

A CLÁUSULA DE RAIOS NOS CONTRATOS DE SHOPPING CENTER¹

Mariana Anselmo

Mestranda em Direito da União Europeia na Universidade do Minho e advogada

marianams.anselmo@gmail.com

O presente trabalho tem por objetivo analisar a cláusula de raio comumente presente nos contratos de cessão de uso de espaço comercial ou locação nos centros comerciais - *shopping centers*, à luz do direito concorrencial. Apresenta a origem e estrutura dos *shopping centers*, assim como a importância do *tenant mix*. Após, debruça-se sobre a análise do contrato, natureza jurídica, características e, finalmente, analisa-se a cláusula de raio: sua origem, finalidade, causas de validade e invalidade, bem como as controvérsias em torno da cláusula e, ao fim, conduz uma análise conducente a solução do conflito existente. Realiza exame normativo e jurisprudencial. Segue linha de verificação teórica e empírica, com estudo da doutrina, jurisprudência administrativa e judicial nacional e estudo da legislação antitruste brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula de Raio. Shopping Centers. Direito Concorrencial.

1 Introdução

Há 50 anos era inaugurado o primeiro *shopping center* no Brasil, conforme a Associação Brasileira de *Shopping Centers* [ABRASCE] (2016). Contudo, a indústria dos *shopping centers* cresceu avassaladoramente no País a partir da década de 90, alterando não só a paisagem urbana, mas principalmente, enraizando nova cultura de compras e lazer, sobretudo nos grandes centros urbanos.

Neste pano de fundo, também cresceram os negócios jurídicos realizados por empreendedores de *shopping centers*, fazendo com que o crivo jurídico se voltasse a análise destas relações, sobretudo para os contratos de locação ou cessão onerosa de espaços em *shopping centers*, esta última nomenclatura preferida na presente pesquisa, que tem como foco o estudo da cláusula de raio. A validade da cláusula de raio, largamente utilizada, tem como finalidade (ou deverá ter) a manutenção do *tenant mix*, mantem os

¹ Artigo extraído de trabalho de conclusão de curso apresentado em 2016 como requisito parcial para aprovação no Curso de Especialização em Direito Empresarial com ênfase em Advocacia Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

interesses globais, principalmente o sucesso do empreendimento e, conseqüentemente, dos lojistas integrantes do *mix* (Comparato, 1995, p. 25).

Parcamente previsto no sistema normativo nacional, o contrato entre empreendedor e lojistas está mencionado na Lei nº 8.245/91, conhecida como Lei do Inquilinato, como um contrato de locação. No entanto, no presente estudo se verificará não tratar-se este contrato de um simples contrato de locação não residencial, pois, mas sim, de um contrato com especificidades muito particulares, principalmente no que tange a relação entre o empreendedor e o lojista, relação essa, que vai muito além da locação de um espaço comercial. Por esta razão, prefere-se neste exame, defender a natureza jurídica deste contrato como atípica mista.

Será também examinado se o uso das cláusulas de raio com o fim a que devem se destinar em contratos de *shopping centers*, ofende a lei antitruste brasileira, bem como serão examinados os desdobramentos da polêmica na jurisprudência administrativa, jurisprudência judicial, princípios e os projetos de lei que visam regulamentar a matéria, em trâmite junto ao Poder Legislativo.

2 Shopping Centers: origem, estrutura e *tenant mix*

Para análise da cláusula de raio em contratos de cessão onerosa de espaço em centros comerciais, comumente chamados de *shopping centers*, profícuo que antes se analise a origem desse moderno sistema empresarial. Com este intuito, Verri (1996, pp. 21-22) mencionou a evolução do comércio varejista, iniciando com as lojas de rua, os mercados municipais, passando pelo surgimento das galerias e lojas de departamentos. Contudo, todos foram “ultrapassados por uma estrutura inovadora, que, como será demonstrado adiante, baseia-se em diversos fatores para seu sucesso comercial”, citou a doutrinadora (1996, p.22), referindo-se a aparição dos *shopping centers*².

