. Nesse sentido, [...] as cláusulas de raio não podem levar a situações em que sejam admitidos legalmente como monopólios empreendimentos que não reúnem as características econômicas para tanto”. [L] [SEP]

¹⁹ Sobre o assunto, o Conselheiro Luis Rigato Vasconcellos traçou importante diferenciação em relação ao comércio de rua e a outros *shopping centers*, ao julgar o caso Shopping Iguatemi. Segundo ele, as alegações de comportamento oportunista não encontrariam respaldo quando se trata de *shopping* concorrente, uma vez que também este deve oferecer facilidades semelhantes às oferecidas pelo Iguatemi.

²⁰ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência*. In: Revista do IBRAC, volume 10, nº 3, 2003.

especial em relação às lojas âncoras de cada *shopping*, que mereceria especial proteção, assemelhando-se à ideia de inovação e propriedade intelectual.

Não obstante, a potencialidade e a gravidade dos efeitos negativos que podem resultar da adoção de cláusula de raio são também bastante claros. As principais preocupações concorrenciais, nesse caso, são o fechamento do mercado e a elevação das barreiras à entrada, com a criação de dificuldades ao funcionamento e estabelecimento de concorrentes. Isso porque, como visto, a diversidade das lojas presentes no *shopping center* é fator essencial para o empreendimento. Ao restringir a territorialidade em que determinadas lojas atuarão, limita-se o acesso de novos *shopping centers*, entrantes no mercado, a esses lojistas. Além disso, pelo lado do lojista, há uma restrição à livre concorrência e à livre iniciativa, muitas vezes desproporcional, já que o direito de decisão sobre onde instalar novas unidades é transferido ao agente a montante²¹.

A licitude da conduta dependeria, assim, da razoabilidade da cláusula em si, isto é, qual sua abrangência, em termos materiais, temporais e dimensionais²² que guardariam proporcionalidade com as justificativas econômicas identificadas. Uma cláusula estabelecida dentro dos limites não levará ao abuso da posição dominante, vez que não terá potencialidade de produzir efeitos anticompetitivos²³.

No que se refere à extensão do raio, se este for pequeno o suficiente para evitar o comportamento oportunista do lojista e, ao mesmo tempo, gerar menores prejuízos à concorrência, a cláusula deve ser permitida. De maneira semelhante, a duração da cláusula deve ser o tempo necessário para garantir o retorno do investimento inicial e o estabelecimento da clientela, descartando-se prazos indeterminados ou excessivamente longos. Ainda, quanto às especificações objetivas da cláusula, não se devem admitir previsões

²¹ AZEVEDO, Paulo Furquim de. *op. cit.*, p. 229.

²² Ou, como prefere Fabio Konder Comparato, a licitude de restrições convencionais de concorrência será enquadrada dentro de limites precisos de **objeto, de tempo e de espaço**. (COMPARATO, Fábio Konder. *As Cláusulas de Não-Concorrência nos "Shopping Centers"*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, ano XXXIV, n. 97, 1995, p. 23-28).

²³ O mesmo se diz da cláusula imposta por agente que não detém posição dominante no mercado. Como bem explica Paulo Furquim, é o caso, por exemplo, de restrições verticais estabelecidas em contratos de franquia de redes de médio ou pequeno porte. Nesse caso, não se vê atendido o requisito de dominância e, portanto, não terá potencialidade de causar efeitos negativos à concorrência. (AZEVEDO, Paulo Furquim de. *op. cit.*, p. 209).

contratuais que extrapolem sua razão de ser, como por exemplo, ampliando-se o ramo de atividade e a marca sujeitos à exclusividade territorial.

3. Evolução da Jurisprudência do CADE²⁴

Estabelecidas as premissas quanto às abordagens para a análise de condutas unilaterais anticompetitivas, especificamente sobre restrições verticais, e quanto à visão geral da imposição de cláusula de raio como ilícito concorrencial, passa-se a tecer considerações sobre a jurisprudência do Cade, com foco em identificar os métodos de análise empregados em cada caso. Para tanto, será feito um recorte dos precedentes do Cade em dois blocos distintos, de acordo com o momento em que foram julgados, em razão das diferenças identificadas na análise entre os casos mais antigos e mais recentes.

