

AS CLÁUSULAS DE RAIOS EM *SHOPPING CENTERS* E A PROTEÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA

Pedro Paulo Salles Cristofaro

O presente estudo aborda a questão da legalidade das chamadas “cláusulas de raio” inseridas em alguns contratos de locação de espaços comerciais em *shopping centers*, em face da Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Cláusulas de raio são aquelas pelas quais o locatário de um espaço comercial se obriga, perante o locador, a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância daquele imóvel.

A origem dessas cláusulas precede a existência da indústria dos *shopping centers*. 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.

Ocorre que, na medida em que a loja, uma vez instalada, tivesse um êxito significativo, o comerciante poderia, legitimamente, decidir abrir mais uma loja nos arredores, ou ampliar sua loja original, alugando um espaço comercial ao lado. Além disso, o comerciante, à vista do seu sucesso, poderia se ver tentado a concentrar seu faturamento na segunda loja, especialmente se ela estivesse sujeita a um aluguel fixo, reduzindo os custos globais do negócio.

Ou seja, independentemente da motivação mais ou menos legítima do comerciante, é inquestionável que a base de cálculo do aluguel pactuado com o proprietário poderia ser negativamente afetada pela simples existência de uma loja similar a poucos quarteirões de distância. A fixação do aluguel em bases percentuais – sem restrições quanto à abertura de outros estabelecimentos – daria ao comerciante o poder de, com alguma facilidade, reduzir unilateralmente a base de cálculo, e, conseqüentemente, o valor da remuneração a que o locador faria jus. Em outras palavras, sujeitaria um dos elementos essenciais do contrato de locação ao arbítrio de uma das partes.

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.

Quando, na década de 1950, os primeiros *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos, as cláusulas de raio logo foram incorporadas a seus contratos de locação e passaram a estar presentes nos respectivos modelos de contratos, tão comuns naquele país. A identificação entre cláusulas de raio e *shopping centers* foi tão intensa que, em algumas publicações, a expressão “*shopping center*” foi incluída na própria definição de cláusula de raio¹.

Embora a existência de um *shopping center* não seja um elemento essencial das cláusulas de raio, é inquestionável que estas se mostram especialmente apropriadas no contexto de tais empreendimentos. Como se verá a seguir, a razão de ser das cláusulas de raio nos contratos de locação de espaços comerciais em *shopping centers* não está relacionada exclusivamente ao interesse do locador na manutenção da integridade do aluguel percentual. Outras características próprias dos *shopping centers* fizeram com que as cláusulas de raio fossem difundidas, como meio de preservação dos interesses comuns à generalidade dos locatários e empreendedores dos *shoppings*.

(i) O Shopping center como um Sistema Organizado

Todos aqueles que se debruçaram sobre o estudo dos *shopping centers*, tanto em seus aspectos jurídicos quanto econômicos, são unânimes em encontrar na sua organização e em sua estrutura os principais diferenciais que os tornaram “uma das mais significativas revoluções tecnológicas de caráter nitidamente organizacional”² já ocorridas.

A primeira característica determinante dessa organização e estrutura está na existência de um empreendedor (ou de um conjunto de empreendedores) que não tem em relação aos lojistas a conduta passiva típica dos locadores

¹ No *ICSC's Guide to Shopping Terms*, editado, em 1995, pelo *International Council of Shopping centers*, a cláusula de raio é assim definida: “A clause inserted into a shopping center retail lease establishing the distance from the center that the retailer may operate another similar store”.

² Carlos Geraldo Langoni, *Shopping centers no Brasil*, in *Shopping centers – Aspectos Jurídicos, vários*, Coordenação José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lobo, ed. RT, 1984, p. 56.

de lojas de rua, cujo interesse se esgota na percepção, em dia, do pagamento integral do aluguel. O empreendedor de um *shopping center* não é um simples proprietário, coletor de aluguéis, mas sim o responsável pela concepção e execução de um complexo mercadológico previamente planejado, cujo resultado é distinto da simples “soma” de lojas localizadas em um mesmo endereço.

Enquanto o locador tradicional oferta sua loja a todo aquele que tiver condições de pagar um determinado preço, o interesse e o objetivo do empreendedor do *shopping center* não se limitam à realização de uma “simples transação imobiliária”³. Cabe a ele exercer as funções de organizador do empreendimento, estabelecendo, previamente, as características das lojas às quais está disposto a locar seus espaços, em alguns casos convidando lojas específicas, e distribuindo-as, dentro do *shopping*, segundo um determinado planejamento estratégico, que visa a maximizar o potencial de vendas de cada loja, e do *shopping* como um todo.

Nada em um *shopping center* é aleatório. Da escolha das lojas à sua distribuição espacial, da definição quanto aos serviços oferecidos ao público ao projeto arquitetônico, tudo é feito e planejado para atender às necessidades do mercado e para atrair para aquele conjunto de lojas, organizado daquela maneira específica, um fluxo ótimo de compradores potenciais.

Como diz Caio Mário da Silva Pereira:

“O *shopping center* tem características próprias, arregimentadas e às vezes custosamente montadas pelo organizador. A escolha de um locatário, sua localização no conjunto, a distribuição dos gêneros do comércio são objeto de um planejamento metódico, e não obra do acaso. Aquilo que para o cliente pode parecer mera coincidência assume, na verdade, fruto de estudo, de cogitação, de estimativa de qualidade, de que tudo resulta um conjunto harmônico, indispensável à rentabilidade mercadológica do empreendimento”⁴

Ou seja, o empreendedor do *shopping* aplica no empreendimento, além dos recursos financeiros para sua construção física, uma determinada técnica, calcada em estudos do mercado, que consiste na seleção e distribuição, no interior do *shopping*, de lojas e atrações com tais ou quais características, ofertando esses ou aqueles produtos, divulgando umas ou outras marcas, atendendo aos público *x*, *y* ou *z*. Essa combinação de lojas e atrações no interior de um *shopping center* é usualmente chamada de *tenant mix*.

³ Carlos Geraldo Langoni, artigo citado, p. 58.

⁴ *Shopping centers – Organização Econômica e Disciplina Jurídica*, in *Shopping centers – Aspectos Jurídicos*, citado, p. 83.

O *tenant mix* adequado para tornar o empreendimento o mais rentável possível, maximizando as sinergias entre as múltiplas atrações de um *shopping center*, varia em função de diversos fatores e do tipo de *shopping* concebido. Dependendo da localização do *shopping*, do potencial de consumo das populações vizinhas, das condições do tráfego nos arredores nas diversas horas do dia, o empreendedor poderá optar por desenvolver um tipo diferente de *shopping*⁵, destinado a atender a um determinado público e a exercer influência (atraindo consumidores) em um determinado raio de ação.

