

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FÁBIO SOUZA SANTOS

ABUSIVIDADE CLÁUSULA DE RAIO EM CONTRATOS DE SHOPPING CENTER
SEGUNDO DECISÕES DO STJ E DO CADE

Salvador – BA
2018

FÁBIO SOUZA SANTOS

ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATOS DE SHOPPING
CENTER SEGUNDO DECISÕES DO STJ E DO CADE

Trabalho de conclusão de curso de graduação em
Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal
da Bahia, Curso de Direito, como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. L.L.M. Emanuel Lins Freire
Vasconcelos

Salvador – BA
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

FÁBIO SOUZA SANTOS

ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE RAIOS EM CONTRATOS DE SHOPPING
CENTER SEGUNDO DECISÕES DO STJ E DO CADE

Trabalho de conclusão de curso de graduação em
Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal
da Bahia, Curso de Direito, como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. L.L.M. Emanuel Lins Freire Vasconcelos

1º Examinador: Prof. L.L.M Técio Spínola Gomes

2º Examinador: Prof. L.L.M Bruno César de Carvalho Coêlho

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar quais os fundamentos jurídicos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para decidir sobre a abusividade da cláusula de raio nos contratos de shopping center. Parte-se da premissa que a cláusula de raio, por ser uma cláusula que impõe restrições a atividade comercial, tem o potencial de violar os princípios protetivos do consumidor e da ordem econômica, como a livre concorrência e a livre iniciativa. Delimitou-se a pesquisa pela análise das decisões colegiadas proferidas entre os anos de 2016 e 2017. Os resultados colhidos pela pesquisa apontam para um novo problema, uma vez que os tribunais proferiram decisões conflitantes analisando a mesma questão fática.

PALAVRAS-CHAVE: cláusula de raio, shopping center, contrato de shopping center, abusividade, ordem econômica, livre concorrência, livre iniciativa, consumidor, fundamentos jurídicos, *tenant mix*.

ABSTRACT

The present study has the objective of verify the legal basis adopted by the Superior Justice Court (STJ) and the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in judging the excessiveness of the radius clauses in shopping center contracts. The assumption is that since the radius clause imposes restraint to trade activities, it potentially jeopardizes the protective principles of the consumer and of the economic order, like the free competition and initiative. In order to achieve its goals, the research had its range limited to collegiate decisions made in 2016 and 2017. The results of the analyses point to a completely new problem, once the tribunals took contradictory decisions about the same issue.

KEY WORDS: radius clause, shopping center, shopping center contracts, excessiveness, economic order, free competition, free initiative, consumer, legal basis, tenant mix.

LISTAS DE SIGLAS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER E DA CLÁUSULA DE RAI	10
1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO SHOPPING CENTER	11
1.2 DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER	14
1.2.1 DA DEFINIÇÃO DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER	14
1.2.2 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER	16
1.2.3 DA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER	18
1.3 DA CLÁUSULA DE RAI	23
CAPÍTULO II - DA ANÁLISE DAS DECISÕES DO STJ ENTRE OS ANOS DE 2016 E 2017	26
2.1 DO STJ E DOS PARÂMETROS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL	27
2.2 DO CASO SINDICATO DOS LOJISTAS DO COMÉRCIO DE PORTO ALEGRE X SHOPPING IGUATEMI DE PORTO ALEGRE	28
2.2.1 APONTAMENTOS INICIAIS AO CASO A SER ANALISADO	28
2.2.2 DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA DECISÃO	32
CAPÍTULO III - DA ANÁLISE DAS DECISÕES DO CADE ENTRE OS ANOS DE 2016 E 2017	41
3.1 BREVES COMENTÁRIOS À LEI 12.529/11	42
3.2 O PAPEL DO CADE	42
3.3 DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E DOS PARÂMETROS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL	44
3.4 DO CASO PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL X SHOPPING IGUATEMI, SHOPPING RUA DA PRAIA, SHOPPING PRAIA DE BELAS, MOINHOS E SHOPPING BOURBON	45
3.4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS AO CASO A SER ANALISADO	45
3.4.2 DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA DECISÃO	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

A caracterização do contrato de shopping center causa muita discussão na doutrina, muito por conta da falta de regulação que esta espécie contratual possui. Neste sentido, muito autores se debruçaram para compreender a natureza jurídica deste contrato, discussão esta que será melhor analisada no decorrer deste trabalho. Nota-se, que é um traço característico nos contratos de locação de lojas nos shopping centers a previsão da cláusula de exclusividade comercial, chamada de cláusula de raio. A cláusula de raio impede que o lojista mantenha próxima ao shopping empreendimento similar àquele que possui dentro do shopping center, ela é utilizada para limitar a concorrência em uma área cuja extensão é determinada por um raio, por isso o nome a que se refere a cláusula. Adota-se, pois a premissa de que essa cláusula tem o potencial de violar os princípios da ordem econômica, notadamente, aqueles vinculados a livre concorrência e a livre iniciativa, bem como os preceitos protetivos do consumidor. Essa premissa será o ponto de partida para a determinação do problema a ser analisado neste trabalho.

De posse da referida premissa, o instinto argumentativo se propôs a interrogar sobre como os principais tribunais do país interpretam a aplicação da cláusula de raio nos contratos de shopping centers, uma vez que, conforme pesquisa preliminar, percebeu-se uma tendência a judicialização deste problema. Neste ponto, o problema da pesquisa foi delimitado no intuito de ter como objetivo principal a verificação dos fundamentos jurídicos utilizados pelos tribunais para se posicionar sobre a questão, ou seja, os fundamentos jurídicos utilizados por eles para decidir sobre a abusividade da cláusula de raio nos contratos de shopping center com tendência a violar princípios da ordem econômica e do consumidor.

Neste sentido, o problema torna-se mais específico quando da escolha do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) como os tribunais que terão suas decisões os objetos da análise do trabalho. Esta escolha se deu pela fato do STJ ter firmando recentemente entendimento sobre o problema e o CADE pelo importante papel que possui quando da fiscalização e repressão das infrações da ordem econômica.

A investigação tem, ainda, como parâmetro a análise das decisões colegiadas proferidas por este tribunais entre os anos de 2016 e 2017 (aqui utiliza-se o termo tribunais, pois embora o CADE seja considerada uma autarquia federal, sanções são

aplicadas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE) vinculado a esta autarquia). O período escolhido se justifica por ser o aquele no qual o STJ firmou seu entendimento sobre o assunto, bem como pelo fato do CADE ter mantido sua jurisprudência sobre o assunto.

Foi necessária a realização de pesquisa preliminar na tentativa de se obter corretamente a definição dos conceitos-chaves do trabalho, ao menos aquele mais adotado pela doutrina. A definição de contrato de shopping center, por guardar uma controvérsia doutrinária relevante, será melhor analisada mais adiante. Contudo, entende-se como “fundamentos jurídicos” os argumentos consagrados pelo direito e utilizados para justificar uma decisão no mundo jurídico, sob os parâmetros do ordenamento jurídico em conformidade com a Constituição Federal, as leis, os princípios gerais do direito e pela doutrina. Sobre a abusividade, argumenta-se que ela decorre da teoria do abuso de direito, sendo considerada como a prática de um ato que “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé pelos bons costumes”, como dispõe o art. 187 do Código Civil.

Por fim, para análise jurisprudencial, foi adotado o método proposto por Nitish Monebhurrin em “Manual de Metodologia Jurídica - Técnicas para argumentar em textos jurídicos”.

**CAPÍTULO I - DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER E DA CLÁUSULA DE
RAIO**

Neste capítulo, serão mostradas as características do shopping center, as noções do contrato de shopping center e cláusula de raio, pois entende-se que sem esse passo, não seria possível analisar com propriedade as decisões do CADE e do STJ.

1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO SHOPPING CENTER

O surgimento dos shoppings centers é um fenômeno relativamente recente, tendo sua origem nos Estados Unidos no período do pós-guerra. Mamede (2000) afirma que este fenômeno é resultado de uma evolução do mercado varejista a qual conduziu nossa sociedade para formas mais sofisticadas de comercializar, das quais os shoppings centers são exemplos ao lado dos serviços de venda por telefone (*telemarketing*) e pela televisão (*teleshop*). Segundo o mesmo autor, no Brasil o fenômeno do surgimento dos shoppings centers se deu em 1996, contando com 137 empreendimentos, tornando-se o quinto país do mundo em números de shoppings centers em 1997.

Gomes (1983) cita os aspectos jurídicos dos contratos de shopping centers informando o conceito de shopping center dado pela Associação Brasileira de Shopping Centers - SEBRASCE:

[...] um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composta de lojas destinadas à exploração de ramos diversos de comércio e que permaneçam, na sua maior parte, objeto de locação, ficando os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas, que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada e que varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários - centro que ofereça aos usuários estacionamento permanente e tecnicamente bastantes. (SEBRESCE, apud GOMES, 1983, p. 59)

Para Coelho (2003), o shopping center representa uma atividade comercial diferenciada em que é possível encontrar vários tipos de lojas localizadas em um espaço de fácil localização e seguro, neste ponto, sustenta que:

A ideia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, em um local único, de cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços. Assim, as locações devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Geralmente,

não podem faltar em um shopping center certos tipos de serviços (correios, bancos, cinemas, lazer, etc.) ou comércios (restaurantes, lanchonetes, papelarias, etc.), mesmo que a principal atividade comercial seja estritamente definida (utilidades domésticas, moda, material de construção, etc) pois o objetivo do empreendimento volta-se a atender muitas das necessidades do consumidor. É esta a concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maiores contingentes de consumidores, redundando em benefício para todos comerciantes. (COELHO, 2003, p. 64)

Slaibi Filho (1986) também traça aspectos característicos nestes estabelecimentos comerciais, analisando sob a ótica da então recente lei do inquilinato, definindo o shopping center como:

Grupo de estabelecimentos comerciais unificados arquitetonicamente e construídos em terreno planejado e desenvolvido. O *'shopping center'* deverá ser administrado como uma unidade operacional, sendo o tamanho e o tipo de lojas existentes relacionados diretamente com a área de influência comercial a que esta unidade serve. O *'shopping center'* também deverá oferecer estacionamento compatível com todas as lojas existentes no projeto. (SLAIBI FILHO, 1986, p. 344)

É possível perceber que os autores parecem não divergir quanto às características gerais do shopping center, que, em síntese, aparece como um estabelecimento bem localizado que ofereça um *mix* de lojas planejadas em um local seguro, de fácil acesso e que forneça amplo estacionamento. Essa são as características que, de forma recorrente, estão presente nas definições analisadas dos shopping center.

Compreende-se que o shopping center se destaca por ser um estabelecimento de grandes proporções, tanto no sentido vertical quanto no sentido horizontal, geralmente localizado nas periferias dos grandes centros urbanos, dotado de lojas que fornecem mercadorias e serviços. Ao tratarmos de shopping center, devemos ressaltar a distinção entre este tipo de estabelecimento e os centros comerciais convencionais, sem planejamento. Pacheco (1989) afirma que é comum esta confusão visto que muitos centros comerciais usam o nome "shopping center" sem sê-lo, bem como destaca que o elemento que o diferencia é a posição de empreendedor na relação jurídica ao dizer que:

No centro comercial, o empreendedor, que é o construtor do estabelecimento, após fazê-lo, transfere as unidades, vende do-a-as aos lojistas, desaparecendo da relação jurídica. No *'shopping center'*,

o empreendedor constrói o estabelecimento, e, após, transfere as unidades, mas continua na relação jurídica, administrando-o e, juntamente com os lojistas, promovendo o crescimento e expansão do '*shopping center*'. (PACHECO, 1989, p. 40)

Slaibi Filho (1986), traz importante contribuição para o entendimento do funcionamento de um shopping center. Dentre os elementos trazidos pelo autor destaca-se o *tenant mix*, entendido como a organização planejada das lojas de forma que fiquem dispostas em uma localização geograficamente calculada no intuito de atender o maior número de necessidades dos clientes. O autor elenca quatro elementos essenciais à constituição de um shopping center, quais sejam:

- 1ª Possuem o chamando *tenant mix*, a distribuição planejada das lojas segundo o ramo de respectivo, de forma a otimizar a rentabilidade;
- 2ª Possuem lojas-âncora, que são os grandes magazines e que atraem com maior facilidade a clientela ao empreendimento beneficiando as pequenas lojas, chamadas de satélites ou magnéticas;
- 3ª Formam a chamada clientela de corredores, já que os clientes para se deslocarem de um *mix* a outro, ou de uma loja âncora a outra (que devem se localizar em extremidades diferentes), deverão circular por todas as pequenas lojas, chamadas de satélites ou magnéticas;
- 4ª Possuem estacionamento, área de lazer, tais como: cinemas, parque para crianças, jogos etc: área de alimentação, banheiros públicos, telefones públicos, de forma integrada; (SLAIBI FILHO, 1986, p. 344).

É importante ressaltar a relevância do *tenant mix* para a compreensão da visão empreendedora do shopping center, uma vez que esse planejamento permite que todos desfrutem da organização planejada, contribuindo para o aumento do faturamento de todas as lojas. Deste modo, o empreendimento tem que cuidar da escolha das lojas-âncoras, pontos de atração dos consumidores, bem como tem que zelar pela boa imagem do estabelecimento e investir em campanhas de marketing e publicidade.

Neste sentido, Diniz (2003) afirma que a grande finalidade das partes envolvidas nestes contratos é tirar proveito da organização planejada deste tipo de empreendimento, participando dos lucros obtidos por cada loja e, assim, atribuir o uso aos lojistas para que estes pratiquem atos de comércio, distribuindo o lucro com o sucesso comercial, pagando percentual sobre o faturamento correspondente. Percebe-se que o sucesso comercial deste empreendimento é fator determinante para

o sucesso na rentabilidade de cada um dos lojistas nele estabelecido, de forma que todos devem zelar pelo bom andamento dos negócios. (DINIZ, 2003).