O primeiro bloco abrange os processos administrativos instaurados no final dos anos 90 e início dos anos 2000 e julgados entre 2005 e 2007. Trata-se de investigações que resultaram na condenação dos *shoppings* Iguatemi²⁵ e Center Norte, ambos localizados na cidade de São Paulo.

O segundo bloco é formado pelos casos examinados de 2015, quando a questão da cláusula de raio voltou a estar na pauta de julgamento do órgão antitruste, até setembro de 2016²⁶. Destaca-se que desse conjunto, houve apenas

²⁴ O **Apartado de Jurisprudência** contém quadro que sintetiza os precedentes do Cade que envolveram a análise da conduta de imposição de cláusula de raio e que foram analisados para a elaboração do presente artigo.

²⁵ Em verdade, o Shopping Iguatemi já havia sido condenado, em 2003, por prática de imposição de restrição vertical a lojistas (Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82). No entanto, a cláusula em discussão naquele caso, não se tratou de cláusula de raio propriamente dita, uma vez que impunha exclusividade a lojas de grife, que não poderiam se instalar em outros *shoppings* de alto padrão da capital paulista. Muito embora as conclusões acerca dos efeitos da cláusula de exclusividade sejam bastante próximas às relacionadas à cláusula de raio, esse precedente não será analisado no detalhe no presente artigo. Digno de nota, ainda, que no julgamento do segundo caso, em 2007, o *shopping* foi considerado reincidente, sendo aplicada multa em patamar superior como consequência.

²⁶ Em 2010 e 2014, dois outros procedimentos sob análise do Cade versaram sobre cláusulas de restrição vertical envolvendo *shopping centers*, mas não serão aqui analisados profundamente. O primeiro deles por que tratou do julgamento de Requerimento de TCC (Requerimento nº 08700.003933/2009-10), em que o Shopping Jardim Sul propôs acordo para arquivamento do Processo nº 08012.012081/2007-48 em relação a ele. Referido processo, que será objeto de análise deste artigo, posteriormente, veio a ser arquivado em relação aos demais *shoppings* representados, pela verificação de incidência de prescrição intercorrente. O segundo, pois versou sobre

um caso de condenação em relação a sete *shopping centers* de Porto Alegre e suas administradoras. Um processo foi arquivado em função da incidência de prescrição intercorrente e um terceiro teve como desfecho a celebração de Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (“TCC”), por meio do qual o North Shopping Fortaleza se comprometeu a reformular a cláusula prevista no contrato de locação, restringindo o seu raio de exclusividade e limitando seu prazo, além de recolher contribuição pecuniária. Houve ainda uma Consulta, realizada pelo Shopping Center Norte que, contudo, foi arquivada por perda do objeto, já que a consulente requereu a desistência do feito.

Bloco I:

Embora contenham algumas diferenças analíticas, os votos dos Conselheiros Relatores Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (Shopping Center Norte²⁷) e Luis Fernando Rigato Vasconcellos (Shopping Iguatemi²⁸), norteadores das decisões do Conselho nos respectivos processos, podem ser agrupados, para a finalidade didática aqui proposta, por terem seguido etapas bastante similares.

Em máxima síntese, o passo a passo do exame feito pelos conselheiros pode ser assim representado:

a imposição de cláusula restritiva por parte da rede de lanchonete McDonald’s, que impedia a instalação de unidade de seu concorrente Bob’s em uma das praças de alimentação do Shopping Iguatemi de Porto Alegre, denominada “*gourmet center*” (Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64). Esse processo também foi arquivado em função da ocorrência de prescrição intercorrente, já que o Cade deixou de praticar atos instrutórios por um período superior a 3 anos.

²⁷ Processo administrativo nº 08012.002841/2001-13, julgado em 19 de janeiro de 2005.

²⁸ Processo administrativo nº 08012.006636/1997-43, julgado em 04 de setembro de 2007.