Os *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos, na década de 50, após a II Guerra Mundial (Requião, 1983 e Verri, 1996), na expansão econômica ocorrida naquele período. No Brasil, o advento do primeiro *shopping center* se deu em 1966, em São Paulo (Requião, 1983). O economista Carlos Geraldo Langoni (*apud* Requião, 1983, p. 11),

² Termo definido pela ABRASCE (2016) como “Centro comercial formado por um grupo de estabelecimentos de comércio essencialmente varejistas, planejado e desenvolvido como uma única propriedade e gerido de forma centralizada. Possui área bruta locável (ABL) superior a 5.000 metros quadrados, pratica aluguel fixo e/ou percentual e dispõe de vagas de estacionamento compatível com sua área de vendas.”

referiu que os *shopping centers* “constituem uma das mais significativas revoluções tecnológicas de caráter nitidamente organizacional”.

O crescimento do setor, demonstra o sucesso deste sistema comercial, já arraigado na sociedade, sobretudo, nas grandes cidades do Brasil e do mundo. Conforme a Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE, 2016), em 2015, o número de *shoppings* no Brasil era de 538, (em 2006 eram 351), o faturamento foi de 151,5 bilhões de reais, (em 2006 foram 50 bilhões de reais) e o tráfego de pessoas foi de 444 milhões de visitas por mês, (em 2006 foram 203 milhões de pessoas/mês).

Portanto, pode-se averiguar que o sistema comercial que aqui tenta-se descortinar, é grande gerador de renda, empregos e fomentador de compra e venda de produtos e serviços variados e concentrados em único local, fornecendo também comodidade e segurança, atraindo cada vez mais consumidores.

Como mencionado anteriormente, os *shopping centers* atraem os consumidores por oferecerem produtos e serviços diversos em um único local, agregando a isso, comodidade e segurança. Contudo, não são mero aglutinado de lojas e prestadoras de serviços diversos. Sua característica principal é ser uma “complexa estrutura organizacional cujo sucesso e rentabilidade dependem de esforços repartidos entre os seus integrantes” (Martins-Costa, 2012, p. 111).

Dessa maneira, trata-se de empreendimento planejado de modo a atrair o consumidor, visando alcançar o sucesso do empreendimento como um todo, onde todos ganham, “não sendo possível que qualquer um dos lojistas interfira na organização global do empreendimento” (Gama, 2002, p. 193). O empreendedor não tem aqui uma relação típica de locador com os lojistas, mas é responsável pela elaboração e pela realização de um “complexo mercadológico previamente planejado” (Cristofaro, 2006, p. 51). Toda organização complexa do empreendimento visa atrair o maior fluxo possível de pessoas, para consumir bens e serviços disponíveis no indigitado complexo mercadológico.

Ainda, leciona Cristofaro (2006, p. 51):

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

Conforme Caio Mário da Silva Pereira (*apud* Cristofaro, 2006, p. 51):

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 meticuloso, 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.

Isto posto, verifica-se que os *shopping centers* possuem uma estrutura organizacional na qual, “cada espaço ocupado deve ter uma razão de ser, sendo previamente estudado”, de modo a “oferecer aos consumidores facilidades suficientes para que eles se dirijam aos *shopping centers*” (Verri, 1996, p. 27). A relação contratual entre empreendedor e lojistas confere a base do dinamismo e da eficiência dos *shopping centers* (Verri, 1996, p. 28).

A compreensão do *tenant mix* é fundamental para que se possa adentrar no estudo da cláusula de raio. Sem esta compreensão, não se perceberá a própria razão de existir a cláusula de raio nos contratos de *shopping centers*.

O planejamento realizado pelo empreendedor consiste também na “combinação de lojas e atrações no interior de um *shopping center*” (Cristofaro, 2006, p. 52) e segundo preceituou o Professor Carlos Geraldo Langoni (*apud* Requião, 1983, p. 13):

De modo a explorar com a maior eficiência possível todo o mercado potencial previamente analisado em seu conjunto (...), a avaliação deste mercado, suas preferências e tendências que constitui um elemento-chave para definir o *mix* das atividades que deverá fazer parte do *shopping center*.

O *tenant mix* ou *mix* é, portanto, o arranjo de lojas e atrações no interior do empreendimento (Cristofaro, 2006, p. 52). Para desenvolvê-lo, previamente o empreendedor realiza estudo de viabilidade econômica do empreendimento, partindo do raio de influência, que em centros urbanos costuma ser de dois quilômetros do local onde possivelmente será construído o *shopping center*. São previamente analisadas as carências e suficiências locais, os hábitos dos moradores do entorno do futuro empreendimento, o poder econômico destes moradores, para que se possa definir quais lojas serão as lojas-âncora que farão parte do empreendimento (lojas com grande poder de atração de público), bem como as lojas menores, atrações, áreas de lazer, de alimentação, entre outros, tudo de acordo com os estudos prévios quando do planejamento do *shopping center* pelo empreendedor (Cristofaro, 2006, pp. 52-53).

