

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

FABRÍCIA ALCANTARA

**CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATO DE SHOPPING CENTER:
APRECIÇÃO NO AMBIENTE CONCORRENCIAL**

**CURITIBA
2007**

FABRÍCIA ALCANTARA

**CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATO DE SHOPPING CENTER:
APRECIÇÃO NO AMBIENTE CONCORRENCIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Carlos Alberto Hauer de Oliveira

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

FABRÍCIA ALCANTARA

CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATO DE SHOPPING CENTER

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2007.

DEDICATÓRIA

À Irineu Galeski Jr. e Lissiane Alcantara

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Carlos Alberto Hauer de Oliveira, por toda atenção dispensada, principalmente durante o período em que me orientou via e-mail, quando estive escrevendo esse trabalho no Canadá.

SUMÁRIO

RESUMO	6
1 INTRODUÇÃO	7
2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	10
2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA	11
2.2 LIBERDADE DE INICIATIVA E DE CONCORRÊNCIA	13
2.2.1 Limites à liberdade de iniciativa e de concorrência	14
2.3 O SISTEMA DE PROTEÇÃO À ORDEM ECONÔMICA	15
2.3.1 Legislação Antitruste Brasileira - Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.	17
3 EXCLUSIVIDADE	22
3.1 OS EFEITOS DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NO AMBIENTE CONCORRENCIAL	24
4 CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATOS DE SHOPPING CENTER	39
4.1 APRECIÇÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA DE RAIOS	45
4.1.1 Definição do Mercado Relevante	46
4.1.1.1 Mercado relevante do produto	48
4.1.1.2 Mercado relevante geográfico	51
4.1.2 Configuração do Poder de Mercado	53
4.1.3 Existência de Barreiras à Entrada	54
4.2 DA RAZOABILIDADE DA CLÁUSULA DE RAIOS	56
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

RESUMO

CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATO DE SHOPPING CENTER: APRECIÇÃO NO AMBIENTE CONCORRENCIAL

O presente trabalho monográfico discorre acerca das condições de validade para utilização das cláusulas de exclusividade em contratos celebrados entre agentes econômicos, especificamente a cláusula de raio em contratos de shopping centers. Há a intenção de verificar os efeitos dessa pactuação de exclusividade territorial entre lojistas e o empreendedor do shopping center, para determinar a sua admissibilidade perante o sistema brasileiro de defesa da concorrência. A partir da análise das condições de validade das restrições impostas contratualmente aos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, tem-se que para ser válida a cláusula de raio em questão ela deve preencher os requisitos: existência de um legítimo interesse e submissão a limitações de objeto, tempo e lugar. Tal pactuação deve ser considerada uma exceção, impondo-se que tenha a sua possibilidade, limites e fundamentos especificamente delineados. Não se considera a conduta em questão um ilícito *per se* frente às disposições antitrustes brasileiras, devendo-se aplicar a chamada regra da razão para examinar a licitude da conduta. Aprecia-se, no caso em concreto, as eficiências geradas pela previsão contratual da cláusula de raio, em contraposição às restrições dela decorrentes.

Palavras-chave: liberdade de iniciativa; exclusividade; cláusula de raio; contrato de shopping center; direito concorrencial

1 INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais de liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência não são absolutos, podendo sofrer restrições, que são impostas justamente com o objetivo de mantê-las e preservá-las. Ao lado das restrições determinadas por disposições legais, previstas na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXIX, art. 21, inciso XXIII, art. 173, art. 174 e art. 177, outras podem ser estabelecidas por estipulação convencional dos próprios agentes econômicos. São as chamadas convenções de exclusividade e convenções de não-concorrência.

As primeiras caracterizam-se por impor sua restrição entre agentes econômicos que se relacionam de forma vertical, ou seja, entre agentes econômicos que não são diretamente concorrentes. As segundas, por impor restrições entre agentes que se encontram em uma relação horizontal, isto é, agentes concorrentes entre si.

O presente trabalho monográfico lança especial atenção ao fenômeno da exclusividade e, conseqüentemente, aos acordos verticais, justamente por se tratar de assunto dos mais polêmicos em matéria de antitruste, em que se aplica o direito concorrencial a não-concorrentes.

Menos controverso, mas não de menor importância, apresenta-se o tema dos acordos horizontais e de suas cláusulas de não-concorrência, motivo pelo qual decidiu-se deixar a sua análise e cotejo com primeiros para um momento que permita trabalho mais extenso.

Do universo das cláusulas de exclusividade comumente pactuadas entre os agentes econômicos, deu-se especial atenção à chamada cláusula de raio prevista em contratos de shopping center.

O tema “shopping center” tem trazido diversas dificuldades aos juristas brasileiros, visto que não se configura como uma figura jurídica unitária. A grande discussão situa-se no tipo de contrato que o rege, pois não existe uma lei que o institua e o regule suficientemente.

Na dinâmica dos shopping centers é comum a presença de regras que limitam o arco de atuação dos lojistas locatários, as quais são estabelecidas nos regimentos internos a que os lojistas aderem ou nos contratos de locação de espaço firmados com o empreendedor. Dentre essas disposições, propõe-se o exame da chamada cláusula de raio, em uma análise de sua validade e dos efeitos que ela pode trazer ao negócio de shopping center em si e, em uma perspectiva macroeconômica, ao ambiente concorrencial.

A cláusula de raio é uma estipulação por meio da qual o locatário de um espaço comercial se obriga, perante o locador/empreendedor do shopping center, a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado em determinado raio nas proximidades daquele imóvel.

Para responder ao questionamento acerca da validade das cláusulas de raio e seu impacto no mercado, analisar-se-á, preliminarmente, o real significado atribuído pela Constituição Federal de 1988 aos princípios da liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência, bem como as condições de validade das convenções que os restringem.

Posteriormente, será apresentado o funcionamento do sistema brasileiro de defesa da concorrência e estudar-se-á os aspectos jurídico-econômicos que permeiam o negócio “shopping center”.

Terá efeito, no quarto capítulo, a análise da cláusula de raio frente às disposições da Lei Antitruste Brasileira, Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, a partir da apreciação de seus efeitos no ambiente concorrencial. Para tanto, serão expostos os critérios objetivos comumente utilizados pelos órgãos de defesa econômica para averiguação de efeitos anticompetitivos, quais sejam: definição do mercado relevante, configuração de poder de mercado e existência de barreiras à entrada.

Após esse percurso, ter-se-á o arsenal suficiente para avaliar as condições em que a cláusula de raio prevista nos contratos de shopping centers é considerada prejudicial à concorrência.

2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após longos anos de prática intervencionista, o constituinte de 1988 optou pela livre iniciativa e pela não-intervenção do Estado na economia. Essa opção se revela por meio dos princípios gerais da atividade econômica, inscritos nos arts. 170 e seguintes da Constituição Federal (MAGALHÃES; SAMPAIO, 1999, p. 32).

A Carta de 1988 reúne dispositivos como bases e diretrizes da atividade econômica, aplicáveis tanto ao Estado como à sociedade. Fundamentada ideologicamente no capitalismo e na economia de mercado, prevê o direito à propriedade privada abrangente de toda espécie de bens, mas também registra restrições como a da função social da propriedade e a repressão ao abuso do poder econômico (SOUZA, 2002, p. 459). Trata-se de uma *Constituição dirigente*, pois enuncia um conjunto de diretrizes, programas e fins que lhe conferem o caráter de *plano global normativo* do Estado e da sociedade (GRAU, 2002, p. 153).

Há um modelo econômico definido na ordem econômica da Constituição de 1988 que GRAU (2002, p. 307) chama de *modelo de bem-estar*. é um “modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas”. Modelo aberto, pois a Constituição é dinâmica e possui amplos campos a serem completados pelo legislador ordinário, como forma de dar concreção aos princípios da ordem econômica, mas com pontos de proteção contra modificações extremas.

Paralelamente à consagração do princípio da livre concorrência, no parágrafo único do art. 170, o constituinte buscou reprimir os abusos advindos de uma liberdade ilimitada. Com esse intuito é que autorizou, no art. 173, §4º, a

legislação infraconstitucional a reprimir o abuso do poder econômico voltado à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

A regulação da concorrência no sistema jurídico brasileiro deriva do direito de escolha dos consumidores e da liberdade de iniciativa, os quais seriam restringidos se as distorções no mercado não fossem combatidas (MAGALHÃES; SAMPAIO, 1999, p. 192). No entanto, do conjunto das disposições constitucionais que regulam o poder de intervenção do Estado, evidencia-se a repulsa à posição estadista da Constituição de 1967/69, delimitando-se de maneira muito mais severa a presença do Estado na economia (VIDIGAL, 1988, p. 373).

Nas palavras de REALE (1990, p. 03):

À luz do que as suas disposições enunciam, estou convencido de que a Carta Magna, ora em vigor, optou por uma posição intermediária entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal. Dir-se-ia que sua posição corresponde à do neoliberalismo ou social-capitalismo, o único, a meu ver, compatível com os problemas existenciais de nosso tempo.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Os princípios gerais da atividade econômica, inscritos nos arts. 170 e seguintes da Constituição Federal, dedicam-se em especial à proteção da livre concorrência, à defesa do consumidor e ao meio ambiente. Tais princípios afastam o Estado da exploração da atividade econômica, salvo quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou em virtude de relevante interesse coletivo (art. 173 da CF). Há o primado da livre iniciativa e da não-intervenção do Estado na economia.

O art. 170 enuncia os seguintes preceitos como princípios gerais da atividade econômica:

I - a *soberania nacional*;

II - a *propriedade*;

III - a *função social da propriedade*;

IV - a *livre concorrência*;

V - a *defesa do consumidor*;

VI - a *defesa do meio ambiente*;

VII - a *redução das desigualdades regionais e sociais*;

VIII - a *busca do pleno emprego*; e

IX - o *tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte*.

Ao bojo da ordem econômica, além dos princípios que já se encontram no Título VII, são transportados outros preceitos constitucionais, conforme enunciado:

- a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, e art. 170, *caput*);
- os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*);
- a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I);
- o *garantir o desenvolvimento nacional* (art. 3º, II);
- a *liberdade de associação profissional ou sindical* (art. 8º);
- a *garantia do direito de greve* (art. 9º);
- a *sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social* (art. 170, *caput*); e
- a *integração do mercado interno ao patrimônio nacional* (art. 219).

Todo esse conjunto de princípios há de ser ponderado na sua globalidade, a fim de se discernir, no texto constitucional, a definição de um sistema e de um modelo econômico (GRAU, 2002, p. 175).

2.2 LIBERDADE DE INICIATIVA E DE CONCORRÊNCIA

Os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos. O primeiro assegura a livre escolha das profissões e das atividades econômicas e a autônoma eleição dos meios mais adequados aos fins visados. O segundo, por sua vez, garante que a fixação dos preços das mercadorias e serviços não seja resultado de atos de autoridade, e sim do livre jogo das forças em disputa por clientela na economia de mercado (REALE, 1990, p. 14).

Com relação à liberdade de iniciativa, REALE (1990, p. 14) a define como a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas e BARROSO (2001, p. 394) expõe seus quatro elementos essenciais: propriedade privada, liberdade de empresa, liberdade de lucro e liberdade de contratar.

As Constituições brasileiras sempre elegeram a liberdade de iniciativa como princípio informador da ordem econômica e social. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 1º, inc. IV, em caráter preambular e geral, o valor social da livre iniciativa como um dos fundamentos da República. Dessa forma, resta claro que a livre iniciativa foi insculpida como conceito socialmente importante e não como uma expressão individualista.

Em referência à liberdade de concorrência, consagrada como princípio informativo da ordem econômica, a Constituição Federal refere-se primordialmente ao seu conteúdo social.

Esses dois princípios foram expressamente alçados à condição de princípios constitucionais no pressuposto lógico de que o mercado competitivo é uma garantia de eficiência econômica e, como tal, fator determinante da construção de uma sociedade livre e justa. Dessa forma, é sob o prisma do valor social que a livre iniciativa e a livre concorrência devem necessariamente ser interpretadas.

A liberdade de acesso e competição no exercício da atividade econômica não pode ser absoluta a ponto de comprometê-la, estando, por essa razão, sujeita a limites que permitem conciliar a utilização de tal prerrogativa com o respeito à esfera jurídica alheia e ao cumprimento da função social (LEÃES, 1998, p. 233).

2.2.1 Limites à liberdade de iniciativa e de concorrência

Os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e de concorrência não são absolutos, podendo sofrer restrições que visam justamente preservar tais prerrogativas. Dentre tais restrições ressalte-se a própria atuação normativa e reguladora da atividade econômica atribuída ao Estado, que limita a liberdade de ação econômica dos particulares (CF, art. 174).

