

CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM “SHOPPING CENTERS”

RADIUS CLAUSE IN RENTAL AGREEMENTS IN “SHOPPING CENTERS”

Leonam Machado de Souza – Advogado. Mestrando em Direito de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Sumário: Introdução; 1 “Shopping Centers”; 1.1 “Tenant mix”; 1.2 Contrato de locação em Shopping Center; 1.3 Normas Gerais Complementares; 2 Cláusula de raio; 2.1 Origem da cláusula de raio; 2.2 Finalidade da cláusula de raio; 2.3 Validade da cláusula de raio; 2.4 Invalidez da cláusula de raio; Conclusão; Referências

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar se a cláusula de raio inserida nos contratos de locação em “shopping centers” no Brasil são válidas ou inválidas. Discute-se, em síntese, se a cláusula de raio seria uma restrição aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência previstos na Constituição da República Federativa do Brasil ou se, ao contrário, seria uma forma de preservar o “tenant mix” do “shopping center”. Qualquer das posições que se adote acarretará impactos econômicos para os lojistas, os empreendedores e o “shopping center”. A jurisprudência majoritária dos tribunais pátrios tem se mostrado favorável à cláusula de raio, enquanto o CADE apresentou decisões contrárias à validade dessa cláusula. A doutrina sobre o tema é divergente.

Palavras-chave: Cláusula de raio; “shopping center”; locação; “tenant mix”

Abstract: This article intends to analyze if the radius clause inserted in rental agreements of "shopping centers" in Brazil are valid or invalid. It discusses, in summary, if the radius clause would be a restriction of the principles of free enterprise and free competition provided in the Constitution of the Federative Republic of Brazil or if it would be a mean of safeguarding the "tenant mix" of "shopping center. Any position that is adopted will result in economic impact to the shopkeepers, developers and the "mall". The majority jurisprudence of national courts has decided favorably to the validity of the radius clause, while CADE has decided against the validity of this clause. The doctrine about this subject is divergent.

Key Words: Radius clause; shopping center; rental; tenant mix

INTRODUÇÃO

Os Centros Comerciais ganharam relevância na sociedade atual, sobretudo em razão do conforto e segurança oferecidos ao consumidor. Sendo assim, ter uma filial nos “shopping centers” é um atrativo e muitas vezes uma necessidade para diversas sociedades empresárias.

Ao celebrar o contrato de locação com determinado “shopping center”, os lojistas, em regra, ficam adstritos à cláusula de raio. Essa cláusula impede os lojistas de constituírem uma filial ou uma sociedade empresária do mesmo ramo da existente no “shopping center” a uma determinada distância do empreendimento.

Com a proliferação dos “shopping centers” a tendência é que a cláusula de raio passe a constar sempre nesses tipos de contratos, como forma de preservar o “tenant mix” do empreendimento. No entanto, o CADE, a jurisprudência e a doutrina divergem acerca da validade dessa cláusula. Portanto, nesse artigo será perquirido se a cláusula de raio é válida ou inválida.

A pesquisa é relevante em razão da cláusula de raio poder gerar restrições à livre iniciativa e à livre concorrência, princípios constitucionais da República Federativa do Brasil. Sendo assim, em razão do impacto econômico que pode gerar em uma determinada região geográfica, é fundamental concluir se essa cláusula é válida ou inválida.

1 “SHOPPING CENTERS”

Os “Shopping Centers” são espaços organizados destinados ao fornecimento de bens e serviços. Sendo assim, considera-se empresário de “shopping center” o proprietário de prédio formado por várias lojas, que, além de locar os espaços autônomos para terceiros, “organiza a distribuição desses espaços”.¹ Logo, “o empresário que explora *shopping center* desenvolve atividade econômica bastante singular, que não se reduz a um simples negócio imobiliário”.²

Eles surgiram “[...] na década de 50, mais exatamente no ano de 1952, nos Estados

¹ COELHO, Fábio Ulhôa. Locação em *shopping centers*. *Revista do Advogado*. Ano XXX, n. 108, p. 56-61, mai, 2010, p. 56.

² *Ibid.*, p. 57.

Unidos da América.”³ Nas últimas décadas, eles ganharam relevância no Brasil em razão do conforto e segurança que oferecem ao consumidor, bem como em razão de a sociedade brasileira ter se tornado mais consumista, o que elevou o consumo à “sinônimo de inclusão social”⁴. Conforme Washington de Barros Monteiro:

O *shopping center* caracteriza-se, sobretudo, pela sua sistemática ou ordenamento, com um complexo de relações internas entre o incorporador ou incorporadores do empreendimento e os lojistas e prestadores de serviços, de índole eminentemente obrigacional, inclusive entre os próprios lojistas e prestadores de serviços, ligados entre si por uma espécie de solidariedade e congregados, muitas vezes numa entidade associativa para a defesa de seus interesses.⁵

Por essa razão, os interesses do empreendimento devem estar em harmonia com os interesses dos lojistas considerados coletivamente. Logo, o interesse individual deve ceder ao interesse geral.