O *tenant mix* do *shopping center*, que consiste na organização do *shopping*, seleção dos lojistas e utilização de estratégias de distribuição do espaço interno e das lojas, deliberado pelo empreendedor, otimiza o potencial de atração que o *shopping* deve exercer sobre o público-alvo. (Alcântara, 2007, p. 49).

Assim sendo, observa-se ser o *tenant mix* essencial para a atração dos clientes, razão pela qual o empreendedor pretende mantê-lo preservado (Souza & Alves, 2015, p. 100).

3 O contrato de locação ou de cessão onerosa de uso de espaço em *shopping center* - considerações gerais e natureza jurídica

O estudo da natureza jurídica dos contratos pactuados entre empreendedores e lojistas de *shopping center* é relevante para solução de controvérsias envolvendo as partes (Barcellos, 2009). Na mesma obra, o doutrinador ainda refere que:

O empreendedor, antes de firmar os contratos com cada lojista isoladamente, elabora as normas gerais e um regulamento interno – em instrumento único ou separadamente, particular ou por escritura pública – e o estatuto da associação dos lojistas. Ao aceitar integrar o *shopping*, o lojista firma com o empreendedor um instrumento, geralmente denominado *contrato de cessão de uso ou contrato de locação*. Trata-se de um contrato muito simples, de poucas cláusulas, já que, entre elas, o lojista adere às diversas disposições previamente estipuladas pelo empreendedor nas normas gerais e no regulamento interno, que passam a fazer parte integrante de todos os contratos isoladamente firmados. (Barcellos, 2009, p. 97).

O instrumento a que se teve acesso na realização da presente pesquisa, havido entre lojista e rede de *shopping centers* e hipermercados da cidade de Porto Alegre, denominava-se contrato de locação não residencial. Contudo, “a cessão onerosa de espaços naqueles grandes centros de consumo é inconfundível com uma locação “comum” (...). O parco regramento existente foi embutido na Lei Locatícia geral, mais fazendo confundir do que regradar” (Martins-Costa, 2012, p. 111).

A discussão acerca da natureza jurídica do aludido contrato entre empreendedores e lojistas em *shopping centers*, foi acirrada entre os juristas brasileiros, alguns entendendo tratar-se de contrato típico, outros de contrato atípico. Todavia, a discussão parecia estar encerrada com a Lei do Inquilinato - Lei 8.245/91, que em seus artigos 52 e 54 faz referência a locação de espaços em *shopping centers* (Barcellos, 2009, p. 105). Em que pese a referência, o legislador não regulamentou estes contratos, com o que, foram tratados como atípicos pelo legislador pátrio, asseverou o Jurista. Ressaltou ainda “o nome dado ao contrato, pelas partes ou mesmo pela lei, é apenas um dos múltiplos

critérios que devem ser levados em consideração ao se qualificar um contrato” (Barcellos, 2009, p. 108).

Em uma locação comercial comum, o interesse principal do locador é obter a renda a ser paga pelo locatário, que por sua vez, possui interesse no espaço locado para desenvolvimento de suas atividades. Porém, o mesmo não ocorre na relação entre empreendedores e lojistas em *shopping centers*. Há um “caráter comunitário” (Martins-Costa, 2012, p. 112) na relação jurídica entre os agentes.

Comparato (1995, p. 24) chama de “universalidade de relações jurídicas, unificadas pelo escopo comum da exploração conjunta do centro comercial” e o instrumento para citada universalidade é o “contrato grupal”. Empreendedores e lojistas buscam o sucesso do empreendimento, que trará lucratividade tanto a um, quanto ao outro. Requião (1983, p. 19) evidencia que “uma organização dessa natureza e encargo não se conteria dentro do sumário quadro estrutural do tradicional e velho contrato de locação”.

Na presente pesquisa entendeu-se como mais adequado tratar o contrato entre empreendedores e lojistas como atípico misto. Corroboram deste entendimento alguns juristas, entre os quais cita-se Verri (1996, p. 69), Barcellos (2009, p. 116) e Orlando Gomes (*apud* Barcellos, 2009, p. 116).