Neste sentido, Gruen e Smith citado por Mamede (2000), fazem importantes ponderações sobre os empreendimentos do tipo shopping center, listando doze parâmetros característicos deste tipo de estabelecimento comercial que inaugura um exercício de comércios dos quais faz-se necessário, para o intuito deste trabalho, listar apenas quatro, sendo:

- 1) Planejamento mercadológico, “fruto de um estudo cuidadoso e extensivo”, determinando o planejamento de instalações, “potencial de vendas, perfil dos consumidores da área, características principais da competições”;
- 2) Facilidade de estacionamento, já que “o crescimento dos Shopping Centers tem uma correlação muito direta com o aumento da mobilidade dos consumidores”, certo que a “mercadização, hoje, se realiza sobre rodas”, exigindo “uma relação adequada entre as áreas de lojas e o espaço para estacionamento”;
- 3) “harmonia da composição do complexo de lojas” composta a partir de “uma análise prévia e restritiva durante o período de planejamento e as fases de operação”;
- 4) Tráfego de clientes e de serviços, fator “algumas vezes muito difícil de ser atendido”, que implica a imperatividade de “uma completa separação entre o tráfego de clientes e o de serviços”, vale dizer, “os compradores, por um lado, devem ter acesso fácil e rápido às instalações do Shopping Center, e as lojas, por outro lado, deve, poder receber e expedir mercadorias durante todo o tempo e sem dificuldades”; (GRUEN e SMITH Apud MAMEDE, 2000, p. 26 - 28).

Passaremos agora para o estudo do contrato que une os lojistas aos administradores deste empreendimento.

1.2 DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER

Neste ponto, serão analisadas as definições do contrato de shopping center, dos traços característicos deste contrato, além da discussão doutrinária acerca da sua natureza jurídica.

1.2.1 DA DEFINIÇÃO DO CONTRAO DE SHOPPING CENTER

Parte-se, inicialmente, da premissa de que toda a relação estabelecida entre o shopping center e o lojista é de natureza contratual sendo justificada essa premissa pelos ensinamentos de Gomes (1992) quando informa que o contrato é mais do que uma “ação humana de efeitos voluntários, praticada por duas ou mais partes, da qual o ordenamento jurídico faz derivar um vínculo”. O autor encara o primeiro aspecto do contrato que se refere à sua formação como sendo um ato de criação; enquanto que no segundo aspecto refere-se ao conjunto de obrigações e direitos que condicionam necessariamente a conduta das partes, tal como queiram defini-la. O autor afirma, ainda, que:

Em suma: o contrato é um pressuposto de fato do nascimento de relações jurídicas, uma das principais, senão a mais importante, fontes ou causa geradora das obrigações, o título de criação de nova realidade jurídica constituída por direitos, faculdades, pretensões, deveres e obrigações, ônus e encargos. (GOMES, 1992. p.15).

Para Gonçalves (2008) a definição de contrato seria:

Sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato. Essa constatação conduz à ilação de que o contrato não se restringe ao direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito privado (o casamento, p. ex., é considerado um contrato especial, um contrato de direito de família) e também ao direito público (são em grande número os contratos celebrados pela Administração Pública, com características próprias), bem como a toda espécie de convenção. Em sentido estrito, todavia, o conceito e contrato restringe-se aos pactos que criem, modifiquem, ou extingam relações patrimoniais, como consta expressamente do art. 1321 do Código Civil italiano. (GONÇALVEZ, 2008, p. 02)

Desta forma, entende-se ser contrato uma manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direito e obrigações) de carácter patrimonial e é esse tipo de relação que se vê presente nas relações entre o shopping center e lojistas. Assim, o contrato de shopping center é um acordo que une os interesses dos lojistas (interessados em auferir o maior lucros com a venda dos seus produtos e serviços) com interesse do administrador do shopping center que tem como finalidade alugar suas unidades de forma que as lojas se organizem com o intuito de estabelecer o *tenant mix* do

shopping, obtendo, deste modo, sucesso comercial que lhe fornecerá retorno financeiro.

Isto posto, será dado prosseguimento para a análise dos traços característicos deste tipo de contrato.

1.2.2 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER

Gomes (1983) lista em três os traços essenciais do shopping center: o aluguel percentual, a associação dos lojistas e o regimento interno. Para o autor, uma das mais expressivas cláusulas que permeia o contrato de shopping center reside na forma de remuneração devida pelo lojista ao empreendimento shopping center usualmente denominado de aluguel. Esta remuneração está dividida, ainda segundo o autor, em duas atribuições pecuniárias superpostas e denominadas de aluguel percentual e aluguel mínimo. O primeiro seria uma prestação pecuniária proporcional ao faturamento bruto mensal da atividade comercial do lojista, enquanto que o segundo é representado por uma prestação pecuniária reajustável periodicamente com indexação preestabelecida, a ser cumprida independentemente de qualquer outra circunstância. Além disso, explica o autor que entre os dois tipos de remunerações existe um tipo de convergência, expressa de tal forma que se o valor do aluguel percentual apurado for superior ao valor do aluguel mínimo, o lojista pagará ao dono do shopping center a quantia correspondente à diferença entre os dois. Por esse motivo é que o aluguel percentual só é exigido se o faturamento da loja permitir ultrapassagem, calculada a participação pelo critério acordado a soma representativa do aluguel mínimo. (GOMES, 1983).

Gomes (1983) entende que:

[...] o shopping center é um centro autônomo de imputação de relações jurídicas, que tem na associação dos lojistas o órgão colegiado necessário para exprimir a vontade dos associados em certas relações externas e internas e assumir as decisões necessários. (GOMES, 1983, p. 60).

Assim, segundo o autor, associação funciona como se fosse uma assembleia de compossuidores, nos seguintes termos:

A associação funciona, até certa medida, como a assembleia de condôminos de edifícios construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, com partes e serviços comuns. É como se fosse uma assembleia de compossuidores, mas com personalidade jurídica, o que consente seja uma sujeito distinto das pessoas físicas associadas. Tem, por conseguinte, *status* sociais, como associação civil, *rectius* associação. Integram-na os lojistas. Pagam todos uma contribuição para o seu custeio. A filiação é obrigatória, mas qualquer sócio pode ser desligado ou eliminado por justa causa, quando será expulso da comunidade. Dirigida por um Conselho Deliberativo e por uma Diretoria Executiva cujo presidente é seu representante legal, todos os dirigentes são eleitos em assembleia geral, correspondendo a cada sócio um voto. Dentre outros, tem a associação os seguintes fins: a) amparar os legítimos interesses dos sócios perante as autoridades no que tange ao normal funcionamento do shopping; b) cooperar com as entidades de classe para que o tratamento dos assuntos relacionados com a atividade comercial dos sócios seja o que se dispensa às lojas em geral; c) estatuir normas para disciplina da atuação dos associados no exercício do seu comércio. (GOMES, 1983, p. 60)

Ainda segundo Gomes (1983), o comportamento dos lojistas é regulado fundamentalmente em normas prescritas pelo dono do shopping center denominadas “Normas Complementares”, aceitas expressamente por todos eles. Segundo o autor, nesse regimento, disciplinam-se:

[...] o uso das lojas e das áreas de circulação, a utilização dos bens e o aproveitamento dos serviços para os que frequentam o edifício, a clientela, os visitantes, os fornecedores, os empregadores das lojas e todos quantos se encontrem sob a fiscalização da administração do empreendimento. (GOMES, 1983, p. 60-61)

Filho (2010) também traz importantes considerações acerca das características do contrato de shopping center. Alega o autor que o contrato de shopping center está dividido em: (a) normas gerais complementares; (b) regimento interno; (c) estatuto da associação dos lojistas; e (d) contrato de locação e descreve cada parte da seguinte maneira:

a) normas gerais complementares: sua finalidade é simplificar e agregar as contratações realizadas no empreendimento. O empresário/proprietário por meio de Escritura Pública, unifica todos os outros regulamentos que irão reger o funcionamento do shopping center. Simplesmente representam as obrigações contratuais advindas dos lojistas e empreendedores, porém não tem força de lei.
b) regimento interno: é um contrato que contém todas as normas imprescindíveis ao funcionamento e melhoramento do Shopping

Center, complementando outros contratos eventualmente celebrados. As partes poderão manifestar a qualquer tempo o seu teor, para alterar ou complementar alguma disposição. O regimento interno não obriga só as partes contraentes, mas todos os empregados das lojas, dependentes, prepostos, fornecedores, usuários de loja e respectiva clientela e até mesmo o público do shopping center, seu descumprimento pode ser causa de rescisão contratual.

c) estatuto da associação de lojistas: ao assinar o contrato de locação, o lojista automaticamente, estará filiando-se à Associação dos Lojistas do Shopping Center, obrigando-se a pagar as contribuições estipuladas nos respectivos estatutos. Tem como finalidade promover a união entre o empreendedor e os lojistas e regular o Fundo de Promoções Coletivas. Este tem o condão de arrecadar valores mensais dos lojistas, para promover eventos, principalmente em datas comemorativas, como dia das mães, natal, etc.

d) contrato de locação: contrato objeto de estudo do presente trabalho. (FILHO, 2010, p. 145)

Com a complexidade do contrato de shopping center, percebe-se os aspectos contratuais além daquelas presentes nas relações locatícia, tais como as normas gerais, o regimento interno e associação dos lojistas que leva a pensar qual seria a tipificação desse contrato e qual norma deveríamos utilizar para baliza-lo, sobretudo, a pergunta que se faz, diante do exposto é: qual a natureza jurídica do contrato de shopping center? É a análise desta natureza que se seguirá.

1.2.3 DA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE SHOPPING CENTER

Muito se tem discutido sobre a natureza jurídica da relação travada entre administração dos shopping centers e os lojistas. Desde que esse empreendimento surgiu, no final da Segunda Guerra Mundial, a doutrina tem se debatido para enquadrar as relações jurídicas desta relação comercial. Três são as correntes que discutem sobre a natureza jurídica do shopping center: a primeira delas é encabeçada por Gomes (1983) com a tese do contrato atípico; a segunda defende a tese da sociedade em contas de participação; a terceira, que a contrato de shopping center tem natureza de locação.

Faz-se necessário, traçar as bases preliminares na qual se guiou a pesquisa para analisar a natureza jurídica do contrato de shopping center. Isto posto, é importante a compressão das noções de contratos típicos e atípicos, uma vez que a discussão sobre a natureza jurídica do contrato de shopping center se limita em

classifica-los em contrato típico (locação) e contrato atípico (misto). Neste sentido, segue-se as lições de Gomes (1992) ao explicar que:

As relações econômicas habituais travam-se sob as formas jurídicas que, por sua frequência, adquirem tipicidade. As espécies mais comuns são objeto de regulamentação legal, configurando-se, por traços inconfundíveis e individualizando-se por denominação privativa. É compreensível que a cada forma de estrutura econômica da sociedade correspondam espécies contratuais de satisfaçam as necessidades mais instante da vida social. Em razão desta correspondência, determinados tipos de contratos preponderam em determinadas fases da evolução econômica, mas as outras se impõe em qualquer regime, embora sem a mesma importância. Esses tipos esquematizados pela lei chamam-se contratos nominados ou típicos. Os que se formam à margem dos paradigmas estabelecidos - como fruto da liberdade de obrigar-se - denominam-se contratos inominados ou atípicos. (GOMES, 1992, p. 110)

No mesmo sentido leciona Azevedo (2009), com algumas ressalvas doutrinárias em relação a algumas terminologia utilizadas, quais sejam:

Se compulsarmos o nosso Código Civil, no Título VI, relativa às várias espécies de contratos (Título V, no Código anterior), veremos ali tratados: o de compra e venda, o de troca, o de doação, o de locação, o de empréstimo, o de depósito, o de mandato, entre outras figuras contratuais. Todos eles são contratos típicos, pois se encontram regulamentados na lei.

Quando o contrato não possui essa regulamentação, chama-se atípico, como o de estabulação (guarda, cuidados, especiais, nutrição e higiene de um animal), o de pensão para animais (incumbência, por algum tempo, de manter, de criar, ou de custodiar um animal), o de alimentos (encargo de prover o sustento de uma pessoa, a título oneroso ou gratuito) o de publicidade (obrigação de publicar ou de tornar público, pelos veículos de comunicação, um objeto ou uma pessoa), entre outros.

Os romanos conheceram os contratos nominados e os inominados, ou seja, os que possuíam e os que não possuíam um nome específico. Então, os contratos nominados tinham tratamento legislativo próprio; atualmente, entretanto, tal nem sempre acontece, e essas expressões são obsoletas.

Já tive oportunidade de mostrar que, a explicar-se presentemente essa terminologia, deverá ser ela entendida coma devida ressalva da doutrina, pois, muitas vezes, o contrato tem nome e não é nominado, Para que essa figura exista, necessário torna-se que se encontre ela, devidamente, regulamentada em lei, não bastando apresentar com um nome.

Daí, ser preferível a referência a contratos típicos ou atípicos, sendo certo que os primeiros ajustam-se, os segundos não, em qualquer dos tipos, dos moldes, dos modelos contratuais estabelecidos em lei. (AZEVEDO, 2009, p. 68).

Pode-se, portanto, entender que contratos típicos são aqueles que estão regulamentados em alguma lei, enquanto que os contratos atípicos são aqueles decorrentes do princípio geral da liberdade de contratar, não classificados pela lei. Ocorre que dentro dos contratos atípicos há uma relevante distinção que merece destaque nesta pesquisa, qual seja, a distinção entre contratos típicos e os contratos atípicos. Neste sentido, ensina Gomes (1992) que os contratos típicos propriamente dito são aqueles que estabelecem elementos novos não presentes como elemento principal ou secundário de nenhum outro contrato típico, enquanto que o contrato atípico “compõem-se de prestações típicas de outros contratos ou de elementos mais simples, combinados pelas partes”. (GOMES, 1992, p. 111). A conexão econômica formada entre as diversas prestações combinadas “forma, por subordinação ou coordenação uma nova unidade”. (GOMES, 1992, p. 111) Os elementos que podem ser combinadas nos contratos atípicos mistos são, segundo o autor, “contratos completos, prestações típicas inteiras ou elementos mais simples”. (GOMES, 1992, p. 111)

Azevedo (2009) diverge ligeiramente dos ensinamentos de Gomes (1992) quanto à subclassificação dos contratos atípicos. Apesar de manter semelhante conceituação afirmando que os contratos mistos “são aqueles que reúnem, em seu corpo, dois ou mais contratos típicos, dois ou mais contratos atípicos, ou ainda, simultaneamente, as duas categorias mencionadas”, percebe-se que o autor coloca os contratos mistos como uma categoria igual as dos contratos típicos e atípicos, diferentemente de Gomes. (AZEVEDO, 2009, p. 70).