Com efeito, o primeiro passo para o desenvolvimento do *tenant mix* é a realização de um estudo de viabilidade, que tem como ponto de partida a definição do raio de influência de um possível *shopping center*. Usualmente, considera-se que o *shopping center* exerce especial atração sobre consumidores localizados a uma distância que lhe permita chegar ao *shopping* em até 15 minutos, nas condições habituais de tráfego na região. Nos grandes centros urbanos, a distância normalmente considerada é em torno de dois quilômetros.

Assim, são realizados estudos de mercado dentro desse raio de influência imediata, estabelecendo-se o número de pessoas que residem ou trabalham nessa área, sua renda, seus hábitos de consumo. Examina-se, ainda, a situação do comércio instalado em tal área, identificando-se os setores de maior ou menor carência, o volume de renda consumida em tal comércio e o

⁵ A página da Associação Brasileira de Shopping Centers – Abrasce na internet traz a seguinte classificação para os diversos tipos de *shopping centers* normalmente aceita pela indústria. “*Shopping Regional*: Este tipo de *shopping* fornece mercadorias em geral (uma boa porcentagem de vestuário) e serviços completos e variados. Suas atrações principais são âncoras tradicionais, lojas de departamento de desconto ou hipermercados. Um *shopping regional* típico é geralmente fechado, com as lojas voltadas para um mall interno. *Shopping Comunitário*: O *shopping* comunitário geralmente oferece um sortimento amplo de vestuário e outras mercadorias. Entre as âncoras mais comuns estão os supermercados e lojas de departamentos de descontos. Entre os lojistas do *shopping* comunitário, algumas vezes encontram-se varejistas de "off-price" vendendo itens como roupas, objetos e móveis para casa, brinquedos, artigos eletrônicos ou para esporte. *Shopping de Vizinhança*: É projetado para fornecer conveniência na compra das necessidades do dia-a-dia dos consumidores. Tem como âncora um supermercado. A âncora tem o apoio de lojas oferecendo outros artigos de conveniência. *Shopping Especializado*: Voltado para um mix específico de lojas de um determinado grupo de atividades, tais como moda, decoração, náutica, esportes ou automóveis. *Outlet Center*: Consiste em sua maior parte de lojas de fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de varejistas de "off-price". *Festival Center*: Está quase sempre localizado em áreas turísticas e é basicamente voltado para atividades de lazer, com restaurantes, *fast-food*, cinemas e outras diversões”.

excedente de renda que, potencialmente, pode ser absorvido por um novo *shopping center*⁶.

Uma das características do *mix* é a existência, lado a lado, de grandes lojas com especial poder de atração sobre o público (as “lojas-âncora”) e lojas menores (as lojas “magnéticas” ou “satélites”) que se beneficiam do fluxo de compradores que acorrem ao empreendimento. Seria uma simplificação inaceitável, todavia, creditar-se apenas às lojas âncora a força atrativa capaz de movimentar um *shopping*. Diferentemente, cada loja isolada, seja ela “âncora” ou “magnética”, integra um *shopping center* em função do poder que tem de atrair consumidores, dentro e fora das áreas do *shopping*. Cada estabelecimento tem atuação binária, “dando” público para as demais lojas e “recebendo” público das demais lojas.

Tanto os grandes estabelecimentos quanto os pequenos comerciantes, evidentemente em maior ou menor grau, aproveitam-se de uma parcela do público e do esforço de promoção dos demais estabelecimentos e das demais atrações do *shopping* e, em contrapartida, contribuem para o sucesso dos demais estabelecimentos e atrações do *shopping*.

Cabe, portanto, ao empreendedor, ao estabelecer e administrar o *tenant mix*, conferir ao *shopping center*, ao mesmo tempo, diversidade e unidade, de sorte a que este constitua um sistema, no qual a interação e a interdependência entre os diversos elementos autônomos alavanquem os resultados das lojas e, em consequência, de todo o empreendimento.

(ii) Estrutura Jurídica que Garante a Unidade do *Shopping* e a Integridade do *Tenant Mix*

A criação e a manutenção desse sistema organizacional integrado somente se tornaram possíveis graças ao desenvolvimento de certa “tecnologia jurídica”, aplicada à generalidade dos contratos de locação de espaços em *shopping centers*. Como diz Carlos Geraldo Langoni:

“O que caracteriza, entretanto, a revolução tecnológica é a forma como foi estruturada a combinação dos interesses dos investidores no *shopping center* e dos comerciantes, permitindo a exploração adequada de economias de escala e a internalização de externalidades, especialmente aquelas relacionadas com os

⁶ A propósito do estudo de viabilidade para o desenvolvimento de um *shopping center*, vale citar a palestra proferida por Jacky Delmar, em seminário promovido pela Abrasce em 30/11/1989, cujo texto, infelizmente não publicado, faz parte da biblioteca da Abrasce.

gastos de propaganda e promoção. Neste sentido, a peculiaridade dos *shopping centers* não reside na reunião em um certo espaço físico de um conjunto de atividades comerciais. O aspecto distinto – e que se constitui na base de todo o seu dinamismo e eficiência – é exatamente a relação contratual existente entre o empreendedor do *shopping center* e os comerciantes”⁷.

A primeira característica da relação contratual entre empreendedores e lojistas, destacada por Langoni, está no estabelecimento de um aluguel percentual, sujeito a um valor mínimo. Enquanto a participação dos empreendedores no faturamento dos lojistas resultaria em uma

“permanente integração entre os interesses dos empreendedores do *shopping center* e os dos comerciantes, que constitui a base para a realização posterior de ganhos de produtividade, onde parcela significativa é, inclusive, transferida para os consumidores”;

a fixação de um valor mínimo teria efeitos positivos para o *shopping* como um todo, ao afastar comerciantes menos eficientes, que naturalmente dele se desligariam, sendo substituídos por outros, com maior potencial de atrair público para todo o *shopping*:

“Em outras palavras, as próprias características do negócio asseguram uma seletividade *a priori* de empresários de melhor qualidade, compatibilizando mobilidade e acesso com diversificação e competição”⁸.

Além da forma de pagamento da locação, no entanto, há toda uma série de normas e cláusulas destinadas a manter a integridade do *tenant mix* e a unidade do empreendimento e a assegurar a maximização das sinergias entre as diversas unidades, alavancando a produtividade de cada uma isoladamente e do *shopping center* como organização.

Como afirma Maria Elisa Gualando Verri:

“o *shopping center* precisa de uma estrutura diferenciada para alcançar sua finalidade. Devem estar presentes uma grande diversidade de lojas e facilidade de locomoção, estacionamento, etc., para atrair a clientela. E as lojas devem ser apostas estrategicamente, também para atrair a clientela. Portanto, não bas-

⁷ Carlos Geraldo Langoni, artigo citado, p. 57.