4 A cláusula de raio: origem, aspectos, finalidade, classificação jurídica e (in)validade

Atualmente em voga nos tribunais brasileiros, a chamada cláusula 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” (Cristofaro, 2006, p. 49). Ainda, mencionou o doutrinador que as cláusulas de raio surgiram nos Estados Unidos, durante a Grande Depressão ocorrida na década de 30. Com intuito de facilitar a celebração de contratos de locação reduzindo os riscos dos locatários, os locadores passaram a admitir a renda das locações fossem calculadas com base na receita dos locatários.

Contudo, conforme obtivessem êxito, o proprietário do imóvel corria o risco do comerciante abrir comércio semelhante nos arredores ou, ainda, concentrar seu faturamento na outra loja, “reduzindo o valor da remuneração a que o locador faria jus” (Cristofaro, 2006, p. 50). Seria então, a compensação pelo “risco assumido pelo locador” (Souza & Alves, 2015, p. 106). Com o surgimento dos *shopping centers* naquele País, rapidamente a cláusula de raio fora integrada nos modelos contratuais.

A importância do *tenant mix* no planejamento e composição dos *shopping centers* enquanto estrutura organizacional, já discutido anteriormente, é tão importante quanto a sua administração e manutenção. Esta tarefa cabe ao empreendedor, em busca de conservar o poder de atratividade do empreendimento, trazendo sucesso e rentabilidade as lojas em seu interior e, conseqüentemente, ao empreendimento.

Na atualidade, as cláusulas de raio possuem a finalidade de “preservar o potencial que cada lojista tem de atrair público para o *shopping*, o que tem impacto na própria preservação e manutenção do *tenant mix*” (Cristofaro, 2006, p. 55). Já se viu que o *tenant mix* surge a partir de um estudo prévio ao empreendimento, de sua viabilidade em um raio de influência geográfica, geralmente cerca de dois quilômetros ou quinze minutos distantes do *shopping center* nas cidades mais populosas. Neste perímetro geográfico é feito o levantamento das deficiências e dos excessos daquela região, do perfil dos moradores e potenciais consumidores que se pretende atingir, entre outros elementos que levarão definições estratégicas para atrair o público, tornando o empreendimento atrativo e rentável.

A cláusula de raio nos contratos de *shopping center* busca manutenção do *tenant mix*, proibindo os lojistas de manter estabelecimento fora do *shopping center* no raio de influência do mesmo. Cita Cristofaro (2006, pp. 58-59)

Neste contexto, o aspecto predominante da cláusula de raio não seria a proteção do empreendedor, na qualidade de fornecedor do imóvel, mas sim a proteção do *shopping center*.

[...]

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*.

A cláusula de raio em contratos de *shopping center* vem gerando polêmica no cenário jurídico brasileiro em relação a sua validade, tendo, inclusive, a autoridade antitruste nacional se manifestado alhures, proibindo a utilização da cláusula, fulcro nos preceitos constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor (Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2008).

Em que pese a importância dos *shopping centers* na sociedade moderna e no meio empresarial, não dispõe de regulamento próprio, havendo apenas “parco regramento” “embutido na Lei Locatícia geral” como mencionou Martins-Costa (2012, p. 111), referindo-se ao artigo 54 da Lei 8245/91, conhecida como Lei do Inquilinato. Não obstante

o tema em testilha estar em voga atualmente, sendo objeto de diversos conflitos tanto em âmbito administrativo, como em âmbito judicial, ainda não dispõe-se de legislação que o regulamente.

Apesar de haver Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados desde 2002³, para disciplinar os chamados “contratos de locação de espaço em *shopping center*”, ainda assim, não havia menção de regulamentação legislativa acerca das cláusulas de raio. Somente em tempo recentíssimo foi proposto naquela casa legislativa, o Projeto de Lei 6531/2016⁴, com propósito de normatizar a utilização da cláusula de raio em contratos de locação em *shopping center*.

Nesta seara, o presente estudo filia-se ao entendimento dos Professores Fábio Konder Comparato e Pedro Paulo Salles Cristofaro em classificar juridicamente as cláusulas de raio como cláusula de não concorrência, ao invés de classificá-las como cláusulas de exclusividade territorial. Analisar a cláusula de raio a partir da perspectiva de relação vertical, considerando o empreendedor apenas como um fornecedor do imóvel ao lojista (Cristofaro, 2006, p. 56), como faz maciçamente a doutrina (inclusive a aqui citada), numa relação “puramente” locatícia, leva ao entendimento de que a cláusula de raio é paralela a uma cláusula de exclusividade territorial, onde o lojista se compromete a não buscar “o mesmo insumo” (imóvel) “de outro fornecedor em área adjacente” (Comparato, 2006, p. 56).