Para instrumentalizar a defesa dos interesses comuns do centro comercial, quer sejam os lojistas condôminos, quer simplesmente locatários, costuma-se reuni-los em uma associação, de forma a personalizar a organização. É essa associação que assume a posição de parte negocial ou processual, na qualidade de titular dos interesses do *shopping center* como um todo.⁶

O empreendimento ganha tanto destaque que a clientela passa a ser do “shopping center”, esta é “[...] atraída pelo agrupamento de lojas e não por esta ou aquela em particular”.⁷ Conforme Fábio Konder Comparato:

[...] é óbvio que o *shopping center* só passa a existir, como conjunto comercial distinto dos estabelecimentos que o compõem, quando a maior parte das dependências estiver sendo ocupada e os respectivos fundos de comércio, nelas instalados e em funcionamento. A exploração conjunta do centro comercial é condição indispensável para o êxito do empreendimento.⁸

Portanto, o “shopping center” se organiza de forma a se constituir em um todo

³ MONTEIRO, Washington de Barros. “Shopping centers”. *Revista dos Tribunais*. Ano 73, vol. 580, p. 9-14, 1984, p. 11.

⁴ BANDEIRA, Luiz Octávio Vilela de Viana. Locação em shopping center – questões sobre tipificação contratual e regramento jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*. Ano 4, vol. 13, p. 217-285, jan./mar, 2012.

⁵ MONTEIRO, op. cit., p. 10.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXXIV, n. 97, p. 23-28, jan-mar, 1995, p. 26.

⁷ *Ibid.*, p. 23.

⁸ *Ibid.*, p. 24.

unitário e harmônico. Quanto melhor for a organização do “shopping center” maior será a clientela. Sendo assim, o “tenant mix” desse “shopping center” será um atrativo para potenciais novos lojistas, o que aumentará o valor do aluguel no empreendimento.

1.1 “TENANT MIX”

Denomina-se “tenant mix” a organização do espaço físico do “shopping center”, com fins de obter a maior rentabilidade possível para o empreendimento e de atender uma clientela específica dentro de uma determinada área geográfica ou mercado relevante. Considera-se como mercado relevante para o “shopping center” o raio de até dois quilômetros do empreendimento, nos grandes centros urbanos, e a distância de deslocamento de até 15min do empreendimento, nas demais localidades⁹. Conforme Pedro Paulo Salles Cristofaro:

Nada em um *shopping center* é aleatório. Da escolha das lojas à sua distribuição espacial, da definição quanto aos serviços oferecidos ao público ao projeto arquitetônico, tudo é feito e planejado para atender às necessidades do mercado e para atrair para aquele conjunto de lojas, organizado daquela maneira específica, um fluxo ótimo de compradores potenciais.¹⁰

O “tenant mix” está diretamente relacionado com “A produtividade do *shopping center* como um todo, a capacidade do empreendimento de fazer com que seus diversos elementos autônomos interajam e alavanquem seus resultados [...]”¹¹

Para a definição do “tenant mix” realiza-se um estudo de viabilidade na área de influência do “shopping center”. Esse estudo “[...] leva em conta as deficiências (assim como os excessos) que possam existir em cada ramo do comércio. As lojas que integram o *shopping*, pois, são escolhidas para suprir determinadas necessidades constatadas no estudo de viabilidade”.¹² Logo, se uma loja que está localizada no interior do “shopping center” se instalar na área de influência do empreendimento, haverá alteração do mercado relevante considerado para a constituição do “tenant mix” do empreendimento. Isso pode levar à diminuição de clientes do “shopping center”, que não precisarão adentrar no “shopping center” para adquirir um produto nessa loja específica.

⁹ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. *Revista de Direito Renovar*. Vol. 36, p. 49-73, set./dez., 2006, p.52.

¹⁰ *Ibid.*, p. 51.

¹¹ *Ibid.*, p. 68.

¹² *Ibid.*, p. 58.

1.2 CONTRATO DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER

Os contratos de locação em “shopping center” são regidos pela lei n. 8.245/1991. O artigo 54 da referida lei, que trata especificamente dos contratos de locação celebrados entre os lojistas e os empreendedores de “shopping center”, prevê que nesses contratos prevalecerão as condições livremente pactuadas entre as partes. Sendo assim, pode-se afirmar que o legislador, com essa previsão, consagrou o princípio da autonomia da vontade nos contratos de locação em “shopping center”.

De acordo com Fábio Konder Comparato:

Os lojistas estipulam entre si, ou entre eles e o proprietário do conjunto imobiliário, um contrato de exploração do *shopping center*, prevendo a utilização ordenada das áreas comuns. Acessoriamente, estabelecem limites convencionais à concorrência, dentro do centro comercial ou externamente, em relação ao centro como um todo.¹³

Esse pacto acessório é denominado de Normas Gerais Complementares. Essas normas obrigam todos os lojistas indistintamente.