⁸ Artigo citado, p. 57 e 58.

ta que um *shopping center* seja composto de um conjunto de lojas. Regras têm de ser impostas, dentre elas as restritivas, para que seja mantida a organização dos *shopping centers*”⁹

Dentre as disposições restritivas usualmente encontradas nos contratos de locação de espaços comerciais em *shopping centers*, destacamos algumas:

1. Subordinação do locatário a certas “Normas Gerais Complementares”, aplicáveis à generalidade dos lojistas, que estabelecem minuciosamente as obrigações do locatário *vis à vis* o *shopping*. O locatário obriga-se a estar aberto em determinados horários, submete seu projeto arquitetônico à administração do *shopping*, compromete-se a não alterar sua fachada sem prévia autorização; etc.
2. Outorga ao locador do poder de fiscalizar os locatários, inclusive com acesso a sua contabilidade;
3. Regras limitando o poder do locatário de ceder seu estabelecimento a terceiro, sem o consentimento prévio do locador;
4. Regra proibindo a mudança do objeto por parte do locatário;
5. Obrigação do locatário de contribuir para o fundo de promoções do *shopping*;
6. Obrigação do locatário de participar de promoções do *shopping*.

As “cláusulas de raio” também estão inseridas no mesmo contexto. Enquanto em sua origem elas tinham por objetivo, apenas, preservar a integridade do aluguel percentual, na estrutura sistêmica de um *shopping*, em que há uma interdependência entre cada lojista, entre cada atração, as cláusulas de raio atuam como forma de preservar o potencial que cada lojista tem de atrair público para o *shopping*, o que tem impacto na própria formação e manutenção do *tenant mix*.

(iii) Qualificação Jurídica das Cláusulas de Raio

A qualificação jurídica da cláusula de raio é menos evidente do que, à primeira vista, pode parecer. Não é à toa que alguns a qualificam como

⁹ Maria Elisa Gualandi Verri, *Shopping centers - Aspectos Jurídicos e suas Origens* - Ed. Del Rey, 1996, p. 146.

“cláusula de exclusividade territorial”¹⁰, e outros a tratam de “cláusula de não concorrência”¹¹.

Analisada sob o prisma da relação vertical entre o empreendedor e o locatário, considerando-se o empreendedor apenas um “fornecedor de insumo” (o imóvel) para o lojista, a cláusula de raio poderia ser efetivamente considerada uma cláusula de exclusividade territorial. Dela decorre o comprometimento do lojista de que não buscará o mesmo insumo de outro fornecedor localizado em área adjacente.

Aqui já se viu, porém, que é inerente ao *shopping center* a existência de uma estrutura e uma organização que fazem dele algo novo, distinto da soma das lojas nele localizadas. Um *shopping center* não é apenas um local onde lojas estão instaladas. O empreendedor não é um mero provedor de imóveis para o mercado.

A partir da conduta ativa do empreendedor, que estabelece e administra o *tenant mix*, surge o *shopping center* como um “núcleo unitário de interesses”¹², ou um “centro de interesses”¹³, que não se confunde nem com o empreendedor, nem com cada uma das lojas isoladas, nem mesmo com a generalidade das lojas nele estabelecidas. O *shopping center* tem “organicidade econômica”¹⁴.

Em certo momento, as características orgânicas dos *shoppings* levaram a que alguns os comparassem às *joint ventures*. Para Caio Mário:

“Seria sedutor, e pareceria simpático, e até mesmo facilitaria discorrer sobre o *shopping center*, alicerçar na associação do dono ou organizador do empreendimento com os usuários das lojas uma configuração de *partners* de uma entidade jurídica, fosse ela velha ou nova.

(...)

Poder-se-ia procurar trazê-lo para a modernidade da *joint venture*, como fenômeno de colaboração entre empresas, originariamente esboçada no plano privatístico interno, antes que se assoberbasse quase agigantadamente

¹⁰ Como faz a SDE - Secretaria de Direito Econômico – do Ministério da Justiça no parecer proferido no Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13.

¹¹ Fábio Konder Comparato, “As Cláusulas de Não-Concorrência nos ‘*Shopping centers*’”, in Revista de Direito Mercantil, nº 97, p. 23 e seguintes.

¹² Orlando Gomes, Traços do Perfil Jurídico de um *Shopping center*, in *Shopping centers – Aspectos Jurídicos*, citado, p. 91.

¹³ Fábio Konder Comparato, artigo citado, p. 25.

¹⁴ Caio Mário da Silva Pereira, artigo citado, p. 73.

no âmbito internacional. A definição advinda de decisão norte-americana pareceria autorizá-lo: *‘It is a special combination of two or more persons, where, in some specific venture, a profit is jointly sought without any partnership or corporate designations’*¹⁵.

Logo essa comparação se mostrou imperfeita. O próprio Caio Mário, assim como outros juristas, concluiu pela impossibilidade de enquadramento dos *shoppings* no conceito de *joint venture*, em razão de algumas distinções importantes: não há, entre os diversos componentes do *shopping*, lojistas e empreendedores, o “propósito de *‘dividere i profitti e le perdite’*”¹⁶; a *joint venture* “é parceria por um tempo determinado, somente para um projeto específico, que tem início, meio e fim”, enquanto o *shopping* “é um empreendimento de duração ilimitada”¹⁷, etc.

Não obstante, é inegável que, do ponto de vista econômico, o lojista que integra um *shopping* não é um mero adquirente de insumos, mas um participante ativo de um ente novo e distinto de cada um de seus integrantes.

Esse ente novo trava uma relação de concorrência com cada loja instalada nos seus arredores (sejam elas lojas de rua ou lojas de um outro *shopping center*). Note-se bem: tal 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 de um cinema nas vizinhanças do *shopping* afeta o poder de atração das farmácias, livrarias e cinemas no interior do *shopping* e, conseqüentemente, afeta o fluxo de público no empreendimento. O impacto, com certeza, será ainda maior se a farmácia, a livraria ou o cinema das redondezas fizer 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 freqüentará. 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.

Saliente-se ainda que, como mencionado anteriormente, um dos aspectos mais relevantes do estudo de viabilidade que precede a implantação de um *shopping center*, e que serve de base à formação do *tenant mix*, é exata-

¹⁵ Artigo citado, p. 75.

¹⁶ Caio Mário, artigo citado, p. 75.

¹⁷ Maria Elisa Gualandi Verri, obra citada, p. 96.

mente o exame da situação do comércio de bens e serviços em uma área localizada a certa distância do *shopping* (normalmente, nos grandes centros urbanos, dentro de um raio de dois quilômetros). O *tenant mix* leva em conta as deficiências (assim como os excessos) que possam existir em cada ramo do comércio. As lojas que integram o *shopping*, pois, são escolhidas para suprir determinadas necessidades constatadas no estudo de viabilidade. Quando, após a implantação do *shopping*, uma loja que dele faz parte inaugura um estabelecimento na região objeto do estudo de viabilidade, altera a situação de fato que justificou sua presença no *shopping center*.

Nesse contexto, o aspecto predominante da cláusula de raio não seria a proteção do empreendedor, na qualidade de fornecedor do imóvel, mas sim a proteção dos interesses globais da organização jurídica constituída por empreendedores e locatários, a proteção do *shopping center*.