Ainda, são exemplos de restrições a intervenção direta do Estado na atividade econômica por meio de lei ou quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo (CF, art. 173), a constituição de monopólios públicos (CF, art. 177 e 21, XXIII) ou de monopólios privados de

inventos e sinais industriais (CF, art. 5º, XXIX) e a legislação de repressão ao abuso do poder econômico (CF, art. 173, §4º).

Ao lado das restrições determinadas por disposições legais, outras podem ser estabelecidas por estipulação convencional dos próprios particulares. Nesse contexto, surgem duas espécies de disposições contratuais possíveis: as cláusulas de exclusividade e as cláusulas de não concorrência.

As primeiras caracterizam-se por impor sua restrição entre agentes que se relacionam de forma vertical, quais sejam, agentes econômicos não diretamente concorrentes, isto é, que não atuam no mesmo mercado relevante. Enquanto as segundas caracterizam-se por impor restrições entre agentes que se encontram em uma relação horizontal, ou seja, agentes diretamente concorrentes, que atuam em um mesmo mercado relevante.

2.3 O SISTEMA DE PROTEÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Ao longo da história do capitalismo, os regimes democráticos revelaram maior preocupação com a condução das atividades econômicas, objetivando impedir os excessos de monopólios e oligopólios, através de entendimentos, cartéis, fusões, incorporações e demais medidas tendentes ao domínio dos mercados e à elevação arbitrária dos lucros.

Na Grã-Bretanha, o *Monopolies and Mergers Act*, de 1965, estabeleceu a necessidade de se submeter à investigação as incorporações e fusões de empresas que exerciam o controle de mais de 25% do mercado, e o *Competition Act*, de 1980,

previu medidas para coibir atos anticompetitivos nas indústrias privadas ou nacionalizadas.

Nos Estados Unidos, esse papel de proteção à concorrência no mercado foi desempenhado pelo *Sherman Act*, de 1890 e pelo *Clayton Act*, de 1914.

No Brasil, a partir dos anos 90, foi abrandado o monitoramento da economia pelo rígido controle de preços e uma nova conjuntura econômica se formou com a abertura da economia mundial, a crescente globalização, as privatizações e a estabilização da moeda (FEBRETTI, 2001, p. 140). Esses fatores tornaram vital o desenvolvimento de uma política de defesa da concorrência para atender à nova realidade econômica.

Leila CUÉLLAR (1997, p. 22 e 24) define o que seja *concorrência*: “é o estado de fato onde os agentes econômicos, detentores de liberdade de iniciativa e atuação econômica, buscam conquistar a clientela em determinado mercado”; e *liberdade de concorrência*:

[...] corresponde à faculdade que possui o comerciante de conquistar a clientela, da maneira que lhe for mais conveniente, desde que não através de concorrência desleal. Abrange, igualmente, a proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência e a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes.

Essa liberdade não é irrestrita. Cabe ao Estado preservar o ambiente concorrencial, oferecendo segurança jurídica aos agentes econômicos que nele atuem ou venham a operar, impedindo que práticas danosas ao sistema da livre iniciativa prosperem e frustrem os resultados que dela se espera (MAGALHÃES; SAMPAIO, 1999, p. 30).

No entanto, a eliminação da concorrência é aceita pela ordem jurídica se decorre de atividade industrial ou mercantil melhor desenvolvida, com oferta de

produtos com melhor tecnologia e melhor preço, sem que haja abuso do poder econômico. Não configura abuso o poder legítimo alcançado mediante mecanismos próprios da atividade mercantil.

Nas palavras de MAGALHÃES e SAMPAIO (1999, p. 33): “Mesmo o monopólio é lícito desde que não resulte de processo, gradual ou não, de eliminação de concorrentes, mediante abuso do poder econômico.”

A matéria está hoje regulada na Lei nº 8.884 de 1994, cujas disposições visam a coibir as chamadas práticas comerciais restritivas da concorrência, sendo por essa razão, chamada de Lei Antitruste. Em seu art. 20, inciso I, tutela expressamente a livre concorrência e a livre iniciativa, assegurando aos agentes a liberdade de desenvolvimento de atividade econômica, mas também impondo limites e disciplinando o seu comportamento no mercado, como forma de garantir a manutenção do sistema e das regras do jogo. Nesse ínterim, “a disciplina da concorrência, então, coloca-se como correlata à livre iniciativa” (FORGIONI, 2005, p. 271).

2.3.1 Legislação Antitruste Brasileira - Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994

A Lei nº 8.884/1994 estrutura os órgãos governamentais de controle da concorrência no cenário macroeconômico, no escopo de instituir a chamada “disciplina de mercado”; enumera as infrações da ordem econômica e as penalidades aplicáveis e trata das formas de controle dos atos e contratos que possam limitar a livre concorrência e dos respectivos compromissos de desempenho

e, ao final, regula a execução judicial das penalidades aplicadas aos infratores (GONÇALVES NETO, 2000, p. 233).

A legislação antitruste é formada por um conjunto de regras e instituições que objetivam proteger a concorrência, a qual é concebida como princípio-base da ordem econômica, declarando ilícitas as práticas e contratos que a restringem CUÉLLAR (1997, p. 27).

A política antitruste impõe limites à liberdade de concorrência entre empresas, visando manter a igualdade entre os concorrentes e zelar pelos interesses dos consumidores, por meio da prevenção de delitos e da punição dos infratores.

Quanto aos órgãos administrativos competentes para disciplinar o mercado, a Lei nº 8.884/1994 determina uma nova estrutura ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e dispõe sobre a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE, incumbindo a esses órgãos o controle do poder econômico e a prevenção e repressão às infrações praticadas contra a ordem econômica, na forma do art. 170, §4º, da Constituição Federal.

O CADE é um Tribunal Administrativo, agora sob forma de autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com função judicante¹, integrada por um Presidente e seis Conselheiros². É competente por zelar pelo respeito às normas da concorrência em geral, apreciar e julgar as infrações à ordem econômica, mediante regular processo administrativo, com a aplicação das respectivas penalidades, e ainda, analisar e autorizar a prática ou a celebração de atos ou contratos que

¹ O art. 3º da Lei nº 8.884/94 refere-se ao CADE como órgão judicante. Trata-se da chamada jurisdição administrativa e não da judicial, visto que o CADE não integra o Poder Judiciário, mas o Executivo, uma vez que vinculado ao Ministério da Justiça.

² Escolhidos entre cidadãos com mais de trinta anos, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação de seus nomes pelo Senado Federal para um mandato de dois anos, permitida uma recondução.

possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

A SDE é um órgão do Ministério da Justiça, que desempenha o papel de fiscalização das atividades econômicas de quem detém posição dominante em mercado relevante de bens ou de serviços. Tem a competência de adotar medidas preventivas e celebrar compromissos de cessação de práticas abusivas, além de instaurar e instruir processos administrativos para apuração e repressão de infrações à ordem econômica, remetendo-os ao CADE para julgamento. Em síntese, é o órgão de acompanhamento, averiguação e outras providências preventivas.

A Lei nº 8.884/1994 conferiu o status de título executivo extrajudicial às decisões do CADE, sendo que, se descumpridas, elas podem ser executadas perante a Justiça Federal.

As decisões do CADE são de natureza administrativa e, por isso, podem ser revistas na esfera judicial. GONÇALVES NETO (2000, p. 234) afirma que, no entanto, a revisão judicial deve se limitar à análise dos aspectos formais da decisão, porque os Conselheiros emitem juízos técnicos, os quais os magistrados não costumam estar aptos a realizar e que devem ser respeitados pelo Poder Judiciário.

É necessário garantir que a interpretação de qualquer dos dispositivos da Lei nº 8.884/1994 sempre ocorra em consonância com os princípios constitucionais reiterados em seu art. 1º, quais sejam: liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico.

Quaisquer atos que possam prejudicar a livre concorrência ou deles resultar a dominação de mercados relevantes de bens ou serviços devem ser submetidos à apreciação do CADE, para o exame de eventual abuso, em cumprimento do disposto no art. 54 da mesma lei.

FORGIONI (1998, p. 193-194) afirma que a lei antitruste adotou o sistema das autorizações, pois o CADE exerce um controle *a posteriori* das práticas realizadas pelos agentes econômicos, as quais produzem efeitos plenos até serem formalmente proibidas. Assim, um ato de concentração pode existir e ter eficácia sem ter passado pela apreciação da autarquia, para só depois ser por ela reprovado e, conseqüentemente, desconstituído (§9º do art. 54). As empresas podem ter, por exemplo, realizado operação de fusão ou incorporação, tendo despesas não pequenas e, depois, podem ver-se submetidas a um processo administrativo instaurado para verificar se a operação produziu ou não a concentração sem vantagens para o mercado, ficando sujeitas à desconstituição do negócio (PROENÇA, 2001, p. 105).

O CADE não poderá classificar um ato como ilegal se dele advierem todos os resultados previstos nos incisos do §1º do art. 54 da Lei nº 8.884/1994. Dessa forma, serão autorizados pelo CADE os atos: I) que tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviço ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II) cujos benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV) que observem os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. Assim como, serão considerados regulares se três das quatro condições forem atendidas e houver motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum (§2º do art. 54) (SALOMÃO FILHO, 1998, p. 261).

Em comentário aos parágrafos do art. 54, GONÇALVES NETO (2000, p. 242) assim expõe: “Trata-se de previsão que visa flexibilizar as disposições proibitivas antes registradas, atendendo a peculiaridades relevantes, de natureza política, social ou econômica para o desenvolvimento do País e, ainda, os benefícios que daí podem decorrer para os consumidores”. Fundamental, portanto, é a repercussão que o ato pode causar no mercado.

3 EXCLUSIVIDADE

O fenômeno da exclusividade é instrumentalizado em uma cláusula de contrato que, muitas vezes, decorre da própria estrutura da negociação, convencionada em um sistema de transferência e distribuição de bens e serviços. Tal pacto pode estar presente nos contratos de compra e venda, fornecimento, distribuição, representação comercial, cessão de uso de marca, contrato de trabalho, franquia ou locação, mas sempre pressupõe a presença de uma característica constante no negócio principal: a colaboração estável e duradoura entre as partes.

O professor COMPARATO (apud SIQUEIRA, 2002, p. 62) explica que a pactuação de exclusividade não surgiu da necessidade ou do interesse de restringir a concorrência, e sim, como forma de estimular o consumo e facilitar o escoamento da produção. Afirma que “os objetivos dessas novas fórmulas contratuais são plenamente compatíveis com o princípio da livre concorrência e não buscam, em princípio, limitar a liberdade de escolha do consumidor”.

Cláusula de exclusividade representa a obrigação assumida por uma parte de contrair exclusivamente com outro a prestação de um bem ou serviço, inclusive, com relação ao território de atuação. Tem lugar sempre entre agentes econômicos que participam de um acordo vertical.

Acordo vertical é aquele celebrado entre agentes econômicos que não são diretamente concorrentes, ou seja, não atuam no mesmo mercado relevante, mas se encontram em mercados situados em uma imaginária linha vertical que conduz, através da extração da matéria-prima e das várias fases da produção e

comercialização, até o consumidor final do produto (FOX e SULLIVAN apud FORGIONI e GRAU, 2005, p. 200).

SIQUEIRA (2002, p. 62) define exclusividade como um “pacto necessariamente vinculado a um ajuste principal; [...] um pacto acessório de um contrato que envolva colaboração econômica”.

Justamente por se entender como exclusividade tudo que traga a qualidade de único, muitos lhe atribuem um caráter monopolístico. SIQUEIRA (2002, p. 61) afirma que o pacto de exclusividade deve ser analisado no contexto do mercado, como fenômeno econômico e não como uma mera cláusula convencional, e acrescenta que “a exclusividade se impõe aos empresários como meio de controle de gestão, necessário ao desenvolvimento global da comercialização direta ao consumidor”.

A cláusula de exclusividade é legislativamente típica no direito italiano, prevista nos arts. 1.567 e 1.568 do Codice Civile. O doutrinador italiano GRASSETI (apud SIQUEIRA, 2002, p. 61) defende que ela pode consistir em uma disposição lícita do negócio jurídico, desde que acompanhada de condição, termo e modo.