Sem adentrar na análise de mérito dos casos, a metodologia adotada remonta claramente aos critérios básicos de análise estabelecidos no Guia anexo à Resolução Cade nº 20, de 9 de junho de 1999²⁹: o primeiro passo consiste na caracterização da conduta, seguindo-se à análise da detenção de posição dominante no mercado relevante por parte da empresa investigada. Na sequência, de acordo com o Guia, devem ser avaliados os efeitos (reais ou potenciais) negativos à concorrência decorrentes da conduta e, por último, ponderação entre os efeitos negativos e as justificativas econômicas (eficiências) visando obter os efeitos líquidos da conduta.

Desnecessário mencionar, portanto, que o exame desses precedentes seguiu a regra da razão. Nesse sentido, o próprio Guia indica que deve ser aplicado, na análise de práticas restritivas, o princípio da razoabilidade,

²⁹ Embora a Resolução nº 20 tenha sido expressamente revogada pela Resolução nº 45, os guias sobre práticas restritivas que constam como anexos continuam em vigor.

avaliando seus efeitos anticompetitivos e ponderando-os vis-à-vis seus possíveis benefícios compensatórios. Destaca-se também trecho do voto do relator Roberto Pfeiffer no caso Center Norte:

“[...] resta claro que o tratamento de tais cláusulas não deve ser *per se*, seja para concluir pela sua licitude, seja para aduzir a sua licitude (*sic*). Assim, será justamente a partir da análise da razoabilidade do teor e modo de implementação da cláusula operada pelo Shopping Center Norte e de seus efeitos sobre o mercado relevante em questão que será efetivada a análise de sua licitude frente à lei de proteção da concorrência”.

Em ambos os processos, concluiu-se pela condenação nos *shopping centers* por infração à ordem econômica consubstanciada na limitação ao acesso de novas empresas ao mercado e na criação de dificuldades ao desenvolvimento de concorrentes (conforme art. 21, IV e V da Lei nº 8.884/94, então vigente), efeitos esses não compensadas pelas eficiências alegadas. Ao Center Norte e ao Iguatemi foram impostas multas correspondentes a 1% e 2% de seu faturamento anual bruto, respectivamente, além da imediata cessação da conduta, por meio da retirada da cláusula de raio de todos os contratos de locação semelhantes³⁰⁻³¹.

Bloco II:

A primeira proposta de alteração da forma de se examinar cláusulas de raio surgiu por recomendação da Superintendência-Geral do Cade. Ao emitir notas técnicas relativas aos processos que investigavam *shoppings* localizados na cidade de São Paulo³² e de Porto Alegre³³, a Superintendência sugeriu que fossem estabelecidos parâmetros para a análise da razoabilidade da cláusula.

³⁰ Em razão da agravante de reincidência, conforme indicado na Nota 25 acima.

³¹ Foram ainda estabelecidas penalidades acessórias, como a publicação do extrato da decisão em jornal de grande circulação, multa diária em caso de descumprimento e a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

³² Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48, julgado em 11 de novembro de 2015. Representados: Saphyr Administradora de Centros Comerciais S.A. (Shopping Villa-Lobos), Condomínio Pro-Indiviso Shopping Villa-Lobos, Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. (Morumbi Shopping), Condomínio Morumbi Shopping, Brookfield Brasil Shopping Centers Administradora Ltda. (nova denominação de Plaza Shopping Administradora Ltda. – Shopping Pátio Higienópolis) e Condomínio Comercial Shopping Pátio Higienópolis.

³³ Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46, julgado em 31 de agosto de 2016. Representados: Administradora Gaúcha de Shopping Center S/A; Companhia

Os critérios recomendados diziam respeito aos três aspectos principais de abrangência da cláusula: objeto, espaço e tempo. Quanto à questão territorial, considerou-se razoável a cláusula que atingisse um raio de até dois quilômetros. Já as cláusulas com extensão superior a cinco quilômetros de raio não deveriam ser aceitas, tendo em mente o padrão de densidade populacional das cidades brasileiras. O raio com extensão entre dois e cinco quilômetros ensejaria uma análise casuística, valendo-se da regra da razão.