1.3 NORMAIS GERAIS COMPLEMENTARES

Para que o contrato de locação não se estenda, o empreendedor “pode elaborar normas gerais em documento apartado”¹⁴. Esse documento denomina-se “Normais Gerais Complementares” e a previsão de que essas cláusulas obrigam o locatário constam no contrato de locação. Trata-se de “um contrato-*standard*, padronizado e, portanto, igual para todos os lojistas”¹⁵; por ser um contrato padronizado acessório ao contrato de locação e de observância obrigatória por todos os lojistas, atuais e futuros, afirma-se que o contrato de locação trata-se de um contrato de adesão.

Conforme Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

As Normas Gerais de Funcionamento de todo o empreendimento estão contidas numa convenção –ou contrato-tipo- que estabelece as regras normativas de funcionamento de todo o empreendimento, vinculando todos os lojistas, os atuais e os que venham a ser naquele *shopping center*. Tais normas gerais contêm cláusulas

¹³ COMPARATO, op. cit., p. 26.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Shopping Centers”: organização econômica e disciplina jurídica. *Revista dos Tribunais*. Ano 73, vol. 580, p. 15-26, 1984, p. 21.

¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Contrato de *Shopping Center*. *Revista da EMERJ*. Vol. 5, n. 18, p. 187-227, 2002, p. 206.

comuns a todos os contratos, com a finalidade de uniformizá-las, de forma que as avenças, como o contrato de locação, o regimento interno, o fundo de promoções coletivas, a associação dos lojistas e a administração do centro comercial já estejam previamente delimitadas em suas cláusulas gerais, o que faz com que a redação dos demais contratos fique deveras facilitada. A função da convenção consistente nas Normas Gerais Complementares é permitir a efetiva implantação e aplicação da atividade do *shopping center*, assegurando a homogeneidade naquilo que é próprio do empreendimento, e a cooperação de todos para o êxito das atividades comuns, subordinando os diversos direitos individuais dos lojistas ao interesse geral e coletivo de todos, empreendedor e lojistas. Há, por certo, a verificação de que o poder de atração exercido pelo empreendimento se refletirá no êxito de todos os lojistas, individualmente considerados nas suas atividades próprias e, logicamente, no sucesso do empreendedor.¹⁶

Nas normas gerais complementares haverá a previsão da cláusula de raio, portanto ela deverá ser observada por todos os lojistas que desejarem ingressar no “shopping center”.

2 CLÁUSULA DE RAI0

Entre as cláusulas que constam no contrato de “shopping center” está a cláusula de raio. Essa visa a proibir que o locatário “constitua ou mantenha filial de sua empresa, ou uma outra empresa congênere ou similar, nas redondezas do *shopping*.”¹⁷ Por redondezas deve ser entendido a área de influência do “shopping center”, que, como afirmado, compreende o raio aproximado de dois quilômetros do empreendimento, nas áreas de grande densidade demográfica, e a distância de 15min até o empreendimento, nas áreas de menor densidade demográfica.

Pedro Paulo Salles Cristofaro assim as define: “Cláusulas de raio são aquelas pelas quais o locatário de um espaço comercial se obriga, perante o locador, a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto da locação em outro estabelecimento situado a um determinado raio de distância daquele imóvel.”¹⁸

Ao proibir que os lojistas constituam uma filial ou outra sociedade empresária que atue no mesmo ramo da existente no “shopping center” na parte externa do empreendimento, objetiva-se preservar o “tenant mix” do “shopping center”.

2.1 ORIGEM DA CLÁUSULA DE RAI0

¹⁶ Ibid., p. 202/203.

¹⁷ MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 109.

¹⁸ CRISTOFARO, op.cit., p. 49.

As cláusulas de raio surgiram nos Estados Unidos como forma de proteger o locador da possível má-fé do locatário que celebrava um contrato de locação com a previsão de pagamento de aluguel percentual. O locatário, diante do ajuste do pagamento de aluguel percentual, após fixar uma clientela, poderia abrir uma segunda loja próxima da primeira, de forma a desviar a clientela da primeira e, conseqüentemente, burlar o pagamento do aluguel percentual. Conforme elucida Pedro Paulo Salles Cristófaró:

A origem dessas cláusulas precede a existência da indústria dos *shoppings centers*. As primeiras cláusulas de raio surgiram nos Estados Unidos na época da depressão econômica dos anos 30 do século passado, quando proprietários de imóveis passaram a admitir o pagamento de aluguéis calculados com base na receita bruta dos locatários, seja como forma de atrair lojas de departamento para áreas menos valorizadas das cidades, seja como meio de reduzir as despesas fixas do comerciante em dificuldades. A fixação de um aluguel variável, limitado a um determinado percentual da receita do locatário, seria uma forma de reduzir os riscos do locatário, facilitando-lhe a celebração do contrato de locação. [...] [Sendo assim] As cláusulas de raio foram incluídas em tais contratos de locação como um mecanismo de defesa dos proprietários, para proteger a integridade do aluguel percentual contra a possibilidade de desvio do faturamento pelo locatário para outro estabelecimento similar. Em contrapartida ao risco assumido pelo locador, ao vincular sua própria remuneração ao faturamento percebido pelo locatário, o locatário se obrigaria a concentrar seus maiores esforços no sucesso do estabelecimento locado¹⁹.