ASCARELLI (1960, p. 91-96) explica que as cláusulas de exclusividade são aquelas pelas quais uma empresa obriga-se a não ceder seus produtos ou serviços senão a pessoas determinadas, da mesma forma que um empresário ou trabalhador pode obrigar-se a não prestar serviço, a não ser para determinada empresa. Aplica-se também a situações em que o proponente se compromete a não contratar vários agentes em determinada área territorial e o agente compromete-se a não negociar com empresas do mesmo ramo de negócios naquela determinada zona. Conforme os ensinamentos do renomado autor, “fora as hipóteses em que é legalmente disciplinada, uma cláusula de exclusividade deve conter-se nos limites convenientes

e ter sua justificativa fundada em interesses socialmente apreciáveis” e adverte que “a liberdade de contratar sempre deve ser respeitada e observado um planejamento da economia de interesses privados”.

O Código Civil francês, da mesma forma que o italiano, também contempla modalidades de contratos em que a previsão de exclusividade decorre da lei, tendo como exemplos o contrato de fornecimento e de agência comercial, previstos respectivamente nos arts. 1.743 e 1.559.

O fenômeno da exclusividade guarda um caráter econômico que revela o seu duplo aspecto: de um lado, a intenção de um comerciante eliminar o risco no mercado em que se insere; e de outro, a intenção de uma das partes, ou das duas, de manter-se em posição privilegiada em face de eventuais concorrentes.

3.1 OS EFEITOS DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NO AMBIENTE CONCORRENCIAL

É comum que agentes econômicos formem alianças e realizem ajustes que lhes permitem ampliar a economia de escala e lhes confirmam maior sinergia para enfrentar concorrentes. Nesse campo de pesquisa, SALOMÃO FILHO (1998, p. 229-230) ressalta a necessidade de distinção entre *cooperação empresarial* e *concentração empresarial*.

Afirma o autor que a cooperação empresarial é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente nos aspectos da atividade não sujeitos ao acordo; enquanto, na

concentração empresarial as empresas são consideradas como um único agente sob o ponto de vista econômico para todas as operações por elas realizadas, havendo uma mudança estrutural duradoura que confere uma ampla uniformidade econômica.

A Resolução nº 1 do CADE, de 7 de junho de 1995, nesse aspecto inalterada pela Resolução nº 5 do CADE, de 28 de agosto de 1996, apesar de não se referir aos dois diferentes tipos, cooperação e concentração, oferece o instrumental necessário para que ambas sejam diferenciadas e controladas, representando um grande avanço nesse sentido.

O presente trabalho monográfico atém-se ao primeiro grupo – cooperação empresarial –, que imprime modificação nas relações entre os agentes econômicos envolvidos, sem alteração em sua estrutura interna, por meio de convenções que não raramente restringem a liberdade econômica dos contratantes. É nesse grupo que se encontram os acordos verticais e os acordos horizontais, em sede dos quais se dá, respectivamente, a previsão de cláusulas de exclusividade e de não-concorrência.

Tais acordos entre empresas são vedados na medida em que configuram um entrave à livre iniciativa ou à livre concorrência. Destaque-se a lição do Ministro Carlos VELLOSO: “é no prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa que se encontra o caráter ilícito de qualquer prática concertada [...] tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir o livre exercício da concorrência é ofensivo à Constituição” (STF, ADIn 1.094-8-DF).

No cotejo dos benefícios e malefícios resultantes de uma cláusula restritiva da concorrência, é necessário verificar se tais disposições contratuais são ou não acessórias a outros ajustes legítimos, cuja eficácia se pretende preservar. Aplica-se

o conceito de *ancillary restraints*, advindo da experiência norte-americana, assim definido por BORK (apud CRISTOFARO, 2003, p. 90):

Para ser ancilar, e por essa razão legal, um acordo que elimine competição deve ser subordinado a uma transação separada, legitimada. A restrição ancilar é subordinativa e colateral no sentido de que ela faz a transação principal mais efetiva em acompanhar pressupostos legítimos.³

O CADE, no julgamento do Ato de Concentração nº 163/1997 (Praxair/Rollmaster), tratou do tema das *ancillary restraints*:

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 [...] é que o acordo acessório pode constituir um fator importante ou mesmo necessário para dar suporte ou viabilizar a realização da própria transação principal.

De acordo com os ensinamentos de SALOMÃO FILHO (1998, p. 311), a teoria dos *ancillary restraints* foi o primeiro divisor de águas entre as situações lícitas e ilícitas, segundo a qual “todo acordo que tem como objetivo único e/ou principal algum tipo de restrição à concorrência deve ser considerado *per se* ilícito”. Afirma o autor que essa regra simples não resolve todos os problemas existentes e que o contrário da regra não é verdadeiro.

Isso significa que do simples fato de a restrição à concorrência não ser objeto principal do acordo não decorre a sua licitude. A única consequência como objeto secundário do contrato (*ancillary restraint*) é retirá-la da esfera da ilicitude *per se* e inseri-la no âmbito de aplicação da regra da razão do art. 54. Não implica, no entanto, de modo algum, um atestado de licitude.

FORGIONI e GRAU (2005, p. 195) afirmam que a condenação, indistintamente de todas as práticas restritivas da competição poderia conduzir a um resultado diametralmente oposto àquele que é constitucionalmente pretendido, na

³ Do original: “To be ancillary, and hence lawful, an agreement eliminating competition must be subordinate to a separate, legitimate transaction. The ancillary restraint is subordinative and collateral in the sense that it makes the main transaction more effective in accomplishing legitimate purposes”.

afirmação da livre concorrência. Sustentam que não se justifica a reprovação de tais práticas quando aos prejuízos delas decorrentes, suportados pelo mercado, ou pela concorrência, corresponderem vantagens a serem auferidas pela economia nacional como um todo, de forma que essas eficiências sejam relativamente maiores do que aqueles prejuízos.

Um exemplo de restrição à concorrência que traz eficiências que justificam a sua ocorrência é o acordo de cooperação entre empresas concorrentes para o desenvolvimento de uma nova tecnologia. Embora este importe a eliminação da concorrência recíproca, poderá ser socialmente relevante ao beneficiar o desenvolvimento tecnológico. Por essa razão, os sistemas antitruste legitimam algumas práticas restritivas.

Justamente visando instrumentar essa legitimação, nos Estados Unidos acolheu-se a chamada “regra da razão” (*rule of reason*)⁴, pela qual, a prática restritiva não é considerada ilícita sempre que acarretar um prejuízo “razoável” para a concorrência.

Nesse sentido, toda forma de integração vertical que permita a estruturação eficiente dos negócios do empresário, sem que gere concentração, parece merecer incentivo (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 248).

Da mesma forma o direito antitruste europeu, declarado como sendo a fonte de inspiração do legislador brasileiro, previu, no art. 81 do Tratado que instituiu a Comunidade Européia, com as respectivas alterações feitas pelo Tratado de Amsterdã, a possibilidade de isenção de acordos restritivos da concorrência quando não imponham restrições não indispensáveis às empresas participantes e não

⁴ O art. 1º do Sherman Act passou a receber a seguinte interpretação, ainda que seu texto não tenha sofrido nenhuma alteração: “Art. 1º. Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em [desarrazoada] restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente lei”.

confirmam a possibilidade de eliminar a concorrência (FORGIONI e GRAU, 2005, p. 195-197).

Essa é a opção do legislador brasileiro, que previu a possibilidade da autoridade antitruste autorizar a prática de atos restritivos da concorrência, desde que sejam atendidas as chamadas “eficiências” enunciadas nos parágrafos do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994. Assim, a prática, para ser autorizada, deverá ter por objetivo, cumulada ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços ou ainda o aumento da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico (FORGIONI, 2005, p. 224).

A aplicação da regra da razão prescinde da apreciação dos efeitos positivos decorrentes de um determinado ato, ou seja, a contraposição entre as restrições que decorrem do ato e as eficiências dele resultantes.

Nesse sentido, o Anexo II da Resolução 20 do CADE, de 09 de junho de 1999, prevê:

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 prática.

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.

PFEIFFER (2003, p. 78) elenca alguns motivos que explicam a racionalidade individual das restrições verticais e podem justificá-las economicamente: (i) existência de custos de transação; (ii) considerações tecnológicas; (iii) comportamento oportunista relacionado com a presença de ativos específicos e com problemas de racionalidade limitada; (iv) eliminação de

monopólios sucessivos; (v) extensão de monopólio; (vi) estratégia de concorrência contra rivais efetivos ou potenciais; (vii) influenciar a quantidade ou qualidade dos recursos empregados na venda a varejo do produto; (viii) atrair o interesse da rede de distribuição na venda do produto; (ix) sustentar segmentação do mercado; (x) elevar os custos de troca ou de busca.

A doutrina costuma identificar quatro principais tipos de restrições verticais (em verdade, cláusulas que costumam ser acordadas ou impostas por uma das partes nos chamados *contratos da distribuição*, como concessão comercial, franquia e outros): (i) determinação dos preços de revenda; (ii) divisão de mercado; (iii) vendas casadas; e (iv) exclusividade (FORGIONI, 2005, p. 429).

Atendo-se à análise do impacto da exclusividade no processo de concorrência, cite-se os entendimentos de SAVATIER e BERLE JR (*apud* SIQUEIRA, 2002, p. 65-67), tendo o primeiro afirmado que a exclusividade é um instrumento jurídico de conseqüências monopolísticas que implica a valorização das empresas contratantes; enquanto o segundo, ao contrário, defendeu que a exclusividade constitui um dos eficientes instrumentos do atual estágio do capitalismo empresarial.

Na doutrina brasileira, cite-se BARBOSA (1997, p. 119) que acredita que a exclusividade só é razoável enquanto assegurar, ao seu beneficiário, lucros proporcionais ao risco assumido e ao trabalho despendido.

KRASSER (*apud* SIQUEIRA, 2002, p. 67) aponta determinadas condições para que a exclusividade prevista em instrumento contratual seja válida: a obrigação estabelecida na relação comercial exclusiva deve ser recíproca e limitada no tempo, no espaço, na extensão e no objeto; e deve trazer benefícios para o consumidor.

SIQUEIRA, por sua vez, conclui que a exclusividade implica certas situações monopolísticas na economia de um mercado livre, mas que determinados negócios como, por exemplo, a concessão de venda, necessitam da presença de pactuação de certa exclusividade, para zelar pela integridade e o prestígio da marca.

De fato, os acordos verticais eram vistos antigamente com extrema cautela pelas autoridades antitruste e pelo Poder Judiciário. Posição esta que foi alterada nos últimos anos, sobretudo nos Estados Unidos, por influência da Escola de Chicago.

Embora produzindo benefícios, tais como o aumento das eficiências alocativas e a diminuição dos custos de transação, os acordos verticais podem restringir a concorrência por variadas razões. Podem impedir que concorrentes tenham acesso aos canais utilizados e limitar o acesso de novos competidores que pretendam se estabelecer na região (potenciais entrantes). Nesse sentido, FORGIONI e GRAU (2005, p. 200) citam SULLIVAN e HOVENKAMP: “A restrição vertical pode ser usada para [...] criar barreiras que excluem a competição⁵”.

PFEIFFER (2003, p. 78) afirma que as restrições verticais são consideradas anticompetitivas quando impliquem a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda, quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte dos ofertantes.

Esclareça-se que, para que o acordo vertical em que se convencionou cláusula de exclusividade seja disciplinado pela Lei Antitruste, não é necessário que haja uma relação direta de concorrência entre os agentes econômicos. Nas palavras

⁵ Do original: “*The vertical restraint may be used to [...] create barriers that foreclose competition*”.

de SHIEBER (apud FORGIONI, 2005, p. 419), trata-se de “acordos entre empresas não-concorrentes em restrição da concorrência”.

Para determinar a incidência da lei antitruste, faz-se necessária a indicação precisa de qual concorrência se trata, não bastando afirmar genericamente que a concorrência está sendo prejudicada. Deve-se verificar se a convenção de exclusividade configura uma infração à ordem econômica, determinando a incidência dos seus art. 20, I, e do art. 21, IV e VI⁶, na medida em que restrinja a concorrência entre os agentes econômicos participantes do mercado relevante delimitado.

O art. 20 determina quais atos dos agentes econômicos no ambiente concorrencial constituem infração da ordem econômica, definindo-os conforme produzam ou apresentem potencialidade para produzir quatro efeitos determinados, conforme segue:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros;
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Dessa forma, somente os atos que produzirem ou sejam capazes de produzir algum desses efeitos, mesmo sem a caracterização de culpa por parte do agente, é que serão considerados uma infração à ordem econômica.

⁶ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; [...]

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; [...]

O inciso I do art. 20 prevê como um dos efeitos reprimíveis a limitação, falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa. Enquadra-se nesta hipótese o ato que tenha como efeito ou, no mínimo, traga a potencialidade de limitar, falsear ou de prejudicar a liberdade econômica.