Contudo, nesse diapasão, a perspectiva de relação vertical entre empreendedor e lojistas em contratos de *shopping centers*, esvazia sua característica principal, eis que há interesses comuns entre o empreendedor e os lojistas que não se confundem com uma locação comum (Martins-Costa, 2012, p. 111). A isso, Orlando Gomes chamou de núcleo unitário de interesses (*apud* Martins-Costa, 2012, p. 111) e o Professor Fábio Konder Comparato (1995, p. 24) apontou como “universalidade de relações jurídicas, unificadas pelo escopo comum da exploração conjunta do centro comercial”, instrumentalizada por um “contrato grupal”.

Do ponto de vista econômico, ao aderir ao contrato de cessão onerosa de espaço em *shopping center*, o lojista não é “mero adquirente de insumos” (imóvel) “mas um participante de um ente novo e distinto de cada um de seus integrantes (Cristofaro, 2006, p. 57). Nesta linha, avança o jurista:

³ Projeto de Lei 7137/2002 que visa estabelecer normas para relação contratual locatícia em shopping center.

⁴ Apensado ao Projeto de Lei 7137/2002 em 12/12/2016.

Este 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. (Cristofaro, 2006, p. 57)

O citado doutrinador ainda afirma que, tratando-se de lojistas da mesma cadeia, comercializando as mesmas marcas, o impacto será ainda mais robusto, tornando a loja imparcial ou neutra na força atrativa do consumidor (Cristofaro, 2006, p. 57). A ausência da cláusula de raio, portanto, coloca em risco a integridade do *tenant mix* e sua força atrativa sobre o consumidor e, conseqüentemente, a “organicidade econômica”, mencionada por Caio Mário da Silva Pereira (*apud* Cristofaro, 2006, p. 56).

Estudar o contrato entre empreendedor do *shopping center* e os lojistas simplesmente como um contrato típico (locação), é divorciá-lo de sua essência, retirando inclusive sua complexidade, a qual se pretende dar pequeno contributo ao descortiná-lo, ao menos no que concerne a famigerada cláusula de raio. Ademais, o prisma simplificado de relação imobiliária (locador e locatário), induz a classificar a cláusula de raio como cláusula de exclusividade territorial, o que não parece ser a melhor caminho a percorrer, como já referido.

Analisar os contratos tidos entre empreendedores e lojistas à luz da liberdade contratual, assegurada pelo artigo 54 da Lei 8.245/91 requer cuidado e cautela. Embora a liberdade contratual tenha previsão no ordenamento jurídico brasileiro, a de se levar em consideração os valores e a ordem pública, como bem asseverou Raquel Sztajn (*apud* Souza & Alves, 2015, p. 110).

Pode, portanto, ser considerada lícita a cláusula de raio sob prisma da liberdade contratual, desde que não fira valores essenciais do ordenamento jurídico (Souza & Alves, 2015, p. 111). Ladislau Karpát, em 2000, afirmou que, com intuito de proteção do *tenant mix* a cláusula de raio não fere qualquer legislação, nem o princípio da boa-fé (*apud* Souza & Alves, 2015, p. 112), pois, tem a função de proteger os interesses globais ou defesa dos interesses comuns do centro comercial, que para atingir o objetivo de todos (sucesso do empreendimento e, conseqüentemente, dos lojistas) sobrepõem-se ao interesse particular dos lojistas (Comparato, 1995, p. 26). A limitação concorrencial trazida pela cláusula de

raio, é tida como efeito natural pelo jurista Fábio Konder Comparato (1995, p. 27), pois, tratando-se de “relações contratuais de organização por meio de técnica grupal, a função econômica desses contratos vai no sentido da colaboração entre as partes e não da competição entre elas”.

As cláusulas de raio estudadas à luz da liberdade de concorrência, assegurada pelo artigo 170, inciso IV da Constituição Federal e da legislação antitruste brasileira, conduz imperativamente a análise do artigo 36, inciso I da Lei 12.529⁵ de 2011 (revogou a Lei 8.884/94 e conseqüentemente, seu artigo 20), que dispõe acerca dos ilícitos contra a ordem econômica, eis que nela está prevista a ilegalidade da conduta que limita, falseia ou prejudica a livre concorrência ou livre iniciativa (Cristofaro, 2006, p. 59). No Brasil “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” (Cristofaro, 2006, p. 60).