Em síntese, caso fosse permitido ao locatário celebrar um contrato de locação nos arredores da loja anterior e sendo a nova loja atrelada a um aluguel fixo, o locatário, como forma de burlar o aluguel percentual da loja anterior, além de desviar a clientela, poderia concentrar os seus negócios na nova loja.²⁰ Portanto, “a fixação do aluguel em bases percentuais – sem restrições quanto a abertura de outros estabelecimentos – daria ao comerciante o poder de [...] reduzir unilateralmente a base de cálculo, e, conseqüentemente, o valor da remuneração a que o locador faria jus”.²¹

2.2 FINALIDADE DA CLÁUSULA DE RAI0

Atualmente “as cláusulas de raio atuam como forma de preservar o potencial que cada lojista tem de atrair público para o *shopping*, o que tem impacto na própria formação e manutenção do *tenant mix*.”²² Logo, “[...] visa a proteger sua clientela, a qual é fruto do *tenant*

¹⁹ CRISTOFARO, op. cit., p. 49/50.

²⁰ Ibid., p. 49/50.

²¹ Ibid., p. 50.

²² Ibid., p. 55.

mix e de esforços integrados de promoção e marketing, impedindo que tal clientela seja desviada para outro estabelecimento que não se integre no sistema do *shopping center*.”²³ Portanto, a cláusula de raio não tem como escopo a proteção do empreendedor, mas sim do próprio “shopping center”.²⁴

Por haver esse viés de proteção do empreendimento, discute-se se a previsão da cláusula de raio no contrato de “shopping center” consistiria ou não em lesão à ordem econômica por ferir a livre iniciativa e a livre concorrência. Portanto, se ela seria válida ou inválida.

2.3 VALIDADE DA CLÁUSULA DE RAIOS

A questão da validade ou invalidade da cláusula de raio está atrelada, dentre outros fatores, à concorrência, que fundamenta tanto a invalidade, quanto a validade da cláusula de raio. Ao se decidir pela validade da cláusula de raio afirma-se que o “shopping center” “é, em si mesmo, objeto de proteção do direito concorrencial, não só em relação a terceiros, mas também nas relações entre os próprios comerciantes com estabelecimentos nele localizados”.²⁵ Em razão disso, de acordo com Comparato, a limitação à concorrência nos contratos de “shopping center” seria um efeito natural desses contratos, devendo prevalecer nessas hipóteses, mesmo na ausência de cláusula expressa.²⁶

Tais limitações indiretas à concorrência correspondem, sem dúvida, a um efeito natural do conjunto de contratos criadores do centro comercial, pois, tratando-se de relações contratuais de organização, por meio da técnica grupal, a função econômica desses contratos vai no sentido da colaboração entre as partes e não da competição entre elas. Pode-se, pois, sustentar que essas limitações à concorrência, sendo um efeito natural dos contratos de constituição e exploração dos centros comerciais, existem sempre como cláusula implícita e devem ser aplicadas, mesmo na ausência de estipulação expressa.²⁷

Soma-se ao argumento da natural limitação à concorrência em razão da organização do empreendimento o princípio da autonomia da vontade, que nesse caso encontra amparo legal específico: artigo 54, *caput*, lei 8.245/1991. A cláusula também é defendida com base no

²³ *Ibid.*, p. 59.

²⁴ *Ibid.*, p. 58.

²⁵ COMPARATO, *op. cit.*, p. 26.

²⁶ *Ibid.*, p. 27.

²⁷ *Ibid.*, p. 27.

interesse da coletividade: ela seria utilizada para a proteção do “tenant mix” do empreendimento, como afirmado. Dessa forma, o interesse individual, consistente em se estabelecer também na parte externa próxima do empreendimento, deveria ser subjugado em prol do interesse da coletividade.