No tocante à dominação de mercados, o efeito previsto no inc. II do art. 21, frise-se aqui que a conquista de mercado que for resultante de um processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito.

Em relação ao efeito que reza o inc. IV do art. 21, o exercício de forma abusiva de posição dominante, o § 2º desse mesmo artigo determina que ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de um mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. A existência de posição dominante é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) do mercado relevante, sendo que, para setores específicos da economia, este percentual poderá ser alterado pelo CADE.

Paula FORGIONI (1998, p. 269), ao definir o que seja posição dominante, esclarece:

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.

O art. 21 da Lei Antitruste, por sua vez, traz um elenco de condutas consideradas infracionais à ordem econômica, conforme produzam os efeitos previstos no art. 20 que o antecede. Trata-se de um rol meramente exemplificativo, não sendo exaustivo em sua previsão. Com efeito, a conduta de um agente

econômico que venha a produzir qualquer dos efeitos mencionados constituirá uma infração à ordem econômica, independentemente de sua descrição exata encontrarse no art. 21.

FORGIONI (2005, p. 447), enumera os efeitos anticoncorrenciais da exclusividade como sendo o fechamento do mercado, o aumento de custos dos concorrentes e a diminuição das opções do consumidor. Explica que a exclusividade pode, em potência, fechar o mercado aos concorrentes, pois:

A partir do momento em que o distribuidor vincula-se a um só fornecedor, comercializando apenas uma marca, os concorrentes desse fabricante podem perder um importante canal de escoamento da sua produção. Assim, os principais efeitos da exclusividade far-se-ão sentir no chamado mercado entremarcas. Pensemos, por exemplo, no caso de um fabricante de refrigerantes deter poder econômico a ponto de impor aos supermercados cláusula de exclusividade; seu concorrente não conseguirá escoar a produção. É certo que, nessa hipótese, poder-se-ia alegar que as bebidas também são vendidas em restaurantes, bares e similares (alargando-se dessa forma o mercado relevante); mas é fato que um grande canal de distribuição seria fechado, prejudicando o desempenho das atividades comerciais dos outros produtores.

Afirma a autora que um mercado em que os distribuidores estejam ligados à cláusula de exclusividade pode significar o aumento de barreiras à entrada de novos agentes, especialmente porque deverão incidir em elevados custos para instalar rede alternativa de escoamento de produção (FORGIONI, 2005, p. 451-452).

Pensemos, por exemplo, no sistema brasileiro de distribuição de veículos automotores. É fato que um novo entrante desse mercado teria como uma das principais barreiras a transpor o estabelecimento de uma rede de concessionárias. Realmente, aqueles sujeitos que já atuam no setor são *exclusivos* das montadoras aqui já estabelecidas e não podem comercializar veículos novos de outras marcas. Igualmente, ao cooptar os mais eficientes distribuidores, um fabricante pode obrigar seus concorrentes a valerem-se de concessionários que desempenham suas atividades de forma não tão satisfatória. Mas em que medida tal efeito caracterizaria a exclusividade como anticompetitiva? (...) Nos contratos de distribuição não subsumíveis à Lei Ferrari, a resposta dependerá do impacto anticoncorrencial do fechamento do mercado.

Ainda, a exclusividade diminui a opção dos consumidores, já que, nos locais de venda vinculados por esses acordos, o consumidor somente encontrará a gama de produtos de um determinado fabricante. No entanto, o impacto sempre dependerá do mercado analisado no caso concreto (FORGIONI, 2005, p. 455).

Não se pode examinar os acordos verticais sob o ponto de vista jurídico senão mediante uma apreciação caso a caso, de forma a individuar os efeitos anticompetitivos que serão produzidos dentro de um determinado mercado relevante. A disciplina jurídica dos acordos verticais mostra-se avessa ao estabelecimento de regras fixas e imutáveis, como quer parte da moderna teoria econômica (FORGIONI, 2005, p. 461).

O que não pode ser admitido, no Brasil, é o indiscriminado transplante de teorias econômicas que versam sobre a eficiência dos acordos verticais ou ainda a aplicação de proibições *per se*, desconsiderando-se a política que se pretende atuar e que deve estar espelhada, justamente nos princípios orientadores da matéria.

A previsão de exclusividade deve ser uma exceção, por significar uma restrição à livre concorrência e à livre iniciativa, devendo ter a sua possibilidade, limites e fundamentos especificamente delineados.

As convenções impeditivas ou restritivas da liberdade econômica individual vêm sendo admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, tanto no Brasil como em outros países, desde que preencham as seguintes condições: i) a existência de interesse legítimo e ii) a previsão de limites.

SERRA (1970, p. 12), em sua obra “L’obligation de non concurrence”, prevê as duas condições supracitadas:

Então, uma restrição da concorrência é válida sob uma dupla condição, uma positiva, - a existência de um interesse legítimo – que deve existir quanto à pessoa do credor de não concorrência, outra negativa, voltada à liberdade

individual – que deve se verificar quanto à pessoa do devedor de não-concorrência: a restrição deve ser limitada, no tempo e no espaço.⁷

Existência de interesse legítimo traduz a necessidade de haver uma condição justificadora para que a restrição à liberdade econômica individual seja válida. É necessário que a convenção restritiva corresponda a um interesse legítimo da parte credora da obrigação de exclusividade, via de regra, a proteção de uma clientela e de um fundo de comércio.

Previsão de limites é a condição de validade que se perfaz pela existência de uma previsão precisa de objeto, tempo e espaço para a vigência da convenção restritiva, a fim de que a liberdade individual da parte devedora não seja de todo suprimida.

Assim, as disposições restritivas da concorrência só poderão limitar a liberdade individual da parte destinatária, dentro de limites precisos, quais sejam:

- (i) *limite de objeto*: a restrição deve se referir sempre ao ramo de atividade desenvolvida pelo empresário titular da clientela, e não a outro tipo de atividade empresarial;
- (ii) *limite no espaço*: a obrigação de não-concorrer deve se limitar à zona em que se trava a concorrência, não sendo válida fora do âmbito de influência dos estabelecimentos concorrentes;
- (iii) *limite no tempo*: a obrigação não pode impor ao devedor uma abstenção permanente de concorrência a ponto de configurar renúncia definitiva do direito de exercer determinada atividade econômica.

⁷ Do original: “Ainsi, une interdiction de concurrence n’est valable qu’à une double condition, l’une, positive, - l’existence d’un intérêt légitime – qui doit exister dans la personne du créancier de non concurrence, l’autre, négative, - portée à la liberté individuelle – qui doit se vérifier dans la personne du débiteur de non concurrence: l’interdiction doit être limitée, soit dans le temps, soit dans l’espace”.

COELHO (2004, p. 243) explica que a validade das cláusulas contratuais de disciplina da concorrência podem ser válidas conforme atendam a determinados fatores:

O critério mais relevante é o da preservação do livre mercado. [...] Em outros termos, a validade da disciplina contratual da concorrência depende da preservação de margem para a competição entre os contratantes; ou seja, a definição de limites materiais, temporais e espaciais. Em concreto, a vedação não pode dizer respeito a todas as atividades econômicas, nem deixar de possuir delimitações no tempo ou no espaço.

Cumpra analisar a necessidade desses requisitos apresentarem-se cumulativamente ou alternativamente para a validade das convenções restritivas da liberdade econômica, bem como perquirir acerca da possibilidade dessa espécie de pactuação trazer efeitos nocivos à concorrência, os quais são punidos pela lei antitruste brasileira, Lei nº 8.884 de 1994.

LEÃES (1998, p. 234) defende que o limite temporal deve estar sempre presente, constituindo condição de validade *sine qua non* de todo e qualquer pacto de abstenção de concorrência empresarial, sob pena de vir a ser considerado nulo por consubstanciar renúncia abdicativa de um direito irrenunciável: o direito-garantia de exercer livremente qualquer atividade econômica constitucionalmente declarado no parágrafo único do art. 170.

Na Itália, as disposições legais sobre a matéria também reputam imprescindível a limitação temporal da interdição convencional da liberdade empresarial, exigindo a concorrência de pelo menos uma das duas outras espécies de limitações: de objeto ou de espaço.⁸ A corrente doutrinária adepto da qual se mostra ASCARELLI (1960, p. 400) exige a concorrência das restrições de objeto e de espaço juntamente com a restrição temporal; enquanto outra corrente, defendida

⁸ Legislação italiana: interpretação sistemática dos arts. 2.596, 2.125 e 2.557, §§ 2º e 3º, do Código Civile e do art. 222 das Disposições Transitórias do Código Civile.

por AULETTA (1961, p. 93), defende que basta a existência alternativa de apenas uma das limitações ao lado da restrição temporal.

Em que pese as diferenças de entendimento entre as correntes doutrinárias italianas, note-se que a limitação temporal se mostra imprescindível para ambas. Chega-se a essa conclusão por meio da leitura sistemática dos artigos 2.596, 2.557, §§ 2º e 3º, do Código Civile, e do artigo 222 das disposições transitórias. No art. 2.596, o legislador dispõe que o pacto que limita a concorrência é válido se circunscrito a uma determinada zona ou a uma determinada atividade, mas que não poderá exceder à duração de cinco anos. Como efeito, se as partes não determinaram a duração do pacto ou a previram por mais de cinco anos, este só será válido durante o primeiro quinquênio. O art. 2.557, por sua vez, versa sobre as hipóteses de não-restabelecimento em caso de alienação do fundo de comércio, admitindo que o pacto de abstenção de concorrência ultrapasse os limites de objeto e localização, mas não autorizando, no entanto, que tenha duração excedente a cinco anos da transferência.

No Brasil, especificamente quanto à limitação temporal, prevalece o entendimento de que não se deve permitir uma restrição maior do que cinco anos. Tal posicionamento decorre da interpretação do art. 1.147 do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em que o legislador estabeleceu uma previsão quinquenal como o lapso temporal necessário para estabilizar o aviamento do fundo de comércio. Esse dispositivo fixou o que anteriormente já vinha sendo defendido pela doutrina e jurisprudência nacional, inspirados no direito italiano, e levou ao direito pátrio a compartilhar do mesmo limite temporal geralmente aceito pela legislação e jurisprudência de outros países europeus.

Embora existam algumas manifestações esparsas admitindo que o prazo da restrição possa ser outro, a regra geral é de que apenas se aceite uma limitação da concorrência pelo prazo máximo de cinco anos (FORGIONI e GRAU, 2005, p. 282).⁹

⁹ Posicionamento firmado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos Atos de Concentração n. 08012007269/00-27, 08012002103/99-81; 08012012312/99-98 e 08112002207/00-92.

4 CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATOS DE SHOPPING CENTER

O shopping center constitui “uma das mais significativas revoluções tecnológicas de caráter nitidamente organizacional das últimas décadas” (LANGONE, 1984, p.56), tendo o seu impulso oficial ocorrido nos Estados Unidos, logo após o término da II Guerra Mundial. No Brasil, o primeiro shopping center foi construído na cidade de São Paulo, em 1966, e tamanha foi a sua aceitação que rapidamente foram concebidos empreendimentos dessa natureza em diversas outras cidades do país.

De acordo com a definição da Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE, o shopping center é um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio, e que permaneçam, na sua maior parte, objeto de locação, ficando os locatários sujeitos à normas contratuais padronizadas que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada.¹⁰ Caracteriza-se, ainda, pelo fato de que o preço de locação varie, pelo menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários.

O empreendimento shopping center encerra um grupo de lojas que obedecem a um planejamento prévio e são unificadas não somente pela arquitetura, como também pela administração, estando sujeitas a normas contratuais padronizadas e devendo obedecer a uma distribuição no estabelecimento global, de acordo com o tamanho e os ramos de atuação.

¹⁰ Disponível em: <www.abrasce.com.br>. Acesso em 15 de setembro de 2007.

A íntima integração que existe entre o empreendedor do imóvel e os lojistas permite não apenas a participação daquele nos lucros dos lojistas, mas também estabelece um prévio planejamento para exploração do mercado. O cinema e a praça de alimentação agem como “âncoras” que, juntamente com as lojas de departamento, favorecem as lojas menores com os benefícios de seu aviamento.

Carlos Eduardo LANGONE (1984, p. 56) ressalta que o aspecto principal nos shopping centers não é o aparecimento de uma inovação de caráter físico e sim os ganhos de eficiência associados a uma realocação de fatores de produção.

O que caracteriza [...] a revolução tecnológica é a forma como foi reestruturada a combinação dos interesses dos investidores no shopping center e dos comerciantes, permitindo a exploração adequada das economias de escala e a internalização de externalidades, especialmente aquelas relacionadas com os gastos em 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 seu dinamismo e eficiência – é exatamente a relação contratual existente entre o empreendedor do shopping center e os comerciantes.