Definidas as noções introdutórias importantes para compreensão da discussão da natureza jurídica do contrato de shopping center, passa-se a falar sobre as correntes que se debruçaram sobre esta investigação.

Como já demonstrado, das noções introdutórias sobre os contratos típicos e atípicos de Gomes (1992), este autor é o primeiro que idealiza uma noção sobre a natureza jurídica do contrato de shopping center. Para ele, a forma de remuneração do uso temporário para exploração comercial das lojas é o ponto central da correta adequação do contrato de shopping center, sendo esta a principal obrigação travada entre o dono do shopping center e lojistas, que tem como principal remuneração o chamada de aluguel-percentual, considerado pelo autor como o “elemento chave do notório êxito dos centros comerciais dessa espécie” (GOMES, 1983, p. 62). Afirma

autor que a conclusão de que o contrato em questão se trata de contrato atípico, decorre da noção de causa ou finalidade do contrato, que se encontra no propósito negocial das partes. Neste ponto, argumenta que a finalidade dos contratos de shopping center é a locação temporária em contraprestação de uma remuneração variável sobre o faturamento do lojistas. Essa é a causa idônea e independente, não se adequando aos requisitos do contrato típico de locação. Por essas razões, afirma o autor que o contrato estudado não se trata de contrato de locação, mas, sim, de contrato atípico. (GOMES, 1983, p. 62)

A segunda corrente defende que o contrato de shopping center se trata de uma sociedade de cotas de participação sobre o fundamento que existe interesse em comum entre os lojistas e o dono/administrador do shopping center. Pouco se discutiu sobre essa possibilidade, por essa razão, esta pesquisa se limitará a citá-la, uma vez a principal controvérsia se concentra entre a primeira e a terceira corrente.

A terceira corrente defende que o relação jurídica entre os lojistas e dono do shopping center se trata de uma relação locatícia. Essa tese tem fundamento na Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91). Essa nova lei fez com que a tese da locação se tornasse a mais aceita atualmente. Entre os autores que defendem essa ideia temos Pereira (1984), que afirma que, mesmo havendo elementos acidentais na tipologia do contrato de shopping center, o contrato é de locação. O autor afirma que:

A propósito da caracterização jurídica deste contrato reina certa controvérsia. A mim me parece que se trata de um verdadeiro e próprio contrato de locação. O que tem levado a pô-lo em dúvida tem sido imiscuir, na sua tipologia, elementos acidentais.

Fundamentalmente, locação, em nosso e alheio Direito, é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a ceder temporariamente a outra o uso e gozo de uma coisa, mediante remuneração.

À luz desse conceito, que, sem sombra de generalização duvidosa, é presente em todos os sistemas ocidentais, a cessão do uso dos salões do shopping center constitui um contrato de locação. Nele estão presentes os elementos essenciais – *essentia negotii*: a coisa, res, objetivada no salão com todos os acessórios e dependências; o preço, *pretium*, fixado na remuneração; o consentimento, *consensus*, determinado pela utilização para o ramo de comércio do usuário, sob as condições e cláusulas estabelecidas. Tudo faz deste contrato uma locação – *locatio rerum*, integrada em nossa sistemática. É bem verdade que oferece peculiaridades. Mas estas, a meu ver, não eliminam a natureza locatícia do contrato. (PEREIRA, 1984, p. 77).

A publicação da Lei do Inquilinato (Lei. 8.245/91) parece apaziguar a situação dos doutrinadores que se escrevera sobre a natureza jurídica dos contratos de

shopping center ao estabelecer em seu art. 54 que neste tipo de contrato prevalecerá condições livremente pactuadas entre as partes e disposições procedimentais desta lei. A matéria antes sem legislação que a estipulasse, com a edição da Lei do Inquilinato, passou a ser legalmente prevista. Ainda assim, há autores que defendem não ser válido o contrato de shopping center como contrato locatício por conta das peculiaridades previstas neste tipo de locação.

Mamede (2004) considera que apesar da principal relação prevista nos contratos de shopping center ser a relação locatícia, existe outras relações importantes que desconfiguram a relação locatícia e assegura que o contrato de shopping center seja um contrato misto, que existe concomitantemente a locação e a prestação de serviços mercadológicos:

Em fato, há no contrato misto oferecido pelos empreendedores e/ou administradores de shopping center duas relações essenciais que se somam, cada qual a justificar uma remuneração própria: a locação do imóvel (remunerada pelo aluguel ou, como se lê nos contratos, aluguel mínimo, calculado sobre a área da loja) e a prestação de serviços mercadológicos, que se remunera de forma específica, em geral, pelo estabelecimento de um contrato de parceria mercantil, por meio do qual o lojista se obriga à entrega de um percentual de seu faturamento (motivo pelo qual é chamado, nos contratos, de aluguel percentual), tomando, destarte, o contorno de uma cláusula de sucesso ou cláusula de desempenho, a permitir o empreendedor/administrador participar dos resultados do lojista. (MAMEDE, 2004, p. 282)

Compartilha da mesma opinião Coelho (2003) ao afirmar que há aspectos bastante específicos neste tipo de contrato, mas sem descaracterizar a natureza locatícia. Para o autor, o que distingue o empreendedor de shopping center dos empreendedores imobiliários comuns é o *tenant mix*, ou seja, a organização da distribuição da oferta de produtos e serviços centralizados em seu complexo. “A ideia básica do negócio é pôr à disposição dos consumidores, em um mesmo local, de cômodo acesso e seguro, a mais ampla gama de produtos e serviços”. (COELHO, 2011, p 89-90).

Entende-se, conforme as peculiaridades presentes no contrato de shopping center, que a relação locatícia é a que se mostra mais relevante nesta espécie contratual. Entretanto, em que pese a tipificação desta espécie contratual no rol dos contratos locatícios, considerara-se, neste trabalho, que as particularidades existentes

neste tipo de contrato o modifica e o torna incompatível com as regras locatícias, por isso, adota-se a tese do contrato misto.

Agora se dará o estudo daquilo que será nosso foco desta pesquisa, qual seja, a cláusula de raio ou de não concorrência.

1.3 DA CLÁUSULA DE RAIOS

Segundo Cristofaro (2006), a origem da cláusula de raio precede a indústria de shopping center. Essas cláusulas teriam surgido nos Estados Unidos na década de 1930, quando proprietários de imóveis passaram a admitir o pagamento do aluguel em cima de um percentual da receita bruta dos locatários. Assim, as cláusulas de raio foram criadas e incluídas nestes contratos de locação como um mecanismo de defesa dos proprietários para proteger a integridade do aluguel percentual ante a possibilidade de desvio do faturamento pelo locatário para outro estabelecimento similar. Desta forma, tem-se que a cláusula de raio foi criada para proteger o locador de possível má-fé dos locatários.

Cristofaro (2006) conceitua cláusula de raio como:

[...] aquelas pelas quais o locatário de um espaço comercial se obriga, perante o locador, a não exercer atividade similar à praticada no imóvel objeto de locação em outro estabelecimento comercial situado a uma determinado raio de distância daquele imóvel. (CRISTOFARO, 2006, p. 49)

Neste mesmo sentido também conceitua Cerveira (2011), afirmando que a cláusula de raio é uma:

[...] cláusula contratual pela qual o locatário (lojista) obriga-se a não constituir outra atividade idêntica ou congênera à sua (com extensão não só ao locatário como também aos seus sócios, empresas do grupo e até franquia) enquanto vigorar o pacto, cuja abrangência é fixada em extensão que varia de 1.000 metros a 3.000 metros (tendo-se notícia de até 5.000 metros). (CERVEIRA, 2011, p. 92)

Conforme já apontado, a organização e o planejamento do *tenant mix* do empreendimento de shopping center através de pesquisas mercadológicas e do uso de alta tecnologia de marketing, são características essenciais para a formação do contrato de shopping center. Assim, tem-se que da organização do empreendimento,

são tangidos aspectos como a proibição de competição autofágica, a centralização do público-alvo dentro do estabelecimento, a manutenção de um ambiente saudável de concorrência interna, bem como diversos outros fatores. Neste ponto, vê-se que é inerente a este negócio o fato de que o lojista abra mão de parcela de sua liberdade de gestão à frente de seu negócio, a fim que o administrador do shopping center possa compor da melhor maneira o mix, maximizando os lucros do empreendimento, trazendo benefícios para todos. Deste modo, é extremamente comum nos contratos de shopping center, a inserção da cláusula que limita a concorrência, proibindo a abertura de filiais nas redondezas do empreendimento. Essa é a cláusula de raio. (NETO, 2007)

Desta forma, também descreve Mamede (2000, p. 109) afirmando ser “comum preverem os contratos de shopping center uma proibição de que o lojista constitua ou mantenha filial de sua empresa, ou outra empresa congênera ou similar, nas redondezas do shopping”. E assegura que “alguns contratos chegam a estender essa proibição aos sócios e diretores da empresa locatária”. (MAMEDE, 2000, p. 109)

Como visto, os lojistas de um empreendimento como o shopping center contribuem para a promoção do shopping, são atores do sucesso do empreendimento, pois todos se beneficiam deste sucesso, por isso a importância da proteção contra as tentativas que visam prejudicar o sucesso do empreendimento. Assim, explica Dezotini (2017) sobre o funcionamento da cláusula de raio em contrato de franquia:

A “cláusula de raio” [...] tem o intuito de delimitar um território no qual tanto um franqueado como um ex-franqueado estão proibidos de montarem um novo negócio que siga o mesmo ramo de atuação do franqueador. Mas, tal disposição, no propósito de obstar que alguém monte um negócio concorrente, também acaba causando problemas, posto que impossibilita ao franqueado, ou ex-franqueado, expandir seus negócios na região que sempre atuou. (DEZOTINI, 2012)

O entendimento acima também se aplica aos contratos de shopping center. Trocando-se os autores franqueador e franqueado por shopping center e lojistas, tem-se a correta definição da cláusula que limita a concorrência nos contratos de shopping center, ou seja, o shopping center tem o interesse em proteger o seu empreendimento da concorrência de seus próprios lojistas, na tentativa de proteger o seu mix.

Diante disso, entende-se que cláusula de raio é uma cláusula de exclusividade comercial que proíbe o lojista de um shopping center de abrir filiais ou exercer atividades similares em regiões geograficamente próximas ao shopping.

Dentre as cláusulas e peculiaridades presente no contrato de shopping center, a cláusula de raio é a que mais gera conflitos, pelo fato de ter potencial de violar princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Neste sentido, acredita Neto (2007, p. 246) que “como direito fundamental, a livre iniciativa é irrenunciável, de modo que não é possível que um instrumento particular possa retirar de qualquer pessoa o direito de, querendo, constituir filial de estabelecimento empresarial”. Isso só reforça o que se entendeu até aqui sobre o problema proposto, ou seja, as razões deste conflito é o que move esta pesquisa no intuito de investigar na jurisprudência quais fundamentos jurídicos utilizados pelos tribunais para decidir sobre a abusividade da cláusula de raio aplicada nos contratos de shopping center. Para tanto, utilizar-se-á da análise dos julgados do STJ e do CADE, limitada pelas decisões colegiadas proferidas entre os anos de 2016 e 2017. Parte-se agora para análise das decisões dos tribunais.

**CAPÍTULO II - DA ANÁLISE DAS DECISÕES DO STJ ENTRE OS ANOS DE 2016
E 2017**

Neste capítulo, analisaremos as decisões do STJ relacionadas com o tema do trabalho. Recortamos a pesquisa dentre as decisões colegiadas proferidas entre os anos de 2016 a 2017.

2.1 DO STJ E DOS PARÂMETROS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

O STJ é fruto de amplos debates políticos e de gestão da justiça que permearam o século XX no Brasil. Criado pela Constituição Federal de 1988 e instalado no ano seguinte, suas decisões influenciam em todos os aspectos da vida cotidiana das pessoas. Por isso, é conhecido como “Tribunal da Cidadania”.

Sua história tem antecedentes na justiça federal, com o Tribunal Federal de Recursos (TFR). O “Tê-fê-rê”, como era conhecido, teve as atribuições sucedidas pelos tribunais regionais federais, com a Constituição de 1988, mas seus ministros, servidores e estrutura serviram de base para o então recém-criado STJ.

Ao longo dos anos, o STJ passou por transformações, acompanhando a sociedade brasileira e tornou-se referência internacional em processos eletrônicos, gestão socioambiental e transparência.

O STJ é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. É de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada. O STJ é composto por 33 ministros, os quais são escolhidos e nomeados pelo Presidente da República a partir de lista tríplice formulada pelo próprio tribunal. O indicado passa ainda por sabatina do Senado Federal antes da nomeação.¹

A pesquisa foi efetuada no site oficial do STJ na aba destinada à consulta jurisprudencial. Foi utilizado como critério de busca a palavra-chave “cláusula de raio” e limitou-se a pesquisa entre as decisões colegiadas proferidas entre os anos de 2016 e 2017. Dentro dos limites da pesquisa foi encontrado o Recurso Especial Nº

1

Disponível

em:<

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5es >, Acesso em 22 dez.2018

1.535.727 - RS (2015/0130632-3) com acórdão proferido pela 4ª Turma do STJ em 10 de maio de 2016.

A seguir, o debate será aprofundado no que diz respeito à abusividade da aplicação da cláusula de raio exemplificando com casos específicos que ocorreram abusividade.

2.2 DO CASO SINDICATO DOS LOJISTAS DO COMÉRCIO DE PORTO ALEGRE X SHOPPING IGUATEMI DE PORTO ALEGRE

2.2.1 APONTAMENTOS INICIAIS AO CASO A SER ANALISADO

O caso em comento traz a discussão de questão contratual, notadamente, a discussão da abusividade de aplicação da cláusula de raio nos contratos de locação de lojas do Shopping Iguatemi da cidade de Porto Alegre. A discussão passa pela disputa entre dois princípios fundamentais, quais sejam, o da livre concorrência, como já citado, e o da liberdade de contratar, ou seja, o princípio da autonomia da vontade. Subsidiárias a estas, existem outras questões jurídicas que ganham forma quanto ao exame do mérito da lide, dentre as quais destacamos a possibilidade da cláusula de raio impactar no direito dos consumidores. Na análise deste caso, veremos quais os argumentos jurídicos usados pelo STJ, para determinar qual princípio deve prevalecer.