E, segundo Fábio Konder Comparato, tais interesses globais, “comuns a todos os sujeitos neles envolvidos e, por conseguinte, nitidamente distintos dos interesses próprios ou particulares desses últimos”, devem prevalecer em relação a tais interesses particulares, como ocorre nas “organizações associativas ou societárias”¹⁸.

Por outro lado, ainda que se considere exclusivamente a perspectiva do empreendedor, o interesse predominantemente protegido pela cláusula de raio não diz respeito ao “fornecimento de imóveis ao mercado”, mas sim à preservação da clientela do *shopping center*.

Como se sabe, muito se discutiu, na doutrina, quanto à titularidade do fundo de comércio em um *shopping center*. Para alguns autores, conviveriam no *shopping center* dois fundos de comércio, um de titularidade do empreendedor, outro pertencente ao lojista. Para outros, como Modesto Carvalhosa, existiria um único fundo de comércio, com dois titulares. E ainda outros, como Ives Gandra Martins, sustentam que o *shopping center* seria um “sobrestabelecimento”, titular de um “sobrefundo” de comércio próprio e distinto das lojas que o compõem¹⁹.

O detalhamento desse debate escapa ao âmbito deste estudo. O que importa é assinalar que, independentemente da corrente doutrinária, todos são unânimes em reconhecer a existência de uma clientela (ou freguesia) do *shopping center*, ou seja, um conjunto de pessoas que mantém com o *shopping* - e não apenas com determinadas lojas nele localizadas – “relações contínuas para a aquisição de bens ou de serviços”²⁰.

¹⁸ Fábio Konder Comparato, artigo citado, p. 25.

¹⁹ Maria Elisa Gualandi Verri, obra citada, p. 78.

²⁰ Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, Saraiva, 4ª ed., p. 197.

J. X. Carvalho de Mendonça precisa que o elemento chave para a compreensão do sentido jurídico da expressão freguesia está na possibilidade de o comerciante manter um complexo de pessoas acostumadas a procurar o estabelecimento para seus negócios e ainda atrair “pessoas incessantemente renovadas”²¹. E, como visto anteriormente, o poder do *shopping* de atrair clientes decorre do *tenant mix*, e é diretamente afetado pela concorrência que uma loja, integrante do *tenant mix*, lhe faça.

Portanto, mesmo sob a perspectiva do empreendedor, a cláusula de raio visa a proteger sua clientela, a qual é fruto do *tenant mix* e de esforços integrados de promoção e marketing, impedindo que tal clientela seja desviada para outro estabelecimento que não se integre no sistema do *shopping center*.

Assim, até mesmo para efeito de comparação com a jurisprudência do CADE, parece-nos mais adequado traçar-se um paralelo entre as cláusulas de raio e as cláusulas de não concorrência, tal qual fez Fábio Konder Comparato²², do que entre aquelas e as cláusulas de exclusividade territorial.

(iv) Os Ilícitos contra a Concorrência, segundo a Lei 8.884/94

Como é de todo sabido, é o art. 20 da Lei n. 8.884/94 que define os ilícitos contra a ordem econômica, enquanto o art. 21 da mesma lei traz alguns exemplos de condutas que poderão ser ilícitas, se caracterizarem as hipóteses do art. 20. Poderia se dizer que o art. 21 exerce apenas uma função de guia, apontando condutas que, dependendo das circunstâncias, podem despertar especial suspeita de ilicitude. Mas, assim como podem ser ilícitos atos não relacionados no art. 21, nem todo ato que se enquadre no art. 21 será contrário à lei.

Portanto, é no art. 20 da Lei 8.884/94 que se deve concentrar o exame da legalidade de alguma conduta, em face da ordem econômica. Segundo tal dispositivo legal, constituem infração, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos:

- “I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens e serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

²¹ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Vol. V. 1ª Parte, ed. Freitas Bastos, 1963, p. 22.

²² Artigo citado.

O jurista norte-americano Richard Posner²³, em passagem célebre e tantas vezes reproduzida, afirma que os termos fundamentais presentes na legislação antitruste dos Estados Unidos - “restringir o comércio”, “prejudicar substancialmente a concorrência”, “monopolizar” – seriam “opacos”, não permitiriam estabelecer com exatidão seus sentidos, demandando que as cortes e os juristas não apenas os “interpretassem”, mas muitas vezes buscassem suprir suas falhas. Com isso, apesar de erguido sobre textos legais, o direito antitruste americano tomou características típicas da “common law”, reservando aos precedentes judiciais papel central na formulação dos seus princípios norteadores.

No Brasil, por caminho diverso, o direito da concorrência também demanda importante trabalho interpretativo, sob pena de se tornar inócuo. É que, ao invés de opacos, os termos utilizados na lei de proteção à concorrência talvez sejam excessivamente translúcidos, permitindo que neles tudo caiba, o razoável e o irrazoável, o legítimo e o ilegítimo, o que prejudica e o que beneficia a economia como um todo.

A doutrina, desde o clássico livro de Benjamin Shieber²⁴ até o excelente trabalho de Paula Forgioni²⁵, e a jurisprudência do CADE cuidaram de dar forma ao direito antitruste brasileiro, muitas vezes a partir da incorporação dos conceitos surgidos na experiência norte-americana.

Um primeiro passo seguro para a perfeita interpretação do dispositivo legal é apontar qual a ordem econômica que ele visa a proteger, quais os princípios constitucionais que ele busca preservar, o que são a “livre iniciativa” e a “livre concorrência”, presentes nos textos da lei e da Constituição.

Livre iniciativa e livre concorrência são duas faces de uma mesma moeda, distintas, mas indissociáveis, que consagram o estado liberal, fundado em um modo de produção capitalista e na economia de mercado.

Luís Roberto Barroso decompõe, do ponto de vista jurídico, os quatro elementos essenciais da livre iniciativa como princípio constitucional. Seriam eles a propriedade privada, a liberdade de empresa, a liberdade de lucro e a liberdade de contratar²⁶. Já Miguel Reale aponta na livre iniciativa a trans-

²³ *Antitrust Law, University of Chicago Press*, 2 ed., 2001, p. 1.

²⁴ *Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA*, ed. RT, 1966.

²⁵ *Os Fundamentos do Antitruste*, ed. RT, 1998.

²⁶ *Temas de Direito Constitucional*, ed. Renovar, 2001, p. 394.

posição, para a vida econômica, dos princípios de liberdade individual assegurados pela Constituição²⁷.

O conceito de livre concorrência, por sua vez, tem para Miguel Reale caráter instrumental:

“significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual *a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado*”²⁸.

Em um modelo perfeito de concorrência, todos os agentes econômicos, na disputa pela clientela, estariam obrigados a aceitar o preço que o mercado determinasse. Isso, evidentemente, somente seria possível se (i) os bens oferecidos à venda fossem todos iguais; e (ii) os compradores e vendedores fossem tão numerosos que nenhum deles tivesse isoladamente o poder de influir no preço de mercado²⁹.