O tema shopping center tem trazido diversas dificuldades aos juristas brasileiros, pois não se apresenta como uma figura jurídica unitária e não há uma lei que o institua e o regule. A Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, dispõe sobre as locações de imóveis urbanos, fazendo menção ao contrato de locação em shopping center em seu art. 52, §4º e art. 54, mas aborda apenas os aspectos imobiliários, expressando um conjunto de obrigações mínimas e deixando o restante para ser solucionado em cada caso concreto.

Já se defendeu a caracterização da natureza jurídica do shopping como sociedade em conta de participação, condomínio, estabelecimento comercial, locação, instituição, *joint venture*, dentre outras, sendo que a maioria da doutrina tende hoje a concebê-lo como um complexo de contratos.

Frise-se que não é acertado enquadrar a figura do shopping center como uma forma societária, visto que não se faz presente nele a *affectio societatis*. A afeição de sócio, a confiança mútua, constitui uma das características mais marcantes das sociedades, o que visivelmente não acontece no centro comercial. Nele o empreendedor estabelece com os lojistas-locatários, por meio de um contrato de locação, o consenso pelo qual se obriga a transmitir o uso e gozo de um imóvel mediante o pagamento de um aluguel percentual, com a condição de entregá-lo findo o contrato (REQUIÃO, 1984, p.127).

REQUIÃO (1984, p. 130) defende que o shopping center é uma organização, mas que não chega a constituir uma instituição, sendo resultados de vários contratos diferentes que não se unem em uma idéia só. Afirma que os diversos contratos que surgem em torno da organização não se aglutinam, nem resultam em um novo contrato, e sim, apenas se congregam, se coligam, com a finalidade de disciplinar o empreendimento comum. Dessa forma, cada contrato permanece com a sua individualidade jurídica própria, embora unidos por laços econômicos de interesses entre seus membros, sem vir a constituir uma nova categoria jurídica. Daí a razão pela qual define o centro comercial não como um contrato, mas como uma organização fundada em vários contratos, que conjugados propiciam a harmonia, a coesão e o poderio do mecanismo que deles decorre.

Em entendimento diverso, GOMES (1993, p. 09) classifica o contrato de shopping center como um contrato atípico, ou inominado, misto, o qual se forma porque a transação nele contida é totalmente estranha aos tipos legais e porque nele se reúnem elementos de vários contratos.

Sobre a controvérsia, REQUIÃO (1984, p. 132) ressalta que independentemente de qual seja a concepção adotada sobre a natureza jurídica do

shopping center, seja a de grupo de contratos (contratos coligados), seja a de contrato atípico misto, os integrantes do shopping center não se vinculam entre si, visto que cada um deles dirige o seu próprio negócio, em seu próprio estabelecimento, dando-lhe o título particular que lhe aprouver, ao lado da denominação geral de centro comercial.

O shopping center constitui uma organização jurídica não personificada, que possui um fulcro de interesses globais, comuns a todos os sujeitos nele envolvidos, nitidamente diferenciados dos interesses individuais de cada lojista que o compõe. Um shopping center não equivale aos estabelecimentos que ele hospeda, isto é, tem um fundo empresarial distinto dos fundos particulares pertencentes aos lojistas que contém. O fundo de comércio do shopping se consubstancia na própria concepção do empreendimento, na distribuição inteligente e eficaz dos vários ramos de negócio (*tenant mix*), na estrutura organizacional, na administração, na idealização de campanhas promocionais. O comerciante lojista, por sua vez, detém a boa imagem do seu nome, marca e sinal distintivo, a especialização no ramo de negócio, o saber promover e vender produtos, o que lhe proporciona faturamento adequado, do qual o empreendedor participará (PFEIFFER, 2004, p. 11).

Como um dos precursores no estudo da composição do fundo de comércio nos shopping centers, PEREIRA (1984, p. 73) foi o primeiro a destacar a existência de uma duplicidade de conceito de fundo de comércio dentro do shopping center: o fundo global do shopping e o fundo constituído pelo usuário. CARVALHOSA (1991, p.167), por outro lado defende existir um único fundo de comércio, indivisível, mas de dois titulares: o empreendedor de um lado e o lojista de outro. Já PROENÇA (2001) entende que existem dois fundos de comércio, sendo um do empreendedor e o outro dos lojistas, os quais se unem em um sobrefundo de dupla titularidade.

O shopping em si tem um fundo de comércio próprio, constituído pelo conjunto de facilidades proporcionadas aos lojistas, como a própria concepção do empreendimento, o *tenant mix* (distribuição eficaz dos vários ramos do negócio), a sua estrutura organizacional, a administração e a idealização de campanhas promocionais. De acordo com os ensinamentos de LEÃES (1998, p. 237), esse sobrefundo do shopping center se agrega aos fundos singulares dos estabelecimentos, imprimindo-lhe uma maior capacidade na captação de clientes.

De fato, os clientes de um shopping não procuram uma de suas lojas estimulados apenas pela imagem ou atributo específico que a mesma desfruta, nem tampouco, são motivados exclusivamente pelas facilidades do centro comercial. Ambos são focos de atração distintos para os seus clientes.

Segundo REQUIÃO (1984, p. 133), é evidente que uma organização dessa natureza não se conteria dentro do sumário quadro estrutural do tradicional e velho contrato de locação, nem se limitaria ao sistema do preço da locação pago em valor fixo em dinheiro. O shopping center tem sua remuneração normalmente estipulada sob a forma de uma parcela variável, que consiste em uma porcentagem do faturamento bruto mensal do estabelecimento. O empreendedor não pretende remunerar o seu investimento apenas com o aluguel fixo, mas com uma participação na porcentagem do resultado das vendas das lojas locadas.

MAMEDE (2000, p. 95) afirma que esse aluguel variável tem como função remunerar o empreendedor/administrador pelos seus investimentos e pelo seu trabalho de administração da estrutura comercial e de engenharia mercadológica.

Ainda nessa linha, GOMES (1993, p. 10) define os dois tipos de alugueres:

1) aluguel mínimo; 2) aluguel percentual. O primeiro é representado por uma prestação pecuniária reajustável periodicamente com indexação preestabelecida, a ser cumprida independentemente de qualquer

circunstância. Entre os dois há uma relação de convergência assim expressa: se o valor do aluguel percentual apurado for superior ao valor do aluguel mínimo, o lojista pagará ao dono do shopping center a quantia correspondente à diferença entre os dois. Por isso mesmo o aluguel percentual só é exigível se o faturamento da loja permitir que ultrapasse, calcula a participação pelo critério acordado, a soma representativa do aluguel mínimo.

Na dinâmica dos shopping centers é comum a presença de regras que limitam a atuação dos lojistas, as quais são estabelecidas nos regimentos internos ou nos contratos de locação de espaço firmados com o empreendedor. Dentre elas encontramos convenções de exclusividade, com a finalidade de fixar limites à competição entre lojistas ou entre eles e o centro comercial como um todo. Algumas dessas limitações são consideradas válidas, pois necessárias à eficiência do negócio, e outras não.

A falta de legislação específica para os contratos envolvendo shopping centers no Brasil, que defina exatamente os direitos e deveres dos lojistas e dos empreendedores, favorece a que o risco do empreendedor seja totalmente terceirizado para o lojista, frente a disposições contratuais muitas vezes consideradas abusivas.

Das disposições comuns ao contrato de locação de espaços comerciais em shopping centers, examina-se aqui a chamada cláusula de raio, analisando sua validade e os efeitos que ela pode trazer ao negócio e, em perspectiva macroeconômica, ao ambiente concorrencial.

Cláusula de raio constitui uma estipulação comumente incluída nos atuais contratos de locação de espaços em shopping centers, por meio da qual o locatário de um espaço comercial se obriga perante o empreendedor a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado em determinado raio nas proximidades daquele shopping.

A cláusula de raio é uma pactuação restritiva da liberdade de iniciativa e concorrência. Trata-se, em verdade, de uma obrigação de exclusividade, pois se dá entre cada lojista e o empreendedor do shopping center, em uma relação vertical. Mais especificamente, caracteriza-se como uma cláusula de exclusividade territorial, que se apresenta como uma limitação à liberdade individual do lojista de escolher o parceiro contratual em determinado raio na vizinhança, contado do centro do terreno do shopping center (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 246).

Nesse sentido, a cláusula de raio não deve ser concebida como uma convenção de não concorrência, visto que não constitui uma limitação de atuação pactuada entre os lojistas, agentes econômicos pertencentes ao mesmo mercado relevante, mas sim, vincula partes que não se encontram em posição horizontal, configurando-se mais propriamente como um acordo vertical entre os lojistas e o empreendedor. A existência de relação vertical entre os lojistas e a administradora do shopping center é que lhe retira o caráter clássico de parceria, de comunhão de interesses.

Em verdade, os lojistas são também clientes do “produto shopping center”, assim como os consumidores frequentadores. É inegável, no entanto, que essa relação vertical é *sui generis*, em virtude de também estarem presentes alguns interesses comuns entre lojistas e a administradora do shopping center, mas não ao ponto, de equipará-los a uma sociedade ou a uma espécie de *joint venture*.

4.1 APRECIÇÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA DE RAIOS

Frente a indícios de que as cláusulas de raio implicam um prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa e procuram impedir o acesso de novas empresas ao

mercado, cumpre verificar se tal pactuação configura hipótese de infração à ordem econômica, reprimida pelos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.

Os órgãos do sistema brasileiro de defesa da concorrência, ao se deparar com a necessidade de resolver determinados casos em que a prática de pactuação de exclusividade territorial por meio de cláusula de raio foi questionada, entendem não constituir esta um ilícito *per se* e, seguindo a orientação dos tribunais americanos e ingleses, têm defendido a aplicação da *regra da razão* em sua apreciação.

A conduta do empreendedor de proibir os lojistas de instalarem novos estabelecimentos nas proximidades do shopping center deve ser apreciada de forma a buscar as eficiências que o empreendimento traz à concorrência e contrabalanceá-las com as restrições impostas. Por meio de uma interpretação razoável, julga-se acerca da possibilidade de permanência da conduta na relação contratual sem que traga prejuízos não razoáveis à concorrência.

4.1.1 Definição do Mercado Relevante

Para uma apreciação da conduta faz-se necessário, primeiramente, se estabelecer precisamente o mercado relevante em que as relações se travam. Este deve ser analisado na dimensão produto e na dimensão geográfica.

Entende-se por *mercado relevante do produto*, “todos os produtos/serviços substituíveis entre si pelo consumidor, devido às suas características, preço e utilização” e por *mercado relevante geográfico*, “a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente

homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços” (Resolução do CADE nº 15, 1998).

Para se delimitar o mercado relevante é necessário procurar estabelecer um grupo de produtos e uma área geográfica na qual um monopolista poderia elevar seus preços e auferir maiores lucros com tal situação. Deve-se observar a reação da demanda à hipotética majoração de preços, visto que não será compensadora no caso de os consumidores terem condições de optar por outros produtos e lugares. São, portanto, fatores delimitadores do mercado relevante, o número de ofertantes, as facilidades de locomoção e o grau de substitutibilidade dos produtos.

No caso da apreciação de uma cláusula de raio, o mercado relevante poderia ser o de espaços para locação comercial (lojas de rua e shopping centers) – sob a ótica do produto; e a área total correspondente ao raio estipulado em torno do shopping center¹¹ – sob a ótica geográfica. No entanto, há motivos verossímeis para definir o mercado relevante de forma diferente, quando não houver notícia da existência de comércio de rua de significativa importância no raio determinado, com o mesmo perfil do *tenant mix* do shopping center em exame, que estivesse dentro de uma estratégia natural de expansão dos lojistas; ou, ainda que houvesse tal comércio de rua, quando a cláusula de raio só foi colocada em prática contra outros shoppings, pois somente neles houve dupla instalação de lojistas no raio, não havendo notícia de aplicação da cláusula em relação à instalação de lojista em outro local situado na área; e, principalmente, porque os efeitos da cláusula dirigem-se à concorrência entre shopping centers que, em virtude das peculiaridades de tal negócio, pode ser considerado um mercado apartado (PFEIFFER, 2004, p. 05).

¹¹ Área correspondente à cláusula de exclusividade territorial que determina o raio, obtida com a fórmula da área de um círculo: πr^2 (letra grega pi multiplicando o raio elevado ao quadrado).

