

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM CONTRATOS E
RESPONSABILIDADE CIVIL**

FABRÍCIO MARTINS

**AS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE NO CONTRATO DE SHOPPING
CENTER E SEUS EFEITOS SOBRE A LIVRE CONCORRÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Contratual e Responsabilidade Civil no curso de Pós-graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília- DF

2008

FABRÍCIO MARTINS

**AS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE NO CONTRATO DE SHOPPING
CENTER E SEUS EFEITOS SOBRE A LIVRE CONCORRÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Contratual e Responsabilidade Civil no curso de Pós-graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Marlon Tomazette

Brasília- DF

2008

FABRÍCIO MARTINS

AS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE NO CONTRATO DE SHOPPING CENTER E SEUS EFEITOS SOBRE A LIVRE CONCORRÊNCIA

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Contratual e Responsabilidade Civil no curso de Pós-graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público –IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Agradeço ao professor Marlon Tomazette pela atenção, orientação e sábios conselhos, fundamentais para o desenvolvimento dessa pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise das Cláusulas de Exclusividade no contrato de shopping center e sua eventual licitude em face da ordem econômica. Visando uma melhor abordagem e compreensão, o mesmo foi dividido em três capítulos: o primeiro tratará dos fundamentos da ordem econômica; o segundo dos aspectos gerais do contrato de shopping center, conceito, natureza e principais características; e por fim, o terceiro capítulo abordará a cláusula de exclusividade nos contratos de shopping centers e seus efeitos sobre a concorrência, destacando eventuais ilicitudes.

Palavras-chave: Ordem Econômica e Direito concorrencial; Contrato de shopping center; Cláusula de Exclusividade; Efeitos concorrenciais; Ilicitude.

ABSTRACT

This work has as scope of the analysis of exclusivity clauses in the shopping center and any lawful in light of the economic order. To better approach and understanding, it was divided into three chapters: the first deal of the fundamentals of economic order, the second of the general aspects of the shopping center, concept, nature and main features, and finally, the third chapter will the exclusivity clause in the contracts of shopping centers and their effects on competition, highlighting possible illegal.

Keywords: competition law and economic order; Contract mall; exclusivity clause; competitive effects; Unlawfulness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. OS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA	10
1.1 A livre iniciativa como corolário de mercado	10
1.2 A livre concorrência	11
1.3 Direito concorrencial.....	13
1.4 Infrações à ordem econômica	16
1.5 Regra da razão	18
2. ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER	21
2.1 Conceito	21
2.2 Natureza jurídica do contrato de shopping center	24
2.2.1 <i>Teoria da locação</i>	25
2.2.2 <i>Teoria da locação com atipicidade</i>	26
2.2.3 <i>Teoria da atipicidade</i>	27
2.2.4 <i>Teoria dos contratos coligados</i>	28
2.3 Características	30
2.3.1 <i>Restrições contratuais</i>	31
2.3.2 <i>Tenant mix</i>	32
2.3.3 <i>Forma de remuneração</i>	34
3. AS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE NO CONTRATO DE SHOPPING CENTER E SEUS EFEITOS SOBRE A LIVRE CONCORRÊNCIA	36
3.1 Conceito de exclusividade	36
3.2 A exclusividade como fenômeno	37
3.3 Instrumento impositivo da restrição	38
3.3.1 <i>Cláusulas de exclusividade territorial</i>	38
3.3.2 <i>Cláusulas de não concorrência</i>	39
3.3.3 <i>Cláusulas de Raio</i>	40
3.4 A exclusividade no contrato de shopping center	42
3.5 Efeitos anticoncorrenciais das cláusulas de exclusividade no contrato de shopping center	44
3.5.1 <i>Obstrução de mercado</i>	44
3.5.2 <i>Aumento dos custos e riscos</i>	46
3.5.3 <i>Redução de possibilidades para o consumidor</i>	48
3.5.4 <i>Ausência de eficiências</i>	53
3.5.5 <i>Posição dominante</i>	56
CONCLUSÃO	59
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	

INTRODUÇÃO

Sabe-se que atualmente o sistema de Shopping Centers representa uma das mais importantes formas de organização comercial e uma das mais difundidas no mundo. É tido como uma verdadeira revolução dos modos de comercialização de produtos e serviços. Destaca-se pela grande capacidade de impulsionar o desenvolvimento econômico das regiões onde são edificadas. A diversificação de ofertas e facilidades para aquisição de bens e serviços, além da segurança e conforto oferecidos por esses verdadeiros templos do consumo, são qualidades que atraem um grande número de consumidores e de investidores que, por via de consequência, acabam fomentado o comércio e, até mesmo o turismo de regiões adjacentes, de forma significativa.

Desde a inauguração do primeiro shopping no Brasil, em 1966, o setor de shopping centers vem apresentando notável crescimento em termos de Área Bruta Locável (ABL), faturamento e empregos gerados. Só pra se ter uma dimensão da importância desse sistema comercial, de acordo com a Associação Brasileira de Shopping Centers – ABRACE, em 2007, foram criadas mais de 105 mil vagas e o setor atualmente responde por cerca de 629.700 empregos diretos. Além disso, estão previstas para este ano 16 inaugurações, totalizando 367 shoppings no país, correspondendo a 8 milhões de m² de ABL, que devem receber a visita de cerca de 300 milhões de consumidores por mês.

Com todos esses indicadores, a indústria de shopping centers se tornou uma grande propulsora de desenvolvimento, promovendo o crescimento urbano, o aprimoramento do comércio local, a valorização imobiliária, e, por conseguinte, gerando inúmeras oportunidades de emprego. As vantagens desse centro comercial são significativas para toda a sociedade, mas sem dúvida, empreendedor, comerciantes e consumidores se destacam nesse sistema comercial.

A expansão do sistema criou terreno fértil para o surgimento de algumas práticas comerciais que tem por escopo o fortalecimento do negócio a partir da proteção do empreendedor e dos comerciantes-lojistas. Nesse cenário, destaca-se a

colocação das chamadas cláusulas de exclusividade e raio no contrato de shopping Center, que hoje são objeto de questionamentos.

No bojo do fenômeno comercial, verifica-se, por um lado, o interesse do empreendedor em manter a estrutura comercial do Shopping Center forte e lucrativa para todos os comerciantes que a integram, impedindo assim a instalação de lojas em Shoppings concorrentes ou estabelecendo um limite territorial para que tal instalação ocorra e, por outro lado, o direito do comerciante lojista de ampliar seus negócios com base na livre concorrência e o consumidor com o direito de decidir o que consumir diante da diversificação de oferta no mercado.

O fenômeno Shopping Center não deixa dúvidas acerca da sua importância econômica e social para o País. A oposição de interesses, muitas vezes detectada entre empreendedor, lojista e consumidor, sobretudo, diante do uso das cláusulas de exclusividade e seus efeitos sobre a ordem econômica, faz surgir indagações jurídicas e econômicas de grande pertinência e relevância para a sociedade. Nessa esteira, questões acerca dos efeitos decorrentes da utilização de tais cláusulas (se positivos e/ou negativos), assim como a sua licitude ou ilicitude face à ordem econômica se destacam.

Dessa forma, o interesse no desenvolvimento desse trabalho é analisar o fenômeno comercial Shopping Center, destacando as controvérsias e convergência entre os interesses dos empreendedores, lojistas e consumidores em torno do uso das cláusulas de exclusividade e seus efeitos sobre a ordem econômica, considerados os aspectos concorrenciais, a fim de se verificar a licitude ou ilicitude de tais cláusulas.

1. OS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA

1.1 A livre iniciativa como corolário de mercado

Segundo Miguel Reale a livre iniciativa consiste na ampla liberdade do indivíduo para criar, produzir, comercializar e distribuir produtos, garantida a livre tomada de decisões dentro desse processo. Em trecho de sua obra assim se manifesta acerca da livre iniciativa:

não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados. Liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos arts. 1º e 170.¹

A livre iniciativa é princípio constitucional e fundamento da ordem econômica que expressa a opção política pelo modelo de economia capitalista. Seu conteúdo não contempla apenas a iniciativa privada, mas se estende por outros campos, tais como a iniciativa pública e outros.

O escopo da livre iniciativa não se exaure na garantia de ampla liberdade de escolha, mas se completa com o alcance da promoção da existência digna de cada cidadão e da justiça social. Nesse sentido, caminha a lição de Luiz Alberto e Vidal Serrano:

Estamos em conceituá-la [a livre iniciativa] como 'liberdade-função' de destinar capital para a exploração de uma atividade econômica específica, segundo critérios subjetivamente definidos de organização da produção e livre disposição negocial, sob regime jurídico híbrido (público e privado), cuja

¹ *Apud.* MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.111.

efetividade deva ter por escopo assegurar existência digna a todos e justiça social.²

É, conforme afirmava Miguel Reale, a liberdade de fins e de meios, mas vinculada à realização de uma função social. Não se trata de uma liberdade que de tão ampla e ilimitada torna-se perniciosa para o próprio Estado que a institui. A liberdade aqui é garantida pela livre iniciativa e limitada pelos contornos dos interesses da coletividade e da função social que deverá ser alcançada.

1.2 A livre concorrência

Em relação à livre concorrência, vale, uma vez mais, lembrar a lição de Miguel Reale:

o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado³.

O livre jogo de forças pode ser entendido como a possibilidade de qualquer cidadão, a partir da realização de trocas mercadológicas e orientando-se pelas regras da oferta e da procura, estabelecer um campo de competitividade num determinado mercado, obrigando, por via de consequência, os concorrentes a oferecerem melhores preços e produtos de qualidade para ganharem a disputa por clientes. Como resultado da concorrência estabelecida, os comerciantes, em regra, são levados a investirem em pesquisa e desenvolvimento de produtos e serviços, proporcionando aos consumidores os benefícios produzidos pela concorrência.

Para compreender verdadeiramente o espírito da livre concorrência, faz-se necessário uma abordagem do modelo teórico do mercado perfeito, visto que, apesar

² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 392.

³ *Apud*. MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.111.

de não representar a realidade, serve de referência para entender um mercado competitivo.⁴

No cotejo do tema, Marlon Tomazette, sintetizando o pensamento de Giampaolo dalle Vedove, preleciona:

Teoricamente, pode-se conceber, a existência de uma concorrência perfeita que se caracterizaria por um equilíbrio entre oferta e demanda, por um número elevado de empresas de reduzida dimensão, que oferecem produtos qualitativamente homogêneos, perfeitamente substituíveis, inexistindo barreiras ao ingresso de novos entes no mercado.⁵

Depreende-se da citada lição que não é preciso muito esforço para concluir que o sistema é incompatível com a realidade. Entretanto, ao contrário do que pode parecer, é possível extrair desse sistema o modelo de concorrência desejado. Segundo Marlon Tomazette, os pilares de sustentação desse sistema e que ensejarão a aplicação da livre concorrência são representados pela *“liberdade de acesso ao mercado pelas empresas, liberdade de fixação de preço, e liberdade de escolha do consumidor”*⁶.

Embora a idéia de um mercado perfeito seja utópica, certamente a existência de um mercado equilibrado dependerá da presença das elementares mencionadas. Outro ponto que merece destaque são as concepções desenvolvidas pela doutrina acerca da livre concorrência.

A doutrina desenvolveu ao longo do tempo a concepção de livre concorrência sob vários enfoques, ora como meio pra se atingir certa finalidade, ora como um fim em si mesma. Em relação ao assunto três escolas se destacam: Harvard, Chicago e Freiburg.

Para a escola de Harvard, o que realmente importava era a existência de um mercado competitivo, pouco importando a existência de eficiências do mercado. Logo, as condutas que contrariasse a livre concorrência, mas que trouxesse benefícios, eram

⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da conclusão*. São Paulo: Lex editora, 2006, p.47.

⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Comércio Internacional & Medidas antidumping*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 185-189

⁶ TOMAZETTE, Marlon. *Op. Cit. loc.*

consideradas ilícitas, independentemente das eficiências que apresentasse. Ou seja, a concorrência para essa corrente de entendimento representa um fim em si mesma.⁷

Entretanto, com as constantes mudanças da economia, observou a necessidade de conservação de algumas condutas tidas como anticoncorrenciais, tendo em vista os benefícios gerados. Nesse cenário, a escola de Chicago passou, então, a conceber a idéia de concorrência como meio para se alcançar benefícios que garantiriam o bem-estar do consumidor. Já para a escola de Freiburg, apesar de também conceber a concorrência como meio, o que realmente importa é assegurar a ampla liberdade de escolha para consumidores e para produtores, sem definir interesses a serem protegidos, condenando práticas que impliquem a criação de barreiras à entrada de competidores no mercado.⁸

No sistema brasileiro a concepção elaborada pela escola de Freiburg prevaleceu. De acordo com Marlon Tomazette “[..], isto pode se depreender do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que elege como objetivo da ordem econômica “assegurar a todos existência digna”. Assim, no Brasil pode-se afirmar que a livre concorrência é apenas um meio para alcançar outros valores de maior importância”⁹

Com efeito, o que deve ficar claro é que o escopo do mandamento constitucional, tanto da livre iniciativa quanto da livre concorrência, não é albergar os interesses privados em detrimento do interesse público ou o contrário. Busca-se, em verdade, a compatibilização de ambos, garantindo o bem-estar da economia e, conseqüentemente, do Estado¹⁰.

1.3 Direito concorrencial

Em linhas gerais, o Direito concorrencial pode ser compreendido como sendo um ramo dentro do Direito Econômico. É, como o próprio termo indica, um envolvimento, ou melhor, uma mistura de Direito com economia, resultando em uma disciplina

⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Op. Cit.*p. 185-189.

⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Op. Cit. loc.*

⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Op. Cit. loc.*

¹⁰ MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades.*Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.111.

autônoma e de fundamental importância, tanto para o Estado quanto para os agentes econômicos de interesse eminentemente privados.