O presente trabalho analisará o Recurso Especial Nº 1.535.727 – RS (2015/0130632-3) interposto por “Maiojama Participações Ltda, Lasul Empresa de Shopping Centers Ltda, LRR Participações Ltda e Ancar IC S.A”, administradoras do Shopping Iguatemi de Porto Alegre, atacando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que declarou a inexistência de cláusula contratual, afastando a aplicabilidade de cláusula de raio imposta aos lojistas do Shopping Iguatemi da cidade de Porto Alegre, em favor da demanda recursal proposta pelo Sindicato dos Lojistas do comércio de Porto Alegre – SINDILOJAS/POA. O Recurso Especial foi julgado em 10 de maio de 2016 pela 4ª Turma do STJ e teve como relator o Senhor Ministro Marco Buzzi. A breve síntese dos fatos trazidos pelo relator é bastante elucidativas, por isso serão transcritos a seguir:

Cuida-se de recursos especiais interpostos por MAIOJAMA PARTICIPAÇÕES LTDA, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, e ANCAR EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS S/A E OUTROS, com amparo no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, ambos em desafio a acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos tratar-se de ação declaratória de inexigibilidade de cláusula contratual ajuizada por SINDICATO DOS LOJISTAS DO COMÉRCIO DE PORTO ALEGRE - SINDILOJAS/POA em face de ADMINISTRADORA GAÚCHA DE SHOPPING CENTERS LTDA., ANCAR EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS S/A, LASUL EMPRESA DE SHOPPING CENTERS LTDA., MAIOJAMA PARTICIPAÇÕES LTDA. e NACIONAL IGUATEMI PARTICIPAÇÕES LTDA atualmente denominada LRR PARTICIPAÇÕES LTDA., objetivando, em síntese, a declaração de nulidade da cláusula 7.26 das Normas Complementares do Shopping Center Iguatemi Porto Alegre (cláusula de raio), em razão da sua abusividade, bem como, subsidiariamente, a limitação da abrangência do referido regramento ao período de cinco anos contatos da efetiva instauração do locatário no shopping .

A referida cláusula prevê o seguinte:

7.26. O LOCATÁRIO, ressalvado estabelecimento já existente na data de assinatura deste contrato, não poderá ter outro (sede, filial, etc), dedicado ao mesmo ramo de atividade a ser por ele exercida no ESPAÇO COMERCIAL objeto do contrato de locação e outras avenças, localizado dentro de um raio de 3.000,00m (três mil metros) contados do centro do terreno do SHOPPING CENTER, salvo autorização prévia por escrito do LOCADOR.

[...] (STJ, 2016, p. 4-5).

Em questões processuais argumentaram as recorrentes em favor da ilegitimidade da composição do polo ativo pelo sindicato, o que foi preliminarmente negado pelo relator sobre o fundamento que a legitimidade do sindicato está assegurada em sede constitucional, como se vê no artigo 8º, inciso III da CF/88. Argumentaram também, os recorrentes, pelo reconhecimento do julgamento *extra petita* em virtude de o TRF ter considerado como razão de decidir argumentado na mudança unilateral da abrangência territorial da cláusula de raio ocorrida em 2002. O pedido também foi negado pela corte, sob o argumento de que não está adstrito à "causa petendi" remota (fundamento jurídico), mas sim à causa de pedir próxima ou imediata, ou seja, à todo arcabouço fático-probatório que permeia a demanda.

Vê-se que os principais argumentos trazidos pelo SINDILOJAS/POA são os de que a cláusula de raio limita a livre concorrência; é uma cláusula que, na forma como está posta, se caracteriza por ser *ad eternum*, ou seja, sem limite temporal, conjugando com isso, o fato de faltar uma racionalidade que permita tal

atemporalidade; alegam também que a referida cláusula traz prejuízos aos consumidores dos shopping centers e do comércio circunvizinho. Por fim, argumentam que cláusula em questão foi unilateralmente alterada pelo Shopping Iguatemi de forma abusiva. Do outro lado, os recorrentes afirmam que a cláusula é um recurso legal e de costumeira aplicação por shoppings centers, defendem a liberdade contratual e apoiam a manutenção da cláusula de raio sob o fundamento da proteção do *tenant mix* para assegurar o retorno do investimento financeiro e para coibir possível comportamento oportunista do lojista, uma vez que os custos para estabelecer uma loja fora do shopping é mais barato, o que poderia fazer com que os lojistas redirecionassem o faturamento para essas lojas.

O problema jurídico da demanda versa sobre a aplicação de cláusula de raio nos contratos de locação de lojas do Shopping Iguatemi contida nas Normas Complementares deste estabelecimento.

O STJ decidiu que na hipótese, a cláusula de raio inserta em contratos de locação de espaço em shopping center ou normas gerais do empreendimento não é abusiva, pois o shopping center constitui uma estrutura comercial híbrida e peculiar e as diversas cláusulas extravagantes insertas nos ajustes locatícios servem para justificar e garantir o fim econômico do empreendimento. A decisão foi incluída no Informativo de Jurisprudência nº 0585 do STJ.

Análise dos argumentos jurídicos utilizado pelo STJ nesta decisão seguirá a ótica da lógica jurídica, com o intuito de verificar se a os argumentos correspondem com o que consagra o ordenamento pátrio, guiando-se pelo estudo da Constituição Federal, das leis, dos princípios gerais envolvidos e das lições da doutrina. Entende-se, deste modo, que a análise fornecerá as ferramentas que permitirá determinar os fundamentos jurídicos relevantes utilizados pelo STJ para decidir sobre abusividade da cláusula de raio nos contratos do Shopping Iguatemi.

Cumprido informar que o voto do relator foi seguido por todos os membros da turma, em todos os seus termos de forma unânime, de modo que quando falamos nos argumentos do relator estamos falando dos argumentos da corte.

Antes de analisar os argumentos levantados pelo STJ, entende-se relevante, trazer de maneira expositiva, uma síntese dos argumentos levantados pelo Tribunal *a quo* para decidir pela abusividade da cláusula de raio dos contratos do Shopping Iguatemi, pois se acredita que será de fundamental importância conhecê-los, uma vez que caberá ao STJ refutá-los. Além disso, entende-se por bem tecer síntese das

informações relevantes trazidas pela perícia realizada no curso do processo. Deste modo, lista-se em cinco os fundamentos jurídicos adotados na decisão do Tribunal a quo, os quais serão refutados na decisão do STJ, quais sejam:

1) alteração unilateral do raio para 3 km, violando o princípio da boa-fé objetiva; 2) violação da livre concorrência com os outros shoppings; 3) violação da livre iniciativa com a criação de obstáculo aos pequenos e médios empreendedores interessados em locar espaço nos outros shoppings; 4) prejuízos ao consumidor, que serão induzidos e estimulados a frequentarem o Iguatemi, pois vários estabelecimentos comerciais consagrados e de renome somente estarão em funcionamento lá; 5) cláusula de raio estabelecida “ad eternum”, violando regra/princípio/postulado da proporcionalidade e razoabilidade. (STJ, 2016, p. 19)

A síntese da perícia seguirá aquela que consta na decisão do STJ reproduzindo parte do acórdão do Tribunal de origem. Nela o Sr. Perito esclareceu que a cláusula de raio do Shopping Iguatemi vigora desde a sua inauguração no ano de 1983, sendo que, inicialmente, a abrangência da referida cláusula era de 02 km (dois quilômetros), porém, em 19.12.2002, houve alteração desse limite, passando para 03 km (três quilômetros). Esclarece o Perito que tudo indica - pelo menos à luz dos elementos constados nos autos - essa alteração com ampliação expressiva da cláusula de raio foi realizada de forma unilateral pelas requeridas/agravadas, ou seja, sem questionar se os lojistas-locatários estavam de acordo com tal modificação contratual que, certamente, é uma das principais disposições que regem e influenciam os contratos de cessão/locação de espaço em shopping center. Ainda, de acordo com os dados da ABRASCE, dentro da cláusula de raio do Iguatemi estão localizados quatro shoppings centers e outra banda, somente o Shopping Iguatemi possui Área Bruta Locável (ABL) - que corresponde ao somatório de todas as áreas disponíveis para a locação nos shopping center-, equivalente a 39.306M, ou seja, em torno de 32% do mercado de locação em shopping center, no raio de 03 km, pertence ao Iguatemi. Constata-se que o Iguatemi exerce posição relevante nesse raio de 03 km apontado pela prova pericial. Questionado acerca de quantos shoppings estão dentro e quantos estão fora da cláusula de raio, o Sr. Perito respondeu do seguinte modo: “04 shoppings estão dentro da cláusula de raio e 11 shoppings estão fora da cláusula de raio” (fl. 1019). Significa dizer que, em percentual, 26,666% de total dos shoppings

de Porto Alegre estão dentro da limitação imposta pelo Iguatemi, o que, se trata de um número expressivo e que deve ser considerado. (STJ, 2016, p. 19-21).

Tecidas breves considerações sobre a lide, trataremos agora da análise dos argumentos jurídicos levantados pela STJ para sustentar sua decisão.

2.2.2 DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA DECISÃO

Como base argumentativa, fundamental para o deslinde da questão, por isso, tem-se aqui comentadas, o relator lista algumas assertivas sobre o contrato de shopping que considera balizadoras da sua decisão. Neste sentido, de modo geral, considerou a cláusula de raio uma cláusula legal e compatível com as peculiaridades dos shopping centers, isto é, a cláusula se mostra apropriada para esse tipo de empreendimento comercial. Pelo poder explicativo de suas palavras, as quais furta-se comentar, seu entendimento será a seguir transcrito:

De início, é importante consignar que a origem dessas cláusulas precede a existência dos centros comerciais conhecidos como shopping centers. As primeiras manifestações dessas disposições 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, visando não só atrair lojas de departamento para áreas menos valorizadas das cidades, como também para facilitar a celebração do contrato de locação em razão da redução das despesas fixas do comerciante.

Entretanto, a despeito do caráter positivo da medida, não era ilegal, tampouco raro que o comerciante, após a instalação da loja e a confirmação do significativo êxito de seu nome comercial/marca, procedesse à abertura de outros pontos comerciais similares nos arredores e concentrasse seu faturamento nesses onde o aluguel não estaria vinculado à uma receita sobre o faturamento, diminuindo, assim, o valor pago a título de alugueres ao proprietário.

Na década de 1950, os primeiros shopping centers surgiram e logo as "cláusulas de raio" foram incorporadas a seus contratos de locação. Desvincularam-se dos objetivos princípios lógicos e passaram a ser usadas para garantir a rentabilidade mercadológica dos empreendimentos, sendo consideradas, portanto, como 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.

Em que pese a existência de um shopping center não seja considerado elemento essencial para a sua aplicação, é inquestionável que essas se mostram especialmente apropriadas no contexto de tais centros comerciais, notadamente em razão da

preservação dos interesses comuns à generalidade dos locatários e empreendedores dos shoppings. (STJ, 2016, p.16 - 17)

Entende-se, portanto, que a estipulação em si da cláusula de raio em contratos de centros comerciais, notadamente, os que aplicam uma metodologia de organização similar aos aplicados pelos shoppings centers, não constituem uma ilegalidade, sob o fundamento da liberdade contratual. Entretanto, defende-se que a estipulação desta cláusula seja precedida de uma racionalidade e razoabilidade que permita conformar os seus limites às necessidades reais da manutenção de práticas comerciais saudáveis e da preservação da boa-fé contratual.

A segunda assertiva listada pelo relator é a de que o shopping center tem algumas peculiaridades que vão muito além da aplicação de recursos financeiros para sua construção física, uma vez que utilizam de uma determinada técnica de administração empresarial (organização estrutural, econômica, administrativa), calcada em estudos do mercado, consistente na seleção e distribuição no interior do shopping, de lojas e atrações com tais ou quais características, ofertando esses ou aqueles produtos, divulgando umas ou outras marcas, procurando ao fim e ao cabo atender diversos públicos, sempre visando o sucesso do empreendimento e a formação de uma cultura local de utilização dos serviços do centro comercial de entretenimento. Neste sentido, também concordamos com relator pelos argumentos já levantados no primeiro capítulo, os quais destacamos, que são esses os elementos listados acima que distinguem o shopping center do comércio de rua ou de outros centros comerciais que não gozam de uma forma de administração planejada.

Parte-se, deste ponto, para a discussão dos argumentos do mérito da questão. Neste sentido, percebe-se que o STJ afastou a questão da cláusula de raio trazer prejuízo aos consumidores, uma vez que o simples fato de não encontrar em todos os shopping centers que frequenta determinadas lojas, não implica em efetivo prejuízo aos consumidores, pois a instalação dos lojistas em tais empreendimentos depende, categoricamente, de inúmeros fatores. Alega também, para afastar o prejuízo aos consumidores, que os eventuais lesados seriam lojistas que entabulam contratos de locação de espaço em shopping center, vínculo que não guarda relação com os preceitos consumeristas, pois é sabido que por fazerem parte de microssistemas distintos do âmbito normativo do direito privado, as relações jurídicas locatícias não possuem os traços característicos da relação de consumo. Afirma ainda que não vislumbra a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ao caso

concreto refutando o argumento, acolhido pelo Tribunal *a quo*, de que os contratos entabulados pelo Shopping Iguatemi teriam sido elaborados com adesão obrigatória a cláusulas pré-concebidas com inclusão de cláusulas abusivas. Neste ponto, entendeu o STJ, que a argumentação da hipossuficiência genérica, ampla e irrestrita não serve de lastro para a incidência do código consumerista, uma vez que é imprescindível a verificação e comprovação concreta da hipossuficiência, isto é, lojista por lojista.