Mencionado texto foi redigido considerando a Lei revogada (8.884/94) e examinando a nova legislação (Lei 12.529/11), não se verifica alteração na parte da norma a que o nobre jurista referiu, portanto, ainda restam a cargo dos precedentes judiciais, “o papel central na formulação dos princípios norteadores”. Nesta esteira, continuam válidas as considerações tecidas pelo Professor Cristofaro acerca do tema (2006, p. 62):

Toda a interpretação do art. 20 da lei nº 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. ⁶Aliás, 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 conquista-lo.

Diante disso, “o legislador tornou obrigatório o exame das condições de um mercado específico, para que então se possa afirmar a eventual ilicitude de determinada prática” (Cristofaro, 2006, p. 63). Ademais, vale lembrar que na celebração de contrato de cessão onerosa de espaço em *shopping center*, o lojista aceita “convencionalmente as normas limitadoras da concorrência” (Comparato, 1995, p. 27). Desenvolvendo o

⁵ Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

⁶ Referindo-se ao parágrafo 1º do artigo 20 da Lei 8.884 de 1994, atual parágrafo 1º do artigo 36 da Lei 12.529 de 2011.

raciocínio sobre restrições convencionais de concorrência, prossegue-se com o Professor Comparato:

[...] a jurisprudência, tanto aqui quanto alhures, firmou-se no sentido de enquadrar a licitude de tais estipulações dentro de limites preciosos de objeto, de tempo e de espaço, tendo em vista o princípio da liberdade de concorrência (...). Não basta, porém, que se defina o objeto dessa obrigação de não-concorrer. Importa, ainda, que ela seja limitada no tempo, ou no espaço. Essas duas últimas restrições podem cumuladas, mas é indispensável que exista pelo menos uma. (1995, p.27-28)

Asseverou Comparato (1995, p. 28), que “quando a causa da interdição de concorrência pretende-se, sobretudo, à pessoa do empresário, é normal que se estabeleça uma limitação no tempo”, contudo, se a concorrência a se limitar for “espacial entre estabelecimentos, o que importa é a fixação de uma distância mínima de separação entre eles, a prevalecer sem limitação de tempo”. Cristofaro (2006, p. 70) segue o mesmo entendimento no que diz respeito ao prazo de vigência das cláusulas de raio, afirmando que o interesse protegido⁷ “autoriza que a restrição vigore durante todo o curso da relação locatícia”.

Souza & Alves (2015, p. 122) concluíram que com o passar do tempo, há alteração do mercado relevante considerado quando realizado o estudo de viabilidade técnica. Com isso, a cláusula de raio poderá deixar de exercer a função para a qual fora criada, gerando desequilíbrio contratual. Considerando que “as áreas adjacentes do *shopping center* passam por transformações”, a cláusula de raio deve ser limitada no tempo⁸.

Observa-se no Projeto de Lei 6.531/2016 (Câmara dos Deputados, 2016), que pretende normatizar as cláusulas de raio em contratos de locação de espaços em *shopping center*, a pretensão do legislador em limitar o uso da cláusula em estudo, no tocante a algumas regras, cumulativamente: (i) no tocante ao objeto, deverá restringir-se a instalação de marca idêntica no mesmo *shopping center*, (ii) no tocante à vigência, duração de, no máximo, cinco anos, e (iii) no tocante à extensão, estipulação de um raio de, no máximo, três quilômetros.

⁷ Refere o jurista: “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*. (2006, p. 70).

⁸ Entendem os doutrinadores referidos que o prazo de cinco anos seria razoável, considerando a finalidade de preservação do poder de atração da clientela do *tenant mix*, que tem o objetivo de assegurar a lucratividade do empreendimento.

O critério da “verificação da razoabilidade dos atos⁹ e da eventual justificativa destes, para chegar a conclusão se estes violam ou não as normas antitruste” (Verri, 1996, p. 145), vem sendo empregado pela jurisprudência nacional nas controvérsias acerca da validade das cláusulas de raio. Em julgamento recente¹⁰, mencionou Relator do CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência):

O entendimento do Conselho é de que a cláusula deve ser analisada sob a regra da razão, observando as particularidades de cada caso (cidade, tipo de *shopping*, etc.) e o princípio da razoabilidade das dimensões da cláusula. Em outras palavras, o CADE não negou eventual faceta pró-competitiva da cláusula de raio quando esta estiver dentro de limites de razoabilidade nas dimensões temporal, geográfica e de objeto, porém não afastou hipóteses em que haveria abuso de posição dominante decorrente dessas cláusulas em razão de efeitos líquidos negativos dos efeitos desse tipo de obrigação contratual no mercado.