Na análise do Direito concorrencial e, conseqüentemente, a do Direito econômico, as referências aos aspectos econômicos são naturais, e resultam da intrincada relação existente entre direito e economia. Tanto é que Fábio Nusdeo assim leciona:

Direito e Economia devem ser vistos, pois, não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi naquele. Existe, isso sim, uma intrincada dinâmica de interação recíproca entre ambos, donde tornar-se indispensável para o jurista o conhecimento, pelo menos, de noções básicas de Economia, e vice-versa para os economistas.¹¹

A concorrência é, sem dúvida, a expressão que define a noção de disputa ou competição para a consecução de um objetivo, um prêmio ou um benefício qualquer. A idéia de disputa sempre esteve presente nos mais diversos níveis da evolução da humanidade, como exemplo guerras, jogos, paixões etc. Contudo, a competição possui feição diferente dependendo do contexto em que está inserida. No esporte, por exemplo, a competição não é meio para se atingir algo, mas fim em si mesmo¹²; já na esfera econômica, a competição é meio e não um fim em si mesmo. É meio para se atingir um objetivo, qual seja, disciplinar aspectos importantes da vida econômica para que os bens e serviços socialmente desejáveis e, também necessários, sejam obtidos ao menor custo.¹³

Sob essa perspectiva, a concorrência no mercado¹⁴ é meio para estimular a diversidade de produtos e serviços ofertados, assim como para reduzir os preços exigidos por estes. É, outrossim, instrumento para equilibrar a relação entre oferta e

¹¹ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia, Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.29.

¹² Ressalvados os aspectos econômicos envolvidos com as competições esportivas.

¹³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da conclusão*. São Paulo: Lex editora, 2006, p.47.

¹⁴ Ivo Gico: "Mercado é o espaço social onde ocorrem, efetiva ou potencialmente, trocas voluntárias de bens entre indivíduos ou empresas. É nele que se encontram e interagem ofertantes e consumidores de um determinado bem."p.47.

procura de um determinado bem, facilitando sua obtenção e acomodando os interesses de consumidores e produtores.

As vantagens proporcionadas por um mercado competitivo são significativas e extremamente benéficas para consumidores, agentes econômicos e, principalmente, para própria economia. Nesse contexto, o Direito concorrencial representa um instrumento capaz de garantir os benefícios propiciados pela concorrência, a partir da repressão e prevenção de condutas anticoncorrenciais, evitando a formação de monopólios e preservando o interesse da coletividade.¹⁵

No correto entendimento da disciplina jurídica concorrencial, Paula A. Forgioni afirma tratar-se de *“uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas”*. Assim, é certo que, em se tratando de políticas públicas, por óbvio, deverão ser implementadas em prol de toda coletividade.

À vista dessas considerações, não se pode negar o importante papel do Estado na formulação de políticas voltadas para o disciplinamento do mercado¹⁶ e, por conseguinte, consecução do bem-estar social.

O Direito concorrencial, por sua vez, é a manifestação do poder regulador do Estado no mercado, consagrado na Carta Magna de 1988, conforme se verifica no §4º, do artigo 173, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que *“a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

É importante observar que o poder econômico decorrente da livre concorrência, em si, e a princípio, não é coibido, mas sim o seu abuso, mesmo porque a livre concorrência constitui um corolário lógico e necessário da livre iniciativa, é a partir dela que o mercado se aperfeiçoa. Porém, não haveria razão lógica a justificar a existência

¹⁵ JENNY, Frédéric. In: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência* (Prefácio ao livro). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29.

¹⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 397. Os autores identificam duas formas de atuação do Estado na economia: (i) como agente econômico e; (ii) como agente normativo-regulador.

de tão importante norma constitucional libertária, ou até mesmo o próprio mercado, se não houvesse qualquer vinculação aos valores de ordem social.

Contudo, a de se ponderar que a atuação do Estado no mercado deverá ser mínima e em caso realmente necessários. As normas disciplinadoras da concorrência deverão ser interpretadas e aplicadas visando o estímulo à produção e desenvolvimento do mercado, bem como a maior acessibilidade aos bens desejáveis e necessários, pois como bem ressalta o insigne Pedro Paulo Salles Cristofaro¹⁷, “qualquer interpretação dos textos legais que retire dos agentes econômicos a liberdade de contratar, a liberdade de empreender, a liberdade de buscar o lucro, a liberdade de lutar por posições no mercado, será visceralmente inconstitucional”.

1.4 Infrações à ordem econômica

A Lei 8.884/94, também conhecida como Lei *antitrust*, que regulamenta o §4º, do artigo 173 da CF/88, estabelece, em seu artigo 20 e incisos, as condutas que constituem infração a ordem econômica, *in verbis*:

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.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.¹⁸

No cotejo do citado dispositivo, nota-se claramente que o objeto a ser tutelado pela norma antitruste é a livre concorrência e a livre iniciativa. Há uma convergência

¹⁷ SALLES CRISTOFARO, Pedro Paulo. *As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência*. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: set./Dez, n.º 36, 2006, p.62.

¹⁸BRASIL. Lei 8.884, de 11 de junho de 1994: transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

entre os dispositivos direcionados ao resguardo da ordem econômica a partir da garantia da existência saudável da livre concorrência e da ampla liberdade de iniciativa no mercado.

A importância de se manter incólume a ordem econômica é tão grande que o legislador não incluiu a culpa como elemento a ser observado para configuração da infração contra a ordem econômica. Ou seja, para que haja uma infração e, por via de consequência, a aplicação de uma sanção, basta a verificação, em cada caso, de alguma distorção dos preceitos de ordem econômica, pouco importando se o agente econômico agiu com intenção ou não.¹⁹

No art. 20, da Lei 8.884/94, observa-se que o legislador elegeu a posição dominante²⁰ como elemento a ser observado para se definir as condutas ilícitas em face da ordem econômica. Ao eleger a posição dominante como epicentro da avaliação de infrações contra a ordem econômica, quis o legislador determinar fossem analisadas determinadas situações de mercado antes de considerar uma conduta como ilícito concorrencial.

Segundo Paulo Cristofaro:

Ao assim proceder, o legislador tornou obrigatório o exame das condições de um mercado específico, para que então se possa afirmar a eventual ilicitude de determinada prática. Somente à vista de um determinado mercado se pode apreciar (i) se os agentes econômicos dispõem ou não de posição dominante; (ii) se a conduta é capaz de lhes assegurar uma posição dominante; (iii) se os meios utilizados para alcance ou manutenção de uma posição dominante permite ao seu detentor cobrar preços excessivos.²¹

Em suma, para considerar uma conduta como infração a ordem econômica é necessário avaliar o mercado relevante em que estão inseridos os concorrentes. A partir dessa avaliação de mercado, proceder-se-á, de acordo com a lição de Eduardo

¹⁹ POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. *Comentários à Nova Lei Antitruste*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 80-82.

²⁰ POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. Op.cit, p. 80. , Popp e Abdala alertam que o “[...] o domínio aqui tratado é aquele nefasto aos interesses da coletividade, exercido sem qualquer ética ou respeito aos concorrentes, visando o domínio pelo prazer de dominar e manipular o mercado, não se importando com os efeitos sociais desta prática egoística aquele que assim procede”.

²¹ SALLES CRISTOFARO, Pedro Paulo. *As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência*. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: set./Dez, n.º 36, 2006, p.63.

Vieira Carvalho, "[...] a verificação dos efeitos negativos que a conduta imputada teria causado a esses concorrentes e aos seus consumidores de produtos".²²

Segundo o art. 20, da Lei 8.884/94, constitui ilícitos contra a ordem econômica os atos que sejam capazes de assegurar ao agente econômico uma posição dominante, que não resulta do aumento de sua eficiência, mas da ausência de concorrência²³; ou representem abuso de posição dominante, ou seja, abuso de poder já conquistado, impedindo o desenvolvimento da concorrência num determinado mercado, objetivando manter ou aumentar a dominação existente²⁴.

No entanto, como acertadamente sugere Eduardo Vieira, é preciso, antes de dizer que uma dada conduta constitui infração à ordem econômica, avaliar cada caso, considerando o mercado relevante²⁵, para aí sim, identificar os efeitos anticoncorrenciais produzidos por um determinado comportamento. Cumpre salientar, porém, que a análise de um mercado determinado não constitui objeto da presente pesquisa, pois o que se pretende é verificar, com base em algumas peculiaridades do empreendimento shopping center, se a cláusula de exclusividade, comumente inseridas no instrumento contratual, representa ilícito contra a ordem econômica ou não.

Para tanto, cumpre observar que, além do exame das condições de um mercado específico (shopping Center), é imperioso nortear a análise à luz da regra da razão, segundo a qual deve-se considerar eventuais efeitos positivos e eficiências para o mercado, resultantes dos atos restritivos.

1.5 Regra da razão

Estabelece a Resolução 20 do CADE, de 09 de junho de 1999:

²² *Apud.* SALLES CRISTOFARO, Pedro Paulo. *Op.Cit.*, p.63

²³ Lei 8.884/94, Incisos I e II do art.20 c/c §1º.

²⁴ Lei 8.884/94, Incisos III e IV do art.20.

²⁵ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição. Op.cit.*,p.271. Segundo a autora "Hoje, para consideração sobre a licitude ou ilicitude das cláusulas de exclusividade, as Cortes norte-americanas geralmente tomam em conta, além de outros fatores pró e anticompetitivo: a) a duração dos contratos; b) a probabilidade de conluio naquele setor da economia (os contratos de longa duração são geralmente apontados como os mais propícios aos efeitos anticoncorrenciais); c) o fato de outras empresas do setor valerem-se de pactos de exclusividade para distribuir seus produtos; d) a magnitude das barreiras à entrada; e e) a natureza do sistema de distribuição e os canais de distribuição que permanecem disponíveis.

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

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.²⁶

O princípio da razoabilidade contemplado pela legislação brasileira, segundo Pedro Cristofaro, “*tal qual concebida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Standard Oil (...) deve ser interpretado “sob a luz da razão”, de sorte a que apenas as restrições “desarrazoadas e indevidas” merecessem punição*”²⁷.

A regra da razão tem origem no disciplinamento jurisprudencial dado ao *Shermann Act*, juntamente com o *Federal Commission Act* e o *Calyton Act*, com objetivo de minimizar sua rigidez. Assim, estabeleceu que para que uma conduta seja considerada anticoncorrencial é necessário antes delimitar a análise ao caso concreto, ponderando o que, dentro da particularidade do mercado objeto de estudo, seria razoável, considerando não só os efeitos negativos, mas também os efeitos pró-competitivos.²⁸

Com base na regra da razão, pode-se dizer que razoáveis e devidas serão as cláusulas de exclusividade que se mostrem necessárias à viabilização do negócio, a exemplo do que ocorre em alguns contratos de distribuição²⁹. Assim, tais cláusulas

²⁶ BRASIL. Anexo II da Resolução 20 do CADE, de 09 de junho de 1999: Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94. PUBLICADA NO D.O.U. DE 28.06.99.

²⁷ SALLES CRISTOFARO, Pedro Paulo. *Op.Cit.*, p.63

²⁸ MARINS, Vinicius. *Direito concorrencial e concentração empresarial: aspectos atuais*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/testo.asp?id=4566>. Acesso em 10.10.2008. O autor, citando Proença afirma que: “os Estados Unidos tem se baseado em dois critérios para a aplicação da legislação antitruste, qual seja: o da ilicitude per se, no qual determinados atos, tipificados, caracterizam por si só ilícito; e a aplicação da regra da razão.”

²⁹ *Apud.* CARVALHO SIQUEIRA, Tânia Bahia. *Op.cit.p.256*. Segundo Benjamin M.Shieber: “muitas vezes a exclusividade de distribuição é conditio sine qua non para que o produto possa ser vendido. Podemos pensar, por exemplo, nos bens de consumo industriais que praticamente não poderiam ser vendidos se não houvesse um serviço de conserto, e para que alguém estabeleça o serviço, deve-se-

devem estar ligadas à essencialidade do negócio, sendo razoáveis em seu conteúdo e duração.

Vê-se, pois, que, em regra, as cláusulas de exclusividade não serão ilegais *per se*.³⁰ Para verificar sua legalidade ou ilegalidade é necessária uma análise de toda a realidade em que se deu a sua concepção. A partir daí, será possível dizer se determinada cláusula de exclusividade gera efeitos negativos à concorrência ou não.

Ihe dar um incentivo, na forma de distribuição exclusiva pelo menos para determinados rincões do território e por determinado tempo.”

³⁰ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. *Op.cit.*, p.279.

2. ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER

2.1 Conceito

Atualmente o shopping center é uma realidade irrefutável nas vidas de inúmeras pessoas. É um verdadeiro templo do consumo. A junção de elementos como comodidade, conveniência e segurança, tanto para consumidores quanto para os comerciantes lojistas, fez dessa espécie de empreendimento um dos mais bem sucedidos negócios no mundo.

Esse tipo empreendimento representa um sistema que, pela organização e estrutura diferenciadas, apresenta-se, como afirma Carlos Geraldo Langoni, “uma das mais significativas revoluções tecnológicas de caráter nitidamente organizacional”.³¹

Sem dúvida, o shopping center representa uma verdadeira revolução, porquanto trouxe para o comércio técnicas mercadológicas inovadoras, baseadas, em regra, na concentração de negócios, visando à conveniência e comodidades dos consumidores e do próprio mercado, que deram uma ao mercado varejista. A expansão das cidades e, conseqüente aglomeração de pessoas nos grandes centros, criaram condições extremamente favoráveis para o sucesso desse tipo de operação, tornando-a, dessa forma, um fenômeno típico dos grandes centros urbanos.

Em relato poético e um tanto quanto premonitório, Frank Lloyd Wrigt, no ano de 1935, em *The Living City*, projetou ideologicamente as futuras estruturas comerciais dos grandes centros urbanos da seguinte forma:

Vastas áreas destinadas ao prazer, [...] os espaços de mercado, situados próximos à uma estrada, constituídos de grandes e extraordinário pavilhões, serão concebidos como lugares de troca não somente de produtos comerciais mas, também de produções culturais. Destas condições supõem, de um lado, a integração da oferta comercial, e de outro, a distribuição de todos os produtos possíveis para todas as necessidades naturais da cidade viva. Estes mercados

³¹ LANGONI, Carlos Geraldo. *Shopping centers no Brasil. In: Shopping centers – Aspectos jurídicos.* Coordenação José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lobo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.56.

parecerão talvez, de uma certa maneira, nossas casas de campo e estarão estrategicamente partidos pelos eixos de tráfego. [...] Estas grandes lojas abertas durante todo o dia no meio de parques serão talvez o elemento moderno mais atraente, o mais educativo e o mais divertido que se poderá encontrar entre os novos dados da cidade. Grandes facilidades de estacionamentos cômodos, livres ou vigiados, quem hoje tem uma idéia correta do espaço que será necessário para tudo isso? Lugares facilmente acessíveis serão encontrados por toda parte na cidade para divertimento e lazeres. Concertos a céu aberto, cabarets, cafés, teatros. (Bons) restaurantes agradáveis poderão ser encontrados perto das estradas e das grandes lojas [...]. Brevemente deixando os corredores de circulação, poderemos nos encontrar neles, em meio ao caos normal do tráfego, tudo de que precisamos e que desejamos em nossa casa [...] ³²

Depois de passadas algumas décadas, as primeiras instalações comerciais parecidas com a visão do arquiteto Frank Lloyd Wright, hoje conhecidas como shopping center, surgiram nos Estados.