Percebe-se que o STJ entende que não há lesão ao consumidor pelo fato de não encontrar em todos os shoppings centers determinadas lojas. Entretanto, entende-se que o STJ não enfrenta a questão corretamente, é fato que o comércio não tem o dever de manter determinadas lojas em seus estabelecimentos e que a falta de quaisquer lojas em determinado shopping center é um fator normal na dinâmica comercial. É notório que o STJ deixou de considerar que a escassez da oferta de lojas em determinadas áreas pode ter relação com a restrição comercial imposta pelo shopping center quando estipula uma cláusula de raio em seus contratos. Portanto, se a escassez é decorrente de uma imposição, de um agente econômico em desfavor dos demais, notadamente quando exerce função dominante no mercado, existe sim danos aos interesses do consumidor, uma vez que limita a livre concorrência e impede que a disputa traga benefícios para o consumidor como a redução dos preços. Existe lastro legal que possibilita essa interpretação, conforme aponta o artigo Art. 4º, inciso VI do CDC, quando estabelece os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo (PNRC), especialmente no inciso em comento, por estabelecer como objetivo a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal. Com isso, conclui-se, em desacordo com o voto da corte, que o Shopping Iguatemi ao estabelecer a cláusula de raio de forma abusiva pratica atividade que traz prejuízos aos consumidores.

Quando o STJ afirma que as disposições legais de um contrato de locação não são passíveis de serem analisadas pelos fundamentos do código consumerista, afastando a lide do CDC, compreende-se essa posição, uma vez que para a configuração da relação de consumo deve-se estar presentes os requisitos legais que confirmam a caracterização desta relação, a exemplo da utilização com destinatário final do produto ou serviço. Neste sentido, Filomeno (2000, p. 27) destaca que “a inclusão das pessoas jurídicas igualmente como consumidores são entendidas

aquelas que adquirem os produtos e serviços como destinatárias finais e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa”. Essas características na relação entre shopping center e lojistas não são vislumbradas aqui. Afastada também a caracterização da hipossuficiência, pela estipulação de contratos de adesão, uma vez que também entendemos se tratar de condição excepcional que deve ser analisada caso a caso. (FILOMENO, 2000, p. 27)

Quanto ao argumento de violação da livre iniciativa com a criação de obstáculo aos pequenos e médios empreendedores interessados em locar espaço nos outros shoppings, sustenta o STJ que considera inviável a imposição de limitações aos ajustes quando consideradas situações hipotéticas e genéricas envolvendo lojistas (de forma ampla), com caracterização em abstrato da abusividade, face ao alegado abuso de posição dominante tendente a prejudicar a concorrência local, sendo imprescindível para caracterização da alegada abusividade a consideração de um específico e pontual caso concreto, o que não ocorre no presente caso. Sustenta ainda a inexistência de prejuízo aos pequenos e médios empreendedores pelo fato de inexistir informação de que os supostos lesados comerciantes tenham ajuizado demanda judicial visando obter a extirpação/modificação do referido ajuste de seus contratos, na hipótese de terem solicitado ao locador a autorização para o estabelecimento em outro ponto comercial, nos termos da parte final da cláusula 7.26 das Normas Gerais do empreendimento e terem obtido resposta negativa à solicitação. Além disso, o STJ considera que as cláusulas de raio não podem ser reputadas abusivas sem uma análise, caso a caso, da racionalidade subjacente à imposição da restrição e dos limites que devem ser observados, sob pena de violar os princípios da liberdade de contratação e da livre concorrência.

Na hipótese, entende-se que a caracterização da violação aos pequenos e médios empreendedores (e somente a estes) e não aos empreendedores de uma forma geral, exige uma análise do nexo de causalidade em específico, uma vez que, como sustenta o Tribunal de origem, a violação à livre concorrência teria criado obstáculos aos pequenos e médios empreendedores sem que se tenha investigado o nexo de causalidade no caso concreto. Sem esta investigação não seria possível estipular o dano causado a estes empreendedores. Portanto, como não se pode concluir pelo efetivo prejuízo aos médios e pequenos empreendedores sobre uma análise genérica da questão, conseqüentemente não seria possível opinar pela abusividade da cláusula de raio neste quesito. Ressalta-se apenas que estes

empreendedores por possuírem um poder de barganha menor, comparado aos outros empreendedores, auferem restrições maiores com a violação da livre concorrência. Quanto ao argumento da falta da análise, caso a caso, de uma racionalidade subjacente à imposição da restrição e dos limites impostos pela cláusula de raio, deduz-se que não é necessária a análise casuística, pois a racionalidade poderá ser observada de forma genérica, no caso em questão, uma vez que restou demonstrado na demanda que a cláusula de raio é um dispositivo padrão nos contratos do Shopping Iguatemi não ficando demonstrado nenhuma lógica ou argumentação racional e razoável para estipulação da cláusula, tal como ela foi imposta.

Quanto a aventada modificação unilateral das normas gerais complementares do empreendimento aumentado a extensão da incidência territorial da cláusula de raio de 2.000 (dois mil) para 3.000 (três mil) metros de raio, o STJ assegurou que, por não ter sido imposta unilateralmente para os contratos de locação em curso quando da modificação estatutária, não se verifica qualquer ilegalidade, pois, nas relações locatícias não se verificam meros contratos de adesão, mas sim de livre estipulação/comutativo entre os contratantes, ou seja, de forma bilateral, sem a preponderância absoluta de um sobre outro, em que tanto o locador quanto o locatário estão livres para pactuarem as cláusulas que melhor assistam às suas necessidades. Como visto, o STJ sustenta a imposição da cláusula com apelo ao direito de propriedade. Ademais, também considerou as alegações da perícia como “incidiárias evidências” quando esta indicou que a ampliação expressiva da cláusula de raio de 02km para 03km fora realizada de forma unilateral e sem a notificação ou o questionamento dos lojistas-locatários.

Nota-se que o STJ partiu da premissa de que o contrato de shopping center tem natureza locatícia, em que existem partes iguais, não podendo vislumbrar que qualquer alteração comercial se tenha efetuado sem o consentimento das partes. Ademais, conforme afirmou o STJ não ficou demonstrado na análise da demanda, se existia ou não contratos pré-definidos, percebe-se que o tribunal de origem alegou esse argumento considerando apenas a posição dominante que exerce o Shopping Iguatemi, sem contudo verificar no caso concreto se é assim que se procede a locação neste estabelecimento comercial, neste sentido, entendemos não ser possível a caracterização da abusividade. Entretanto, entende-se que a posição dominante que exerce o Shopping Iguatemi, tem o potencial de fazer impor suas determinações contratuais, notadamente, àqueles que têm menor poder de barganha, mas essa

imposição somente poderá ser caracterizada através da verificação do caso concreto e não de forma genérica.

Como visto, o tribunal de origem sustentou, com respaldo nas alegações da perícia, a abusividade da cláusula de raio nos contratos do Shopping Iguatemi utilizando com um dos fundamentos o fato de que houve uma alteração da extensão da cláusula de 02km para 03km de forma unilateral, sem que houvesse o devido conhecimento aos atuais locatários, ferindo com isso a boa-fé. O STJ refutou essas alegações primeiro por considerar as conclusões da perícia incidiárias, portanto, inconclusivas não se podendo utilizá-las como elemento probatório neste ponto, e segundo por acreditar que o dono do imóvel objeto de locação, como é o caso do dano do shopping center, tem o direito de impor limitações aos seus usuários, tendo em vista os direitos de propriedade que possui, com a ressalva de que sejam respeitados os contratos de locação em curso quando da modificação estatutária. Em consulta aos autos, também foi verificado, que o Sr. Perito ao responder os quesitos levantados, não é enfático e objetivo quando alega que a cláusula de raio teria sido altera de forma unilateral, conforme demonstrado do recorte feito:

Ao que tudo indica - pelo menos à luz dos elementos constantes dos autos -, essa alteração com ampliação expressiva da "cláusula de raio" foi realizada de forma unilateral pelas requeridas/agravadas, ou seja, sem questionar se os lojistas-locatários estavam de acordo com tal modificação contratual que, certamente, é uma das principais disposições que regem e influenciam os contratos de cessão/locação de espaço em shopping center. Além de não haver questionamento prévio dos lojistas-locatários, sequer se percebe ter ocorrido comunicação formal a eles acerca da alteração da abrangência da "cláusula de raio", a qual, depois de 19.02.2002, passou a ser na circunferência de 03km. (Grifos nossos) (STJ, 2016, p. 26)

Deste modo, entende-se também incidiárias as conclusões da perícia, por falta de objetividade. Entretanto, sustenta o STJ que o proprietário dos shoppings tem o direito de aplicar restrições aos seus locatários, com fundamento no direito de propriedade, visto que, entende-se, neste trabalho, que o contrato de shopping center é mais que um contrato de locação, uma vez que foi adotada a tese do contrato misto. Além do mais, a imposição de restrições comerciais, amparadas apenas do direito de propriedade, ainda que preservados os contratos já existentes, não condiz com os preceitos da boa-fé contratual, ou seja, com a conduta que visa o respeito aos interesses legítimos, as expectativas razoáveis e aos direitos de terceiros, do agir com

lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva. Assim também pensa Soares (2001) quando afirma que:

Boa-fé objetiva é um 'standard' um parâmetro genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', pensando no outro, no parceiro atual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, gerando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização de interesses das partes. (SOARES, 2001, p. 219 - 220)

Quanto ao argumento adotado pelo Tribunal de origem de que o Shopping Iguatemi teria violado a livre concorrência com os outros shoppings, o STJ contradiz os argumentos do Tribunal *a quo* afirmando que o Shopping Iguatemi não exerce posição dominante, uma vez que a parcela de mercado adquirida por este agente econômico se deu pela conquista de mercado resultante de processo natural, fundado na maior eficiência deste em relação a seus competidores, fato este que não é considerado infração à ordem econômica segundo o art. 36, § 2º da Lei 12.529/11. Alega também que, neste sentido, que inexistente informação de que o CADE, que seria o órgão mais adequado para conhecer do abuso à ordem econômica, tenha atuado para condenar Shopping Iguatemi ou qualquer outro estabelecido na região que utilize a referida disposição, por infração à ordem econômica, impondo a anulação/abstenção de cláusula de exclusividade.

Percebeu-se que o STJ utilizou por reiteradas vezes o argumento de inexistência de provas concretas de violação de direitos neste presente processo, como visto, por várias vezes alegou que o conhecimento de violações necessitaria de uma análise mais aprofundada do caso concreto. Parece, então, ter perdido essa linha de argumentação, quando alega que o Shopping Iguatemi não exerce posição dominante por exclusão a aplicação da norma se utilizando de uma exceção presente no art. 36, § 1º da Lei 12.529/11², sem contudo, fundamentar a sua decisão em

² Art. 36. 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; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

análises concretas que demonstrem esse processual natural de ganho de mercado, uma vez que, conforme demonstra a perícia, o Shopping Iguatemi possui cerca de 32% de parcela de mercado., teria ocorrido de forma natural em virtude de maior eficiência deste agente econômico.

Neste ponto, nota-se que o art. 36, § 2º da Lei 12.529/11 afirma ser presumida a posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante; o Shopping Iguatemi possui mais que 20% deste mercado. Entende-se, portanto, que ao estabelecer restrição a concorrência, com a imposição da cláusula de raio, em parcela significativa do mercado, o Shopping Iguatemi exerce atividade que inibe a livre concorrência, fato caracterizador de conduta que constitui infração à ordem econômica, conforme prescreve o art. 36, inciso I da Lei. 12529/11.

O relator foi silente no seu voto quanto ao argumento da acusação (acolhido pelo Tribunal de origem) de que a cláusula de raio presente nos contratos do Shopping Iguatemi vigoram por tempo indeterminado (cláusula “*ad eternum*”), ou seja, não existe nenhuma previsão quando ao limite temporal da sua incidência, violando a regra/princípio/postulado da proporcionalidade e razoabilidade. Dentro da pesquisa efetuado não encontramos notícia de que a decisão tenha sido agravada ou embargada para se pleitear essa discussão.

Contudo, salienta-se que a estipulação dos limites da cláusula de raio sem que se tenha adotada a devida racionalidade no intuito de se conferir benefícios saudáveis a ambas as partes, sob a ótica a boa-fé contratual, tem o condão de torna-la abusiva. Na hipótese, percebe-se irrazoável que a cláusula de raio imponha restrições aos lojista de forma indeterminada, visto que não constitui elemento essencial do contrato de shopping center.

Por fim, entende-se que o fundamento principal utilizado pelo STJ para determinar a não abusividade da cláusula de raio no caso em questão foi baseada na

§ 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 do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

primazia do princípio da autonomia privado sobre os princípios protetivo da ordem econômica e das relações de consumo.

Analisada a decisão do STJ, parte-se agora para análise das decisões do CADE sobre a matéria.

**CAPÍTULO III - DA ANÁLISE DAS DECISÕES DO CADE ENTRE OS ANOS DE
2016 E 2017**

Este capítulo trata da análise das decisões colegiadas do CADE proferidas entre os anos de 2016 e 2017. Anota-se também breves comentários sobre a estrutura do CADE, notadamente, do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão decisório responsável impor sanções aos infratores da Lei 12.529/11, também comentada neste capítulo.

3.1 BREVES COMENTÁRIOS À LEI 12.529/11

A instituição da Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011, foi elaborada para assegurar os ditames da Constituição Federal de 1988, notadamente o princípio da livre concorrência encampado no art. 170, inciso IV da Carta Magna. No intuito de assegurar esse princípio foi criado o Conselho Administrativo e Defesa Econômica - CADE.

A lei 12.529/11 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O SBDC é composto pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SAEMF).

Dentre as principais elementos normativos trazidos por esta lei, destacamos a instituição do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica com atribuições de julgar os processos administrativos instaurados para aplicação de sanções àqueles que praticarem atividades contrárias à ordem econômica.

Outra aspecto importante que a lei traz é a tipificação da infração à ordem econômica, estabelecendo as condutas que visam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

3.2 O PAPEL DO CADE

O CADE é hoje uma autarquia em regime especial com jurisdição em todo o território nacional. Foi criado pela Lei nº 4.137/62, como um órgão do Ministério da

Justiça. Naquela época, competia ao CADE a fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas. Apenas em junho de 1994, o órgão foi transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, pela Lei nº 8.884/1994.