A questão acerca da validade ou invalidade da cláusula de raio foi levada aos tribunais pátrios que têm se manifestado de forma divergente sobre o assunto. Na apelação n. 9219951-28.2009.8.26.0000, em que figura como apelante o Condomínio Shopping Center Iguatemi e apelado Valdac Ltda, a 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento realizado no dia 21 de setembro de 2011, reconheceu a validade da cláusula de raio. De acordo com o Desembargador Relator Edgard Rosa:

[...] disposições de não-concorrência nos “*Shopping Centers*” visam resguardar os interesses de tais centros comerciais que, na complexa e peculiar atividade desenvolvida, procuram organizar seu espaço físico de maneira estratégica, formando o seu “*tenant mix*” com vistas a atrair o público-alvo por eles definido. Daí a seleção dos produtos almejados por essa gama de clientes e das lojas freqüentadas por tais consumidores. [...] Por essa razão, é legítimo concluir que o *shopping center*, em si mesmo, apesar de destituído de personalidade jurídica, é objeto de proteção do direito concorrencial, tanto em relação a terceiros, como também nas relações entre os próprios comerciantes com estabelecimentos nele localizados [...] Disso se extrai que cláusulas de interdição de concorrência nos *shoppings centers*, a exemplo da cláusula de raio discutida no caso em apreço, são perfeitamente válidas e encontram seu fundamento na necessidade de assegurar a clientela do centro comercial e, por consequência, o faturamento e a própria continuidade do negócio.²⁸

Como forma de buscar argumentos para justificar a validade da cláusula de raio, no caso concreto, o Desembargador Edgard Rosa considerou que o Shopping Center Iguatemi:

[...] delimitou suficientemente a abrangência espacial da proibição de concorrência, que alcança um raio de apenas 2,5 km (dois quilômetros e meio) do centro do terreno do *Shopping Center Iguatemi*, distância esta plenamente razoável quando comparada à larga extensão da metrópole de São Paulo. Assim, diversamente do que tenta fazer crer a empresa ré, a cláusula de raio instituída pelo *Shopping Iguatemi* não se revela genérica e abusiva, mas sim precisa em sua delimitação no espaço e fundada na necessidade de proteger a clientela do centro comercial, o que reverte em favor dos próprios lojistas.²⁹

O Tribunal de Justiça de São Paulo também concluiu pela validade da cláusula de raio

²⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 9219951-28.2009.8.26.0000. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5420429>> Acesso em: 23 jan 2013.

²⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 9219951-28.2009.8.26.0000. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5420429>> Acesso em: 23 jan 2013.

em contrato de “shopping center” na Apelação com Revisão nº 816681-0/4, da 25ª Câmara de Direito Privado. No precedente, julgado em 18 de outubro de 2005, o Des. Relator Ricardo Pessoa de Mello Belli, considerou que a lei de locações confere ampla liberdade às partes ao celebrarem o contrato de locação, conforme dispõe o art. 54, da lei 8.245/91. Dessa forma, seria lícita a previsão dessa cláusula, que não violaria a livre concorrência e a livre iniciativa, por se tratar de “mera e temporária restrição à ampliação da empresa, destinada a evitar concorrência predatória e instituída também em contrapartida ao fato de o locatário poder se manter indefinidamente na relação, por meio da ação renovatória”, conforme se extrai de trecho da ementa do acórdão.³⁰

Nos Embargos de declaração 9128982-64.2009.8.26.0000/50002, tendo como embargante “Valdac Ltda” e embargado “Condomínio Shopping Center Iguatemi”, julgado pela 30ª Câmara de Direito Privado, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a validade da cláusula de raio ainda que ela vede ao lojista figurar como sócio de outra sociedade empresária do mesmo ramo daquela localizada no interior do “shopping center”, dentro do raio estabelecido no contrato. Conforme asseverou o Desembargador Relator Edgard Rosa:

[...] a extensão da proibição à outras empresas que guardem relação com a locatária se mostra razoável para dar efetividade ao conteúdo da cláusula de raio, que visa evitar a participação dos locatários em empresas que passem a explorar o mesmo ramo de atividade nas proximidades, em franca concorrência à atividade comercial já exercida pelo lojista no *Shopping Center Iguatemi*.³¹

A validade da cláusula de raio, para Pedro Paulo Salles Cristofaro, depende do preenchimento de certos requisitos:

Inicialmente, é necessário que se defina o tipo de atividade empresarial sobre a qual incide a regra de não concorrência com o *shopping center*. Na medida em que a cláusula de raio tem função essencial de manter a posição relativa do lojista no *tenant mix*, considerando sua força atrativa, não há porque estendê-la além das atividades exercidas pelo lojista naquele *shopping*. No que diz respeito ao prazo de vigência, entendemos que, em situações normais [admite-se] [...] que a restrição vigore durante todo o curso da relação locatícia. Por fim, o raio propriamente dito em que a concorrência estaria proibida deverá ser limitado ao estritamente necessário para que o poder de atração da loja localizada no interior do *shopping* não seja aviltado. A distância cabível, naturalmente, dependerá de diversos fatores, que fazem parte dos próprios estudos de viabilidade para a composição do *tenant mix*.

³⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação com revisão n. 816681- 0/4. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Julgado em: 18 out. 2005. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3021142>> Acesso em: 23 jan. 2013.

³¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração n. 9128982-64.2009.8.26.0000/50002. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 09 nov. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5530934>> Acesso em: 23 jan. 2013

Em um ‘*shopping* de vizinhança’, cujo *mix* é formado para atender as necessidades básicas de consumidores vizinhos, o raio de proteção será menor; em um *shopping* regional, que visa a atender a toda sorte de clientes, o raio poderá ser maior. No interior, em que o deslocamento entre grandes distâncias se faz em um curto espaço de tempo, o raio poderá ser maior, nos grandes centros, marcados por engarrafamentos, menor, etc.³²

Portanto, para que a cláusula de raio seja considerada válida, como se trata de uma cláusula de não-concorrência fixada em razão da área geográfica, não há necessidade de fixação de tempo de vigência, pois entende-se que ela vigorará enquanto perdurar o contrato de locação. No entanto, o objeto deve ser fixado e limitado ao mesmo ramo de atividade econômica desenvolvida pelo locatário no interior do empreendimento, tendo em vista que o objetivo da cláusula de raio é a preservação do “tenant mix” do “shopping center”.

2.4 INVALIDIDADE DA CLÁUSULA DE RAIOS

No que pese os argumentos e julgamentos favoráveis à cláusula de raio, Luiz Octávio Bandeira adverte que “ela pode ter a consequência de fechar o mercado para novos concorrentes, configurando assim práticas ilegais do ponto de vista concorrencial”³³. O argumento do jurista citado encontra amparo legal no artigo 36, I, da lei 12.529/2011, que classifica como infração à ordem econômica qualquer ato que possa limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. Logo, por esse raciocínio, a cláusula de raio seria considerada inválida.

A invalidade da cláusula de raio por violação à livre concorrência e à livre iniciativa também encontra fundamento na Constituição, conforme Gladston Mamede:

[...] a vigente Constituição Federal não mais permite que sejam postos limites à capacidade dos cidadãos (individualmente ou organizados em pessoas jurídicas) de livre agir e de livre concorrer. Basta recordar que a livre iniciativa é fundamento da República, assim definido pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal. Reconhece o nosso legislador constituinte que é do interesse do Estado brasileiro, para benefício do País, que as pessoas tenham amplas possibilidades de ação econômica, elevando a possibilidade de concretizar empreendimentos os mais diversos, desde que legais, à condição de base do sistema jurídico e econômico no qual baseia-se a República. Além do mais, não se pode desprezar a colocação do princípio no momento fundamental da Ordem Jurídica, vale dizer, logo no 1º artigo da Constituição; como se não bastasse, a Norma Maior privilegia-o um outra vez em momentos posteriores de seu texto. E assim, encontra-se a disposição anotada no artigo 170 da Constituição: logo no *caput*, consagra-se, uma vez mais, o império da livre

³² CRISTOFARO, op. cit., p. 70.

³³ BANDEIRA, op. cit., p. 265.

iniciativa, ao passo que o inciso IV consagra o princípio da livre concorrência.³⁴

Portanto, tomando como base o disposto no artigo 1º, IV e no artigo 170, IV, da Constituição Federal pode-se concluir pela inconstitucionalidade das cláusulas de raio,

[...] já que cerceiam o direito de agir economicamente com liberdade e, simultaneamente, pretendem constituir mecanismo que impeça a concorrência [...] [a qual] deve ser livre para o bem da República e da economia, não sendo legítimo ao empreendedor colocar os seus interesses privados acima dos interesses públicos, que beneficiam à totalidade da nação.³⁵

O Desembargador e Professor Guilherme Calmon também reconhece a invalidade da cláusula de raio, contudo por argumento diverso. Para o jurista a cláusula de raio seria

[...] leonina, imposta pelo empreendedor sem que o lojista pudesse alterar ou modificar [o contrato], deixando ao arbítrio do locador a possibilidade de se inaugurar novo estabelecimento próximo ao *shopping center*. Assim, cuida-se de hipótese de condição potestativa pura, vedada no ordenamento jurídico civil, com base na regra contida no artigo 115, segunda parte, do Código Civil. É de se reconhecer, pois, cuidar-se de cláusula ilícita, por encerrar abusividade evidente.³⁶

O Tribunal do Rio Grande do Sul, em decisão proferida pela décima sexta câmara cível, reconheceu que a cláusula de raio, apesar de não poder se considerada inválida por si mesma, pode se tornar inválida. A decisão foi proferida no agravo de instrumento n. 70038585303, portanto com fulcro em cognição precária, e se diferencia das decisões citadas anteriormente pelo fato de ter suscitado a discussão em relação à violação da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor:

A princípio, não se pode falar em ilegalidade por haver previsão de “cláusula de raio” nas normas gerais de *shopping centers*, pois tal previsão decorre da autonomia privada dos contratantes, que, em tese, podem ajustar os respectivos direitos e obrigações. [...] Ocorre que a “cláusula de raio”, quando usada de forma abusiva, pode e deve ser considerada ilícita, notadamente quando viola preceitos da ordem econômica e dos direitos dos consumidores, porquanto, nesse caso, não se trata apenas de interesse privado, mas sim de interesse público, da coletividade. Nesse sentido, o art. 20, inc. I, da Lei 8.884/1994³⁷ diz que constitui infração contra a ordem econômica qualquer ato que prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. Também constituiu infração à ordem econômica limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; ou criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, nos termos do art. 21, incs. IV e V, da Lei 8.884/1994³⁸. [...] Além disso, é possível vislumbrar

³⁴ MAMEDE, op. cit., p. 110.