O Relator também destacou recentíssimo acórdão do Superior Tribunal de Justiça¹¹:

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

A posição do CADE acerca do limite temporal da cláusula de raio também foi referido pelo Relator no mesmo voto:

Quanto à vigência, o Conselho entendeu que a cláusula, quando for ilimitada em sua dimensão temporal, será considerada ilegal. E, apesar da sinalização de que a análise deve ser feita a cada caso concreto, observando o tempo de retorno do investimento, a “indústria de shopping centers” insistiu pela aplicação irrestrita da cláusula. Bem como foi observado nos processos precedentes e do mesmo modo neste presente caso, houve a opção, pelos Representados e para o entendimento da questão da cláusula de raio, em não demonstrar um período de tempo de retorno de investimento economicamente razoável ou outros elementos atrelados à perspectiva temporal da obrigação de exclusividade assumida pelos lojistas.

Como se pode verificar, tanto a jurisprudência do CADE como do STJ consolidaram entendimento de que a previsão da cláusula de raio, desconsiderando o limite geográfico do mercado relevante e sem limitação temporal, será refutada.

Pois bem, infere-se que o debate a respeito da validade ou não das cláusulas de raio em contratos de cessão onerosa de espaços em *shopping center*, vai além do conflito

⁹ Aplicado pelas Cortes Estadunidenses.

¹⁰ Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46

¹¹ Recurso Especial nº 1.535.727/RS, Ministro-Relator Marco Buzzi, STJ, Quarta Turma, Publicado no Diário de Justiça em 20/06/2016.

entre o princípio da autonomia da vontade e o princípio da livre concorrência. Há de se levar em conta a importância do mercado relevante geograficamente considerado, o *tenant mix*, sua manutenção para o sucesso do empreendimento e limites temporais, todos estes elementos, analisados caso a caso, preferencialmente, seguindo o entendimento da racionalidade que vem sendo utilizada pelos tribunais judiciais e pelo CADE.

5 Conclusão

O presente trabalho abordou as cláusulas de raio nos contratos de *shopping center*, tema sem regramento no ordenamento jurídico brasileiro e com controvérsias em combate tanto em âmbito administrativo, quanto no Poder Judiciário, atualmente.

Com intuito de colaborar, minimamente que fosse, na tentativa de descortinamento das questões que envolvem as cláusulas de raio nos contratos de *shopping center*, iniciou-se estudando a própria origem dos *shopping centers*, sua estrutura, detendo-se não só no capítulo inicial, mas no discorrer de toda a pesquisa na figura do *tenant mix*, ponto fulcral a justificar a finalidade da cláusula de raio.

Posteriormente, tratou-se do contrato em si, referindo a parca menção normativa feita a este contrato no ordenamento jurídico, na Lei nº 8.245/91, conhecida como Lei do Inquilinato e, por esta razão, largamente tratado pela doutrina e jurisprudência como sendo contrato de locação em *shopping center*. Nesta pesquisa, preferiu-se nomear o contrato como de cessão onerosa de espaço em *shopping center*, por assim entender ser mais verdadeiro e coerente com as peculiaridades do negócio jurídico existente entre empreendedor e lojistas, que, certamente, vai muito além de um contrato de locação de imóvel não residencial.

Em seguida foi analisada a natureza jurídica dos contratos de cessão onerosa de espaços em *shopping center* e adotou-se a atipicidade mista como mais adequada ao tipo contratual em estudo.

Finalmente, adentrou-se no estudo da cláusula de raio, especificamente. Foi abordada a origem das cláusulas de raio, seus aspectos gerais e finalidade - manutenção da integridade do *tenant mix* e da organização estrutural, que visa tornar o empreendimento o mais rentável possível, beneficiando o empreendedor e os lojistas. Citou-se a prevalência do interesse global em detrimento do interesse particular de cada lojista.