Em relação ao objeto da cláusula de raio, seriam aceitas apenas as cláusulas que estivessem limitadas aos controladores da locatária, isto é, não fossem estendidas aos seus demais sócios, bem como à marca utilizada no empreendimento, sem que haja restrição quanto à exploração de marca diversa, ainda que no mesmo ramo de atividade.

O aspecto temporal, ainda, estaria adstrito a um prazo de cinco anos³⁴.

Apesar de a Superintendência Geral ter pugnado pela condenação das representadas em ambos os casos, em relação aos *shoppings* de São Paulo, como já mencionado, o processo foi encerrado sem julgamento do mérito, já que foi admitida a ocorrência de prescrição intercorrente, como indicado pelo Ministério Público Federal (“MPF”) e pela Procuradoria Federal junto ao Cade.

Já no julgamento do processo envolvendo os centros comerciais de Porto Alegre, a discussão ganhou novos contornos. O Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, de forma conservadora, optou por analisar a questão sob a regra da razão, caso a caso, sem observar os parâmetros sugeridos pela Superintendência Geral³⁵. Assim, prosseguiu à definição de mercado relevante,

Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S/A; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S/A; e Niad Administração Ltda.

³⁴ Aqui, fez-se um paralelo com as cláusulas de não-concorrência que, de acordo com a jurisprudência consolidada do Cade, são consideradas legítimas se limitadas a um prazo máximo de cinco anos.

³⁵ Nos termos do voto (p. 18): “Para a realização da análise da suposta ilicitude da conduta e por se tratar de uma restrição vertical, optei por uma postura conservadora de análise sob a regra da razão e de efeitos da conduta. Cumpre destacar, que a opção por aplicação da regra da razão para a análise por efeitos não desfaz o mérito da proposta de parâmetros feita pela SG, porquanto corrobora a tese de que cláusulas de raio não podem ser concebidas sem o mínimo de razoabilidade na definição de suas dimensões em um contrato de locação”. [1] [SEP]

à identificação da existência de poder de mercado³⁶ e aos efeitos da conduta, verificando se haveria razoabilidade na cláusula estabelecida por cada um dos *shopping centers* representados. Ao final, o Conselheiro explicita que o ônus da prova sobre a razoabilidade das dimensões das cláusulas adotadas foi invertido, para que as investigadas justificassem os benefícios advindos da conduta, o que não ocorreu. Nesse cenário, por entender que houve prática de ilícito anticoncorrencial, o relator concluiu pela condenação dos *shoppings* e (de suas administradoras) que possuíam cláusula de raio em contratos de locação, com a imposição de multa que totaliza mais de 15 milhões de reais.

A inversão do ônus da prova abriria margem para uma análise mais formalista da cláusula de raio, já que as preocupações concorrenciais são inerentes à prática, cabendo ao investigado provar a existência de justificativas econômicas. Sobre a questão, o Conselheiro João Paulo de Resende assim se manifestou:

“Como vimos, em maior ou menor grau, a depender do nível de fechamento do mercado, a simples presença da cláusula produz risco concorrenciais. Isso posto, julgar pela sua legalidade no caso específico requer que se comprove que seus efeitos positivos têm o condão de contrabalancear tal impacto negativo, gerando, portanto, efeitos líquidos em prol do consumidor final. [L] [SÉP.]”

Nesse momento, uma relevante pergunta se apresenta: a quem cabe tal missão, à Autoridade da Concorrência ou às Representadas? Na resposta a essa pergunta, alinho-me ao entendimento do voto-relator, no sentido de que, uma vez constado o potencial lesivo e sendo possível o seu enquadramento no dispositivo inculcado no art. 20, I, e no art. 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/94 (com correspondência no art. 36, inciso I, e §3º, inciso III, da Lei 12.529/2011), inverte-se o ‘ônus da prova’, cabendo às Representadas justificar os benefícios da cláusula”.