Acontece que, salvo em mercados muito específicos, em regra não há essa identidade entre produtos e essa diluição entre compradores e vendedores que permita uma concorrência perfeita. É normal que alguns agentes econômicos – por vezes vendedores, por vezes compradores – sejam menos suscetíveis às pressões do mercado, tenham certo poder que lhes permita “atuar de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou comportamento dos outros agentes”³⁰.

Quando a independência e a indiferença de um agente econômico são absolutas, pela total ausência de concorrentes, está-se diante de um monopólio (em que só um vendedor controla toda a oferta de um produto ou serviço) ou de um monopsonio (em que só há um comprador de um produto ou serviço).

O mais normal, porém, é que alguns agentes econômicos tenham uma posição de relativa independência em relação ao mercado. Ou, mais propriamente, que alguns agentes econômicos tenham algum poder de, com suas atitudes isoladas, exercer influência sobre o mercado. Esses agentes têm uma *posição dominante*.

²⁷ A Ordem Econômica na Constituição de 1988, *in* Aplicações da Constituição de 1988, Forense, 1990, p. 14.

²⁸ Artigo citado, p. 14.

²⁹ Gregory Mankiw, Introdução à Economia, ed. Campus, 1999, p. 64.

³⁰ Paula Forgioni, obra citada p. 268.

O conceito de posição dominante está presente no art. 82 (antigo artigo 86) do Tratado da União Européia, sendo sua definição clássica extraída de acórdão da Corte de Justiça no caso *United Brands*:

*“a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately consumers”*³¹.

Paula Forgioni acrescenta:

“Sob o prisma jurídico, a afirmação dos economistas de que a posição dominante se identifica pelo poder de impor preços muito acima de seu custo marginal deve ser entendida no sentido de que a *independência e indiferença* do agente econômico podem manifestar-se pela possibilidade de imposição de preços acima daqueles derivados da competição”³².

Toda a interpretação do art. 20 da Lei 8.884/94 gira em torno do conceito de posição dominante. A lei reconhece a possibilidade de um agente econômico conquistar mercado e deter uma posição dominante, desde que ela seja alcançada em razão de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”³³. Aliás, é inerente aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, é próprio do modelo econômico eleito pelo constituinte, que os agentes econômicos “briguem” por posições no mercado, busquem conquistá-lo.

Qualquer interpretação dos textos legais que retire dos agentes econômicos a liberdade de contratar, a liberdade de empreender, a liberdade de buscar o lucro, a liberdade de lutar por posições no mercado, será visceralmente inconstitucional.

Serão ilícitos, todavia, os atos que (i) sejam capazes de assegurar ao agente econômico um poder sobre o mercado – uma posição dominante – que ele não teria em condições normais de concorrência e que não resulta do aumento de sua eficiência³⁴; ou (ii) representem o abuso de poder já conquistado – abuso de posição dominante –, seja através da obtenção de lucros abusivos,

³¹ *The EC Law of Competition*, vários, organizado por Jonathan Faull e Ali Nikpay, Oxford University Press, 1999, p. 123.

³² Paula Forgioni, obra citada, p. 269.

³³ Parágrafo 1º do art. 20 da Lei 8884/94.

³⁴ Incisos I e II do art. 20 c/c parágrafo 1º do mesmo artigo.

seja através do seu exercício em detrimento dos demais agentes econômicos (ou dos consumidores), impedindo o desenvolvimento da concorrência nesse mercado, de sorte a manter ou aumentar a dominação existente³⁵.

(v) Regra da Razão e Restrições Ancilares

Como se viu, o art. 20 da Lei 8.884/94 gira em torno do conceito de posição dominante, indispensável para que se estabeleçam quais as condutas serão lícitas ou ilícitas, em face da ordem econômica.

Ao assim proceder, o legislador tornou obrigatório o exame das condições de um mercado específico, para que então se possa afirmar a eventual ilicitude de determinada prática. Somente à vista de um determinado mercado se pode apreciar (i) se os agentes econômicos dispõem ou não de posição dominante; (ii) se a conduta é capaz de lhes assegurar uma posição dominante; (iii) se os meios utilizados para o alcance ou manutenção de uma posição dominante são legítimos ou não; (iv) se a existência de uma posição dominante permite ao seu detentor cobrar preços excessivos. A avaliação dos impactos anticoncorrenciais de um determinado ato – e portanto de sua ilicitude – dependem do estudo do mercado, pressupõe, como mostra Carlos Eduardo Vieira de Carvalho:

“uma avaliação do mercado relevante, da participação relativa, nesse mercado, do representado e seus concorrentes e, a partir daí, da verificação dos efeitos negativos que a conduta imputada teria causado a esses concorrentes e aos seus consumidores de produtos e serviços”³⁶.

Diz-se que a legislação brasileira “manteve em seu sistema de repressão a regra da razão”³⁷ que, tal qual concebida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Standard Oil*, afirma que o direito antitruste deve ser interpretado “sob a luz da razão”, de sorte a que apenas as restrições “desarrazoadas e indevidas” merecessem punição³⁸. E a verificação do que é irrazoável e ilícito, à luz da razão, depende do exame da “conjuntura econômica” em

³⁵ Incisos III e IV do art. 20.

³⁶ Apuração de Práticas Restritivas à Concorrência, Revista do IBRAC, Vol. 1, n. 4, p. 31.

³⁷ Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, artigo citado, p. 27.

³⁸ João Bosco Leopoldino da Fonseca, Lei de Proteção da Concorrência, Forense, 2001, p. 71.

que se celebrou determinado ajuste, e que resultou de determinado ajuste³⁹. Como afirmava o *Justice Brandeis*, da Suprema Corte dos Estados Unidos:

*“... the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and predict consequences”*⁴⁰.

Além do exame das condições do mercado, a aplicação da regra da razão impõe a apreciação dos efeitos positivos decorrentes de um determinado ato, o cotejo entre as restrições que dele decorrem, e as eficiências dele resultantes. A questão é bem resumida no Anexo II da Resolução 20 do CADE, de 09 de junho de 1999:

“O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à concorrência, e não apenas a concorrente(s) em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica.

³⁹ Shieber, obra citada, p. 91.

⁴⁰ Citado por Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, ed. Free Press, 1993, p. 43.

Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los vis à vis seus possíveis benefícios (eficiências) compensatórios”.

No cotejo dos benefícios e malefícios resultantes de uma cláusula restritiva da concorrência, impõe-se, ainda, verificar se tais disposições contratuais são ou não acessórias a outros ajustes legítimos, cuja eficácia se pretende preservar. É a aplicação do conceito de *ancillary restraints*, também oriundo da experiência norte-americana, assim definido por Robert Bork:

*“To be ancillary, and hence lawful, an agreement eliminating competition must be subordinate to a separate, legitimate transaction. The ancillary restraint is subordinate and collateral in the sense that it makes the main transaction more effective in accomplishing legitimate purposes”*⁴¹.