Essa Lei definia as atribuições da Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça (MJ), da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE), do Ministério da Fazenda (MF), além do CADE. Esses três órgãos formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e eram encarregados da política de defesa da livre concorrência no Brasil. Nessa estrutura, o CADE era responsável por julgar os processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e apreciar os atos de concentração (fusão, aquisição, etc.) submetidos à sua aprovação. Os processos eram instruídos pela SDE e pela Seae, que emitiam pareceres técnicos não vinculativos e julgados posteriormente pelo CADE.

Em maio de 2012, com a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529/2011, o SBDC foi reestruturado e a política de defesa da concorrência no Brasil teve significativas mudanças. Pela nova legislação, o CADE passou a ser responsável por instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração, competências que eram antes da SDE e da Seae.

O CADE também ganhou uma nova estrutura, sendo constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE). A SDE foi extinta e a SEAE deixou de atuar na instrução processual e passou a ter a função de promover a advocacia da concorrência perante órgãos do governo e a sociedade.

À Superintendência-Geral cabe desempenhar no novo sistema grande parte das funções que eram realizadas pela SDE e pela SEAE, como a investigação e a instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico e a análise dos atos de concentração. Ao Departamento de Estudos Econômicos, por sua vez, cabe a tarefa de aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do CADE no mercado.³

³ Disponível em: < <http://www.CADE.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/historico-do-CADE> > Acesso em 22 jan. 2018

3.3 DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E DOS PARÂMETROS DA PESQUISA JURISPRUDÊNCIAL

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE) é composto por um presidente e seis conselheiros, todos com mandatos de quatro anos, vedada a recondução. Entre as principais atribuições do Tribunal, destacam-se:

- Zelar pela observância da Lei nº 12.529, de 2011, de seu regulamento e do Regimento Interno;
- Decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;
- Decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;
- Ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;
- Aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;
- Apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo conselheiro-relator ou pela Superintendência-Geral;
- Requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da Lei nº 12.529, de 2011;
- Apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma da Lei nº 12.529, de 2011, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;
- Exercer outras atribuições previstas na Lei nº 12.529, de 2011 e no Regimento Interno.⁴

A pesquisa da jurisprudência, foi efetuada no site oficial do CADE⁵, administrado pelo Governo Federal, na aba destinada a consulta jurisprudencial. Foi utilizado como critério de busca, a palavra-chave “cláusula de raio” e limitada a pesquisa entre as decisões colegiadas proferidas entre os anos de 2016 e 2017. Dentro dos limites da pesquisa encontramos o Processo Administrativo de nº 08012.012740/2007-46 de relatoria do Conselheiro Márcio de Oliveira Junior, com decisão proferida em 31 de agosto de 2016.

⁴ Disponível em: < http://www.CADE.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/Tribunal_administrativo > Acesso em 22 de jan. de 2018.

⁵ Disponível em: < http://www.CADE.gov.br/@_@search?Subject%3Alist=s%C3%BAmulas > Acesso em 22 de jan. de 2018.

3.4 DO CASO PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL X SHOPPING IGUATEMI, SHOPPING RUA DA PRAIA, SHOPPING PRAIA DE BELAS, MOINHOS E SHOPPING BOURBON

3.4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS AO CASO A SER ANALISADO

A matéria de direito a ser analisada neste caso, diz respeito à proteção da ordem econômica, livre iniciativa e a livre concorrência, princípios constitucionais consagrados na Carta Magna de 1988. O tema a ser tratado neste caso se guiará pela discussão deste princípios, uma vez que, é papel impar do CADE a fiscalização das infrações à ordem econômica, bem como tem por função estabelecer as sanções aos agentes infratores desta ordem, através de seu Tribunal, conforme prescreve a Lei 12.529/11.

O caso analisado se trata de Processo Administrativo de apuração de conduta tendente ao fechamento do mercado de shoppings centers na cidade de Porto Alegre no Rio Grande do Sul, por suposto exercício abusivo de direito pelos shopping centers e seus administradores na adoção de cláusula de raio em contratos de locação de espaços comerciais, infração tipificada segundo relatoria do Conselheiro Márcio de Oliveira Junior, no art. 36, inciso I, e §3º, inciso III da Lei nº 12529/11. A representação foi encaminhada pela Procuradoria da República no Estado do Rio Grande do Sul como notícia que reportava a atuação do Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre para suspender o contrato de quatro locatários que abriram filiais no Shopping Bourbon Country, localizado em frente ao primeiro shopping, com base no entendimento de que as lojas estavam infringindo a cláusula contratual de exclusividade, que vedava a instalação de nova loja no raio de dois quilômetros contados do centro do Iguatemi. No polo passivo da demanda, estão presentes os shoppings centers e administradoras: Iguatemi/Administradora Gaúcha de Shopping Center S/C Ltda; Rua da Praia/Isdralit Indústria e Comércio Ltda; Praia de Belas/Condomínio Civil Shopping Center Praia de Belas; Moinhos Shopping/Naid Administradora Ltda e Shopping Bourbon/Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Em sede de Procedimento Administrativo, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) verificou que boa parte da extensão da cidade de Porto Alegre estava coberta pelas cláusulas de raio adotadas por vários shopping centers. A SDE encaminhou

questionamentos à Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE) e, diante das informações recebidas, em conjunto com as informações coletadas em sede de procedimento administrativo, instaurou o presente Processo Administrativo em 24 de julho de 2008 por entender que haviam fortes indícios de infração à ordem econômica, consubstanciados na adoção da cláusula de raio por tempo indeterminado por shoppings centers da cidade de Porto Alegre.

A Procuradoria da República no estado do Rio Grande do Sul defende que a cláusula de raio nos shopping centers da cidade de Porto Alegre fere os princípios da ordem econômica, uma vez que, impõe limitações desarrazoadas aos lojistas, embaraçando a livre concorrência local e prejudicando os consumidores. As representadas, por outro lado, sustentaram, em sua defesa, a ilegitimidade passiva, a ausência de poder de mercado e a racionalidade e imprescindibilidade da aludida cláusula de raio para a manutenção da parceria entre lojistas e shoppings, além disso afirmaram que a cláusula é um recurso legal e de costumeira aplicação por shoppings centers, defendendo a liberdade contratual e apoiando a manutenção da cláusula de raio sobre o fundamento da proteção do *tenant mix*, para assegurar o retorno do investimento financeiro, bem como para coibir possível comportamento oportunista do lojista.

O problema trazido a julgamento diz respeito à aplicação pelos shopping centers da cidade de Porto Alegre da cláusula de raio, com tendência ao fechamento do mercado da região.

O CADE decidiu por condenar as representadas Representados Administradora Gaúcha de Shopping Center Ltda., Isdralit Indústria e Comércio Ltda., Iguatemi Empresa de Shopping Center S/A, Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda., Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas, Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda., Companhia Zaffari Comércio e Indústria, Niad Administração Ltda. e BR-Capital Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários ao pagamento de multas e a retirada da cláusula de raio dos seus contratos, além de determinar que as demandadas certifiquem os lojistas da exclusão da referida cláusula. Decidiu, por outro lado, por acatar a ilegitimidade passiva dos seguintes representados: Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre, Condomínio Shopping Moinhos e Shopping Rua da Praia.

Serão tratados a seguir, os argumentos utilizados pelo CADE para decidir pela infração à ordem econômica e, conseqüentemente, decretar abusividade da cláusula

de raio do comércio de shopping centers da cidade de Porto Alegre. Para isso, será realizada a análise dos argumentos jurídicos sob a ótica da lógica jurídica, com o intuito de verificar se a os argumentos correspondem com o que consagra o ordenamento pátrio, sob os fundamentos da Constituição Federal, da legislação aplicada aos caso, dos princípios gerais envolvidos e das lições da doutrina. Essa análise dará as ferramentas para determinar os fundamentos jurídicos relevantes utilizados pelo Tribunal decidir pela abusividade da cláusula de raio.

Convém informar que o voto do relator foi acolhido a unanimidade no que se refere a argumentação do mérito da questão. Portanto, ao se referir no texto às considerações do relator, estas também serão as considerações do CADE.

Traçadas as breves noções introdutórias da demanda, passaremos para análise do mérito da questão.

3.4.2 DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA DECISÃO

Em sede de considerações iniciais o relator irá estabelecer, como ponto de partida de sua argumentação, algumas assertivas que julga importante para compreensão da demanda, por isso parte deste trabalho se compromete a analisá-las. Neste sentido, o relator discorre sobre a caracterização da conduta dos agentes, analisa a cláusula de raio e as peculiaridades do caso concreto. Assim, define que a conduta de imposição de cláusula de restrição por exclusividade, cláusula de raio, em contratos de locação de espaços para lojas em shopping centers da cidade de Porto Alegre, estabelece a proibição aos lojistas de ter qualquer outro estabelecimento/empresa congênere ou similar dedicado ao mesmo ramo de atividade a ser por ele exercido na loja comercial ou salões alugados no shopping ou qualquer outro estabelecimento com o mesmo nome, feitiço ou ramo iguais ou assemelhados, independentemente da duração dessa restrição contratual. Assinala, ainda, que cláusula de raio no setor de shoppings centers possui os aspectos territoriais, subjetivos e temporais a serem apreciados a título concorrencial.

Neste ponto, em relação ao aspecto territorial, considerou a relatoria que a extensão da proibição imposta recai sobre uma área determinada por um raio, cujo centro é o terreno do shopping center locador. Assim, o locatário é impedido de desenvolver negócio igual ou similar dentro de uma área circular na cidade de Porto

Alegre. As extensões dos raios são determinadas pelos locadores e foram registradas nos contratos de locação e nos documentos de Normas Gerais Complementares. Em contratos juntados aos autos, foram encontradas extensões de 2 quilômetros; 2,5 quilômetros; 3 quilômetros e 5 quilômetros. Já sobre os sujeitos, a quem a cláusula de raio impõe restrições, o relator afirma que há uma abrangência que acaba se estendendo para além do locatário que assina o contrato. Percebe-se nos contratos juntados aos autos, que as restrições da cláusula de raio recaem sobre o locatário, as empresas ou sociedades nas quais o locatário ou os controladores de seu capital e administração participem ou venham a participar, direta ou indiretamente, como quotistas ou acionistas ou que mantenham com o locatário qualquer vínculo comercial de interdependência, sobre empresas das quais o locatário participe, como quotista ou acionista na condição de majoritário ou controlador, diretamente ou por meio de sociedade *holding* e sobre pessoas naturais ou jurídicas coobrigadas por efeito de cláusulas específicas dos contratos de locação. Além disso, percebeu o relator que em caso de descumprimento, os contratos preveem ainda punições que recairão sobre a renda de todos os agentes, cessionários, concessionários representantes, sublocatários e franquiados do locatário do contrato que se instalaram dentro da área do raio, o que mostra seu caráter impositivo. Nota-se também que a exceção à aplicação da cláusula de raio está fixada para estabelecimentos já existentes na data da assinatura do contrato de locação. Contudo, essa exceção não esteve em todos os contratos analisados pela relatoria. Fato curioso é que há nos contratos a possibilidade de emissão de autorização expressa do locador para que o locatário possa constituir novo estabelecimento nos termos do que a cláusula de raio proíbe, embora se entende que a maioria dos lojistas não tem poder de barganha para conseguir tal autorização.

Quanto ao aspecto temporal de vigência da cláusula, no caso concreto, não há limitação temporal para a incidência das restrições. Essa constatação também esteve presente quando da análise do julgado do STJ que, na hipótese, o tribunal deixou de analisar a questão. Da decisão percebe-se que enquanto uns contratos são silentes, outros tornam explícita a condição de que a obrigação permanece enquanto durar a locação. Ou seja, as restrições acabam sendo perenes, uma vez que as obrigações são estabelecidas para vigorar por tempo indeterminado.

Ademais, observa-se também que os contratos seguem modelos pré-estabelecidos pelos locadores nos termos de um contrato de adesão a ser assinado

pelo lojista locatário. Assim, o acordo de locação tem base em contrato modelo oferecido pelo locador, no qual são impostas cláusulas de restrição e de exclusividade com a cominação de sanções pecuniárias ao locatário. Salientou, em oportuno, a relatoria que não ficou comprovada nos autos a existência de uma negociação efetiva entre as partes. Nota-se, desde já, a diferença de posicionamento do CADE em relação ao STJ, uma vez que este considerou, ao analisar a mesma questão, que o contrato entabulado entre os lojista e o shopping não se tratava de contrato de adesão, ou seja, com cláusula pré-estabelecidas.

Se faz necessário, para correta aplicação e compreensão da questão analisada, a definição do “mercado relevante”. Percebe-se que o relator se esforça para defini-la, uma vez que esta será a base para estipulação do envolvidos na infrações à ordem econômica. Neste sentido, percebe-se o mercado relevante é extremamente importante para a análise de operações que impliquem concentração de mercado e também para a avaliação de condutas praticadas por empresas dentro de um suposto poder de mercado. Neste sentido, a Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, que expede o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, define o mercado relevante como sendo:

Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços. (BRASIL, 2001, on-line)

Para que se possa definir o mercado relevante, é interessante conhecer o que o CADE pensa da estrutura e as características do shopping center. Nesta sequência, entende o CADE que a estrutura do shopping center difere daquela do comércio de rua e sustenta que o espaço de locação oferecido pelo administrador de um shopping possui uma racionalidade de disposição, organização, facilidades, amenidades e opções de oferta de lojas distinta dos espaços comerciais ofertados pelo comércio de rua. Desta forma, entende-se que a composição do empreendimento shopping center leva em consideração fatores como público-alvo, segurança, arquitetura do estabelecimento, harmonização do *tenant mix*, campanhas publicitárias próprias, higiene, comodidades de acesso e estacionamento entre outras coisas que as lojas dispostas no comércio de rua podem não oferecer, ainda que em conjunto. Nota-se que há um harmonia entre o que o CADE define ser a estrutura do

shopping center com aquilo que o STJ pensa. Portanto, os shopping centers não se restringem apenas às lojas que compõem o *tenant mix*, pois abrangem também as facilidades e as amenidades que são disponibilizadas a clientes e a lojistas. Além disso, o negócio de shopping center se diferencia de outros porque leva em consideração tanto o uso de áreas comuns quanto o relacionamento sob o viés cooperativo entre os *stakeholders*, isto é, não considera apenas a relação entre shopping e *tenant mix* como também a relação entre diferentes *tenant mixes*. Por fim, entende o CADE, que os centros comerciais de rua especializados em determinado ramo de atividade também não se aproximam da organização de um shopping center tradicional – a espécie objeto deste processo – que é capaz de oferecer simultaneamente uma variedade de produtos e serviços ao consumidor que vai além de um ramo de atividade específico. Logo, entende-se que comércio de rua e shopping centers tradicionais não estão no mesmo mercado relevante porque estes oferecem uma cesta de bens distinta dos espaços convencionais de locação daqueles. Neste ponto, o trabalho é uníssono ao descrever as características do comércio de shopping centers desde as definições da doutrina, passando pelas considerações do STJ e agora pelo CADE. Aproveita-se, portanto, para afirmar, pelas definições acima expostas, que estão excluídas do mercado relevante do caso em questão o comércio de rua da região delimitada na lide por não se comparar com o comércio exercido nos shopping centers.