No mesmo caso, a Conselheira Cristiane Alkmin, embora tenha acompanhado o relator em seu dispositivo, divergiu quanto à metodologia de análise aplicada. Segundo ela, a conduta deveria ser considerada *ilícito per se*, porque a cláusula de raio não traz externalidades positivas sociais, isto é, o *shopping center* não seria socialmente relevante a ponto de merecer a permissão

³⁶ Quanto ao poder de mercado dos *shoppings* envolvidos, o Conselheiro Márcio de Oliveira aduziu que independeria da participação de mercado detida por cada um deles, mas decorreria da disparidade entre os poderes de barganha entre os lojistas e os *shopping centers*.

de um monopólio temporário, como denominou a Conselheira. A conclusão, de acordo com a economista, seria a mesma, qualquer que fosse o empreendimento. Argumentou ainda que o principal motivo de seu posicionamento adviria de uma análise custo-benefício entre o controle feito pelo Cade e os recursos públicos, escassos, empregados no exame do caso. [L]
[SEP]

O enquadramento da cláusula de raio como ilícito *per se* foi também corroborado pelo Parecer do MPF, no âmbito do caso North Shopping³⁷. O Procurador Lafayette Petter manifestou preocupação quanto a tal conduta anticompetitiva, afirmando que os benefícios gerados seriam destinados apenas aos detentores do empreendimento, sem qualquer repasse ao consumidor ou à sociedade. Complementou, ainda, que, na visão do MPF a cláusula de raio, ou qualquer outra restrição territorial do gênero, deveria ser simplesmente excluída, primando-se pelo alcance dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência.

Aliás, como mencionado anteriormente, o caso North Shopping foi encerrado com a celebração de acordo entre o *shopping* e o Cade³⁸. Importante destacar que a solução negociada não vedou totalmente a cláusula de raio imposta pelo centro comercial de Fortaleza, mas restringiu-a para que estivesse dentro dos parâmetros propostos pela Superintendência Geral. Assim, a cláusula passou de cinco quilômetros de extensão para dois quilômetros e sua duração foi reduzida de dez para cinco anos. O North Shopping se obrigou, ainda, a recolher contribuição pecuniária no valor de 460 mil reais, aproximadamente.

4. Conclusões

O assunto atinente à cláusula de raio por *shopping centers* tem tomado grande relevância em debates não apenas no âmbito do Cade, mas também em outras esferas, devido à frequência com que tais cláusulas aparecem em contratos de locação com lojistas, em diversos Estados do país, e à percepção de que restringem, em certa medida, a livre iniciativa e a livre concorrência.

A partir do retrospecto da jurisprudência do Cade, no que tange à metodologia de análise adotada a casos que se debruçaram sobre o tema, foi possível observar que, sob a perspectiva antitruste, a aplicação da regra da razão parece ser mais coerente com a legislação e a prática brasileiras.

Não obstante, a relativização da regra da razão “clássica”, embutindo à análise um espectro de presunções relativas, aproximando-se do *formal-based*

³⁷ Processo Administrativo nº 08700.004938/2014-27.

³⁸ Requerimento nº 08700.003364/2016-3, julgado em 22 de junho de 2016.

approach europeu, é uma opção condizente com a natureza da cláusula de raio e com a caracterização de infração à ordem econômica da LDC, visto que são identificados efeitos anticompetitivos decorrentes da prática.

Da mesma forma, o estabelecimento de parâmetros para a análise da razoabilidade da cláusula de raio é um mecanismo permitido e útil, uma vez que confere aos administrados maior grau de segurança jurídica ao definir sua política comercial. Ressalta-se, porém que esses parâmetros não podem ser vinculativos, isto é, não se pode definir o que é lícito ou ilícito com base apenas na aplicação indiscriminada desses critérios, já que, no caso concreto, esses podem não guardar proporcionalidade na ponderação com as eficiências geradas. Nesse sentido, a edição de guia pelo Cade, em caráter não vinculante, que consolidasse os parâmetros da jurisprudência sobre a matéria seria iniciativa bem-vinda.