O tema é tratado no acórdão do CADE, proferido no Ato de Concentração n° 163/97 (Praxair/Rollmaster), relatado pelo Conselheiro Marcelo Caliar:

“Segundo esta doutrina, tais restrições são aceitáveis quando inseridas num contexto maior, de uma outra operação que é o fim, o objeto principal da transação, e da qual elas constituem apenas um elemento auxiliar, acessório, subordinado. A lógica dessa permissão, ressalta Korah, é que o acordo acessório pode constituir um fator importante ou mesmo necessário para dar suporte ou viabilizar a realização da própria transação principal (...) No mesmo sentido, Calixto Salomão ressalta ainda que as restrições auxiliares podem ser ‘coadjuvantes necessários para a obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a melhor eficiência das empresas’”.

O acórdão do CADE no Ato de Concentração n° 109/96 (Procter & Gamble/Bombril), relatado pelo Conselheiro Renault de Freitas Castro, também resume a questão:

⁴¹ Obra citada, p. 27.

“É nesse sentido que tem sido direcionada a jurisprudência norte-americana em matéria de acordos de não concorrência (ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments, 3d ed., 1992, p. 98/99). O entendimento é de que esses acordos não constituem violação ao Sherman Act, desde que sejam acessórios ao propósito principal de um negócio considerado legítimo, e que tenham sua amplitude estabelecida de maneira proporcional à proteção que se deseja obter para os legítimos interesses do beneficiário da restrição. Assim, a análise de um acordo ancilar de não concorrência é determinada sob a regra da razão”.

(vi) Validade das Cláusulas de Não Concorrência

À vista dos princípios acima descritos, as cláusulas de não concorrência, quando ancilares a acordos legítimos e na medida em que observados os limites necessários para atingir os objetivos visados, são francamente admitidas em nosso direito.

Duas são as situações normalmente contempladas: os contratos de compra e venda de um negócio (seja um estabelecimento ou uma sociedade) e a junção de esforços em uma empresa comum (seja uma *joint venture* não corporativa ou a constituição de uma sociedade com controle compartilhado).

No primeiro caso, a cláusula de não concorrência visa a permitir que a clientela, cujo valor econômico é evidente, seja transferida, sem que o comprador corra o risco de sofrer a imediata concorrência do vendedor.

Do acórdão proferido pelo CADE no Ato de Concentração 163/97, já mencionado, extrai-se o seguinte:

“...De fato, a admissão de cláusulas de não concorrência tem por efeito valorizar o negócio e estimular a realização de transações, já que o comprador tem segurança de que não vai ver o seu investimento desvalorizado e mesmo seus resultados ameaçados pelo retorno imediato do vendedor ao mesmo negócio, subtraindo-lhe imagem e clientela”.

Assim, nas diversas vezes em que apreciou a validade de tais cláusulas de não concorrência, o CADE as aprovou, estabelecendo limites, geográficos ou temporais, à vista das condições específicas de cada mercado relevante. Do acórdão proferido no Ato de Concentração nº 08012.006958/98-09 (Mon-santo/Abbot), Franceschini extrai o seguinte:

“A cláusula de não concorrência, enquanto objeto meramente secundário da avença principal, insere-se no âmbito da aplicação da regra da razão. Assim,

adstrita temporal e territorialmente ao tempo necessário para a efetiva transferência das atividades objeto principal, é a mesma de ser admitida”⁴².

O prazo usualmente aceito para tal restrição é de 5 (cinco) anos, como se depreende dos acórdãos proferidos nos Atos de Concentração n.ºs 163/97 (Praxair/Rollmaster); 193/97 (BASF/Dow Química); 08012.000167/98 (Etti/Parmalat); dentre outros. Em outras situações, mais raras, o CADE entendeu que tal prazo poderia ser estendido, à vista de circunstâncias específicas do mercado relevante em apreço. Um prazo de 10 anos foi admitido, por exemplo, nos atos de concentração n.ºs 77/97 (Cia. Bras. De Estireno/Unigel) e 179/97 (CBP/BASF).

A validade de tais cláusulas de não concorrência foi definitivamente consagrada no direito brasileiro com a edição do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), que em seu art. 1147 estipula:

“Art. 1147 – Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos 5 (cinco) anos subsequentes à transferência.

Já no que toca às *joint ventures* (corporativas ou não), o objetivo das cláusulas de não concorrência é a concentração de esforços no empreendimento comum. Aliás, o primeiro caso da jurisprudência norte-americana, que consagrou o conceito de *ancillary restraints*, e que é referido por Bork como “*one of the greatest, if not the greatest, antitrust opinions in the history of the law*”, referia-se à inclusão de uma cláusula de não concorrência em um contrato de *partnership*. Segundo o Juiz William Howar Taft, relator do acórdão *Addyson Pipe & Steel*:

“... when two men became partners in a business, although their union might reduce competition, this effect was only an incident in the main purpose of a union of their capital, enterprise, and energy to carry on a successful business, and one useful to the community. Restrictions in the articles of partnership upon the business activity of the members, with a view of securing their entire effort in the

⁴² Direito da Concorrência – Case Law, ed. Singular, 2000, p. 173.

*common enterprise, were, of course, only ancillary to the main end of the union, and were to be encouraged*⁴³.

No caso de cláusulas de não concorrência vinculadas à participação em um empreendimento comum, a questão do prazo de vigência da restrição tem, normalmente, importância menor. Com efeito, em princípio, a obrigação de concentrar esforços se justificaria a qualquer momento da vigência da *joint venture*. Em tais casos, a maior preocupação, para que a cláusula se restrinja ao necessário para atingir seus fins, seria em relação à definição de seu objeto e raio de ação.

Nesse sentido, a jurisprudência da União Européia normalmente admite e considera anulares as cláusulas proibindo os sócios de concorrerem com o empreendimento comum. Dependendo de circunstâncias específicas de cada mercado, essas cláusulas têm sido admitidas por todo o prazo de vigência da *joint venture* (casos Sanofi/Sterling Drug e British Airways/TAT) ou até mesmo por um período que ultrapassa a vigência da *joint venture* (caso Thomson/Pilkington)⁴⁴.

Esse entendimento também vem sendo adotado pelo CADE. No julgamento do Ato de Concentração nº 08012.001205/00-93 (Liebherr/Embraer), relatado pelo Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, o CADE admitiu a validade de uma cláusula de não concorrência “enquanto existir a empresa” comum, já que a vedação estava restrita “ao mercado de atuação da *joint venture*”

O mesmo se depreende dos acórdãos proferidos nos Atos de Concentração nºs 08012.004804/98-54 (Lucent/Telesis) e 08012.000034/99-20 (Debida/Tessengerlo), assim resumidos por Franceschini:

“A *joint venture* representa um compartilhamento de uma atividade, para a qual cada participante pode trazer uma contribuição específica, sendo assim perfeitamente razoável que um participante não queira que seus conhecimentos sejam utilizados pela outra participante em benefício próprio. Assim, as

⁴³ Citado por Robert Bork, obra citada, p. 28.