Seguindo os passos para definição do mercado relevante, o CADE vai classificar os shoppings centers de acordo com o seu tipo e porte, segundo definições da ABRASCE. Para tanto, distingue os tipos de shoppings centers entre tradicionais e especializados e usa do critério de exclusão, definindo como tradicional o shopping que não é especializado, estes se apresentam como *Outlet* (consiste em sua maior parte de lojas de fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de varejistas *off-price*), temático (shopping cujas lojas estão voltadas para um segmento básico de mercado) e o *Life Style* (shopping a céu aberto que tenta imitar o comércio de rua praças, jardins e luz naturais). Já quanto ao porte, o ABRASCE classifica os shoppings de acordo com sua extensão territorial em pequeno, médio, regional e mega. Os demandados se enquadram na classificação de shopping tradicional de extensões que vai de pequeno a médio porte. É nesse nicho que se concentra o mercado relevante delimitado na demanda.

Em relação às lojas, o CADE também faz uso da classificação da ABRASCE. Neste sentido, tem-se que o *mix* dos shoppings são formados por lojas âncora (o enquadramento de uma operação nessa categoria se deve à área locada, normalmente mais de 1.000 m² e ao fluxo de pessoas que ela atrai para o shopping center); megalojas (podem ser consideradas lojas deste gênero aquelas especializadas em determinada linha de mercadoria, em grande escala, com ampla variedade de produtos, usando superfície de loja entre 500 a 999 m²); conveniência/serviços, Lazer e Lojas Satélites (são as que mais se beneficiarão do *mix*, geralmente, de pequeno porte).

É possível notar, do voto do relator, que existem diferentes formas de aplicação da cláusula de raio de acordo como o porte das lojas que compõe o *tenant mix*, ou seja, de acordo com o poder de barganha que possui cada tipo de loja. Desta forma, os portes e marcas das lojas são fatores determinantes nas composições do *tenant mix*, como foi exposto na seção de categorias de shoppings. Isto porque um shopping tradicional não poderá ser composto apenas de lojas âncora ou apenas de lojas satélites. Independente da espécie (regional, vizinhança ou comunitário), o *tenant mix* deverá, por essência e literalmente, misturar as lojas âncoras ou megalojas com lojas satélites, de conveniência, de serviços e em alguns casos de lazer. Ademais, nas considerações do relator, a existência de negociações contratuais entre administradoras e lojistas-locatários depende dessas categorias. No momento da contratação da locação, o poder de barganha do locatário depende diretamente do enquadramento da loja nessas categorias, influenciando questões como localização da loja no empreendimento, tamanho do espaço a ser locado, condições contratuais, entre outros fatores. Por consequência, considera-se que os contratos de locação têm o potencial de repercutir diretamente no mercado de lojistas, causando restrições à atuação dos locatários e aos seus investimentos. Isso ocorre porque, em primeiro lugar, o exercício da atividade empresarial do lojista fica limitado pelo shopping center locador por condições impostas no contrato de locação, que tem características de um contrato de adesão, o que suprime as estratégias de expansão ou contratação de negócios dos lojistas. Em segundo lugar, como efeito indireto, há uma restrição de acesso ao insumo lojas para os novos investidores e empreendimentos de shopping center. As restrições de exclusividade sobre o mercado a jusante de lojistas se reproduz como uma indisponibilidade de insumos ao mercado a montante de shopping centers. Pode haver a criação unilateral, pelo locador (shopping center),

de uma escassez artificial de insumo importante para entrada de novos concorrentes no mercado, dentro do raio estabelecido e por tempo indeterminado.

Em função do exposto, o CADE considerou que a cláusula de raio tem a capacidade de gerar restrições não apenas no mercado de lojas de forma direta, mas também pode gerar restrições no mercado de shoppings indiretamente, sendo que, tanto a jusante quanto a montante, as restrições podem durar por tempo indeterminado. Portanto, sob a ótica da concorrência, mesmo que a contratação das partes seja de livre disposição, as relações entre shoppings e lojistas também devem atender às regras da livre concorrência que são protegidas pela Constituição Federal.

O CADE considerou que o poder de mercado exercido pelas representadas dão a eles o poder de impor contratos pré-formatados (contrato de adesão) à maioria dos lojistas interessados na locação. A primeira constatação que apresenta pelo relator foi a de que a concentração de direitos que um shopping possui frente à maior parte dos lojistas que compõem o *tenant mix* e como a cláusula de raio agrava a disparidade dos poderes de barganha. No tocante à forma contratual no mercado de shopping centers, o contrato de locação segue um padrão pré-estabelecido pela Administradora/Shopping ao lojista, tratando-se de uma espécie de contrato de adesão locatício. Como já adiantado, as cláusulas são previamente escritas pelo locador Shopping/Administradora e condensadas num instrumento padrão, que transparece as vontades do locador. Muitos detalhes da locação são rígidos e não disponíveis para negociação com o pretense locador.

Ademais, afirma o relator que na notícia que deu início ao Procedimento Administrativo nº 713/2001, houve um trecho de depoimento da Gerente da Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL) para Shopping de Porto Alegre, Sra. Regina Bueno, em que afirma: “Todos os contratos são de adesão. Não se negociam ou discutem suas cláusulas, apenas se adere ou não” (fl. 5). Confirma-se que houve nos autos alegações dos Representados de que as cláusulas de raio seriam criadas por meio de negociações e que não teria havido interpelação de lojistas sobre descumprimento das cláusulas de raio. Entretanto, não foram apresentadas provas sobre a efetiva negociação. Note-se, da análise do julgado, conforme demonstrou o relator, que os instrumentos contratuais de locação são uniformizados, muitas vezes, apenas disponíveis para alteração os locais de nomes dos locatários, sendo que as cláusulas de raio ficam escritas nos instrumentos anexos aos contratos de locação as chamadas “Normas Gerais complementares regedoras das locações e outras avenças”.

Percebeu-se que nos contratos analisados as datas de assinatura são lacunas a serem preenchidas, demonstrando a uniformidade e a ausência de predeterminação de cláusulas conjuntamente decididas entre as partes signatárias.

Eis, portanto, as evidências de ausência de negociação que levaram o CADE a confirmar a tese de cláusula de raio se reveste de cláusula de adesão e que foi imposta aos lojistas pelos shopping centers. Neste sentido, argumentou o CADE que se houvesse negociação, isto é, se houvesse contribuição dos lojistas para que se pactuasse um bom termo entre as partes, haveria algum tipo de diferença entre os contratos, diferença essa que não existe no caso concreto. Não se pode ignorar o porte do empreendimento e as necessidades de uniformização dos contratos relacionados aos seus negócios. Todavia, o problema, nas palavras do CADE, reside na rigidez desses contratos e a aplicação indiscriminada de condições díspares de negócio sobre os lojistas de menor porte e poder de barganha. Essa imposição é importante para ser cotejada com a distinção dos loci de negociação em que se encontram lojistas e shopping centers, já que, diante de uma posição desfavorável, o *player* mais forte tem incentivos de impor condições abusivas, tais como uma cláusula de raio anticompetitiva, ao *player* mais fraco. Inseridas em contratos de adesão, as cláusulas de raio de Porto Alegre impõem aos lojistas todo o conteúdo nelas disposto, o que será tratado nos tópicos a seguir. Portanto, conclui-se pela abusividade da cláusula, sob o fundamento de se tratar de cláusula pré-estabelecida, onde, na maioria dos contratos, não foi dado aos lojistas a possibilidade de acordar sobre elas. Neste sentido, o CADE também se posiciona de forma diferente do STJ, como visto, este tribunal refutou o argumento da imposição de cláusula de adesão no contratos do Shopping Iguatemi Porto Alegre, que também compõe a demanda ora analisada.

O segundo fundamento trazido pelo CADE para sustentar o poder de mercado exercido pelos shopping centers da cidade de Porto Alegre, quando da imposição da restrição comercial veiculado pela cláusula de raio, foi a falta, nas defesas das representadas, de fundamentações jurídicas e econômicas razoáveis que sustentassem as dimensões espaciais das cláusulas de raio averiguadas, ou seja, as representados não conseguiram justificar por que cláusulas de três quilômetros, por exemplo, seriam mais adequadas, necessárias e razoáveis que cláusulas de dois quilômetros. As restrições de área, no que diz o voto do relator, são imposições verticais que incidem sobre os lojistas e, dessa forma, reforçaram o poder de mercado

de cada shopping representado no espaço geográfico da cidade de Porto Alegre. Percebe-se que a cláusula de raio sem uma racionalidade expressa na dimensão geográfica gera um potencial de escassez no mercado de oferta de lojas. Isso porque os lojistas ficam obrigados a manter um negócio único e exclusivo com o shopping locador, vinculando seus investimentos e limitando seu potencial de expansão. Em função disso, um lojista que tem condições de investir em um novo empreendimento e possui o *know-how* daquele ramo de atividade fica impedido de negociar com shoppings concorrentes, impactando a oferta de serviços e o bem-estar dos consumidores. Assim, uma restrição geográfica sem parâmetros razoáveis se torna uma custosa barreira artificial à entrada de novos shoppings, restringindo potencialmente a disponibilidade de *tenant mixes* efetivamente competitivos ao consumidor final.

Sobre a justificativa utilizada pela defesa que o raio objetivaria assegurar que o lojista não atue de forma oportunista, desviando clientela e faturamento para outras lojas, em detrimento do empreendimento e do aluguel variável a que faz jus o shopping center, e como visto, acolhida pelo STJ, entendeu o CADE que ele só seria aceitável se o shopping center configurasse uma restrição mercadológica razoável. Assim, como nenhum direito é absoluto, a proteção por tempo indeterminado contra um possível comportamento oportunista dos lojistas sem uma motivação razoável acaba desvirtuando o suposto objetivo inicial alegado pelas representadas, que é justamente evitar o comportamento oportunista. Neste sentido argumentou o relator que:

[..] se existe uma necessária proteção a um direito ou a um ativo em função de um possível comportamento oportunista dos lojistas, os Representados têm o dever de explicitar e pormenorizar que direitos são esses e por quanto tempo eles deveriam ser protegidos, o que não foi feito no presente caso; os Representados sempre defenderam a cláusula de forma genérica e não apresentaram qualquer racionalidade, seja do ponto de vista jurídico (defesa de um direito supostamente absoluto por tempo indeterminado), seja do ponto de vista econômico (criação de um mecanismo eficiente e que não ofenda a livre concorrência). Além disso, a proteção ao retorno do investimento dos shoppings já está instituída na cláusula do aluguel variável, isto é, os shoppings parecem estar superestimando as proteções contratuais necessárias ao empreendimento por meio de uma restrição eterna do lojista.

Quanto à tentativa de assegurar a parcela variável do aluguel, essa função já é realizada por meio de auditoria das contas dos lojistas e de multas no caso de descumprimento. A exclusividade sobre uma dimensão geográfica determinada unilateralmente não deveria ser usada para garantir a rentabilidade da parcela variável do aluguel, mas

sim para proteger o tenant mix, ainda assim por um período de tempo razoável, e não por tempo indeterminado.

Assim sendo, entendo que não houve prova de ajuste contratual entre as partes shopping e lojistas sobre as dimensões espaciais das cláusulas de raio, bem como não houve prova de que os objetivos da cláusula (de proteger de comportamento oportunista e assegurar a parte variável do aluguel) estão relacionados de forma direta às dimensões dos raios empregados. E, em função do exposto, entendo que houve um incremento do poder de mercado dos Representados quando impuseram dimensões injustificadas por tempo indeterminado sobre seus lojistas, causando potencialmente escassez artificial de lojas e marcas nos seus perímetros, com o potencial de prejudicar os demais shoppings do mercado de Porto Alegre. (CADE, 2016, p. 39 - 40)

O terceiro fundamento utilizado pelo CADE para justificar sua decisão diz respeito ao fato de os contratos analisados na demanda não estipulam um limite temporal para a incidência da cláusula de raio. Desta forma, sustenta o CADE que uma cláusula imposta de maneira unilateral num contrato de adesão que não possui limite de tempo de vigência transparece o poder que o locador possui sobre o conjunto de lojistas que compõem o seu *tenant mix*, os locatários. É como se, eternamente, o shopping e sua administradora possuíssem um monopólio sobre os investimentos do lojista, sua marca e seu ramo de atividade dentro da área coberta pela cláusula de raio. A imposição de uma restrição por tempo ilimitado significa que o shopping tem o poder de restringir o mercado e demonstra, portanto, a presença de poder de mercado dos shoppings representados. Uma obrigação com duração ilimitada deixa de ser um pacto entre as partes e passa a ser uma estrutura de mercado dada, que não deriva de uma dinâmica racional de negociação das partes, mas sim do poder de barganha do shopping center. Deste modo, o direito obrigacional revelado pela restrição acaba se transformando em direito pessoal do shopping center, o que conforma uma estrutura de mercado muito peculiar, monitorada e controlada. Logo, existe aqui uma regulação privada do mercado, entabulada pelos shopping centers, a partir da vigência das cláusulas de raio. No entanto, os shopping centers não possuem a competência legal de balizar a forma com que lojistas exercem suas atividades, tampouco de limitar indefinidamente a capacidade de investimento desses agentes.