O conceito de cláusula de raio como cláusula de não concorrência foi preferido ao conceito de exclusividade territorial. Estudou-se o conflito entre a autonomia da vontade e a livre concorrência no exercício da cláusula de raio e examinou-se a validade da cláusula conforme doutrina, jurisprudência administrativa e judicial, legislação antitruste e projetos de lei que pretendem reger o assunto em voga.

Com efeito, entendeu-se ao fim da apreciação do tema, que as cláusulas de raio, quando possuem a finalidade de manter a integridade do *tenant mix* não atentam contra a ordem econômica, princípios ou contra a boa-fé. As cláusulas de raio não ferem a legislação antitruste, quando objetivam a integridade dos interesses comuns entre empreendedor e lojistas, respeitando a razoabilidade da restrição, frente a limitação geográfica/espacial e temporal - durante o período de vigência do contrato, que na praxe não é por período indeterminado.

THE RADIO CLAUSE IN SHOPPING CENTER CONTRACTS

ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the radius clause commonly present in contracts for the assignment of commercial space use or leasing in shopping malls, in the light of the competition law. It presents the origin and structure of the shopping centers, as well as the importance of the tenant mix. After, it looks at the analysis of the contract, legal nature, characteristics and, finally, it analyzes the ray clause: its origin, purpose, causes of validity and invalidity, as well as the controversies surrounding the clause and, in the end, conducts an analysis leading to the solution of the existing conflict. It carries out normative and jurisprudential examination. It follows theoretical and empirical verification line, with study of the doctrine, national administrative and judicial jurisprudence and study of Brazilian antitrust legislation.

Keywords: Radio Clause. Shopping Centers. Competition Law.

REFERÊNCIAS

ABRASCE, Associação Brasileira de Shopping Centers. Recuperado em dezembro de 2016 (2016), de <http://www.portaldoshopping.com.br>.

Alcântara, F. (2007). *Cláusula de raio em contrato de shopping center: apreciação no ambiente concorrencial*. Trabalho de Conclusão de Curso de

Especialização, Escola de Magistratura do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.

Barcellos, R. (2009). *O contrato de shopping center e os contratos atípicos interempresariais*. São Paulo: Atlas.

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Notícias. Recuperado em 15 de dezembro de 2015 de <http://cade.gov.br/news/019/noticias.htm>.

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46* (2007). Recuperado em dezembro de 2016 de http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?YfRNV5CAOa6PsOsy_TDjB5ucimT3eVtA1V4sc6sPz2ravhk7J7E8kNI_T8PZxPj62gM-0cUi3S_jQ4IqiRB3Zg.

Comparato, F. K. (1995). As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, (Nº 97, pp. 23-28).

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (1988). Brasília, DF. Recuperado em dezembro de 2016 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Cristofaro, P. P. S. (20016). As cláusulas de raio em *shopping centers* e a proteção à livre concorrência. *Revista Renovar* (Nº 36, pp. 49-73).

Gama, G. C. N. (2012). Contrato de shopping center. *Revista EMERJ*, 5 (18, pp.197-227).

Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991 (1991). Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF. Recuperado em dezembro de 2016 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm.

Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1991 (1991). Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em dezembro de 2016 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm.

Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011 (2011). Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF. Recuperado em dezembro de

2016 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.

Martins-Costa, J. (2012). A relação contratual de *shopping center*. *Revista do Advogado* (Nº 116, pp. 110-118).

Projeto de Lei nº 7137, de 27 de agosto de 2002 (2002). Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a ela pertinentes. Brasília, DF. Recuperado em dezembro de 2016 de http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7BA8072D6C87029CA83CE1CD7CDC5C27.proposicoesWebExterno2?codteor=85388&filename=PL+7137/2002.

Projeto de Lei nº 6531, de 23 de novembro de 2016 (2016). Altera o artigo 54 da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF. Recuperado em dezembro de 2016 de http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1509920&filename=PL+6531/2016.

Requião, R (1993). Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (“*shopping centers*”) no Brasil. *Revista dos Tribunais*, (V. 571).

Souza, L. M.; Alves, A. F. A. (2015). Cláusula de raio sob a perspectiva do direito civil-empresarial. *Revista EMERJ*, 18 (68, pp. 97-125).

Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1535727, Relator Ministro Marco Buzzi (2016). Recuperado em dezembro de 2016 de http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=EREsp+1535727&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR.

Verri, M. E. G. (1996). *Shopping centers: aspectos jurídicos e suas origens*. Belo Horizonte: Del Rey.