Esse fenômeno, *fruto do capitalismo*³³, surge após a segunda guerra mundial como resultado de novas estratégias do comércio que objetivavam alcançar o crescente número de consumidores que residiam nos subúrbios dos grandes centros³⁴. Além disso, a necessidade de segurança e maior conforto dos consumidores, reflexo dos efeitos negativos gerados pelo crescimento urbano, impulsionaram a expansão do segmento.³⁵

O fenômeno pode ser visto também como sendo a combinação de uma nova forma de industrialização da oferta e da demanda e da própria dinâmica de desenvolvimento “tecnológico e industrial” do século XX.³⁶

³² Apud. PADILHA, Valquiria. *Shopping Center: a catedral das mercadorias e do lazer reificado*. 2003. 21-22 p. Dissertação. (Doutorado em Ciências Sociais). Departamento de sociologia do instituto de filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo.

³³ BASILIO, João Augusto. *Shopping centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.1.

³⁴ SOUZA FILHO, José Carlos de. *Uma aplicação empírica da abordagem dos atributos no processo de escolha de um shopping center parte dos lojistas*. 2001. p.36. Dissertação. (Mestrado em administração). Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo.

³⁵ BASILIO, João Augusto. *Op. Cit. p.1*. O autor acrescenta destaca outros fatores, tais como: “[...] aumento do poder aquisitivo da população, do desenvolvimento da indústria automobilística e da descentralização para as zonas periféricas, além de outros fatores”.

³⁶ PADILHA, Valquiria. *Shopping Center: a catedral das mercadorias e do lazer reificado*. 2003. 21-22 p. Dissertação. (Doutorado em Ciências Sociais). Departamento de sociologia do instituto de filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo.

Para melhor compreensão desse empreendimento, faz-se necessário sua conceituação. Assim vale destacar o conceito lançado pelo ICSC (*International Council of Shopping Centers*), para quem “o shopping center seria um grupo de estabelecimentos comerciais, unificados arquitetonicamente em terreno planejado, administrado como uma unidade operacional, e oferecendo um estacionamento (deck-parking) compatível com o número de lojas existentes no projeto”.³⁷

Na lição de Kotler³⁸, “o shopping é um grupo de negócios de varejo planejado, desenvolvido, possuído e administrado como uma unidade”.

À vista das definições apresentadas, nota-se que o shopping center compreende uma estrutura empresarial planejada por uma administração única, a quem cabe promover a organização de espaços comerciais, a fim de viabilizar a atividade comercial de lojas dos mais variados seguimentos, recebendo, em contrapartida, uma remuneração pela locação de espaços.

No entanto, embora ciente das peculiaridades já mostradas nos conceitos acima, é a partir da concepção lapidar de Carlos Geraldo Langoni que cristalizamos a razão de ser do shopping center. Segundo o autor:

O que caracteriza, entretanto, a revolução tecnológica é a forma como foi estruturada a combinação dos interesses dos investidores no shopping e dos comerciantes, permitindo a exploração adequada de economia 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 de um certo espaço físico, de um conjunto de atividades comerciais. O aspecto distinto e que se constitui na base de todo seu dinamismo e eficácia é exatamente a relação contratual existente entre o empreendedor do shopping center e os comerciantes.

Com base no pensamento do autor, conclui-se que o shopping center deve ser entendido, não apenas como uma estrutura física geograficamente organizada e com administração única, mas também como a soma de interesses para viabilização do negócio. Ou seja, deve-se entender o shopping center como sendo a junção de

³⁷ Apud. DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

³⁸ Apud. SOUZA FILHO, José Carlos de. *Op.cit.* p. 36.

interesses comuns na atuação varejistas, “para que, em comum, se beneficiem de vantagens que só podem ser propiciadas pelas atividades empresariais de escala”³⁹.

2.2 Natureza jurídica do contrato de shopping center

Desde que surgiu como revolução comercial, o shopping despertou a jurisprudência e a doutrina para o seu estudo, principalmente no que se refere à natureza jurídica das relações estabelecidas entre empreendedor e lojista. Ao longo de muito tempo vários estudiosos se dividiram entre as divergências em torno do tema. Havia inúmeras correntes de entendimento e cada uma concebia o contrato de shopping center de uma forma distinta.⁴⁰

Com o advento da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, que disciplinou a matéria, as divergências aparentemente foram dissipadas. O legislador, de maneira tímida, definiu as relações de ocupação de espaços em shopping center como sendo de locação, conforme se depreende da leitura do 52, §2 e do artigo 54 caput.⁴¹

No bojo da nova legislação, alguns doutrinadores, a exemplo de Silvio Capanema de Souza, afirmaram estarem superadas todas as controvérsias acerca da natureza jurídica da relação estabelecida entre lojistas e empreendedores:

³⁹ BASILIO, João Augusto. *Shopping centes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.3.

⁴⁰ BASILIO, João Augusto. *Shopping centes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.11. Segundo o Autor: “Sustentavam uns que era um contrato atípico, já que apresenta cláusulas e condições que não se acomodavam ao modelo tradicional da locação; outros diziam que o contrato era de sociedade, e ainda outros falavam em contrato de estabelecimento ou em contrato de locação, mas cláusulas atípicas. Uma corrente admitia a existência de fundo de comercio exclusivo do locatário, comerciante; outra sustentava que o fundo de comercio era do empreendedor, já que a clientela é atraída pelo shopping center, como um todo, e uma terceira vislumbrava a coexistência de dois fundos de comercio, um do locatário, e outro, curiosamente denominado de sobrefundo ou superfundo, que seria do empreendedor.”

⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.245, 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. “Art. 52. O locador não está obrigado a renovar o contrato se: §2- Nas locações de espaço em shopping centers o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo. Art.54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei. §1 – O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center: a) as despesas referidas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘d’, do parágrafo único do artigo 22; e b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum. § 2 – As despesas cobradas do locatário devem se ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe, exigir a comprovação das mesmas.”

Pela primeira vez, na historia do inquilinato, enfrenta o legislador a instigante e moderna questão da locação de espaços em shopping center. Cabe logo observar que a nova Lei do Inquilinato sepultou, para sempre, as angustiantes e intermináveis discussões doutrinarias quanto a natureza jurídica do contrato de autorização de uso de espaços em shopping centers.⁴²

Entretanto, por mais balizada que seja o entendimento supramencionado, João Augusto Basílio, adverte a necessidade de exame mais detido da matéria, pois não se pode ignorar a riqueza das teses sustentadas por especialistas antes da edição da Lei 8.245/91. Diante das acirradas discussões sobre o tema, não seria prudente adotar uma determinada concepção sem antes verificar o complexo doutrinário que gira em torno do tema. Assim Augusto Basilio afirma:

Para que se demonstre a classificação mais adequada acerca da natureza jurídica da ocupação remunerada em shopping center, é mister um cuidado exame em torno das variadas teses sustentadas por especialistas, tanto do direito civil, como do direito comercial, que em período anterior a edição da Lei 8.245/91, debruçaram-se sobre o estudo da matéria, não sem antes percorrer, ainda que de forma resumida, a evolução do direito contratual, mais precisamente no que respeita aos contratos atípicos..⁴³

Nesse sentido, faz-se necessário destacar, ainda que de maneira sucinta, pois tal discussão demanda certo grau de profundidade, as concepções mais relevantes a respeito do tema, para aí então, se chegar a uma compreensão da natureza jurídica das relações num shopping center.

2.2.1 Teoria da locação

Dentre as várias vertentes acerca da natureza jurídica do contrato de shopping center, alguns estudiosos do tema, como doutrinadores e juristas, entenderam o contrato entabulado entre o empreendedor e o lojista como sendo uma relação locatícia. Um dos adeptos dessa corrente é o ilustre professor Caio Mario da Silva Pereira, que compreendia tal relação da seguinte forma:

O fato de o contrato de locação das lojas de *shopping center*, com toda a parafernália de dependências e acessórios, de tipo físico ou intelectual, exigir

⁴² SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Nova Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.198.

⁴³ BASILIO, João Augusto. *Shopping centes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.13.

modelação específica as contingências mercadológicas do empreendimento não retira ao contrato a natureza de contrato de locação.⁴⁴

A idéia expressa demonstra que as relações de ocupação remunerada estabelecida entre empreendedor e lojista, mesmo com a presença de um complexo de direitos e deveres exorbitantes, não desnatura a natureza locatícia da relação. Na verdade não se trata de uma locação pura e simples, mas como destacado pelo referido autor, é uma locação com algumas peculiaridades oriundas da própria dinâmica mercadológica do shopping center, mas que não descaracteriza o contrato.

2.2.2 *Teoria da locação com atipicidade*

A teoria da locação com atipicidade surgiu da insatisfação de alguns doutrinadores com a teoria da locação. Eles não aceitavam a concepção das relações entre lojista e empreendedores como sendo uma relação puramente locatícia. No calor das discussões, Modesto Carvalhosa mantinha posição firme acerca do tema, e partiu em defesa da existência, na espécie, de um contrato de locação com cláusulas atípicas, porquanto, apesar de conter elementos característicos da locação, são encontradas peculiaridade que o distancia do contrato puramente de locação.⁴⁵

Nessa mesma toada, destaca-se o pensamento de Ives Gandra da Silva Martins:

Nos contratos, portanto, entre os lojistas e os shopping centers há sempre uma dupla natureza, que os faz, de um lado, idênticos ao de uma singela locação do espaço físico em contrato de locação comercial, mas que os tornam, por outro lado, um contrato atípico, sem nenhuma vinculação com a lei de luvas no concernente à cessão da *res sperata* ou do uso do sobrefundo comercial, representado pelos bens imateriais de que os shopping centers são detentores permanentemente.⁴⁶

A partir das considerações até aqui feitas, nota-se que de fato a relação do lojista com o shopping center não pode ser restringida à mera locação, pois como afirma José Gomes Neto, existem (...) *“além da locação, vários outros aspectos*

⁴⁴ *Apud.* BASILIO, João Augusto. *Shopping centes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15.

⁴⁵ *Apud.* BASILIO, João Augusto. *Op.cit.*, p. 17.

⁴⁶ *Apud.* BASILIO, João Augusto. *Op.cit.*, p. 18.

*negociais e mercadológicos inusuais nas locações comerciais em geral.*⁴⁷. Assim, vê-se que para essa corrente a natureza jurídica da referida relação é de locação, mas possui características atípicas que o diferencia do modelo contratual mais clássico.

2.2.3 Teoria da atipicidade

No percurso da evolução, encontra-se outra corrente de pensamento, cuja concepção se afasta inteiramente da idéia de contrato de locação ou locação com atipicidade. Agora, fala-se em um contrato atípico ou inominado. Essa corrente de pensamento, que tem como maior expoente o ilustre Orlando Gomes, é conhecida como teoria da atipicidade.

A atipicidade tem sua origem no direito romano, onde se fazia a distinção entre contratos nominados e inominados, sendo tais termos o significado dos contratos que possuíam nome específico e os que não possuíam. A razão para tal tratamento está ligada, por um lado, à evolução econômica e social da humanidade, que através das mais diversas práticas mercadológicas do cotidiano vão inovando ao criar modalidades de contratos inéditas; e por outro lado, a impossibilidade da lei disciplinar as mais diversas práticas comerciais presentes em uma sociedade.

No tocante ao tema, Serpa Lopes, ao analisar a interpretação dos contratos atípicos, advertiu:

Modernamente reconhece-se que a matéria contratual não pode viver as espécies grupadas pela lei. As necessidades econômicas e sociais forçam a criação de novos padrões contratuais. A jurisprudência não os pode ignorar no momento em que tem de apreciar os litígios oriundos de tais formações negociais. Por isso a contraposição entre contratos nominados e inominados do Direito Romano repete-se no Direito moderno, através dos contratos típicos e atípicos.⁴⁸

Em síntese, para os adeptos dessa corrente, a relação entre lojista e empreendedor não representa um contrato de locação de imóvel, regido quer pelo Código Civil, quer pela lei do inquilinato. Na verdade, interpretam tal relação como uma figura contratual nova no direito, que pode apresentar semelhança com a locação de

⁴⁷NETO, José Gomes. *Shopping Center: regulamentação jurídica e proteção ao lojista*. Revista de Direito imobiliário n. 39. São Paulo: RT, p.131.

⁴⁸SEPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1996, p.61.

imóvel urbano, mas que dele se distingue por seus elementos constitutivos, por suas peculiaridades e por sua natureza jurídica.

Definem, pois, a relação como contrato atípico por considerarem a presença de características de vários outros contratos que impede seu enquadramento em qualquer das espécies que com ele guardem características comuns. Por essa razão, Maria Helena de Diniz afirma que *“o contrato de shopping, privado de nomen jùris, encerra, portanto inúmeras peculiaridades não encontradas em nenhum outro contrato, constituindo uma nova figura contratual (...)”*⁴⁹.

2.2.4 Teoria dos contratos coligados

A partir das teorias apresentadas, é possível notar que todas compreendem a relação entre lojistas e empreendedores de shopping center como um contrato, entorno do qual gira um complexo de direitos e obrigações exorbitantes e oriundas de outras avenças. Nesse contexto, a teoria dos contratos coligados lança o entendimento no qual esse complexo de direitos e deveres representam contratos autônomos, independentes, mas que estão coligados para atingir um determinado objetivo econômico.

De fato observa-se que no contrato de shopping center, em princípio, são identificados outros tipos de avença⁵⁰, em regra, alinhadas ao fim econômico perseguido pelas partes. Contudo, apesar de objetivarem o mesmo fim e possuírem unidade econômica, são juridicamente independentes. Na lúcida lição de João Carlos Pestana de Aguiar, citado por João Augusto Basílio, no contrato de shopping há a coligação de outros contratos, sendo compreendido, de acordo com o autor, da seguinte forma:

[...] num único instrumento negocial encontra-se um contrato de locação especial coligado a outros de prestação de serviços de administração,

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.51.