⁴⁴ Ivo Van Bael e Jean François Bellis, *Competition Law of the European Community*, ed. CCH Europe, Bruxelas, 1995, 3 ed., p. 481 e Jacques Zachman, *Le Contrôle Communautaire des Concentrations*, ed. LGDF, Paris, 1994, p. 356.

cláusulas de não-concorrência durante a vigência da *joint venture* é em princípio perfeitamente justificável”⁴⁵.

“Lícita é a cláusula de não concorrência sem limitação de tempo quando estabelecida para prevalecer durante o prazo de vigência do Acordo de Acionistas celebrado em relação à *joint venture*. É que, nesses casos, a restrição objetiva preservar o negócio da própria sociedade”⁴⁶.

Portanto, as cláusulas de não concorrência, ancilares a acordos legítimos como aqueles resultantes da formação de uma *joint venture*, são, em princípio, válidas segundo a legislação brasileira.

Finalmente, embora, pelas razões apontadas anteriormente, pareçamos mais própria a qualificação das cláusulas de raio como cláusula de não concorrência, é importante referir que as cláusulas de exclusividade territorial também não são, de *per se*, ilícitas, sendo usualmente admitidas por aplicação da regra da razão⁴⁷.

(vii) Validade das Cláusulas de Raio

Foi visto anteriormente que o *shopping center* é um centro de interesses, organizado e estruturado pelo empreendedor, a partir de um planejamento específico, em que há uma interdependência entre cada lojista, entre cada atração, e no qual as cláusulas de raio atuam como forma de preservar o potencial que cada lojista tem de atrair público para o *shopping*, o que tem impacto na própria formação do *tenant mix*.

A produtividade do *shopping center* como um todo, a capacidade do empreendimento de fazer com que seus diversos elementos autônomos interajam e alavanquem seus resultados, está diretamente relacionada ao *tenant mix* e ao peso relativo que cada comerciante instalado no *shopping* tem de atrair consumidores, internos e externos.

Além disso, o sucesso de um *shopping center* depende do permanente planejamento e execução de estratégias de marketing, coordenados pelo empreendedor, que beneficiam a todos os seus integrantes. Como diz Lango-
ni:

⁴⁵ Obra citada, p. 181.

⁴⁶ Obra citada, p. 182.

⁴⁷ João Bosco Leopoldino da Fonseca, obra citada, p. 175.

“Os *shopping centers* viabilizam economicamente, através de esforços integrados, a participação de pequenas unidades em esquemas agressivos e modernos de divulgação, simplesmente inacessíveis através de uma ação isolada. Além do mais, conforme já foi ressaltado anteriormente, a estrutura organizacional facilita a internalização por qualquer unidade de uma parcela de esforço de promoção feito por terceiros (em geral grandes unidades). Em outras palavras, há uma transferência implícita de recursos reais com elevado valor de mercado das grandes unidades para as menores, com óbvios benefícios sociais”⁴⁸.

Essa internalização permanente de esforços de promoção, assim como a verdadeira transferência de clientela, se dá não apenas entre lojistas, mas, reciprocamente, entre lojistas e o *shopping center* como um todo, sendo legítima a proteção que se estabeleça para que tais esforços e clientela não sejam desviados para outros núcleos de interesse.

Em tais circunstâncias, parece impossível negar-se à cláusula de raio a condição de restrição ancilar, destinada a dar suporte e viabilizar a integração entre os diversos elementos do *shopping center*, tornando efetiva a união de interesses entre seus participantes, preservando seus respectivos pesos relativos e impedindo o desvio da clientela resultante dos esforços comuns.

Assim, tal qual ocorre em relação às cláusulas de não concorrência estabelecidas no âmbito das *joint ventures*, as cláusulas de raio serão em princípio válidas, na medida em que estejam adstritas aos limites necessários para atingir os fins, legítimos, repita-se, que elas visam a preservar.

Esse entendimento também foi manifestado pela *Federal Trade Commission (FTC)*, agência do governo norte-americano, responsável pela investigação e aplicação da legislação antitruste nos Estados Unidos. Em 1977, a *FTC* havia celebrado com a *Sears Roebuck* uma *consent order* (o equivalente, na legislação daquele país, ao termo de compromisso de que trata o art. 53 das Lei 8.884/94) que, dentre outras restrições, previa a retirada das cláusulas de raio existentes em contratos de locação em *shopping centers*. Em 1989, no entanto, a *FTC* aceitou rever o acordo, retirando as proibições relativas às cláusulas de raio, sob o fundamento de que tais cláusulas, quando sujeitas a certos limites, estimulam a competição ao incrementar o movimento nos *shopping centers* e dificilmente poderiam ser consideradas anticompetitivas⁴⁹.

⁴⁸ Carlos Geraldo Langoni, artigo citado, p. 59.

⁴⁹ John R. Keys, “*The Antitrust Aspects of Restrictive Covenants in Shopping Center Leases – 1994 Revision*”, *International Council of Shopping Centers*, Nova York, 1994. p. 45.

O estabelecimento dos limites aceitáveis das cláusulas de raio depende, sempre, do exame das condições específicas do mercado relevante, definindo-o, analisando a posição relativa dos agentes econômicos nele envolvidos e as conseqüências potenciais do ato praticado em tal mercado.

Evidentemente, a análise de um mercado determinado fugiria ao âmbito deste estudo, que aborda a questão da validade das cláusulas de raio de maneira genérica. É possível, porém, apontar algumas peculiaridades do mercado de locação de espaços comerciais em *shopping centers* que, normalmente, o tornam pouco propício ao exercício abusivo de uma posição dominante, seja através da obtenção de lucros excessivos, seja por meio da criação de dificuldades a concorrentes.

Primeiramente, existe uma infinidade de combinações possíveis na formação do *mix* dos *shopping centers*. É virtualmente impossível que um *shopping* reúna todas as lojas do comércio com potencial para ter a função de âncoras, ou todas as lojas destinadas a um determinado público, ou todas as cadeias de cinema, etc. Assim, todo *shopping center* está permanentemente sujeito a sofrer concorrência, seja de outro *shopping*, seja das lojas de rua localizadas em suas adjacências.

Ademais, quanto maior for a força atrativa de um comerciante, maior o seu poder de negociar com os empreendedores do *shopping center* e de oferecer-lhe concorrência, seja em lojas de rua, seja através da presença em outros *shoppings*.

Finalmente, é certo que as relações locatícias entre empreendedor e lojistas de *shopping centers* estão subordinadas à Lei de Locações – Lei nº 8.245/91 – a qual prevê, em determinadas condições e após certo tempo, a possibilidade de ajuizamento de ações revisionais ou renovatórias, limitando o poder de o locador elevar, ao seu alvedrio, o valor do aluguel.