4.1.1.1 Mercado relevante do produto

O shopping center agrega uma combinação de elementos, como a localização do empreendimento, o mix de lojas, a arquitetura e a ambientação, a organização administrativa e os amplos serviços ao consumidor (estacionamento, lazer, segurança, etc.) que o diferencia das lojas de rua, apresentando inúmeras vantagens aos consumidores.

Conforme as conclusões do parecer da Secretaria de Direito Econômico - SDE, no Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13, o shopping center se diferencia do comércio varejista de rua em virtude de características próprias, tais como as facilidades que esses estabelecimentos proporcionam ao consumidor, maior segurança, conforto, economia de tempo e variedade de lojas selecionadas, sendo que tal distinção fica ainda mais evidente quando o shopping é extremamente diferenciado verticalmente e já tiver se consolidado no mercado como uma referência.

Nas palavras do Conselheiro do CADE, PFEIFFER (2004, p. 06), no julgamento daquele processo administrativo:

O shopping center é, sem dúvida nenhuma, um local de compras e serviços diferenciado, não podendo assim ser comparado com as tradicionais lojas de rua ou quaisquer outros pontos de vendas no varejo e de prestações de serviços tidos como tradicionais.

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 seu público-alvo. Dessa forma, os shopping centers

possuem uma peculiaridade em face do comércio de rua, devido à utilidade, praticidade, comodidade e segurança que trazem para a população.

Ademais, a distinção entre shoppings e comércio de rua pode ser comprovada por meio da pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento de Mercado (CADE, PA 08012.002841/2001-13, p. 434-457) sobre o perfil dos clientes dos shopping centers. Os dados da pesquisa mostram que a maioria dos entrevistados prefere comprar roupas, calçados e CD's em shopping centers, mesmo considerando que os preços possam ser mais elevados do que os praticados no comércio varejista de rua.

Caracterizado por um tipo de comércio sensivelmente diferenciado do comércio de rua, os shoppings constituem-se em um mercado relevante à parte. Concorrendo entre si por meio da oferta eficiente de serviços (VASCONCELOS, 2007, p. 10).

Existem ainda subdivisões dentro do mercado de shopping centers, determinadas conforme o tipo do shopping e do público freqüentador. De acordo com a ABRASCE, os shoppings podem, assim, ser classificados quanto ao tipo: regionais (58,9% do total), comunitários (27,61%), de vizinhança (6,75%), especializados (4,91%) e festival centers (1,84%).

Para definição do mercado relevante, então, é pertinente a idéia de uma segmentação de shopping centers. No entanto, para haver pertinência nessa segmentação e para que ela seja eficiente, devem estar presentes os seguintes elementos: a) reconhecimento público de que há um sub-mercado importante do ponto de vista econômico; b) características e usos peculiares de um dado produto; c) instalações diferenciadas; d) clientes distintos; e) preços distintos; f) sensibilidade a mudanças de preços; e g) vendedores especializados (PFEIFFER, 2004, p. 07).

Com base nesses critérios basilares de uma segmentação eficiente do mercado relevante, considera-se que existem elementos suficientes que justifiquem a segmentação do mercado relevante do produto para shopping centers, podendo ser fixado, por exemplo, como mercado relevante de shopping centers de alto padrão ou de shopping centers regionais, por exemplo, conforme a configuração da sua destinação.

De acordo com a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento de Mercado (CADE, PA 08012.002841/2001-13, p. 434-457), os percentuais de preferência para realizar compras em shopping centers elevam-se nas classes A e B, devido à diferenciação e à consolidação dos empreendimentos no mercado. A diferença no padrão de comportamento entre as classes sociais, na demanda por produtos e serviços em shopping centers, indicada pela pesquisa, aponta para a existência de uma segmentação dos shopping centers por poder aquisitivo. Como as classes sociais possuem necessidades distintas quando vão a um shopping center, esses espaços comerciais são obrigados a se diferenciarem por público freqüentador, dada a dificuldade de atender com eficiência a necessidades díspares. A diferenciação do perfil do público freqüentador de cada shopping é uma prova incontestável da diferenciação existente entre os shopping centers.

A definição do mercado relevante deve traduzir o reconhecimento da exploração do negócio de shopping center em si, que envolve atividades mais complexas do que a simples locação de espaços comerciais.

Para corroborar a assertiva de ser o shopping center um mercado autônomo, transcreva-se algumas considerações da decisão do Processo

Administrativo nº 08012.009991/98-82 (CADE, 2003, pg. 12-13), que também analisou o negócio de shopping center:

Tais centros comerciais nos remetem a uma tese bem aceita nos círculos econômicos hoje em dia: de que as aglomerações econômicas são resultado de uma espécie de mutualismo entre as empresas que compartilham o mesmo local. [...]

Dado que existem externalidades e economias de aglomeração quando várias lojas estão dispostas em uma mesma localidade, o negócio dos shopping centers pode ser entendido como um potencializador de tais fatores, a fim de atrair mais clientes para os lojistas. Assim, a administração do shopping faz com que tais externalidades e economias de aglomeração sejam apropriadas não só pelos lojistas, como também pelos clientes que podem se beneficiar da existência de um espaço onde, além de encontrar as lojas que desejam, também têm à sua disposição toda uma gama de outros serviços, tais como praça de alimentação, cinema, estacionamento, entre outros.

Assim, o negócio de shopping center é justamente promover esse espaço, onde lojistas e clientes e lojistas se unem para realizar uma transação mutuamente benéfica. [...]

A literatura econômica tem estudado esse tipo muito particular de mercado, chamando-o de mercado de dois-lados (two sided markets). Nele existem dois tipos de consumidores que necessitam um do outro, os quais o dono do negócio tem que atrair para que ele tenha um produto a oferecer. [...]

Como demonstrado, a idéia de que o consumidor final é cliente apenas do lojista e não do shopping center é equivocada. Apesar do consumidor realizar a compra na loja, ele também é cliente do shopping, não só porque este auferes lucros a partir do aluguel cobrado com base no faturamento variável das lojas, mas também porque o shopping vende a comodidade para as compras.

4.1.1.2 Mercado relevante geográfico

Embora a intuição leve a uma interpretação de que o raio estabelecido pela cláusula de raio seria o correspondente ao mercado relevante geográfico, se este fosse o adotado haveria distorções. Há que se analisar se há uma limitação à concorrência não apenas no raio em questão, mas sim, em toda área na qual se trava a concorrência entre o shopping center e seus efetivos competidores. Dessa forma, deve-se ampliar a abrangência do mercado geográfico para toda área de

influência do shopping, para que seja averiguado o real impacto concorrencial da cláusula em questão.

Para definição do mercado relevante geográfico, a Secretaria de Direito Econômico, em seu parecer no Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43, ressaltou que é necessário delimitar a área máxima que os consumidores (lojistas/compradores) do shopping estariam dispostos a percorrer na hipótese de um abuso de posição dominante, o que permitiria conhecer todos os shopping centers que concorrem diretamente com o shopping em exame.

Devem ser levantados os vários fatores que influenciam na locomoção dos freqüentadores do shopping center analisado, além de apontar os bairros da cidade que apresentam consumidores com o poder aquisitivo característico dos clientes do shopping, definido quando da fixação do mercado relevante do produto. A pesquisa deve apontar as regiões da cidade que correspondam às mais expressivas origens e destinos dos freqüentadores do shopping e, inclusive, deve-se entrevistar lojistas acerca de quais shoppings poderiam ser alternativos para instalação de novas lojas suas e definir para quais regiões da cidade as suas respostas apontam.

A SDE demonstrou o entendimento de ser pertinente delimitar o mercado geográfico seguindo a linha de inserir no mesmo mercado apenas os agentes econômicos que se encontram no nível de diferenciação do shopping em exame. Dessa forma, define-se como mercado relevante os shopping centers de determinado padrão (mercado relevante do produto) e estabelecidos em determinadas zonas da cidade (mercado relevante geográfico) que realmente se encontram no nível de diferenciação do shopping analisado.

4.1.2 Configuração do Poder de Mercado

O padrão de concorrência no mercado de shopping center está baseado na diferenciação de produtos. Nesse sentido, a estratégia do empreendedor busca claramente diferenciar seu “produto” verticalmente por meio da criação de uma imagem de shopping de maior qualidade. (CADE, PA nº 08012.009991/98-82, 2003, p. 37).

Há uma série de características que conferem poder de mercado ao shopping center sobre os lojistas interessados em espaços para locação comercial em centros comerciais.

A imagem consolidada de um shopping center agrega valor às lojas que lá se instalam, fazendo com que os lojistas aceitem celebrar um contrato com cláusulas possivelmente restritivas para, em troca, conseguir manter um ponto com maior faturamento ou, ainda, associar sua imagem ao shopping. Preferem celebrar um contrato padrão, que inclua a cláusula de raio, a arcar com o ônus da mudança para outros estabelecimentos. Por outro lado, essa imagem do shopping faz com que o investimento do lojista seja menos arriscado quando comparado à instalação em shoppings recém-inaugurados ou que ainda estão construindo a sua imagem nesse mercado.

No cálculo feito pelos lojistas do custo e retorno de seu investimento, pode ser mais rentável manter a loja no shopping center a ficar impedido de permanecer no shopping para abrir lojas nos shoppings atingidos pela cláusula de restrição territorial.

Ademais, o faturamento anual de vendas e a receita anual de aluguéis são elementos bastante úteis para auferir o poder de mercado de um shopping center.

Cite-se a conclusão manifestada no Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82 (PFEIFFER, 2003), quanto aos preços cobrados por metro quadrado pelo Shopping Center Iguatemi de São Paulo:

[N]o que se refere à inferência de poder de mercado, o importante é que de fato o Iguatemi consegue cobrar preços acima de seus custos marginais, seja simplesmente por causa da diferenciação ou por outros critérios de eficiência, e mais do que isso, ele consegue cobrar preços muito superiores aos de seus concorrentes. Assim, o fato de os lojistas sujeitarem-se a pagar preço maior para estar no Shopping Center Iguatemi atesta a inequívoca incidência do poder de mercado.

Com a mesma conclusão, cite-se a decisão do Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82 quanto à apuração de poder de mercado do Shopping Center Iguatemi de São Paulo:

Considerando-se as principais variáveis de diferenciação de shopping centers, o Iguatemi ocupa uma situação singular quanto à diferenciação vertical, uma vez que o shopping mais próximo está tolhido pela cláusula de raio. Fora dessa área, os demais shoppings, apesar de estarem distantes no espaço de diferenciação horizontal, poderiam promover essa competição ao tentar se diferenciar verticalmente. Poderiam, caso as condições de concorrência não sofressem nenhuma restrição, particularmente a referente às cláusulas de exclusividade.

Esse quadro [...] assume traços bastante peculiares em razão de o mesmo ser pioneiro em shopping centers em São Paulo e o primeiro em shopping centers de alto padrão. É a vantagem conhecida na literatura econômica como *“first-mover advantage”*, que lhe confere uma posição de preferência dentre lojas voltadas para o público classe A [...].

Pelo exposto, em consonância com o entendimento da SDE e de precedentes desse próprio conselho, conclui-se pela existência de poder de mercado por parte do Shopping Iguatemi.

4.1.3 Existência de Barreiras à Entrada

Faz-se necessário analisar a existência de barreiras à entrada quando do exame dos efeitos anticoncorrenciais de uma conduta, justamente para se inferir se existe a capacidade de a empresa manter o seu poder de mercado.

FERRAZ (1977, p. 23) afirma que, com base na igualdade assegurada como princípio e como direito subjetivo pelo art. 5º da Constituição Federal, entende-se que a concorrência entre as empresas não deve ser falseada por condições desiguais de acesso ao mercado.

Na doutrina existem posições diferenciadas quanto à definição de barreiras à entrada, mas de uma maneira geral, qualquer fator que impossibilite ou dificulte a entrada de concorrentes potenciais num mercado relevante pode ser considerada como uma barreira (BAIN, 1956).

No ramo do mercado de shopping centers há elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, que não se dão somente para a inauguração de um novo shopping center, mas também para que o novo empreendimento consiga se firmar no mercado, dentro do segmento.

Uma das primeiras variáveis que pode ser identificada como uma barreira à entrada no mercado de shopping centers é a escassez de espaços para locação em determinadas cidades. Nesse sentido, segue a conclusão do estudo de mercado elaborado por Francisco José de TOLEDO (1998, p. 1.337), na cidade de São Paulo:

Não há mais espaço de mercado em São Paulo para novos Shopping Centers regionais. (...) Daqui para frente surgirão Shopping Centers menores, chamados de Shopping Center de Vizinhança, que atenderão demandas de conveniência da comunidade próxima.