⁵⁰ Conjuntamente ao contrato de locação de espaço são firmados outros: contrato de associação dos lojistas, contrato entre o dono do shopping e uma empresa incumbida de administrar o empreendimento, contrato entre o empreendedor e cada lojista tendo por objeto a ocupação remunerada do espaço-loja e outros

publicidade e promoção do conjunto ao qual se integra a unidade do locatário, com remissão a outros instrumentos a serem por este respeitados.⁵¹

Um exemplo prático dos chamados contratos coligados são as avenças feitas para instalação de postos de gasolina. Nesse tipo de negócio se falta o contrato de compra e venda de combustível, os contratos de locação das bombas de gasolina, de uso da bandeira do fornecedor, de locação ou compra do espaço onde estará situado o estabelecimento e os outros que possam existir nessa relação, perdem a razão de ser.

Dessa forma, a exemplo do contrato para instalação de posto de gasolina, no contrato de shopping center, faltando o contrato de ocupação remunerada do espaço – loja, todos os outros passam a ser inúteis. O que marca um contrato coligado é justamente essa pluralidade jurídica ao lado da unidade econômica.

Ricardo Pereira Lira, ao estudar a natureza jurídica do contrato de shopping center, em parecer publicado na revista trimestral de direito civil, ensina que faz parte da natureza dessa espécie de contrato, concebido como uma relação *ex locato*, a presença de outros contratos, tais como os que disciplinam as condições de participação no empreendimento; a associação entre os lojistas com intervenção do empreendedor dentre outros; e arremata dizendo que *“Tais contratos e relações são coligados, nascem para viver juntos, de tal forma que o inadimplemento ocorrido em um deles justifica a rescisão dos demais [...]”*⁵²

Sobre o tema vale destacar, também, o pensamento de Orlando Gomes ao fazer a distinção entre contratos mistos e contratos coligados:

Em resumo, distinguem-se na estruturação e eficácia as figuras dos contratos coligados e dos contratos mistos. Naqueles há combinação de contratos completos. Nestes, de elementos contratuais, enquanto possível a fusão de um completo com simples elemento de outro. Pluralidade de contratos, num caso; unidade, no outro.⁵³

Conforme a lição do supramencionado autor, há uma pluralidade de contratos, autônomos e individuais que se ligam para atender a uma necessidade organizacional da prática comercial típica de shopping center. Não se trata de uma somatória de

⁵¹ Apud. BASILIO, João Augusto. *Shopping centes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.29.

⁵² Apud. BASILIO, João Augusto. *Shopping centes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.32.

⁵³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.112.

contrato típico com elementos atípicos que comporão um novo contrato, uno e complexo, individual e indivisível, como se depreende do pensamento de Álvaro Vilhaça Azevedo, mas sim de vários contratos que sem perda da sua individualidade estão ligados entre si.⁵⁴

Após reflexão sobre as teorias mais importantes acerca da natureza jurídica do contrato de shopping center, vê-se que, mesmo com o advento da Lei 8.245/91, não foi superada as controvérsias entorno do tema. E também nem poderia, pois na verdade o legislador definiu a natureza jurídica de um dentre os vários contratos celebrados entre lojista e empreendedor de shopping center. O legislador se preocupou em definir regras para a ocupação remunerada de espaços, deixando de lado outras figuras coligadas ao contrato de shopping center.⁵⁵

Destarte, não por outra razão, Maria Helena Diniz afirma que (...) *apenas por falta de regulamentação legal própria, aplicar-se-á, enquanto esta não for promulgada, a Lei n.8.245/91(...)*⁵⁶. Em verdade, o grande problema a acerca do tema e que gera inúmeras controvérsias é a falta de regulamentação. Não há Lei disciplinando em sua totalidade as várias avenças realizadas dentro dessa nova forma de mercancia.

Entretanto, ainda que não se tenha um disciplinamento específico acerca do tema, acredita-se, neste trabalho, que a teoria dos contratos coligados é a leitura mais adequada em relação á natureza jurídica dos contratos de shopping center, uma vez que referido contrato, embora muitas vezes concebido por um único instrumento contratual, abrange múltiplos acordos, tais como a locação, a prestação de serviço de administração, a publicidade e promoção do empreendimento, entre outros, os quais, em regra, estão vinculados a uma finalidade econômica, mas não jurídica.

2.3 Características

À luz do conceito de shopping center, nota-se que essa forma de atuação comercial possui características próprias que a diferencia de outras modalidades de

⁵⁴ *Apud.* BASILIO, João Augusto. *Shopping centes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.36.

⁵⁵ BASILIO, João Augusto. *Op.cit.*,p.33.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e pratico dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.51.

negócios. Assim, dentre as práticas mais comuns que constitui traço distintivo dessa espécie de empreendimento, destacam-se as restrições *normativos-contratuais*⁵⁷, a distribuição das lojas ou composição do *tenant mix*, e a forma de remuneração.

2.3.1 Restrições contratuais

No contrato de shopping center é comum a presença de disposições gerais, em regra, imposta pelo empreendedor, diretamente ou através de um administrador, que limitam a atuação dos lojistas. Busca-se com tais imposições promover o aumento de qualidade e lucratividade do negócio, estabelecendo regras para a melhor utilização das lojas. A partir de estudos técnicos, são fixadas formas para o aproveitamento racional das áreas de circulação, viabilizando aos clientes, visitantes, fornecedores e empregados o melhor uso dos serviços utilizados pelo shopping.

Assim, o comerciante que pretenda ingressar nessa modalidade de negócio deverá estar ciente de que não terá ampla liberdade para fazer o que bem entender, pois como visto, o shopping center é uma estrutura cuja organização, planejamento e funcionamento são minuciosamente pensados a partir de estudos técnicos, objetivando o sucesso do empreendimento, de sorte que restará ao comerciante aderir ao contrato se submetendo a todas as disposições impostas pelo proprietário ou administrador.⁵⁸

Com efeito, em decorrência dessas normas impositivas, Maria Helena Diniz exemplifica algumas situações a que o lojista estaria sujeito:

Por imposição dessas normas cada lojista deverá, p.ex., permitir que o administrador do shopping ingresse em sua loja para fazer reparos nas instalações gerais; manter em estoque mercadorias de qualidade, peso e espécie que concorram para o faturamento e atendam à demanda da clientela do shopping; contribuir para o pagamento das despesas de consumo e a manutenção da aparelhagem de ar condicionado, com as promoções coletivas, a filiação à associação de lojistas, submetendo-se a sanções especiais com o pagamento em dobro do aluguel mínimo, assumindo enfim deveres conforme as necessidades de organização do shopping e de inovação tecnológica no campo do comércio varejista e os interesses da comunidade.⁵⁹

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.42.

⁵⁸ MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.107.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*p.42. A autora menciona algumas outras restrições: "(...) vender artigos de segunda mão; promover vendas, ainda que por meio de catálogos ou simples mostruários de

Além dessas, existem as chamadas restrições concorrenciais, cuja finalidade é impedir que os lojistas inseridos no shopping passem a ser concorrentes do próprio empreendimento, uma vez que o sentido de unidade comercial entre empreendedor, administrador e lojistas deve ser preservado. A idéia posta é a de que tanto lojistas quanto empreendedor constituem um todo, uma unidade de integração comercial, onde o sucesso, por um lado, está ligado à capacidade de cada lojista de atrair consumidores, fomentando assim as vendas de todos os outros, e por outro, à qualidade e competência do empreendedor em administrar o negócio.

Dessa maneira, acredita-se que a permissão dada ao lojista para expandir-se, instalando filiais em outros estabelecimentos nas proximidades do shopping, diminuiria significativamente o tráfego de consumidores, diminuindo, por via de consequência, a rentabilidade do negócio.

Normalmente, essas limitações aparecem no contrato na forma de cláusulas de exclusividade ou de não concorrência, impondo uma vinculação do lojista ao empreendimento que o impede de instalar filiais ou estabelecimentos congêneres em outros empreendimentos concorrentes, como veremos mais a frente com maior detimento.

2.3.2 *Tenant mix*

Outra característica distintiva do shopping center é o planejamento de distribuição de lojas feito desde o início das obras de construção. Essa distribuição, também conhecida como *tenant mix*, representa a liberdade do empreendedor de determinar, com base em estudos técnicos, a localização das lojas no shopping de acordo com a área de atuação, a dimensão e importância da loja.⁶⁰

mercadorias não incluídas no ramo comercial específico destinado à sua loja; interromper suas atividades, fechando suas portas em horário de funcionamento do shopping, exceto força maior e com autorização da administradora (...); utiliza-se de alto-falantes ou de aparelhos de som que perturbem os demais lojistas e a clientela; exercer atividades que provoquem acúmulo excessivo de pessoas nas áreas comuns; utiliza-se das dependências comuns para publicidade; fazer propostas comerciais distribuindo peças promocionais ou panfletos nas áreas comuns para publicidade inescrupulosa ou leilão de mercadorias.

⁶⁰ SALLES CRISTOFARO, Pedro Paulo. *As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência*. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: set./Dez, n.º 36, 2006, p.53.

Essa composição do mix de lojas não é feita aleatoriamente pelo empreendedor, mas sim após criteriosa avaliação dos fatores que giram em torno do negócio. Nessa esteira, vale sublinhar a lição de Pedro Paulo Salles Cristofaro, quando trata do tenant mix e a maior rentabilidade:

O tenant mix adequado para tornar o empreendimento o mais rentável possível, maximizando as sinergias entre as múltiplas atrações de um shopping center, varia em função de diversos fatores e do tipo de shopping concebido. Dependendo da localização do shopping, do potencial de consumo das populações vizinhas, das condições do tráfego nos arredores nas diversas horas do dia, o empreendedor poderá optar por desenvolver um tipo diferente de shopping, destinado a atender a um determinado público e a exercer influencia (atraindo consumidores) em um determinado raio de ação.⁶¹

A composição do *tenant mix* é o que vai definir o perfil do shopping, fazendo com que um determinado grupo de pessoas passem a ser clientes e freqüentadores assíduos do empreendimento. Assim, podemos citar como exemplo, o shopping Iguatemi, composto por lojas extremamente sofisticadas, voltadas para a classe A; também temos os shoppings de padrão médio que buscam atender clientes tipo B; enfim, encontramos vários empreendimentos que se diferenciam em virtude do seu mix de lojas.⁶²

⁶¹ SALLES CRISTOFARO, Pedro Paulo. *As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência*. Op. Cit., p.53.

⁶² Apud. BASILIO, João Augusto. *Shopping centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. A Associação Brasileira de Shopping Centers –ABRASCE apresenta uma classificação bem diversificada organizada da seguinte forma: SHOPPING REGIONAL: Este tipo de shopping fornece mercadorias em geral (uma boa porcentagem de vestuário) e serviços completos e variados. Suas atrações principais são âncoras tradicionais, lojas de departamento de desconto ou hipermercados. Um shopping regional típico é geralmente fechado, com as lojas voltadas para um mall interno. SHOPPING COMUNITÁRIO: O shopping comunitário geralmente oferece um sortimento amplo de vestuário e outras mercadorias. Entre as âncoras mais comuns estão os supermercados e lojas de departamentos de descontos. Entre os lojistas do shopping comunitário, algumas vezes encontram-se varejistas de "off-price" vendendo itens como roupas, objetos e móveis para casa, brinquedos, artigos eletrônicos ou para esporte. Nessa classificação procura-se enquadrar algumas galerias com certas peculiaridades ou grandes espaços divididos em pequenas lojas ou "boxes". SHOPPING DE VIZINHANÇA: É projetado para fornecer conveniência na compra das necessidades do dia-a-dia dos consumidores. Tem como âncora um supermercado. A âncora tem o apoio de lojas oferecendo outros artigos de conveniência. Nessa classificação incluiriam-se os supermercados que têm várias lojas em seu interior ou uma galeria comercial com características peculiares, tais como o CARREFOUR, EXTRA, FREEWAY, entre outros. SHOPPING ESPECIALIZADO: Voltado para um mix específico de lojas de um determinado grupo de atividades, tais como moda, decoração, náutica, esportes ou automóveis. OUTLET CENTER: Consiste em sua maior parte de lojas de fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de varejistas de "off-price". Nos EUA foram instalados em grandes fábricas desativadas cujo acabamento é rústico e desprovido de luxo, com custo baixo ocupado por pequenos fabricantes.

2.3.3 *Forma de remuneração*

Algo extremamente peculiar no shopping center é sua forma de remuneração, pois diferentemente dos negócios de varejo normalmente praticados no mercado, o Shopping possui uma forma de remuneração dividida em parte fixa e variável. O empreendedor, após concluídas as obras de construção do shopping, permanece como proprietário do imóvel, estipulando como remuneração um valor a ser pago mensalmente pelos lojistas ali instalados com base no faturamento bruto de cada um.

O lojista desse tipo de empreendimento, em regra, paga uma remuneração pelo uso da loja, dividida em *aluguel fixo ou mínimo* ou *aluguel móvel ou percentual*⁶³. O aluguel fixo é o valor referente a área ocupada pela loja, ou seja, baseado nos metros quadrados que possui. Esse valor é periodicamente reajustado com indexação preestabelecida. Por outro lado, o aluguel móvel ou percentual representa valor da parcela da prestação calculada com base na renda bruta do lojista, isto é, trata-se de uma prestação pecuniária proporcional aos ganhos auferidos pela loja em decorrência da atividade comercial.⁶⁴

A definição da parcela a ser paga pelo lojista, se mínima ou percentual, ocorrerá com a apuração do maior índice entre as duas formas de remuneração. Segundo lição de Dinah Renault *“prevalecerá o que alcançar maior índice, ou seja, aquele em que predomine o quantitativo mais alto: se for o valor percentual do faturamento bruto obtido pela loja, será este o devido; se for o aluguel mínimo corrigido, obviamente, será este que prevalecerá.”*⁶⁵

Dessa forma, o aluguel percentual será exigido apenas quando o faturamento apurado da loja ultrapassar a soma do valor referente ao aluguel mínimo. Busca-se, assim, a compensação do empreendedor por aquilo que não ganhou das lojas menos rentáveis com o maior percentual obtido pelas lojas mais lucrativas. Maria Helena Diniz, analisando o porquê do referido sistema de remuneração, justifica dizendo que “Se os

⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.45.

⁶⁴ PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping center uma nova era empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.51.

⁶⁵ PINTO, Dinah Sonia Renault. *Op.cit loc.*

alugueis fossem fixos, só haveria no Shopping lojas com o mesmo nível de lucratividade e, portanto, ter-se-ia o fracasso do sistema implantado⁶⁶”.