³⁵ MAMEDE, op. cit., p. 111.

³⁶ GAMA, op. cit., p. 224.

³⁷ O Des. se refere ao artigo 36, I da lei 12.529/2011.

³⁸ O Des. se refere ao artigo 36, § 3º, III e IV da lei 12.529/2011.

violação aos dispositivos do CDC, pois a “cláusula de raio” limita a abertura de novos estabelecimentos nos arredores [do] Shopping Iguatemi, induzindo os consumidores a frequentarem apenas as dependências deste centro de compras. [...] Desse modo, por haver indícios de violação aos regramentos de proteção à ordem econômica e de defesa ao consumidor, vejo como presentes os pressupostos da prova inequívoca e verossimilhança das alegações da parte autora/agravante.³⁹

Logo, o Tribunal do Rio Grande do Sul suspendeu a eficácia da cláusula de raio até o julgamento definitivo da lide, o que ainda não ocorreu.

O Tribunal de Justiça do Ceará, ao julgar matéria concernente à cláusula de raio, cujo comprimento era de 5 (cinco) quilômetros, decidiu pela invalidade da cláusula:

[...] tem-se na hipótese dos autos uma cláusula imposta pelo Shopping Center apelado que somente possibilita a abertura de novo estabelecimento de seus locatários quando a distância entre os estabelecimentos empresariais for superior a 05 (cinco) quilômetros. [...] Na espécie, tenho que a chamada "cláusula de raio", imposta pelo Shopping Center apelado, não se coaduna com as restrições legais atinentes ao abuso do poder econômico e à livre concorrência, tendo em vista que simplesmente cria limites que não condizem com a competitividade inerente aos mercados. Com efeito, a impossibilidade de a apelante, com filial no Shopping Center apelado, abrir novos estabelecimentos comerciais em um raio de 05 (cinco) quilômetros afigura-se nesta sede irrazoável, porquanto prejudica a livre concorrência, na medida em que visa tão somente a dominação do mercado pelo North Shopping. [...] Ademais, estreme de dúvidas que a referida cláusula objetiva não só o aumento do faturamento geral do Shopping Center apelado, mas também o monopólio, ou seja, a exclusividade de algumas lojas em seu espaço, prática esta que vai de encontro ao disposto no art. 20, incisos I e II, da Lei nº 8.884/94⁴⁰, porquanto limita, abruptamente, o acesso do cliente aos serviços oferecidos pelos centros comerciais concorrentes. [...] Poder-se-ia assim afirmar que a manutenção da vigência da cláusula em debate, além de direcionar o consumidor para uma determinada localidade, impede o lojista, que contratou com o Shopping Center que impôs a "cláusula de raio", de atuar livremente no mercado, expandindo-se para as localidades que lhe aprovarem, acarretando grave restrição ao princípio da liberdade de iniciativa.⁴¹

O Desembargador no voto proferido no acórdão citado ainda fez uma observação importante. De acordo com o Desembargador, a cláusula de raio favorece que um concorrente do lojista se instale no outro empreendimento “diante do chamado nicho de mercado, que,

³⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70038585303. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Ergio Roque Menine. Julgado em: 27 jan. 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70038585303&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 23 jan. 2013.

⁴⁰ O Des. se refere ao artigo 36, I e II da lei 12.529/2011.

⁴¹ CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 76043554200080600011. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Gizela Nunes da Costa. Julgado em: 06 dez. 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14866>> Acesso em: 23 jan. 2013.

mesmo visualizado pelo empreendedor, não pode por ele ser preenchido”.⁴² Sobre a possibilidade de isso ocorrer, dispõe Ladislau Karpát:

À medida que opinamos pela validade deste tipo de restrição, estaremos não apenas impedindo o crescimento da atividade comercial ou empresarial do sócio da empresa locatária, como também propiciando indiretamente o favorecimento de eventual concorrente seu. Isto porque, na medida em que obsta a entrada do comerciante no Shopping, por qualquer forma, para ali exercer sua atividade, o local fica conseqüentemente disponível a terceiros, que podem se constituir eventualmente até por seus concorrentes.⁴³

O CADE vem se posicionando contrariamente à validade da cláusula de raio. Em síntese, em razão de ela resultar, nos casos analisados, em violação ao direito da livre concorrência e abuso de posição dominante, conforme se extrai do julgamento dos processos administrativos: 08012.009991/1998-82⁴⁴; 08012.006636/1997-43⁴⁵ e 08012.002841-2001/13⁴⁶.