É comum que um shopping center dificulte a entrada de novos concorrentes, apesar de não a bloquear por completo, ao investir no conceito de um shopping diferenciado e por ter vantagens em relação aos demais shoppings já estabelecidos, deixando bastante dificultada a entrada destes no mesmo nicho de mercado. Como bem afirma PFEIFFER (2003, p. 46), num contexto em que o padrão de concorrência se baseia na diferenciação, é importante analisar se a

cláusula de exclusividade territorial presente em alguns contratos de locação em shopping centers funciona como uma barreira suplementar que pode restringir a possibilidade de elevação ou diversificação do padrão de cada um dos shoppings do mercado relevante fixado.

O acesso às lojas de que o empreendedor precisa para se diferenciar é questão crucial. Sem acesso às lojas que desejam, os demais empreendimentos não podem se diferenciar e, conseqüentemente, não têm como concorrer com o empreendedor detentor da exclusividade a determinados lojistas naquela extensão territorial, no que se refere à reputação de sofisticação de que este dispõe. Portanto, o não acesso às lojas pode ser tratado como uma barreira artificial à entrada de outros shoppings no nicho em que atua o empreendedor (PFEIFFER, 2003, p. 46). Agora, se esta barreira erigida traduz ou não um fechamento de mercado, terá que ser analisado frente às condições de cada caso concreto.

4.2 DA RAZOABILIDADE DA CLÁUSULA DE RAIOS

Autores como Guilherme Calmon GAMA e Gladson MAMEDE, dentre outros, consideram a cláusula de raio inválida, caracterizando-a inclusive como uma cláusula leonina, a qual é imposta pelo empreendedor sem que o lojista possa alterar ou modificar, deixando ao arbítrio do locador a possibilidade de se inaugurar novo estabelecimento próximo ao shopping center.

Segundo o entendimento de GAMA (2002, p. 224):

[C]uida-se de hipótese de condição potestativa pura, vedada no ordenamento jurídico civil, com base na regra contida no artigo 115,

segunda parte, do Código Civil. É de se reconhecer, pois, cuidar-se de cláusula ilícita, por encerrar abusividade evidente.

De acordo com os ensinamentos de MAMEDE (2000, p. 110), as cláusulas de raio significam um abuso injustificável que contraria diversas normas jurídicas. Primeiramente, porque a Constituição Federal não permite que sejam postos limites à capacidade dos cidadãos de agir e de livre concorrer, seja individualmente, seja organizados em pessoas jurídicas. E, inclusive, porque a livre iniciativa é fundamento da República, definido pelo art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, alocado justamente no momento fundamental da ordem jurídica, logo no primeiro artigo da Constituição. Esse princípio é adiante reafirmado na Norma Maior, no art. 170, *caput*, artigo esse que consagra também, em seu inciso IV, o princípio da livre concorrência.

Em um exame da razoabilidade da cláusula de raio em cada caso concreto, é inevitável averiguar-se se ela atende aos requisitos de validade e eficácia que permitem a admissão das convenções restritivas da liberdade de iniciativa e competição.

Como já visto, parte da doutrina aponta que a licitude dessa modalidade de cláusula depende da medida em que atenda às condições de validade e eficácia: (i) existência de um interesse legítimo e (ii) submissão a limitações de objeto, tempo e lugar; com vistas a não permitir que se elimine a liberdade econômica individual dos lojistas, direito garantido constitucionalmente.

Não se considera a conduta em questão um ilícito *per se*, frente às disposições antitrustes brasileiras (Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994), mas nem mesmo pela aplicação da regra da razão - a qual prescinde da apreciação dos efeitos positivos decorrentes de um determinado ato em contraposição com as restrições que dele decorrem - a cláusula de raio pode ser aceita. Da análise dos

efeitos anticoncorrenciais no caso concreto, pode restar evidente um abuso injustificável e o não preenchimento dos requisitos de validade e eficácia exigidos.

A legislação antitruste permite o controle judicial e administrativo sobre cláusulas contratuais como aquelas que imponham determinada espécie de exclusividade, as quais, após devidamente analisadas sob a ótica da regra da razão, venham a ser consideradas como infringentes às normas de defesa da ordem econômica. Faça-se menção à ampla jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade da limitação da livre iniciativa, quando efetivada para fazer valer outros princípios constitucionais, como o da defesa do consumidor e o da defesa da livre concorrência.¹²

Se restar comprovado que a imposição de tal restrição aos lojistas é conduta que limita ou impede o acesso de novas empresas ao mercado e cria dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, acarretando um prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa, tratar-se-á de hipótese de infração à ordem econômica, reprimida pelos arts. 20, inciso I, e 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884 de 1994.

Com efeito, é necessário averiguar no caso concreto se a cláusula de raio acarreta para os outros shopping centers situados dentro do raio previsto o não acesso às lojas, o que pode ser tratado como uma barreira artificial à entrada de outros concorrentes no ramo em que atua o shopping.

LEÃES (1998, p. 239) defende que a proibição de se estabelecer com o mesmo negócio dentro de determinado raio só teria procedência quando possibilitasse o desvio de clientela do fundo objeto da locação, e afirma que isso não

¹² ADIMC-1003/DF, Rel. Celso de Mello; RE-199517/SP, Rel. Mauricio Correa; RE-203909/SC, Rel. Ilmar Galvao; RE 193.749, Rel. Mauricio Correa; RE-198107/SP, Rel. Moreira Alves; ADIQUO 319 - Tribunal Pleno - Rel. Moreira Alves e ADIMC-1094/DF, Rel. Carlos Velloso.

ocorre no caso do shopping center. Explica que o lojista, ao instalar outra loja fora do shopping center, ainda que em local próximo a ele ou mesmo em outro centro comercial, não desvia a clientela atraída pelas facilidades do empreendimento, que continuará a freqüentar a sua loja, lá instalada.

Ao novo estabelecimento afluirá a sua clientela pessoal, ou seja, o conjunto de pessoas a ele ligadas por laços subjetivos, que já tinha independentemente de estar a sua loja sediada ou não nas dependências do centro comercial. Para esses clientes, em particular, é absolutamente indiferente que o lojista se instale no interior do shopping, ou em local próximo, ou remoto, do shopping: a sua clientela fiel sempre o acompanhará, onde quer que localize os seus estabelecimentos.

O autor, em sentido contrário à concepção adota pelo sistema de defesa da concorrência, conclui que a cláusula de raio é ilícita em si, pois caso fosse admitida, o empreendedor estaria se apropriando de uma parcela dos fundos de comércio pertencente aos lojistas, por uma via indireta. Para ele, a modalidade de cláusula em apreço é abusiva e potestativa. Abusiva porque frequentemente estende a obrigação de não concorrer a devedores que sequer são partes dos contratos, como por exemplo, os sócios das sociedades locatárias; e potestativa porque subordina a validade da instalação do novo estabelecimento do lojista à mera e eventual vontade dos credores da obrigação (LEÃES, 1998, p. 240).

A cláusula de raio pactuada pode mostrar-se abusiva se impuser ao lojista locatário a abstenção permanente de se estabelecer em outro local, em determinado trecho territorial nas proximidades do shopping, sem apontar um limite temporal, pois implicaria na renúncia definitiva ao exercício de um direito irrenunciável, o direito de o lojista exercer livremente a atividade econômica, ainda que relativamente a uma restrita localidade.

MAMEDE (2000, p. 111) afirma que as cláusulas de raio são inconstitucionais, pois cerceiam o direito de agir economicamente e, ao mesmo

tempo, pretendem constituir mecanismo que impeça a concorrência. Ressalta o autor que não é legítimo ao empreendedor impor os seus interesses privados acima dos interesses públicos, que beneficiam à totalidade da nação. Para o autor, a subsunção da estipulação contratual da cláusula de raio à norma supracitada ao art. 20, inciso I, da Lei n. 8.884/1994 é bastante clara, visto que a cláusula limita e prejudica a livre concorrência, afastando-a em um determinado trecho territorial e tolhendo a liberdade de iniciativa do lojista.

CERVEIRA FILHO (2003, p. 87), por sua vez, acredita que muitas das obrigações assumidas pelos lojistas, ao firmar um contrato de locação de espaço comercial em shopping center e aceitar as normas gerais regedoras do empreendimento, infringem frontalmente a lei, pois é visível o seu caráter abusivo:

A maioria das cláusulas converge em favor do empreendedor, que se julga a única parte poderosa da negociação, esquecendo-se, como sempre, que o seu parceiro é o lojista, e, mais, que tanto um como o outro tem o mesmo objetivo, ou seja, o lucro comum.[...]

Não há dúvida de que o lojista se submete a essas normas gerais por ser a parte mais fraca, e, principalmente, pelo fato de que, não se sujeitando a elas, não ingressaria no empreendimento.

O que é importante ressaltar é que o lojista geralmente não tem conhecimento da existência das normas gerais regedoras do empreendimento, e, quando tem ciência, já está desgastado, para não dizer esgotado, das tratativas preliminares com o empreendedor.

Explica o autor que, sob o manto de contrato atípico, se praticam os maiores abusos em matéria de locação em shopping centers. Isso porque as cláusulas são de tal ordem leoninas, que sufocam o locatário e não lhes assegura qualquer discordância. Em suas palavras, “o prato já está pronto sem direito à reclamação dos ingredientes e do tempero” (CERVEIRA FILHO, 2003, p. 17).

Em contraposição, há autores que defendem que a pactuação de raio é um mecanismo lícito de preservação do potencial de cada lojista em atrair público para o

empreendimento, cuja existência justifica-se para evitar que rivais façam cópia do *tenant mix* do shopping center.

Para CRISTOFARO (2003, p. 74), 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. Elas foram difundidas como meio de preservação dos interesses comuns à generalidade dos locatários e empreendedores dos shoppings.

No exame da licitude da cláusula de raio, pode-se enquadrá-la nos inc. IV (conduta que limita ou impede o acesso de novas empresas ao mercado) e V (cria dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços) do art. 21 da Lei nº 8.884/1994, dentre as demais condutas infracionais previstas, se produzir o efeito previsto no inc. I do art. 20 (acarretar prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa) e não trazer benefícios que o suplante.

Cite-se, a seguir, alguns casos já analisados pelo CADE em que se concluiu que a cláusula de raio, mesmo não considerada um ilícito *per se* e sendo avaliada sob a égide da razoabilidade, cerceava o direito de agir economicamente.

O Conselheiro do CADE, PFEIFFER (2003, p. 59), em decisão proferida no Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82, conclui que a cláusula de exclusividade imposta pelo Shopping Iguatemi a alguns lojistas visava permitir a cobrança de aluguel elevado, evitando a concorrência decorrente da estratégia de expansão do lojista para eventuais outros estabelecimentos, e evitar a concorrência de outros shoppings, criando um nicho em que se tornara monopolista.

Em seu voto, PFEIFFER afirmou a importância de se ponderar cuidadosamente numa análise antitruste os efeitos potenciais anticompetitivos e os

possíveis benefícios da prática, e teceu as seguintes conclusões em relação ao mercado de shopping centers:

Em primeiro lugar, faz parte da lógica do negócio que os lojistas estabeleçam suas lojas em mais de um shopping center, assim como também é normal que os consumidores finais freqüentem mais de um shopping. Em segundo lugar, em função do padrão de concorrência estabelecido no mercado, o *multihoming* não necessariamente leva à redução dos preços cobrados pelos shoppings, uma vez que o fator diferenciação faz com que alguns shoppings sejam mais desejados do que outros. Quanto mais diferenciado um shopping, mais clientes, do tipo que deseja, ele consegue atrair.

A justificativa da cláusula de exclusividade como forma de evitar que rivais façam cópia do *tenant mix* do shopping center é algo, no mínimo, questionável. Isso porque a literatura econômica não vê a cópia como algo que realmente cause danos à economia. Pelo contrário, a estratégia de copiar é visto como uma das possíveis estratégias de atuação de uma empresa (PFEIFFER, 2003, p. 64).

FREEMAN (apud PFEIFFER, 2003, p. 65) afirma que um contrato com cláusulas de exclusividade, tal como se configuram o contrato de shopping center, somente seria justificável se os rivais do shopping adotassem a estratégia de copiar o seu *tenant mix* e que essa cópia fosse realizada com uma defasagem curta. No entanto, como geralmente os shopping centers não trabalham com capacidade ociosa é de se esperar que a reformulação completa do *tenant mix* é algo que demanda algum tempo e, por ser tão demorada e dispendiosa, é hipótese a ser descartada. Assim, a justificativa de proteger a ação oportunista dos rivais, que estariam interessados em imitar o *tenant mix* não é justificável, na medida em que a imitação ocorre com uma certa defasagem, de forma que quando imitado pode até ter se tomado obsoleto.