Um aspecto interessante, e que vale destacar, é o fato de no mês de dezembro o aluguel mínimo ser o dobro se comparado com os outros meses. Essa remuneração dobrada, também conhecida por 13º aluguel, tem seu princípio fundante no interesse de cooperação estabelecido entre empreendedor e lojista. Isso porque o empreendedor não constrói o shopping apenas para alugar seu espaço, suas lojas, mas também pra participar do lucro obtido por elas; além disso, o lojista que pagar esse valor extra gozará de alguns privilégios, tais como maior publicidade e maior segurança. Essa parcela dobrada é cobrada, em regra, no mês de dezembro, vez que com as festas de fim de ano, como natal e ano novo, o lucro dos lojistas são maiores, devendo assim, pagar remuneração maior ao empreendedor.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p.46.

3. AS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE NO CONTRATO DE SHOPPING CERTER E SEUS EFEITOS SOBRE A LIVRE CONCORRÊNCIA

3.1 Conceito de exclusividade

A noção de exclusividade vem da idéia daquilo que é restrito, único, privativo, ou melhor, dizendo, de algo que por sua essência ou por convenção exclui os demais. Assim, a exclusividade é a forma de pela qual algo se torna restrito, limitado, muito acessível para poucos e pouco acessível pra muitos.⁶⁷

Sob a ótica do mercado, ensina Tânia Bahia acerca das cláusulas de exclusividade que *“a pretensão a ser perseguida deve ser a de organizar o mercado em termos econômicos, atendendo ao consumidor e oferecendo, na maioria das vezes, a excelência de uma marca que concorre no mercado”*⁶⁸. No escorreito entendimento, em regra, a exclusividade funciona como importante instrumento de gestão, sendo muitas vezes adotada, a exemplo dos contratos de distribuição, com o objetivo de racionalizar, organizar e, principalmente, viabilizar a comercialização de produtos e serviços, objetivando o atendimento das necessidades do consumidor.

Segundo Tânia Bahia, citando a obra de Túlio Ascarelli, as cláusulas de exclusividade teriam a seguinte feição:

[...] as cláusulas de exclusividade são aquelas pelas quais uma empresa se obriga a não ceder seus próprios produtos ou serviços senão a pessoas determinadas, como empresário ou trabalhador que pode obrigar-se a não prestar serviços a não ser para determinada empresa. Também se aplica a situações em que o proponente se compromete a não contratar vários agentes numa mesma área territorial, como o agente pode comprometer-se a não negociar com empresas do mesmo ramo de negócios naquela determinada zona [...]⁶⁹

Em suma, a exclusividade pode ser definida como a obrigação assumida por uma determinada pessoa (física ou jurídica) de fornecer um produto ou prestar um

⁶⁷ BUENO, Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996, p.279.

⁶⁸ CARVALHO SIQUEIRA, Tânia Bahia. *A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais*. Revista de Direito Privado, São Paulo: janeiro-março, n.13, 2003, p.252.

⁶⁹ CARVALHO SIQUEIRA, Tânia Bahia. *Op. cit. loc.*

serviço de forma única, privativa e exclusivamente para outra pessoa, podendo tal atividade se restringir geograficamente a um território.

3.2 A exclusividade como fenômeno

O fenômeno da exclusividade está diretamente ligado ao significado e relevância do contrato como mecanismo jurídico e econômico que é. O contrato, mais do que meio para escoar riqueza, é antes um propulsor da livre iniciativa e da livre concorrência, princípios basilares da ordem econômica. Nessa esteira, como conseqüência lógica, o contrato sofrerá os efeitos das constantes alterações do mercado, que influenciará de forma direta a sua própria estrutura. Tal dinâmica se dará por efeito da premente necessidade dos agentes econômicos, como forma de sobrevivência no mercado, de adotarem a forma de contrato mais adequada, inclusive com a utilização de cláusulas de exclusividade, para cada momento econômico.⁷⁰

Nesse sentido, vele destacar a lição de Tânia Bahia Carvalho:

O estado da economia, portanto, responsável pelo engendramento nas relações jurídicas negociais, justifica o surgimento do fenômeno da exclusividade 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.⁷¹

Vê-se, pois, que a exclusividade é o resultado de um processo jurídico e econômico em constante evolução. É fenômeno ligado às relações contratuais e as constantes mudanças mercadológicas. A globalização e a crescente ampliação de mercado impuseram aos agentes econômicos a necessidade de movimentação constante com o objetivo de aumentar a produção e conquistar novos nichos de mercado.

Com efeito, diante de tal dinâmica econômica, a exclusividade passou a ser mecanismo essencial para a manutenção do processo produtivo, assim como para a

⁷⁰ CARVALHO SIQUEIRA, Tânia Bahia. *A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais*. Revista de Direito Privado, São Paulo: janeiro-março, n.13, 2003, p.250.

⁷¹ CARVALHO SIQUEIRA, Tânia Bahia. *Op.cit. loc.*

obtenção de bons resultados. Assim, no entendimento de Tânia Bahia Carvalho Siqueira “a exclusividade se impõe aos empresários como meio de controle de gestão, necessário ao desenvolvimento global da comercialização direta ao consumidor”⁷².

Contudo, é certo que o pacto de exclusividade, comumente utilizada nos mais diversos contratos comerciais⁷³, deve ser, assim como preleciona Tânia Bahia⁷⁴, “(...) analisado no contexto do mercado, como fenômeno econômico, e não como mera cláusula convencional”. De fato não há como ignorar a condição de fenômeno econômico da cláusula de exclusividade, sobretudo, diante da sua função de estruturar, racionalizar e organizar a comercialização de produtos e serviços.

3.3 Instrumento impositivo da restrição

3.3.1 Cláusulas de exclusividade territorial

A cláusula de exclusividade territorial, que advém de uma relação vertical entre duas partes contratantes, verifica-se ao passo que uma das partes compromete-se a não fornecer o mesmo tipo de produto ou de serviço a um concorrente numa região geograficamente definida, sendo a área de restrição o fator determinante da cláusula.

A exclusividade territorial é amplamente utilizada nos contratos de distribuição, onde, em regra, o fornecedor de um determinado produto divide a área em que atua, entre os integrantes da rede de comercialização, evitando a concorrência entre distribuidores da mesma marca e, também das vendas diretas do fabricante.⁷⁵

Em relação à exclusividade territorial, convém ressaltar a lição de Paula A. Forgioni, ao comentar a presença dessa restrição nos contratos de distribuição:

⁷² CARVALHO SIQUEIRA, Tânia Bahia. *A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais*. Revista de Direito Privado. São Paulo: janeiro-março, n.º13, 2003, p.251.

⁷³ Segundo Tânia Bahia, com base na lição de Bonasi-Benucci, a cláusula é encontrada é “(...) utilizada em relações de diferentes naturezas, como no contrato de compra e venda, de fornecimento, de comissão mercantil, de concessão de distribuição, de locação, de representação comercial, no contrato de trabalho, de franquia, de cessão de uso de marca ou sinal de propaganda (...)”. *Op. cit.*, p.253.

⁷⁴ CARVALHO SIQUEIRA, Tânia Bahia. *Op.cit.*, p.251.

⁷⁵ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.201.

Na divisão territorial, além da reclusão territorial de cada um dos distribuidores da marca, é-lhes garantida a exclusividade. Conseqüentemente, o mercado do produto fica geograficamente “dividido” entre os integrantes da rede, tendo cada um área específica de atuação. Isso significa a segurança de um certo monopólio de atuação para o concessionário, porque será o único a comercializar determinado produto no território.⁷⁶

A imposição de limites territoriais, tanto para exclusão quanto para divisão com exclusividade para fornecimento de um produto ou a prestação de um serviço, constitui opção essencialmente estratégica do empreendedor. No entanto, como mencionado pela supracitada autora, em muitos casos ocorre a formação de monopólios que podem confrontar preceitos de ordem econômica, consubstanciando conduta anticoncorrencial. Assim, a opção estratégica deve observar os ditames da ordem econômica.

3.3.2 *Cláusulas de não concorrência*

Muito utilizadas nas operações comerciais, principalmente naquelas de alienação de estabelecimento, compra e venda de ativos, quotas, ou ações, ou em contratos de *joint venture* ou associação, as cláusulas de não-concorrência têm sido reconhecidas pelo CADE, frise-se, quando limitadas no tempo e no espaço, como uma prática comercial normal.

No contrato de shopping center a cláusula de não concorrência tem uma feição diferenciada, pois apesar de ser uma limitação indireta da concorrência, e não ter o propósito de regular a concorrência, ela o faz, mais de uma forma peculiar. Analisando o tema, João Augusto Basílio afirma que:

Na verdade, o fundamento da cláusula de não-concorrência inserida nos contratos de shopping center é a limitação da concorrência exógena no tempo e no espaço, visando à manutenção e ao estímulo à concorrência interna no empreendimento, já que a existência de filiais e congêneres nas proximidades do shopping por certo gera um conflito de interesses entre os estabelecimentos comerciais pertencentes a um só empresário.

⁷⁶ FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p.202. Autora identifica também a reclusão territorial: “pela reclusão territorial no contrato celebrado entre o fabricante e o distribuidor (ou no acordo realizado entre o fabricante e todos os seus distribuidores), há uma imposição de área de atuação deste último sendo-lhe vedado operar além daqueles limites”.

Nota-se, pois, o duplo sentido da cláusula de não-concorrência no contrato de shopping center que, por um lado impõe limites a concorrência externa dos lojistas ao próprio negócio (shopping) e, por outro, estimula a concorrência internamente entre os lojista, aumentando a qualidade de produtos e serviços e, conseqüentemente, o poder atrativo do empreendimento.

3.3.3 Cláusulas de Raio

As cláusulas de raio podem ser entendidas como uma imposição de certos limites territoriais para a comercialização de um determinado produto ou serviço, considerando uma determinada extensão de área geográfica. A expressão “raio” significa a fixação de uma área epicêntrica na qual não se poderá realizar atividade objeto da limitação, ou seja, só é permitido a realização de uma certa atividade comercial a 500m ou a 2km de distância da sede de determinado empreendimento, por exemplo.

É comumente utilizada no contrato de shopping center e, em regra, consiste em uma obrigação assumida pelo lojista-locatário de um espaço comercial perante o shopping center- locador, de não exercer a mesma atividade comercial dentro dos limites, ou melhor, dentro do raio estabelecido pelo empreendedor. Em síntese, quando o lojista adere a um contrato com essa disposição, o mesmo firma compromisso de não se tornar concorrente do shopping que integra, se comprometendo, ainda que de forma indireta, a evitar o desvio do trafego de clientes para outros empreendimentos concorrentes.⁷⁷

Acerca do escopo da cláusula de raio, Pedro Paulo Salles Critofaro, destaca em sua lição que “(...) o aspecto predominante da cláusula de raio não seria a proteção do empreendedor, na qualidade de fornecedor de imóveis, mas sim a proteção dos

⁷⁷ BOLLER, Luiz Fernando *Livre concorrência: cade pode decidir sobre cláusula de exclusividade*. Disponível em: < www.conjur.estadao.com.br >. Data: 20 de outubro de 2008.

*interesses globais da organização jurídica constituída por empreendedores e locatários, a proteção do shopping center*⁷⁸.

A razão de tal proteção se encontra na conservação da integração de interesses existente no âmbito de um shopping center e, conseqüentemente, a sua rentabilidade. A própria estrutura do shopping criou a necessidade de adoção de mecanismos, tais como a cláusula de raio e/ou exclusividade, para assegurar a lucratividade do empreendimento.

Em considerações feitas ao mercado de shopping centers, destaca Jorge Fagundes que:

Trata-se de um mercado de dois lados, na medida em que são espaços destinados a atrair consumidores e lojistas simultaneamente: quanto maior o número de consumidores (tráfego) que freqüentam um shopping center, maior o valor potencial do aluguel –tanto na parte fixa, como na variável (baseada em um percentual do faturamento dos lojistas)- de seus espaços comerciais; por outro lado, quanto maior o número e a variedade de lojistas instalados num shopping center, maior a sua capacidade de atração de consumidores finais.⁷⁹

É com fundamento nessa lógica estrutural do empreendimento shopping center que as restrições impostas pelas cláusulas de exclusividade e raio se justificam. O escopo limitativo das referidas cláusulas restritivas está voltado para preservação do tráfego de consumidores atraídos pela diversidade de lojas presentes no shopping center, ou seja, o seu variado *tenant mix*, que não podendo ser copiado por eventuais concorrentes, dada as restrições impostas, possibilita maior capacidade de atração e maiores benefícios econômicos para empreendedor e lojistas.

A título de ilustração, apresenta-se a cláusula de raio prevista no contrato de locação celebrado entre lojistas e o Shopping Center Norte:

⁷⁸ SALLES CRISTOFARO, Pedro Paulo. *As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência*. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: set./Dez, n.º 36, 2006, p.58.

⁷⁹ FAGUNDES, Jorge. *Cláusulas de raio e o Iguatemi*. Revista do IBRAC. São Paulo: n.º 6, v.14, 2006, p.74. Observa o autor que: “No entanto, a caracterização dos shopping centers como mercado de duas pontas não deve ofuscar o problema central das cláusulas de exclusividade e raio praticadas por shopping centers: o fato de que tais cláusulas podem bloquear ou dificultar o acesso a insumos fundamentais para o negócio dos shopping rivais, a saber, lojas com marcas consolidadas e conhecidas do público-alvo.

3 – Parágrafo quarto – A LOCATÁRIA, bem como seus sócios, quotistas ou acionistas não poderão ter outro estabelecimento explorando o mesmo ramo de comércio por ela exercido no Salão de Uso Comercial que lhe é alugado, num raio de mil metros do Shopping Center Norte, salvo aqueles já existentes na data de assinatura deste, ou se para tanto, forem expressamente autorizados pela LOCADORA.⁸⁰

Contudo, como já ressaltado ao longo do presente trabalho, a exclusividade é um fenômeno de mercado e, sendo assim, deve ser analisado de acordo com as diretrizes da ordem econômica. Não é possível, num mercado extremamente competitivo e importante como o de shopping centers, deixar de avaliar os impactos de tais limitações sobre a concorrência e os interesses da coletividade.

3.4 A exclusividade no contrato de shopping center

Como já mencionado, a exclusividade é um verdadeiro fenômeno e uma necessidade para boa parte da atividade empresarial. É, em muitos casos, *conditio sine qua non* para a realização da própria atividade comercial.⁸¹ Por sua vez, o shopping center também é um fenômeno fruto da necessidade de uma atuação cada vez mais dinâmica dos agentes econômicos num mercado extremamente competitivo, com o objetivo de otimizar a produção e atingir a economia de escala.