De todo modo, ainda que um comportamento independente e indiferente em relação ao mercado por parte dos empreendedores de *shopping centers* encontre obstáculos, é de se reconhecer que, em maior ou menor grau, dependendo das circunstâncias, limites à cláusula de raio se impõem.

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, o paralelo entre o interesse protegido em um *shopping center* e o interesse protegido nas *joint ventures* autoriza 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.

Como se verá no próximo capítulo, nos casos de que se tem conhecimento em que cláusulas de raio foram consideradas legítimas pelo Poder Judiciário brasileiro, o raio de proteção admitido girou em torno de dois mil metros. Essa distância, no que toca a *shopping centers* localizados em grandes centros urbanos, parece justificável, na medida em que tem origem no fato de que é esse o raio de influência usualmente considerado nos estudos de viabilidade para a implantação dos *shopping centers*, que permitem dar formato ao *tenant mix*.

(viii) A Posição da Jurisprudência

Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, cláusulas de raio em *shopping centers* já foram objeto de contestação em Juízo.

Maria Elisa Gualandi Verri aponta que na jurisprudência norte-americana a validade de tais cláusulas é examinada a partir da verificação da “razoabilidade dos atos e da eventual justificativa destes”⁵⁰. Ou seja, aplica-se, a tais cláusulas, a *rule of reason*.

No livro “*The Antitrust Aspects of Restrictive Covenants in Shopping Center Leases*”, John R. Keys Jr. resume o posicionamento das cortes norte-americanas:

“The courts have taken into account, and relied upon, business justifications to uphold restrictive lease covenants as a reasonable restraint ancillary to otherwise valid agreements. It has been recognized, for example, that a shopping center is a business venture that requires a carefully developed and controlled mix of tenants for its

⁵⁰ Obra citada, p. 145.

success, and that restrictive covenants may be essential to ensure an appropriate grouping of such tenants”⁵¹.

Citamos alguns casos:

1. Winrock Enters v. House of Fabrics, Suprema Corte do Novo México, 1978: a corte reconheceu a validade de uma liminar para impedir que o locatário de uma loja em um *shopping center* abrisse outro estabelecimento a duas milhas do *shopping*, por entender que a cláusula de raio servia a um propósito legítimo e não era mais abrangente do que o necessário;

Child World, Inc v South Towne Centre Ltd – Corte Distrital de Ohio, 1986: considerou que as restrições existentes nos contratos de locação de espaços em *shopping center* não seriam ilícitas *per se* segundo o Sherman Act, permitindo a aplicação de cláusula proibindo a concorrência em um raio de seis milhas;

Pensacola Associates v. Biggs Sporting Goods Company – Corte Distrital de Apelações da Flórida, 1978: considerou que cláusula contratual que restringia a possibilidade de um locatário em um *shopping center* abrir loja similar num raio de três milhas do *shopping*, sob pena de somar toda a receita bruta da nova loja à receita da loja no *shopping*, para fins de cálculo do aluguel percentual, seria *prima facie* razoável e não representaria, em princípio, qualquer restrição ilegal ao comércio.

No Brasil, os seguintes acórdãos merecem ser citados:

1. Apelação nº 477.739-0 – 10ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo: Concedeu o despejo de locatário que violou cláusula contratual que lhe impedia de abrir loja em um raio de dois mil e quinhentos metros de distância do *shopping center*. Para o acórdão, a cláusula de raio em *shopping center* seria válida e não representaria ofensa seja aos arts. 1º, IV e 173, § 4º da Constituição Federal, seja ao disposto na Lei nº 8.884/94;

2. Apelação nº 465.935-0/SP – 5ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo: Admitiu a validade de cláusula de raio por toda a duração do contrato de locação, reconhecendo que esta “guarda pertinência com o sistema

⁵¹ 1994 Revision, ICSC Publications, New York, p. 27.

especial de locação de espaços em centros comerciais”. Para o acórdão, a cláusula decorreria da liberdade de contratar, não eliminaria a concorrência nem possibilitaria o aumento arbitrário de lucros⁵².

Finalmente, deve ser salientado que o último dos acórdãos foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 123.847/SP. Embora o STJ não tenha apreciado o mérito do recurso, o voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro aborda o tema da validade das cláusulas de raio, desde que em limites razoáveis. Após afirmar que, em um *shopping center*, “todos os locatários se aproveitam da prestação de serviços, da área de alimentação, das comemorações, de lançamentos de prêmios para estimular as vendas”, a cláusula de raio que estabelece um limite de dois mil metros é tida como válida, considerando as características do local em que estabelecido o empreendimento (no caso, a cidade de São Paulo).

(ix) Conclusão

Em vista das considerações acima, concluímos que, em princípio, as cláusulas de raio não atentam contra a livre concorrência ou a livre iniciativa e, portanto, não constituem ilícito contra a ordem econômica.

Com efeito, algumas características próprias e essenciais dos *shopping centers* decorrem da existência de uma tecnologia jurídica destinada a preservar a unidade do empreendimento e a integridade do *tenant mix*.

Graças à integração entre seus participantes (empreendedores e lojistas), os *shopping centers* são mais que um mero conjunto de lojas, formando sistemas complexos, com claros efeitos procompetitivos. Como salienta Langoni, a estrutura dos *shopping centers* permite a convivência lucrativa entre grandes e pequenos comerciantes, impedindo a ocorrência do fenômeno de expulsão de unidades menores de uma certa área geográfica do mercado e criando condições para a expansão do sistema como um todo, com a incorporação ou expansão de unidades menores. Aquilo que, em estruturas convencionais de mercados, contribuem para a elevação do seu grau de concentração – como por exemplo os custos de propaganda, os gastos no treinamento de mão de obra, as despesas no desenvolvimento de marcas novas – constituem-se, nos *shopping centers*, “nos itens geradores de substanciais economias de escala e externalidades que beneficiam todas as unidades de produção”⁵³.

⁵² Lex 162, p. 521.

⁵³ Artigo citado, p. 59.

As cláusulas de raio fazem parte do arsenal jurídico que garante a integridade do *tenant mix*, agindo para a preservação dos interesses comuns da generalidade dos locatários e empreendedores dos *shoppings*. As cláusulas de raio, nesse contexto, são restrições ancilares aos contratos de locação, destinadas à satisfação de fins legítimos e, portanto, não ofendem a Lei nº 8.884/94.

Naturalmente, a validade de tais cláusulas estará sempre condicionada à razoabilidade das restrições pactuadas. Salvo condições específicas de um determinado mercado, parece-nos que a cláusula de raio que vigore pelo prazo da locação e seja limitada, nos grandes centros urbanos, a uma distância de cerca de dois mil metros é compatível com os princípios acima afirmados e com a jurisprudência conhecida sobre a matéria.