De fato, deveria restar caracterizado, por meio da cláusula de raio, o escopo de proteção do investimento efetivado pela administradora do shopping center,

jamais podendo ser utilizada como estratégia seletiva de restrição à atuação de concorrentes.

Considere-se ainda que a cláusula de raio acarreta para os outros shoppings situados dentro do raio previsto o não acesso às lojas, o que pode ser tratado como uma barreira artificial à entrada de outros concorrentes no nicho em que atua o shopping. Devemos levar em consideração que como a diferenciação é feita com base no ambiente que o empreendedor cria e nas lojas que atrai, o acesso às lojas de que precisa para se diferenciar é questão crucial. Sem acesso às lojas que deseja, outros empreendimentos não podem se diferenciar e, conseqüentemente, não têm como concorrer.

Na decisão dos órgãos de defesa da concorrência acerca da licitude da cláusula de raio, deverá ser averiguado se a melhor decisão do ponto de vista individual é a ação desejada do ponto de vista da sociedade. Caso não o seja, tal restrição não deve ser permitida.

No âmbito administrativo, merece ainda destaque o parecer proferido pela Secretaria de Direito Econômico, no Processo Administrativo 08012.002841/2001-13, que entendeu que a cláusula de raio seria prejudicial à concorrência, mas destacou:

comumente, a imposição de cláusula de exclusividade justifica-se, em sede de direito da concorrência, ou para viabilizar algum empreendimento que não seria realizado caso a exclusividade não existisse, ou para impedir que os investimentos privados realizados sejam apropriados por terceiros, em especial pelos próprios concorrentes do investidor. Por meio dessas cláusulas afastam-se os riscos da chamada externalidade.

Nesse sentido, segue a recente decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no Processo Administrativo 08012.006636/1997-43, em

apreciação de cláusula de raio imposta pelo Shopping Iguatemi de São Paulo aos lojistas:

O Plenário, por unanimidade, conheceu do presente Recurso de Ofício no presente Processo Administrativo, dando-lhe provimento, considerando, por maioria, a Representada, como incurso no art. 20, inciso I c.c. o art. 21, inciso IV e V, da Lei nº 8.884/94, condenando-a ao pagamento de multa no valor equivalente a 2% (dois por cento) do seu faturamento bruto anual, determinando, ainda, a imediata cessação da prática, além de outras determinações, tudo nos termos do voto do Relator, o qual acolheu requerimento do MPF, no sentido de que seja oficiada a SDE, a fim de que seja promovida investigação sobre a prática de cláusula de raio pelos demais Shoppings Centers que integram o mesmo mercado relevante do Iguatemi (Eldorado, Morumbi, Jardim Sul, Villa-Lobos e Higienópolis). Vencido o Conselheiro Sicsú. (PA 08012.006636/1997-43, Rel. Luis Fernando Rigato Vasconcellos, 04/09/2007)

No decorrer do referido processo, decidiu-se que a análise da cláusula de raio, para o caso concreto, não se afigura razoável, nem lícita, inicialmente, por não haver livre concorrência fora do raio; além disso, por não ter razoabilidade quanto à inclusão de shoppings concorrentes em sua abrangência; finalmente, por não haver demonstração por parte da Representada, de que os efeitos negativos ao ambiente concorrencial sejam compensados por efeitos positivos não restritos à sua esfera privada (VASCONCELOS, 2007, p. 32). Nesse sentido:

As cláusulas restritivas verticais, de uma maneira geral, e as cláusulas de restrição territorial, categoria na qual está inserida a cláusula de raio ora em análise, necessariamente restringem os direitos de um determinado agente, no caso, restringe-se a liberdade dos lojistas instalados no Shopping Iguatemi em instalar-se em um determinado raio. Dizê-la competitiva, como quer a Representada, significa dizer, grosso modo, que seu custo social, materializado na menor concorrência entre lojistas é inferior ao seu benefício social, no caso materializado na proteção ao investimento realizado pelo shopping.

As cláusulas de exclusividade, ao restringir a abertura de lojas em shoppings nominalmente apontados, contribui para aprofundar a diferenciação ilegítima. [...] Essa situação se coloca como um inquestionável fator de aumento do tráfego de clientes para a Representada, em detrimento do tráfego de clientes para aqueles concorrentes, alvos da restrição.

[A] restrição do raio deve alcançar uma abrangência cujo custo de deslocamento seja razoável e essa restrição deve se limitar à marca instalada no shopping, não ao ramo de negócio em geral, como se depreende da leitura de alguns contratos acostados aos autos.

Para o caso de proteger investimentos, a cláusula de raio deve ser limitada ao tempo e abrangência necessários para garantir o seu retorno. Tem a pretensa beneficiária da “patente”, neste caso, que demonstrar efetivamente os investimentos realizados.

5 CONCLUSÃO

A liberdade de iniciativa e de concorrência no exercício da atividade econômica, que é assegurada constitucionalmente, não é absoluta, podendo sofrer limitações legais e até mesmo por meio de disposições contratuais. No entanto, esses limites devem permitir conciliar a utilização de tal prerrogativa com o respeito à esfera jurídica alheia e ao cumprimento da função social, sendo incumbido o Estado de preservar o ambiente concorrencial para oferecer segurança jurídica aos agentes econômicos que nele atuem.

No contexto das convenções restritivas da livre iniciativa e da livre concorrência, surgem duas espécies de disposições contratuais possíveis: as cláusulas de exclusividade e as cláusulas de não concorrência, que somente devem ser admitidas se preencherem especiais condições de validade.

Com vistas a não permitir que se elimine a liberdade econômica individual, direito inviolável garantido constitucionalmente, a licitude das cláusulas contratuais que restringem a atuação dos agentes econômicos depende da medida em que elas atendam à determinadas condições de validade e eficácia: a existência de um legítimo interesse e a submissão a limitações de objeto, tempo e lugar.

Em especial atenção ao estudo do fenômeno da exclusividade, que se dá nos chamados acordos verticais, restou claro que a pactuação de tal restrição entre agentes econômicos deve ser considerada uma exceção, impondo-se que tenha a sua possibilidade, limites e fundamentos especificamente delineados.

A cláusula de raio é uma dessas estipulações restritivas, comumente presente nos contratos de locação de espaço comercial em shopping centers. Trata-

se, em verdade, de uma obrigação de exclusividade que se trava entre cada lojista e o empreendedor do shopping center, determinando a limitação da prerrogativa de escolha do parceiro contratual. Mais especificamente, uma cláusula de exclusividade territorial, que traz uma restrição ao lojista de explorar outro estabelecimento do mesmo ramo, dentro de certa distância do shopping center.

A apreciação dos efeitos da cláusula de raio no ambiente concorrencial, apurados em cada caso concreto, é essencial para caracterização da conduta como lícita perante o sistema de defesa da concorrência.

Não se considera a conduta em questão um ilícito *per se* frente às disposições antitrustes brasileiras, aplicando-se para sua análise a chamada regra da razão, que prescinde da apreciação das eficiências geradas pelo ato, em contraposição às restrições que dele decorrem.

Nesse contexto, o legislador brasileiro previu a possibilidade da autoridade antitruste autorizar a prática de atos restritivos da concorrência, desde que sejam atendidas as chamadas “eficiências” enunciadas nos parágrafos do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994. Assim sendo, a prática de exclusividade, para ser autorizada, deverá ter por objetivo, cumulada ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços ou o aumento da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico.

O art. 21 da Lei Antitruste, por sua vez, traz um elenco de condutas consideradas infracionais à ordem econômica, conforme produzam os efeitos previstos no art. 20 que o antecede. Com efeito, a conduta de pactuação de cláusula de raio que venha a produzir qualquer dos efeitos mencionados constituirá uma infração à ordem econômica, independentemente de sua descrição exata encontrar-se no art. 21.

Com efeito, a restrição vertical em questão será considerada anticompetitiva quando implicar a criação de mecanismos de exclusão dos rivais do empreendedor do shopping center, seja por aumentar as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevar os custos dos competidores efetivos, ou ainda, quando elevar a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte dos ofertantes.

Ao final da presente pesquisa, faz-se necessário discordar dos autores que afirmam que a cláusula de raio sempre serve como um mecanismo lícito de garantia da preservação do potencial do empreendimento, criticando-se aqui as situações em que ela é utilizada desarrazoadamente em prejuízo à concorrência.

Por todo o exposto, pode-se concluir que a cláusula de raio será considerada uma violação aos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e concorrência se restar caracterizado que ela pretende impedir a concorrência, dificultando o acesso de novas empresas ao mercado ou criando dificuldades ao funcionamento de concorrentes. Dizê-la competitiva significa dizer que seu custo social é inferior ao seu benefício social, no caso materializado na proteção ao investimento realizado pelo shopping.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **“Teoria della concorrenza e dei beni immateriali”**. Milão, 1960.

AULETTA, Giuseppe Giacomo Auletta. **“Comentario del Codice Civile”**, arts. 2.555-2.642”. Bolonia-Roma, 1961.

BAIN, Joe S. **“Barriers to New Competition”**. Cambridge: Harvard University Press, 1956.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, **Lei nº 8.884**, de 11 de junho de 1994.

BRASIL, **Lei nº 8.245**, de 18 de outubro de 1991.

BRASIL, **Resolução do CADE/MJ nº 15**, de 1998.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIn 1.094-8-DF, Rel. Ministro Carlos Velloso.

BRASIL, CADE, Ato de Concentração nº 163/1997.

BRASIL, CADE, Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13.

BRASIL, CADE, Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82.

BRASIL, CADE, Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43.

CERVEIRA FILHO, Mário. **Shopping Centers. Direitos dos Lojistas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. **As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência**. Revista do IBRAC, 2003.

CUÉLLAR, Leila. **Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro**. Dissertação, Mestrado em Direito, orientador Alfredo Assis Gonçalves, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada**. São Paulo: Saraiva. 2003.

ERICKSON, Myron L., DUNFEE, Thomas w., GIBSON, Frank F. “**Antitrust and Trade Regulation**”. Ohio: Grid Inc., 1998.

FEBRETTI, Láudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários**: tratamento jurídico, tributário e contábil. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida**. Revista do IBRAC, São Paulo, janeiro de 1977.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FORGIONI, Paula e GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon. **Relações entre o empreendedor e o lojista**. Revista da EMERJ, v. 5, n. 18, 2002.

GOMES, Orlando. **Traços do perfil jurídico de um “shopping center”**, RT vol. 576, out/1993.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de direito comercial: apontamentos**. Curitiba: Juruá, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LANGONE, Carlos Geraldo. “**Shopping centers**” no Brasil, In: Shopping Centers, aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Convenção impeditiva de novo estabelecimento**. In: Revista de direito Mercantil, n. 110, abril-junho, São Paulo: Malheiros, 1998.

MAGALHÃES, José Carlos; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. **A concentração de empresas e a competência do CADE**. Revista de direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 113, jan./mar, São Paulo: Malheiros, 1999.

MAMEDE, Gladson. **Contrato de Locação em Shopping Center**: abusos e ilegalidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Shopping Centers, organização econômica disciplina jurídica**. In: Shopping Centers, aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Conselheiro Relator). **Voto proferido no PA nº 08012.009991/98-82**, CADE/MJ, Brasília, 2003.

_____. **Voto proferido no PA 08012.002841/2001-13**, CADE/MJ, Brasília, 2004.

PINTO, Dinah Sonia Renault. **Shopping center, uma nova era empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REQUIÃO, Rubens. **Considerações jurídicas sobre os centros comerciais no Brasil**. In: Shopping Centers, aspectos jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

VASCONCELOS, Luiz Fernando Rigato (Conselheiro Relator). **Voto proferido no PA nº 08012.006636/1997-43**, CADE/MJ, Brasília, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito concorrencial, as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial. Aspectos Concorrenciais**. In: Representação Comercial e Distribuição. São Paulo: Saraiva, 2006.

SERRA, Yves. **“La validité dès clauses do non-concurrence au regard de la réglementation et communautaire relative aux ententes”**. Paris, 9^a ed., 1983.

_____. **“L’obligation de non concurrence”**. Paris, 1970.

SHIEBER. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: RT, 1966.

SIMONSEN, Mário Henrique. **Shopping Center e a Sociedade Moderna**. Revista da ABRASCE, Jan/1999.

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. **A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais**. Revista dos Tribunais, ano 98, vol. 804, outubro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco José. **Parecer apresentado nos autos do Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82**, CADE/MJ, Brasília, 2003.

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

VIDIGAL, Geraldo. **A ordem econômica**, in A Constituição brasileira 1988 interpelações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.