Nesse contexto, a aderência da exclusividade ao contrato de shopping center foi um processo natural, facilitado em muito pela própria funcionalidade do empreendimento shopping center. Essa simbiose está ancorados na plena integração de atividades e objetivos de lojistas e empreendedor, mutuamente comprometidos com o sucesso do negócio. Há, em tese, uma sociedade entre eles, o que se justificaria por dois aspectos: a forma de remuneração, estabelecida em parte fixa e outra variável e a formatação do *tenant mix*, baseada na capacidade de atração de cada lojista.

Nesse sentido, Carlos Frederico de Magalhães preleciona:

⁸⁰ Cláusula extraída dos autos do Processo Administrativo 08012. 002841/2001-13 (CADE).

⁸¹ Segundo Tânia Bahia: “Podemos pensar, por exemplo, nos bens de consumo industriais que praticamente não poderiam ser vendidos se não houvesse um serviço de conserto, e para que alguém estabeleça o serviço, deve-se-lhe dar um incentivo, na forma de distribuição exclusiva pelo menos para determinados rincões do território e por determinado tempo.”. *Op. cit.*, p.256.

(...) comprovadamente, o empreendedor e cada lojista, ao negociarem e pactuarem livremente o contrato, comprometem-se a mútuos esforços para o sucesso do empreendimento. Tornam-se, por assim dizer, verdadeiros sócios no negócio shopping center, o que se comprova, por exemplo, à luz do fato de que o aluguel contratado divide-se em uma parte fixa e outra variável, esta última atrelada ao tráfego de clientes e, por conseguinte, ao faturamento do lojista naquele empreendimento.⁸²

Dentro dessa lógica, tem-se que quanto maior a capacidade atrativa do empreendimento maior será o faturamento do lojista e a rentabilidade para todos. Assim, é importante observar que no shopping center a estrutura produtiva está baseada na capacidade de cada lojista que compõe o *tenant mix* de atrair clientes para o shopping, de modo que a manutenção, por meio de uma cláusula de exclusividade, daquele que outrora se comprometera com o sucesso do negócio, significa preservar o poder de atração do empreendimento e garantir o tráfego de clientes.

Em síntese, a exclusividade no contrato de shopping center tem a dupla função de, por um lado, evitar que o *tenant mix* seja alterado, reduzindo significativamente a capacidade do empreendimento de atrair clientes; e por outro lado, fazer com que a expansão do lojista, através da instalação de filiais em outros empreendimentos, não desvie o tráfego de clientes e, por conseguinte, diminua a rentabilidade do negócio como efeito da redução do aluguel variável pago ao empreendedor pelo lojista, com base no lucro deste.

No entanto, a ampla utilização das cláusulas de exclusividade tem suscitado controvérsias no âmbito do direito da concorrência. A questão cinge-se, por um lado, aos efeitos concorrenciais provocados no mercado pela cláusula de exclusividade imposta aos lojistas de shopping center e, por outro, a necessidade intrínseca do negócio shopping center de se manter como empreendimento rentável e atrativo a partir da exclusividade. Posto o ponto de divergência no uso da cláusula de exclusividade no shopping center, passa-se ao seu estudo.

⁸² MAGALHÃES, Carlos Frederico de. *Cláusula de raio e de exclusividade têm amparo legal*. Disponível em www.conjur.estadao.com.br. Acesso em: 22/09/2008.

3.5 Efeitos anticoncorrenciais da cláusula de exclusividade no contrato de shopping center

Oportunamente foi dito ao longo desse trabalho que para as cláusulas de exclusividade e raio serem classificadas como disposições ilícitas é preciso, antes de qualquer juízo, analisar o caso concreto, atentando para suas peculiaridades. No entanto, vale destacar que não se pretende aqui fazer o estudo de um caso específico, mas avaliar de forma ampla a repercussão das cláusulas de exclusividade comumente utilizadas no contrato de shopping center. Porém, alguns exemplos práticos serão contemplados.

3.5.1 Obstrução de mercado

A competição no mercado dos shoppings centers é estabelecida pela diferenciação, que pode ocorrer de duas formas: horizontal ou vertical. A diferenciação horizontal compreende o espaço geograficamente ocupado pelo shopping; está ligada a uma opção de localização, considerando o potencial consumidor e, em regra, à capacidade de ocupação de espaço, isto é, área bruta locável.⁸³

Ao abordar o tema, Jorge Fagundes faz a seguinte ponderação:

A estratégia de diferenciação horizontal refere-se a um produto ou serviço preferido por um conjunto de consumidores em particular. Um exemplo típico diz respeito a localização geográfica: para um determinado conjunto de consumidores, um certo shopping- centeris paribus- pode ser preferível face a um outro shopping simplesmente por estar mais próximo de sua residência ou local de trabalho, fato que implica menor custos de deslocamento.⁸⁴

Em relação à diferenciação vertical, cumpre observar que esta compreende a capacidade de composição e diversificação das lojas instaladas no shopping center, ou seja, a formação de seu *tenant mix*. Essa diferenciação também composta pela

⁸³ FAGUNDES, Jorge. *Cláusulas de raio e o Iguatemi*. Revista do IBRAC. São Paulo: n.º 6, v.14, 2006, p.74.

⁸⁴ FAGUNDES, Jorge. *Cláusulas de raio e o Iguatemi*. *Op.Cit.*, p.82/83.

quantidade e qualidade dos benefícios oferecidos ao consumidor, tais como segurança, ar condicionado e estacionamento.⁸⁵

Nesse contexto, considerando que a diferenciação horizontal dos shoppings de um determinado mercado relevante, demanda elevados investimentos e um período longo de tempo, e que com o crescimento das grandes metrópoles os espaços foram reduzidos, impossibilitando em certa medida a entrada de novos empreendimentos, a competitividade cinge-se, basicamente, a diferenciação vertical.

Com efeito, dentro desse cenário, alguns efeitos anticompetitivos poderão ser observados, uma vez que a cláusula de exclusividade no shopping center ao garantir a diversidade do mix de lojas e, conseqüentemente, o poder atrativo do empreendimento, acaba criando barreiras a entrada de potenciais concorrentes, visto a impossibilidade de se tornarem mais parecidos e mais competitivos entre si. Segundo Jorge Fagundes, a aproximação entre os competidores pela semelhança promovida pela redefinição do mix, *“implicará maior competição, com redução do poder de mercado (e, conseqüentemente, de lucros extraordinários) [...] e benefícios para lojistas e consumidores na forma de menores preços de aluguel (e, possivelmente produtos finais) ou ainda com a maior oferta de serviços coletivos ou redução dos preços desses, tal como o de estacionamento”*⁸⁶.

Ocorre, porém, que em alguns casos a cláusula de exclusividade e raio podem impedir o posicionamento estratégico de um concorrente que deseje entrar no mercado ou o reposicionamento daquele que queira se aproximar do competidor que possui algum domínio de mercado. Nesse caso, haverá a criação de barreiras à entrada de competidores no campo de diferenciação vertical e, por via de conseqüência, haverá, em tese, infração a ordem econômica.

De acordo com o entendimento do conselheiro Cleveland Prates Teixeira, exarado no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82, essa

⁸⁵ FAGUNDES, Jorge. *Cláusulas de raio e o Iguatemi. Op.Cit.*, p.82/83.

⁸⁶ FAGUNDES, Jorge. *Cláusulas de raio e o Iguatemi. Op.Cit.*, p.85.

restrição no âmbito da diferenciação vertical impede a competição paritária, configurando assim violação à ordem econômica:

O que deve ficar bem salientado no argumento sobre as condições de entrada é a idéia de que, com restrições ao acesso às lojas de que precisa para se diferenciar, o potencial concorrente ou aquele já existente não têm como competir, em situação paritária e saudável, no mercado de shopping centers [...].⁸⁷

Acerca do tema vale também destacar o voto do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no processo nº 08012.009991/98-22, em que figuraram como representante Parcipações Morro Velho Ltda., e como representado Condomínio Shopping Center Iguatemi e outros:

Se essa restrição vertical implicar algum grau de controle sobre as estratégias de competição dos shoppings rivais, o Shopping Iguatemi poderá afetar os custos de diferenciação dos concorrentes ou mesmo impossibilitar essa estratégia. Essa capacidade de afetar os custos dos rivais ou impossibilitar a diferenciação constitui uma restrição à competição e um bloqueio à entrada de novos concorrentes.⁸⁸

Em hipóteses como a citada, poder-se-á considerar ilícita, em face da ordem econômica, a cláusula de exclusividade e raio, vez que impede o redirecionamento estratégico de um determinado concorrente, impossibilitando o aumento da concorrência.

3.5.2 *Aumento dos custos e riscos*

⁸⁷ TEIXEIRA, Clevend Prates. Voto proferido no julgamento do processo administrativo nº 08012.009991/98-82. CADE.

⁸⁸ *Apud.* FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.260. A autora observa que “Mais recentemente vários autores mostram-nos situações em o bloqueio dos canais de escoamento, ainda que não efetuado por empresa dominante, pode ser prejudicial à concorrência. Havendo obstrução, os “remanescentes” enfrentariam um grau de concorrência menor com a saída daquele verticalmente integrado (i.e., capturado pela cláusula de exclusividade) e, portanto, aumentariam seus preços. Exemplificando: supomos um mercado com três agentes econômicos, cada qual detentor de um terço de “market share”. Se um deles for vinculado a uma cláusula de exclusividade, os outros dois ficarão expostos a um nível menor de concorrência e poderão aumentar os seus preços.

Outra questão importante que pode ser notada com o uso das cláusulas de exclusividade, é o aumento dos custos e riscos para o potencial concorrente. A matéria, brilhante abordada por Paula A. Forgioni no estudo dos contratos de distribuição, cinge-se ao aumento do investimento para um concorrente entrar no mercado, provocado pela dificuldade de se formar parcerias para comercialização e distribuição de produtos ou serviços.

Contextualizando a situação, a autora cita o seguinte exemplo:

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 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.⁸⁹

Embora o exemplo não seja de um shopping center, é importante observar que os efeitos serão os mesmos. Nesse sentido, vale observar o parecer da Secretaria de Direito Econômico no bojo do processo administrativo nº 08012.009991/98-82, cuja análise cuidava dos efeitos das cláusulas de exclusividade e raio no contrato de shopping center:

Disso decorre um círculo vicioso, vez que as lojas de grife e/ou de renome internacional, que pretendam entrar no mercado relevante geográfico deste processo, tenderão a se instalar exatamente nos shoppings que já possuem um *mix* exclusivo de lojas. Isso torna ainda mais difícil a construção, pelos shoppings que ainda não possuem uma imagem consolidada nesse mercado, de um *mix* de lojas valorizadas pelo público de alto poder aquisitivo. Isso termina por se refletir na rentabilidade dos novos shoppings, que se vêem forçados a reduzir os preços dos seus aluguéis como forma de captar clientes, prejudicando a rentabilidade do investimento e desestimulando a entrada de novos agentes no mercado de shoppings de alto padrão.⁹⁰

No caso do shopping, dada a sua peculiaridade, verifica-se que os novos entrantes (concorrentes) terão seus custos de transação elevados, porquanto a formatação do *tenant mix* exigirá maior intensidade nas negociações de contratos em virtude da impossibilidade de contratar as lojas exclusivas e mais conhecidas do

⁸⁹ FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição. *Op.cit.*, p.263.

⁹⁰ SDE. Parecer. Processo nº 08012.009991/98-82, p.29.

público. Seria preciso lidar inicialmente com marcas menos conhecidas do público, aumentando os custos do empreendimento e o risco do negócio.⁹¹

3.5.3 *Redução de possibilidades para o consumidor*

Dentro da lógica de proteção da concorrência, já foi dito que o Estado intervém no nicho privado da atividade de agentes econômicos, buscando regulá-la e resguardar seu bom funcionamento. Ao agir dessa forma, o Estado visa garantir o bem-estar social, protegendo os interesses da coletividade. Nesse espectro, o consumidor é figura de destaque, pois seria pouco razoável a criação de um sistema de proteção da ordem econômica que não levasse em conta o destinatário final dos benefícios gerados por um mercado saudável.

Na lição de Silveira Neto, encontra-se a razão de ser da atuação do Estado:

A produção em massa exige também o consumo em massa, pelo que as técnicas de convencimento desenvolvidas pela publicidade criaram necessidades artificiais e proporcionaram mudanças e até implementação de novos hábitos, restringindo as escolhas do consumidor que se sujeita a produção padronizada. Logo, a sociedade de consumo acentuou o desequilíbrio entre os atores econômicos, vez que o fornecedor, ao controlar os bens de produção, termina por impor os seus interesses aos consumidores, ditando as regras das relações entre ambos. São os empresários que definem o que se deve produzir, quanto, como e onde produzir e qual a sua margem de lucro, restando ao consumidor apenas o limitado direito de adquirir ou recusar o bem ofertado.⁹²

⁹¹ FAGUNDES, Jorge. *Cláusulas de raio e o Iguatemi. Op.Cit.*, p.85. O autor destaca que “tal posicionamento passa pelo fechamento, ainda que parcial, de importantes insumos necessários ao reposicionamento e/ou entrada de rivais voltados para a oferta de um “produto” de elevada qualidade, a saber: lojas com marcas já amplamente estabelecidas e conhecidas do público [...].Com o acesso a essas lojas bloqueado, shoppings rivais que desejem se aproximar [...] no espaço diferencial vertical incorrem, no mínimo, em maiores custos afundados para a criação do mesmo nível de qualidade vis a vis aqueles que ocorreriam na ausência das cláusulas de raio e/ou exclusividade, fato que pode comprometer o lucro e, portanto, inviabilizar a entrada/reposicionamento.”

⁹² SILVEIRA NETO, Antônio. *A Ordem Econômica Globalizada e as Relações de Consumo*. Revista Eletrônica Prim@Facies. Ano 1, nº 1, Paraíba: Dezembro, 2002, p. 3. Disponível em: < http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n1/artigo_4.pdf>. Acesso em 05 Out. 2008.