A tentativa de se impor, porém, maior rigor à análise empreendida pelo órgão antitruste, determinando a condenação *per se* da conduta, parece não estar alinhada com o sistema brasileiro atual e tampouco com o entendimento majoritário da doutrina nacional e estrangeira. A inclinação jurisprudencial nesse sentido, portanto, deve ser vista com cautela pois poderá levar à inibição de condutas legítimas e pró-competitivas.

Bibliografia

AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a Experiência Brasileira*. In: Direito Econômico Concorrencial. SCHAPIRO, Mario Gomes. CARVALHO, Vinicius Marques de. CORDOVIL, Leonor (coord.). Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199 - 244.

COMPARATO, Fábio Konder. *As Cláusulas de Não-Concorrência nos "Shopping Centers"*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, ano XXXIV, n. 97, 1995, p. 23-28.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *As Cláusulas de Raio em Shopping Centers e a Proteção à Livre Concorrência*. In: Revista do IBRAC, volume 10, nº 3, 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Northern Pacific Railway Co. et al. vs. United States*. Appeal from the United States District Court for the Western District of Washington. Relator: Justice Black. Washington D.C., 10.03.1958.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*, 5a ed., São Paulo: RT, 2012.

_____. *Direito Concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *Restrições verticais no Direito da Concorrência: estudo de casos à luz da regra da razão e do ilícito per se nos Estados Unidos e na União Europeia*. In *Meritum*, volume 5, nº 2. Belo Horizonte, 2010, p. 405-430. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/1063/756>, acessado em 15.09.2016.

ITALIANER, Alexander. *The Object of Effects*. CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels, 10 December 2014. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf, acessado em 02.09.2016.

MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004.

WILS, Wouter P. J. *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*. In: *World Competition: Law And Economics Review*, Vol. 37, nº 4, Setembro, 2014, p. 25. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407, acessado em 09.09.2016.

Ano	Processo	Partes	Decisão
2003	Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82	Representados: Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda. e Condomínio Shopping Center Iguatemi Representante: Participações Morro Vermelho Ltda.	Condenação
2005	Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13	Representado: Center Norte S/A – Construção, Empreendimento, Administração e Participação Representante: Condomínio Shopping D	Condenação
2007	Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43	Representado: Condomínio Shopping Center Iguatemi Representantes: Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de	Condenação

Ano	Processo	Partes	Decisão
		São Paulo e Procuradoria Geral do CADE ^[1] _[SEP]	
2010	Requerimento de TCC nº 08700.003933/2009-10	Requerentes: Administradora PMW S.A., Participações Morro Vermelho S/A e Condomínio Shopping Jardim Sul	Celebração de TCC
2014	Processo Administrativo nº 08012.000751/2008-64	Representado: McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. Representante: Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Rio Grande do Sul	Arquivamento (prescrição intercorrente)
2015	Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48	Representados: Saphyr Administradora de Centros Comerciais S.A. (Shopping Villa-Lobos), Condomínio Pro-Indiviso Shopping Villa-Lobos, Multiplan Empreendimentos Imobiliários S.A. (Morumbi Shopping), Condomínio Morumbi Shopping, BrookfieldBrasil Shopping Centers Administradora Ltda. (nova denominação de Plaza Shopping Administradora Ltda. – Shopping Pátio Higienópolis) e Condomínio Comercial Shopping Pátio Higienópolis Representante: Cade ex officio	Arquivamento (prescrição intercorrente)
2015	Consulta nº 08700.007124/2015-25	Consultante: Center-Norte S.A. - Construção, Empreendimentos, Administração e Participação	Arquivamento por perda de objeto (desistência)
2016	Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46	Representados: Administradora Gaúcha de Shopping Center S/A; Companhia Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil	Condenação

Ano	Processo	Partes	Decisão
		<p>Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S/A; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S/A; e Niad Administração Ltda.</p> <p>Representante: Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Rio Grande do Sul</p>	
2016	<p>Processo Administrativo nº 08700.004938/2014-27</p> <p>Requerimento de TCC nº 08700.003364/2016-31</p>	<p>Representado: North Shopping Fortaleza</p> <p>Representante: Victor Regis Brasil e Silva^[1]_{SEP}</p>	Celebração de TCC