CONCLUSÃO

A validade da cláusula de raio depende da forma como foi disciplinada. Sendo assim, não tem como afirmar que trata-se de uma cláusula válida ou inválida. Portanto, só diante do caso concreto poderá se chegar a conclusão acerca da validade ou invalidade da cláusula de raio.

Em regra, as cláusulas de raio serão válidas se tiverem como objetivo preservar o “tenant mix” do empreendimento. Além disso deverão observar limites de razoabilidade, ditados pela área de influência do “shopping center”.

Sendo o objetivo da cláusula de raio proteger o “tenant mix” do “shopping center”, o

⁴² CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 76043554200080600011. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Gizela Nunes da Costa. Julgado em: 06 dez. 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14866>> Acesso em: 23 jan. 2013.

⁴³ KARPAT, Ladislau. *Locação em geral e aluguéis em shopping centers*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 151.

⁴⁴ CADE. Secretaria de Direito Econômico. Processo Administrativo n. 08012.009991/1998-82. Rel. Cons. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Julgado em: 19 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>> Acesso em: 23 jan. 2013.

⁴⁵ CADE. Secretaria de Direito Econômico. Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43. Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em: 04 set. 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>> Acesso em: 23 jan. 2013.

⁴⁶ CADE. Secretaria de Direito Econômico. Processo Administrativo n. 08012.002841-2001/13. Rel. Cons. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Julgado em: 19 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>> Acesso em: 23 jan. 2013.

prazo de vigência dessa cláusula deve ser o mesmo prazo de vigência do contrato de locação. Pelo mesmo motivo, ela deve ficar adstrita à atividade desenvolvida pelo lojista no empreendimento.

Em relação ao comprimento do raio, em si, deve-se analisar a localização do empreendimento. Se esse estiver localizado no interior, o raio de influência do “shopping center” tende a ser maior, pois se desloca com maior facilidade entre grandes distâncias. No entanto, se ele estiver localizado em uma região de alta densidade demográfica, marcada por tráfego intenso, o raio de influência do “shopping center” tende a ser menor. Logo, o comprimento do raio terá que ser menor.

Portanto, a “contrario sensu”, a cláusula de raio será considerada inválida se vedar a participação do locatário em qualquer sociedade empresária nas redondezas do “shopping center” e/ou ultrapassar os limites da zona de influência do “shopping center”, pois nesses casos haverá ofensa aos princípios da liberdade de iniciativa e livre concorrência.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Luiz Octávio Vilela de Viana. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*. Locação em shopping center – questões sobre tipificação contratual e regramento jurídico. Ano 4, vol. 13, p. 217-285, jan./mar, 2012.

CADE. Secretaria de Direito Econômico. Processo Administrativo n. 08012.006636/1997-43. Rel. Cons. Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em: 04 set. 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>> Acesso em: 23 jan. 2013.

CADE. Secretaria de Direito Econômico. Processo Administrativo n. 08012.009991/1998-82. Rel. Cons. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Julgado em: 19 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>> Acesso em: 23 jan. 2013.

CADE. Secretaria de Direito Econômico. Processo Administrativo n. 08012.002841-2001/13. Rel. Cons. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Julgado em: 19 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>> Acesso em: 23 jan. 2013.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 76043554200080600011. 2ª Câmara Cível. Rel. Desa. Gizela Nunes da Costa. Julgado em: 06 dez. 2006. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14866>> Acesso em: 23 jan. 2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Revista do Advogado*. Locação em *shopping centers*. Ano XXX, n. 108, p. 56-61, mai, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”. Ano XXXIV, n. 97, p. 23-28, jan-mar, 1995.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. *Revista de Direito Renovar*. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. Vol. 36, p. 49-73, set./dez., 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Revista da EMERJ*. Contrato de *Shopping Center*. Vol. 5, n. 18, p. 187-227, 2002.

KARPAT, Ladislau. *Locação em geral e aluguéis em shopping centers*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

MONTEIRO, Washington de Barros. *Revista dos Tribunais*. “Shopping centers”. Ano 73, vol. 580, p. 9-14, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Shopping Centers”: organização econômica e disciplina jurídica. Ano 73, vol. 580, p. 15-26, 1984.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70038585303. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Ergio Roque Menine. Julgado em: 27 jan. 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70038585303&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q= Acesso em: 23 jan. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 9219951-28.2009.8.26.0000. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 21 set. 2011. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5420429> Acesso em: 23 jan 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação com revisão n. 816681- 0/4. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. Julgado em: 18 out. 2005. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3021142> Acesso em: 23 jan. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração n. 9128982-64.2009.8.26.0000/50002. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Edgard Rosa. Julgado em: 09 nov. 2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5530934>> Acesso em: 23 jan. 2013