O que deve ficar claro é que a defesa do consumidor é direito fundamental, constitucionalmente assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXII. É mandamento fundamental da ordem econômica, conforme disposto no art.170, inciso V, da CF/88.⁹³

Não por outra razão, estabelece a Lei 8.884/94, ao tratar do controle de atos e contratos, o seguinte mandamento:

Art. 54. Os Atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; (grifos nossos)

Da leitura do citado dispositivo, observa-se que o legislador entendeu que um mercado equilibrado é aquele no qual o consumidor é um dos protagonistas e não um mero figurante. Como se observa, as práticas comerciais, ainda que prejudiciais a livre concorrência, poderão ser consideradas lícitas, desde que atendam á justa equação de benefícios decorrentes da atividade econômica, ou seja, que haja distribuição equânime entre agentes econômicos e consumidor de benefícios. A importância dada ao consumidor é tal que o legislador vinculou a licitude de atos, em regra, tidos como ilícitos, a promoção da justiça distributiva em favor do consumidor e destinatários finais.

⁹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I-[...]; II-[...]; III- [...]; IV- [...]; **V- defesa do consumidor**; [...].

Nesse sentir, não há como deixar de citar a lição de Alexandre Ditzel Faraco:

Quando o art. 54 admite que o poder econômico possa se integrar ou se organizar de forma licita, está simplesmente respondendo aos imperativos de uma ordem econômica que encontra uma de suas bases na livre iniciativa. Por outro lado, quando estabelece como uma das condições daquela licitude o partilhamento dos benefícios com os consumidores ou usuários finais (compensando-os de certa forma pela redução da concorrência que o ato provoca), está procurando conformar o exercício do poder econômico resultante aos ditames da justiça social.⁹⁴

A norma se justifica pelo desequilíbrio criado pelo modo de atuação dos agentes econômicos no mercado, uma vez que, dominando os meios de produção e impondo seus interesses, o consumidor é posto em uma situação de extrema vulnerabilidade, necessitando assim de proteção. Tal proteção não é concebida somente a partir do equilíbrio de forças nas relações entre consumidores e/ou usuários finais e agentes econômicos, mas, sobretudo, na distribuição eqüitativa, entre os integrantes do sistema, dos benefícios gerados pela atividade comercial.

No tocante as cláusulas de exclusividade, vale sublinhar a visão de Rudolf Krasser, ao afirmar, em estudo realizado sobre exclusividade no contrato de distribuição, que a licitude da exclusividade depende de certas condições, dentre elas, a presença de benefícios para o consumidor.⁹⁵

Nesse contexto, preleciona Tânia Bahia que “*o cumprimento dos interesses da coletividade visto em comparação a outros interesses em jogo e a utilidade econômica do negócio, podem definir a validade do ajuste exclusivo*”⁹⁶.

Vê-se, pois, que a exclusividade não pode servir apenas aos interesses das partes contratantes⁹⁷, mas também aos interesses da coletividade, ou melhor, dos

⁹⁴ DITZEL FARACO, Alexandre. *O consumidor e a regra da razão direito da concorrência*. 2002. 19-20 p. Dissertação (Doutorado em direito). Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Tuiuti, Paraná.

⁹⁵ *Apud.* CARVALHO SIQUEIRA, Tânia Bahia. *A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais*. Revista de Direito Privado, São Paulo: janeiro-março, n.13, 2003, p.259.

⁹⁶ CARVALHO SIQUEIRA, Tânia Bahia. *Op. Cit.*, p.260.

⁹⁷ Segundo o conselheiro Fernando de Oliveira Marques: “Nesse prisma, em que pese já ter considerado o entendimento de que a questão em cujo bojo se insere a presente discussão concorrencial não

consumidores de produtos ou serviços disponibilizados pelos agentes econômicos no mercado, que de forma direta ou indireta sentirão seus efeitos.

Acerca dos efeitos da cláusula de exclusividade sobre o consumidor, a comissão Européia, ao julgar o uso desse mecanismo negocial, fez a seguinte observação:

Os acordos de exclusividade restringem as opções do consumidor. Nos locais de venda vinculados por esses acordos, o consumidor só encontra a gama de gelados de um determinado fabricante. Mesmo quando, na proximidade do local de venda vinculado, um outro local de venda (vinculado) propõe a gama de produtos de outro fabricante, isso não constitui uma alternativa do mesmo nível à variedade de escolha num único local de venda. Se, por um lado, essa situação não constitui de modo algum a regra, por outro lado não é prático para o consumidor ter que mudar de local de venda quando pretenda adquirir determinados artigos incluídos noutras gamas de produtos. O consumidor não optará por essa solução para satisfazer uma necessidade que se manifesta sob a forma de impulso e não persistente.⁹⁸

Entretanto, apesar de consistentes os argumentos lançados pela comissão Européia, a tese encontra resistência quando posta no âmbito da sistemática do shopping center, conforme entendimento do conselheiro Fernando de Oliveira Marques, expresso no julgamento do Procedimento Administrativo nº 08012.009991/98-82, cujo objeto de discussão era o uso de cláusulas de exclusividade pelo shopping Iguatemi, *verbis*:

Nesse prisma, em que pese já ter considerado o entendimento de que a questão em cujo bojo se insere a presente discussão concorrencial não passe de uma relação estritamente privada, fora do escopo de tutela em defesa da concorrência, opto por esgotar a análise das possibilidades de geração de efeitos concorrenciais com o fito de proteger o mercado e a livre concorrência, optando, portanto por verificar se da cláusula de exclusividade decorrem eficiências que mitigariam seus eventuais efeitos negativos à concorrência.⁹⁹

passe de uma relação estritamente privada, fora do escopo de tutela em defesa da concorrência, opto por esgotar a análise das possibilidades de geração de efeitos concorrenciais com o fito de proteger o mercado e a livre concorrência, optando portanto por verificar se da cláusula de exclusividade decorrem eficiências que mitigariam seus eventuais efeitos negativos à concorrência". Voto nos autos do Procedimento Administrativo nº 08012.009991/98-82 (CADE).

⁹⁸ *Apud.* FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.260.

⁹⁹ OLIVEIRA MARQUES, Fernando de. Voto proferido no julgamento do Procedimento Administrativo nº 08012.009991/98-82 (CADE).

Para o mencionado conselheiro o pacto de exclusividade não passaria de uma relação estritamente privada, não tendo aplicação o direito antitruste e a repressão de condutas anticoncorrenciais. A questão seria eminentemente privada, não comportando uma análise à luz da sistemática concorrencial, mesmo porque, segundo ele, não haveria danos à ordem econômica no uso das cláusulas de exclusividade em shopping center.¹⁰⁰

No entanto, o estudo da matéria demonstra que, ainda que se considere uma questão de âmbito privado, não é possível ignorar a grande repercussão no espaço concorrencial dos pactos de exclusividade. Os efeitos produzidos por tais restrições não se restringem a relação interna, mas ao contrário, se propagam por todo o complexo de relações que compõem a ordem econômica, sobretudo, as dos milhares de consumidores que diariamente adquirem produtos ou serviços nesses verdadeiros templos do consumo, de modo que não se mostra razoável afastar a incidência do direito concorrencial.

A esse respeito, convém destacar o pensamento do Conselheiro Cleveland Prates:

Esse raciocínio é bem claro e próximo: em matéria de relações de consumo, a amplitude das escolhas deve ser ao máximo estendida e não restringida, com o que é possível verificar, quanto e como, o bem-estar pleno é alcançado. Não há como se pensar exclusivamente nas vantagens que o shopping venha oferecer, ou de quais estratégias ele deva se valer para evitar que seus concorrentes se diferenciem como ele. Nesse momento, o interesse do consumidor, como classe geral tutelada pela lei, deve ser protegido, o que também se faz pela correta aplicação do direito concorrencial.¹⁰¹

Como ressaltado, a opção de escolha para o consumidor deve ser a mais ampla possível para que se possa alcançar o bem-estar pleno, porém contrariamente a essa premissa, percebe-se na prática que o uso das cláusulas de exclusividade gera

¹⁰⁰ MAGALHÃES, Carlos Frederico de. *Clausula de raio e de exclusividade têm amparo legal*. Disponível em www.conjur.estadao.com.br. Acesso em: 05/10/2008. O autor, alinhado ao entendimento do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, afirma que “*não é difícil verificar a importância do uso de cláusulas de raio e “cláusulas de exclusividade”, para resguardar não só o shopping, como os demais lojista e o consumidor final que investem no sucesso do empreendimento como um todo.*”

¹⁰¹ Teixeira, Cleveland Prates. Voto proferido no julgamento do Procedimento Administrativo nº 08012.009991/98-82.

efeitos negativos ao consumidor, pois restringe justamente a sua opção de escolha¹⁰². Basta pensar na hipótese de alguém que queira adquirir determinado produto, mas fica impedido, uma vez que os pactos de exclusividade centralizaram a venda em um certo local, muitas vezes distante do consumidor, impondo a este um custo de deslocamento que desestimula a aquisição de produtos e serviços.

3.5.4 Ausência de eficiências

Como já oportunamente delineado, o pacto de exclusividade no shopping center é utilizado para preservar o poder atrativo de cada lojista e, conseqüentemente, do empreendimento como um todo, gerado pela formatação do *tenant mix*. É instrumento diretamente ligado “a capacidade do empreendimento de fazer com que seus diversos elementos autônomos interajam e alavanquem seus resultados econômicos”¹⁰³, a partir do poder exercido por cada lojista de atrair consumidores.

Os defensores das cláusulas de exclusividade e raio do contrato de shopping center argumentam que o objetivo das restrições impostas é proteger o empreendimento contra o oportunismo dos lojistas, que uma vez comprometidos com os esforços conjuntos de cooperação, decidem abrir um outro estabelecimento na área de influencia do shopping do qual fazem parte, diminuindo as vendas da loja primária e, por sua vez, gerando a redução dos lucros com a perda de parte do aluguel variável do aluguel. Além disso, afirmam que a medida restritiva serviria para impedir o desvio do tráfego de consumidores para outros shoppings concorrentes¹⁰⁴, “com conseqüente

¹⁰² Em seu voto, no procedimento nº 08012.009991/98-82, o Conselheiro Cleveland Prates Teixeira expõe os efeitos negativos sobre o consumidor da seguinte forma: “A possibilidade de deixar o consumidor sem opção, (porquanto no caso examinado ele esteja cativo à exclusividade arquitetada pelo Shopping Iguatemi), é uma das principais externalidades negativas que os objetivos de política antitruste visam combater em sua amplitude institucional, independentemente que se trate de uma classe consumidora de alto padrão aquisitivo, como é no mercado em tela. Muito simplista seria admitir que essa classe não se sente contrariada ao percorrer quaisquer distâncias que sejam para chegar ao Shopping Iguatemi e ali fazer suas compras em lojas de grife ou exclusivas. Mas é perfeitamente razoável pensar que esse consumidor deva ter plenas condições para fazer compras em outros shoppings, sem que seja preciso se deslocar até o Shopping Iguatemi.”p. 17.

¹⁰³ SALLES CRISTOFARO, Pedro Paulo. *As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência*. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: set./Dez, n.º 36, 2006, p.68.

¹⁰⁴ MAGALHÃES, Carlos Frederico de. *Cláusula de raio e de exclusividade têm amparo legal*. Disponível em www.conjur.estadao.com.br. Acesso em: 05/10/2008. O autor afirma que “é oportunista a ção

redução das externalidades positivas inter-lojas e da lucratividade do empreendimento”¹⁰⁵.

Acerca de tais argumentos, observa-se que a característica das restrições ganha contornos de essencialidade, ou seja, apresentam-se como instrumento sem o qual, em tese, o shopping center não existiria, pois deixaria de ser um negócio lucrativo. Nessa esteira, a verificação das eficiências é imperativo que se impõe para justificar a essencialidade da cláusula de exclusividade nos contratos de shopping center.

Analisando a alegação de que a expansão do negócio do lojista, com a instalação de outras lojas em shopping concorrente, reduziria as vendas da loja primária, implicando redução de lucro, verifica-se que, a *contraio sensu*, estar-se admitindo que a maior concorrência, gerada pela ampliação da rede de lojas de um determinado comerciante/lojista, ocasiona redução de lucros, o que é natural em mercados cuja ampla competitividade pode ser notada. Em estudo da matéria, Jorge Fagundes, interpretando a lógica da argumentação apresentada, faz a seguinte comparação:

O[...]argumento está associado a um problema eminentemente privado, semelhante a uma situação na qual o comprador de um insumo descobre que seu fornecedor – supondo que a transação com esse não envolva ativos específicos e que o insumo adquirido não tenha sido desenvolvido a partir de investimentos do comprador – também passou a ofertar seus produtos para novos concorrentes *downstream*, fato que implica o efeito indireto de maior oferta de bens finais e, portanto, menores receitas e lucros para o comprador original do insumo. Ou seja, trata-se simplesmente de reconhecer, de modo indireto, que a maior competição entre *shoppings*, inclusive na dimensão vertical, implica menores lucros.¹⁰⁶

óbvia do lojista que, logo após se comprometer com o sucesso do empreendimento, assumindo a parceria com exclusividade, abre uma (ou mais) nova(s) loja (s) fora do shopping, mas dentro da mesma área de influencia, ou seja, com vistas a atingir a mesma clientela do próprio empreendimento com o qual tinha decidido contratar. Trata-se de ação que em nada se confunde com o bem estar do consumidor, o qual é um indiferente freqüentador de diversas lojas disponíveis à sua atuação, fechando mercado para entrada de lojistas concorrentes no segundo local de que se tornara parceiro, sem perder, por outro, as benesses e efeitos positivos que o esforço do shopping na valorização dos lojistas situados no seu empreendimento traz ao seu estabelecimento em particular.”

¹⁰⁵ FAGUNDES, Jorge. *Cláusulas de raio e o Iguatemi*. Revista do IBRAC. São Paulo: n.º 6, v.14, 2006, p.87.

¹⁰⁶ FAGUNDES, Jorge. *Op.Cit.p.87*.

Vê-se que a redução dos lucros não faz da cláusula de exclusividade uma ferramenta vital para a existência do shopping center, porquanto a redução de ganhos provocada pelo aumento de competitividade está inserido na lógica de um mercado norteado pela livre iniciativa e ampla concorrência.

Em relação ao desvio do tráfego de consumidores, a medida restritiva, em tese, não apresenta motivação suficiente para justificar sua presença nos contratos de shopping center. A literatura acerca da lógica mercantil do negócio shopping center, demonstra que um dos pontos fortes do poder atrativo do empreendimento está centrado nas lojas âncoras, ou seja, as grandes lojas, renomadas e amplamente conhecidas pelos consumidores, e não nas menores lojas, que, em regra, se aproveitam das externalidades produzidas por aquelas. Sendo assim, segundo assevera Jorge Fagundes “*a maior parte das lojas não seria capaz, por si só, de desviar tráfego para outras regiões: tal desvio seria função da própria abertura de novos shopping centers na área de influencia de um determinado shopping, isto é, do aumento da concorrência*”¹⁰⁷.

Além disso, observa-se que nem todos os shoppings utilizam o pacto de exclusividade, razão pela qual sua essencialidade pode ser questionada. Segundo o Conselheiro Cleveland Prates, em voto proferido no procedimento administrativo nº 08012.009991/98-82, “*É importante ressaltar que esta não é característica do padrão de concorrência identificado nesse mercado*”¹⁰⁸. Isso demonstra que, no mercado relevante dos shopping centers, o uso das cláusulas de exclusividade não se vinculam a eventuais eficiências, ainda que delas possam advir¹⁰⁹, mas pode indicar o uso do

¹⁰⁷ FAGUNDES, Jorge. *Cláusulas de raio e o Iguatemi*. Revista do IBRAC. São Paulo: n.º 6, v.14, 2006, p.87. Segundo Fagundes: [...] se esse fosse realmente o caso (perda de tráfego), pela mesma razão acima apontada, as lojas âncoras ou de grande reputação nacional seriam justamente aquelas em que a cláusula de raio se faria mais necessária; no entanto, são justamente essas lojas, em geral, as isentas de tal cláusula”.

¹⁰⁸ TEIXEIRA, Cleveland Prates.Voto proferido no julgamento do procedimento administrativo nº 08012.009991/98-82.

¹⁰⁹ De acordo com o Conselheiro Roberto Pfeiffer, em voto proferido no procedimento administrativo nº 08012.009991/98-82: “*Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderadas vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão freqüentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes,*

poder de mercado de alguns empreendimentos, o que, em tese, demonstraria o caráter anticompetitivo das cláusulas de exclusividade no contrato de shopping Center, logo a sua ilicitude.

Por derradeiro, cabe analisar se a utilização das cláusulas de exclusividade e raio implica a dominação de mercado por parte dos shoppings que a utilizam.

3.5.5 *Posição dominante*

O domínio econômico, em regra, reflete o poder de um determinado agente econômico de controlar os preços, a qualidade e a quantidade dos bens e serviços oferecidos num dado mercado relevante.

A Lei 8.884/94, em seu art. 20, §2.º, apresenta a seguinte definição de posição dominante:

Art. 20. [...]

§2.º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

O uso da posição dominante gera a obtenção de lucros exorbitantes para seu detentor, fato que não ocorreria caso não o detivesse. A presença desse domínio de mercado é notada quando os lucros superam as perdas com a prática anticompetitiva em um curto espaço de tempo.

A Lei antitruste, além definir o significado de posição dominante, cria uma presunção para constatar a presença de posição dominante no mercado, a saber: “§3.º *A posição dominante que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa*

seja evitando que a intensificação da concorrência intra-marcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços.”

ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”.

Entretanto, vale salientar que a verificação do domínio econômico depende da análise do caso concreto, pois em cada mercado relevante encontra-se peculiaridade que podem indicar uma conduta como infração à ordem econômica, sendo que a mesma conduta, inserida em outro nicho mercadológico, será considerada legítima.

No que se refere ao mercado de shopping centers, cumpre ressaltar que, embora o presente trabalho não se volte a um estudo de casos, algumas situações paradigmas já foram objeto de apreciação do CADE, de sorte que não nos parece despendiosa a abordagem de alguma delas para contextualizar o tema.

Assim, convém destacar o caso do shopping Iguatemi, analisado pelo CADE no julgamento do procedimento administrativo de nº 08012.009991/98-82, sendo condenado por impor cláusulas de exclusividade e raio aos lojistas integrantes do empreendimento, em clara manifestação da posição dominante que detém. A posição dominante exercida pelo shopping Iguatemi, segundo o Conselheiro relator Roberto Pfeiffer, foi assim identificada:

A discussão a respeito da posição dominante do shopping Iguatemi, na hipótese, é absolutamente do Shopping Iguatemi, na hipótese, é absolutamente despendiosa. Já se demonstrou que o Shopping Iguatemi goza de posição dominante no mercado de shopping centers regionais de alto padrão, possuindo 29% desse segmento em termos de faturamento de vendas do shopping ou 31% se levarmos em conta a receita com locação de espaços. Além disso, também foi verificado que o Iguatemi é shopping que mais se diferencia verticalmente, praticando preços, de modo sustentável, bastante acima do que praticam os outros shopping.

Ademais, ainda que a participação fosse menor, não se pode perder de vista fatores qualitativos que permitiriam atestar a existência de poder de mercado mesmo com um *market share* do Shopping Center Iguatemi, que é, reconhecidamente, o centro de compras de maior requinte do país; b) a circunstância de tratar-se de um mercado relevante no qual o padrão de concorrência é baseado na diferenciação e no qual a representatividade de um determinado agente econômico (em especial aqueles que obtêm uma diferenciação mais acentuada em relação a seus concorrentes) não pode ser medida apenas tendo em vista a participação de mercado; c) as significativas barreiras à entrada,, sobretudo tendo em vista às dificuldades de diferenciação

e consolidação na categoria de alto padrão e a circunstancia de existirem estudos que apontam que, atualmente, não há mais espaços para a entrada de shopping centers nas áreas de classe A e B na cidade de São Paulo.¹¹⁰

À luz de tais considerações, observa-se que uso das cláusulas de exclusividade e raio no contrato de shopping center pode representar o reflexo de uma posição dominante no mercado. Assim, assumindo referida cláusula restritiva posição diametralmente oposta aos princípios orientadores da ordem econômica, sobretudo, ao da livre concorrência, estará caracterizada, em tese, sua ilicitude. Deve-se ter em mente que somente a dominação que cause prejuízo e corresponda a elevado percentual do mercado (*market share*) configurará posição dominante para efeito de punição por infração à ordem econômica.

¹¹⁰PFEIFFER, Roberto. Voto proferido no julgamento do procedimento administrativo nº 08012.009991/98-82.

CONCLUSÃO

A Ordem Econômica compreendida como meio no qual se desenvolvem as relações mercadológicas e concorrenciais, representa, por sua vez, um sistema composto a partir de um conjunto de regras abstratas que institui preceitos a fim de disciplinar o comportamento dos agentes econômicos, visando o equilíbrio das relações econômicas e, conseqüentemente, a promoção do bem-estar social.

Nesse contexto, o Direito Concorrencial representa uma ferramenta indispensável para consecução dos objetivos buscados pela Ordem Econômica. É instrumento que se prestará a resguardar o desenvolvimento econômico a partir do disciplinamento da concorrência, visando assegurar, não só os interesses dos agentes econômicos, mas, sobretudo o bem-estar dos destinatários finais das eficiências produzidas por um mercado competitivo, ou seja, os consumidores. Sem dúvida um mercado que atenda aos preceitos da ordem econômica constitucionalmente instituída, deve ter como foco a garantia ao consumidor de uma vasta possibilidade de escolha em relação aos produtos e aos serviços disponíveis no mercado.

Contudo, são comuns os desvios dos agentes econômicos com relação aos fins almejados pelo Direito Concorrencial que comprometem o mercado e o interesse da coletividade. Assim, para coibir tais distorções e garantir o pleno exercício dos direitos ligados à ordem econômica, tais como a livre iniciativa e a livre concorrência, o Estado passou a contar com uma gama de instrumentos jurídicos para intervenção na economia, direta ou indiretamente, de modo a dirigir o mercado e evitar assim eventuais abusos do poder econômico.

Como exemplo da atuação intervencionista do Estado na ordem econômica, pode-se mencionar a atividade repressora realizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. O conselho é certamente um dos principais instrumentos do Estado para combater práticas anticoncorrenciais previstas na legislação antitruste, verificadas após cuidadoso procedimento administrativo de investigação.

A atuação do CADE está ancorada na Lei 8884/94, também conhecida como Lei antitruste, que estabelece em seu art. 20 as condutas ilícitas contra a ordem econômica, e no art. 21 prevê o tipo de conduta que, se verificadas, podem vir a ser ilícitas.

Convém observar que da leitura da supracitada norma, depreende-se que basta a verificação em concreto do fato previsto abstratamente para que se evidencie a necessidade de imposição de sanção ao agente de mercado que o praticou, sendo, pois, irrelevante a sua intenção. No entanto, há que se destacar a regra da razão, típica do direito norte americano e adotada pelo sistema brasileiro para o combate de práticas anticoncorrenciais, que impõe punição apenas aos atos que impliquem restrições desarrazoadas e indevidas.

Dessa forma, e conforme exposto ao longo do presente trabalho, as cláusulas de exclusividade e raio utilizadas comumente utilizadas nas mais diversas relações comerciais, em regra, só poderão ser consideradas ilícitas após análise do caso concreto e se verificada a sua irrazoabilidade ante as peculiaridades do mercado em que estão inseridas, observando se tais restrições trazem ou não prejuízos à concorrência.

No tocante aos contratos de Shopping centers, a presença das cláusulas de exclusividade e raio, impondo restrições aos lojistas, também não podem ser tidas como ilegais *per se*. É preciso, antes de qualquer juízo sobre a licitude ou ilicitude das cláusulas restritivas, observar a realidade do mercado relevante em que estão inseridas, para daí então apontar possíveis efeitos negativos sobre os concorrentes e os consumidores de produtos e serviços.

Entretanto, mesmo o presente trabalho não abordando um mercado específico, é possível verificar, a partir da análise de alguns casos submetidos a julgamento pelo CADE, que as cláusulas de exclusividade e raio no contrato de shopping center geram efeitos anticompetitivos e, via de consequência, atentam contra a livre concorrência e a livre iniciativa.

As restrições impostas aos lojistas pelo empreendedor do shopping center criam, dentre outros efeitos, a obstrução de mercado, aumento dos custos e riscos de concorrentes, a redução de possibilidade para o consumidor, ausência de eficiências e abuso de posição dominante. E ainda que respeitáveis os argumentos contrários, no sentido de que as cláusulas de exclusividade e raio constituem característica própria e essencial dos shopping centers, destinadas a preservar a unidade do empreendimento e a integridade do *tenant mix*, os efeitos anticoncorrenciais decorrentes de tais restrições deixa clara a sua inadequação face aos preceitos da ordem econômica.

Ressalte-se que não quer dizer que as cláusulas de exclusividade e raio são previsões ilícitas, pois existem casos em que elas constituem elemento essencial para viabilidade do negócio como, por exemplo, no sistema de distribuição de produtos e serviços. Porém, com os shopping centers dificilmente se verifica essa essencialidade, tanto é que nem todos os shoppings utilizam esse instrumento restritivo.

Alem disso, percebe-se que o uso das cláusulas de exclusividade e raio utilizadas no contrato de shopping center de fato garante a integridade do *tenant mix* e, em tese, os interesses dos lojistas e empreendedores dos shoppings, porém reduzem as possibilidades de escolha para o consumidor. Parece pouco razoável imaginar uma ordem econômica cuja política antitruste tem como destinatário final o consumidor, mas que não garante benefícios a estes.

Certamente num mercado ideal ou próximo disso, as restrições impostas aos lojistas pelos empreendedores devem trazer proveito aos contratantes e aos consumidores, sem, todavia prejudicar a concorrência. Nesses moldes não há dúvida de que as cláusulas de exclusividade e raio utilizadas no contrato de shopping centers são válidas e preservam interesses legítimos, não ofendendo, portanto, a legislação antitruste.

No entanto, constatada a limitação do acesso de novas empresas ao mercado relevante considerado, impedimento do acesso de eventuais concorrentes aos insumos indispensáveis à ampla concorrência no mercado relevante e, sobretudo a redução de

escolha dos bens e serviços a disposição do consumidor, assim como ocorreu no caso do shopping Iguatemi, as cláusulas restritivas são flagrantemente ilícitas.

Por fim, como já ressaltado, a licitude ou ilicitude das cláusulas de exclusividade e raio depende da análise do mercado relevante em que estão inseridas. Assim, haverá casos em que tais restrições serão essenciais para a viabilidade de determinados negócios, representando de certo modo benefícios aos consumidores. Nestes casos, não há que se falar em conduta anticoncorrencial, devendo tais cláusulas serem validadas pela autoridade antitruste.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 392.
- BASILIO, João Augusto. *Shopping centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BUENO, Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FAGUNDES, Jorge. *Cláusulas de raio e o Iguatemi*. Revista do IBRAC. São Paulo: n.º 6, v.14, 2006.
- FORGIONI, Paula A. Contrato de distribuição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da conclusão*. São Paulo: Lex editora, 2006.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- JENNY, Frédéric. In: OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência* (Prefácio ao livro). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LANGONI, Carlos Geraldo. Shopping centers no Brasil. In: *Shopping centers – Aspectos jurídicos*. Coordenação José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lobo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- MAGALHÃES, Carlos Frederico de. *Clausula de raio e de exclusividade têm amparo legal*. Disponível em www.conjur.estadao.com.br. Acesso em: 05/10/2008.
- MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000
- MARINS, Vinicius. *Direito concorrencial e concentração empresarial: aspectos atuais*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/testo.asp?id=4566>. Acesso em 10.10.2008.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia, Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- NETO, José Gomes. *Shopping Center: regulamentação jurídica e proteção ao lojista*. Revista de Direito imobiliário n. 39. São Paulo: RT.
- PADILHA, Valquiria. *Shopping Center: a catedral das mercadorias e do lazer reificado*. 2003. 21-22 p. Dissertação. (Doutorado em Ciências Sociais). Departamento de

sociologia do instituto de filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo.

PINTO, Dinah Sonia Renault. *Shopping center uma nova era empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.51.

POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. *Comentários à Nova Lei Antitruste*. Curitiba: Juruá, 2001.

SALLES CRISTOFARO, Pedro Paulo. *As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência*. Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: set./Dez, n.º 36, 2006.

SEPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1996.

SILVEIRA NETO, Antônio. *A Ordem Econômica Globalizada e as Relações de Consumo*. Revista Eletrônica Prim@Facie. Ano 1, nº 1, Paraíba: Dezembro, 2002, p. 3. Disponível em: < http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n1/artigo_4.pdf>. Acesso em 05 Out. 2008.

SOUZA FILHO, José Carlos de. *Uma aplicação empírica da abordagem dos atributos no processo de escolha de um shopping center parte dos lojistas*. 2001. p.36. Dissertação. (Mestrado em administração). Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Nova Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TOMAZETTE, Marlon. *Comércio Internacional & Medidas antidumping*. Curitiba: Juruá, 2008.