Nesse contexto, sustenta ainda o CADE que se houvesse um direito ou um investimento a ser protegido por essas cláusulas, essa proteção não poderia ser efetuada por tempo ilimitado. Essa alegada proteção deve ser realizada em patamares temporais razoáveis e que fundamentem apenas o retorno do investimento realizado

pelo shopping center. Uma das justificativas para a restrição é a proteção do investimento dos shoppings mas, se esse investimento já tiver sido suficientemente remunerado, não há mais por que haver restrição territorial ao lojista. Qualquer que seja a abrangência restritiva razoável em quilômetros, ela nunca poderia ter vigência ilimitada em termos temporais. Por essas razões, entendeu o CADE que a vigência ilimitada das cláusulas de raio configura poder de mercado dos shopping centers que a adotam. Conforme já analisado, o STJ deixou de esclarecer essa questão na sua decisão, segue-se o pensamento do CADE aqui explanado, pois se entende que a estipulação da cláusula de raio sem uma limitação temporal vai contra os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Para o CADE a cláusula de raio dos contratos analisados apresentam objetos amplos e desarrazoados. Segundo o CADE, as cláusulas de raio possuem uma condição restritiva sobre as marcas e ramo de atividade desenvolvidas pelo lojista locatário, os quais estão incluídos no seu objeto. Por consequência, o que acontece é o domínio dos shoppings sobre os direitos dos lojistas de abrirem empreendimentos da mesma marca, ramo de atividade ou similares dentro do raio estabelecido. Percebe-se que é uma restrição que, de certa monta, assinala para o poder de mercado exercidos pelos shoppings, pois somente eles, dentro do área analisada na demanda, terão uma participação de mercado próxima de 100% no que concerne a algumas marcas e ramos de atividade. Ou seja, o shopping com a cláusula de raio perpetua sua posição monopolística sobre cada marca, ramo de atividade e sobre o conjunto das lojas, simultaneamente, ou seja, perpetua seu poder de mercado, sua posição dominante, uma vez que, como já visto, não existe limitação temporal para imposição das restrições comerciais.

Vê-se que os centers representados têm a capacidade de impor uma exclusividade ilimitada que, por sua vez, gera uma exclusão de potenciais concorrentes na área abrangida pelo raio. Conclui-se que o poder de mercado dos shoppings representados transparece na concentração de prerrogativas restritivas frente aos lojistas e, por consequência, o conjunto dessas prerrogativas é capaz de afetar a concorrência entre shoppings da cidade de Porto Alegre. Por essas razões, o CADE definiu que a cláusula de raio promove uma escassez artificial de marcas e ramos de atividade na área da cobertura da cláusula.

Compreende-se que, embora não faça parte das competências do CADE a defesa do consumidor, percebe-se prejuízos aos consumidores frente a essa

escassez artificial provocada pela cláusula de raio. Neste ponto, pensou diferente o STJ na decisão analisada anteriormente, ao afirmar que a escassez da oferta de lojas não causaria prejuízo aos consumidores, diferentemente alega-se, pois essa escassez resulta das imposição de restrições à concorrência pelos shopping centers, e não como resultado da dinâmica normal de mercado, nos termos do STJ, por isso, considera-se atentatórias aos interesses do consumidor.

Ainda no exame do mérito, percebe-se que existe uma relação assimétrica entre os lojista e os shopping centers, notadamente quando estão envolvidos empreendedores com menor poder de barganha, resultando em uma posição de hipossuficiência em relação a alguns lojistas, isso serviu ao CADE na fundamentação da sua decisão. Neste sentido votou o relator, nas palavras que a seguir transcorre-se, sob pena se perder o poder explicativo:

Em relação à tipologia de lojistas, entre os próprios lojistas existem agentes com diferentes posições econômicas, o que se reflete na negociação e na pactuação com os shoppings. Lojistas que pertencem a grandes redes nacionais e internacionais de varejistas possuem muito mais vantagens na negociação com os shoppings que lojistas que não pertencem a essas redes. Esse é o principal critério que distingue lojas âncora de lojas satélite e também diferencia o poder de barganha de um lojista em relação ao shopping center; o poder de barganha de uma loja âncora é muito maior do que o poder de barganha de uma loja satélite ou de conveniência exatamente porque possuem características (marca, investimento, know-how, etc.) que são consideradas diferenciais pelo consumidor ao escolher qual shopping visitar. Por isso, o porte da loja que possui pretensão de se instalar no shopping influencia diretamente a negociação dos termos da locação e, conseqüentemente, o contrato de locação [...]Quando analisados os tenant mixes apresentados pelos Representados, nota-se que a cláusula de raio podia ou não estar presente nos contratos. Entretanto, entre os Representados, quanto maior o porte do shopping, menos exceções contratuais havia. Considerando as forças nas negociações, fica evidente que o poder de imposição da cláusula está relacionado ao porte do empreendimento, ao estilo e ao padrão. (CADE, 2016, p. 41, 42 e 43)

Para o CADE um importante elemento que comprova o poder de mercado das demandadas é a imposição de multa (coerção) para os lojistas que descumprem a cláusula de raio. Percebe-se que, no caso concreto, o mecanismo coercitivo para a imposição da cláusula de raio é a previsão de sanções contratuais de grande monta. Defende o relator, que “quando a multa é associada à exclusividade por tempo indeterminado, o resultado é uma pressão concorrencial negativa”. As sanções previstas são desde rescisão contratual a aplicação de multa. Considera-se ainda que

a redação das sanções comprova o caráter impositivo e uniforme dos contratos, o que reforça a disparidade entre os poderes de barganha entre lojistas e shopping centers. Dessa forma, entende que as Representadas, ao imporem sanções pelo descumprimento da cláusula de raio, não exerceram ponderadamente seu poder de mercado frente ao conjunto de lojistas, o que caracteriza também seu poder de mercado.

Diante das razões expostas acima, decidiu o CADE que a imposição da cláusula de raio pelas representadas infringiram os ditames da Lei. 12.529/11, violando, portanto, a ordem econômica limitando a livre concorrência local.

Foi com base neste fundamentos que o CADE decidiu pela abusividade da cláusula de raio aplicada pelos shopping centers da cidade de Porto Alegre, por atentar contra os princípios da ordem econômica, diferentemente do STJ, curiosamente analisando questões idêntica, quanto Shopping Iguatemi.

Agora que já foram analisada as decisões do CADE e o do STJ, conforme os parâmetros estabelecidos para este trabalho, passaremos para as considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o tema pesquisado por este trabalho teve como objeto a análise da abusividade da cláusula de raio nos contratos de shopping center. Para tanto, o problema da pesquisa partiu da premissa de que a cláusula de raio, por ser uma cláusula de limitação territorial da concorrência, teria o poder de violar princípios constitucionais protetivos da ordem econômica, tais com a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como dos preceitos protetivos dos consumidores. Nota-se, que a potencialidade que a cláusula de raio tem de violar princípios de ordem econômica e de proteção aos consumidores ficou comprovada por ser efetiva diante da controvérsias judiciais encontradas dentro do limite da pesquisa, entre outras encontradas como complemento à pesquisa o que, ressalta-se, serem muitas. Neste ponto, o problema de pesquisa ficou delimitado em verificar quais os fundamentos jurídicos relevantes para decidir sobre a abusividade da cláusula de raio nos contratos e shopping center de acordo com que interpretou o STJ e o CADE entre os anos de 2016 e 2017, nas suas decisões colegiadas. É este o problema a que se propôs investigar essa trabalho.

É notória a importância do tema, bem como da pesquisa empreendida seja pela contribuição para o aprimoramento da formação jurídica de seu pesquisador, seja pela contribuição à toda comunidade jurídica, visto que a discussão do tema atinge um ramo comercial de grandes proporções como é o comércio de shopping center, atualmente presente em quase todos os grandes centros urbanos do país, movimentando cifras bilionárias no Brasil e no mundo. Soma-se a isso o papel de influência que a concorrência tem sobre a dinâmica econômica de modo geral e, especialmente, o papel que exerce sobre o comércio de shopping center tendo em vista o peculiar modo de organização que este empreendimento possui, o que torna imprescindível para o sucesso comercial do shopping center a adoção de práticas de controle da concorrência.

Assim, é evidente o papel que o jurista tem nesta dinâmica, visto que este é o principal agente construtor da harmonia entre a limitação da concorrência, tão salutar ao comércio de shopping center, e a adequada garantia da proteção da livre concorrência., uma vez que a proteção da concorrência no sistema jurídico brasileiro tem relação com a ordem pública de modo que a autonomia da vontade é limitada e

regulada pelo poder público no intuito de preservar a liberdade os preceitos do liberalismo econômico adotado pela Constituição Federal. Assim, entende-se que esta pesquisa nos fornece instrumentos para compreensão desta problemática.

Depois de percorrido todo processo analítico proposto pela pesquisa, é possível perceber que as decisões do CADE e do STJ são adversas, pois enquanto uma decidiu pela abusividade a outra decidiu, de modo contrário, pela não abusividade da cláusula de raio aplicadas ao comércio de shopping center da cidade de Porto Alegre. Nota-se que os casos analisados pelas tribunais aqui elencados, trata-se de situação fática, em parte, similar, uma vez que o Shopping Center Iguatemi, figura no polo passivo das duas demandas analisadas, inclusive, sendo o polo principal da demanda da decisão analisada pelo STJ, enquanto que na do CADE compõe litisconsórcio junto com outros shopping centers.

Primeiramente, percebe-se que é possível retirar da análise proposta um denominador comum. Diante das discussões travadas, foi possível notar que os tribunais partiram da mesma premissa que a cláusula de raio é considerada, em si, legal, uma vez que a sua estipulação está resguardada pela princípio da autonomia privada. Essa é a primeira conclusão a que se chega com a pesquisa.

Respondendo ao problema principal desta pesquisa, verifica-se que os fundamentos jurídicos acolhidos pelo STJ para decidir pela não abusividade da cláusula de raio nos contratos de locação de lojas do Shopping Iguatemi foram:

- A falta de prejuízo aos consumidores, uma vez que a escassez de oferta não prejudica o interesse destes, bem como não é possível vislumbrar da relação jurídica travada vínculo com o código consumerista por se tratar de contrato locatício;
- A não violação da livre iniciativa pela criação de obstáculos aos médios e pequenos empreendedores, por não se caracterizar o efetivo prejuízo destes empreendedores no caso concreto;
- A não abusividade pela alteração da extensão da cláusula de raio, por considerar que não houve alteração unilateral, sob o fundamento de existência da livre estipulação contratual, bem como do direito que possui proprietário do imóvel de impor limitações para o uso por terceiros, não acolhendo, como isso, hipossuficiência e da tese do contrato de adesão; e
- A não violação da livre concorrência com os outros shoppings, pela exclusão da incidência da norma, na hipótese prevista no art. 36, § 2 da

Lei 12.529, ou seja, por reconhecer a posição dominante de mercado que o Shopping Iguatemi se deu de forma natural, pela eficiência deste em relação aos outros shopping centers.

Por outro lado o CADE decidiu pela abusividade da cláusula de raio presentes nos contratos dos shopping centers da cidade de Porto Alegre, dentre eles o Shopping Iguatemi, pelos seguinte fundamentos jurídicos:

- Determinação de contratos pré-formatado (contrato de adesão) à maioria dos lojistas interessados na locação com imposição da cláusula de raio, sob o fundamento de que o poder de mercado exercido pelas representadas dão a elas o poder de impor contrato de adesão,
- Falta de fundamentações jurídicas e econômicas razoáveis que sustentassem as dimensões espaciais das cláusulas de raio averiguadas, sob a argumento de terem sido impostas de forma vertical;
- Falta de limite temporal para a incidência da cláusula de raio, sem uma justificativa razoável o que acaba por perpetuar o poder monopolista do shopping na região;
- Falta de justificativa razoável para estipulação de objetos amplos e desarrazoados;
- Relação assimétrica e hipossuficiência, especialmente em relação aos médios e pequenos empreendedores, tendo em vista o poder de mercado exercido pelo shopping frente ao pequeno poder barganha destes empreendedores;
- Imposição de sanções contratuais de grande monta em caso de descumprimento de cláusula de raio, tendentes a limitar o poder de expressão dos lojistas.

Nota-se, diante do exposto, que alguns fundamentos acolhidos por um tribunal para conhecer a abusividade é exatamente o contrário dos fundamentos utilizados por outro tribunal para não reconhecer a abusividade da cláusula de raio, como é o caso do fundamento utilizado CADE quando reconhece a assimetria e hipossuficiência em relação aos pequenos e médios empreendedores e o STJ, contrariamente, não reconhece essa hipossuficiência.

Neste ponto, a pesquisa se iniciou com um problema e termina com outro, já que uma mesma questão fática apresenta decisões diferentes e conflitantes, embora

o papel desempenhado por cada tribunal seja diferente. O problema que se apresenta é: como ficaria segurança jurídica, neste caso, e qual decisão deve prevalecer? Tem-se aí, portanto, o novo problema que se propõe depois de colhidos os resultados da pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**: curso de direito civil. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2012**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 25 dez. 2017.
- BRASIL. **Lei do inquilinato**. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8245.htm> Acesso em 15 dez. 2017.
- BRASIL. **Código civil de 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 15 dez. 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017
- BRASIL. Conselho de Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46**. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Dj: 31/08/2016, DOU: 06/09/2016. Disponível em: < https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIldOEcWJwPucpbCJDecPgMLICe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajcZ0AmnalBys_ivsXX48-nj1lttlC0U5oM8ABHIO2UCE > Acesso em: 22 dez. 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manuel de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DEZONTINI, Daniel. Franquia: **dificuldades na hora do encerramento da relação**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22321/franquia-dificuldades-na-hora-do-encerramento-da-relacao>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

- DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva. 2003.
- FILHO, Mário Cerveira. **Shopping center: direitos dos lojistas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “*shopping center*”. **Revista dos Tribunais**, v. 576, outubro de 1983.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. Ed./5º tiragem: Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MAMEDE, Gladston. **Contrato de Locação em Shopping Center**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, v. I. São Paulo: Atlas, 2004.
- NETO, Ermirino Ferreira. **Aspectos controvertidos a respeito da cláusula vedatória de abertura de filial em contratos de shopping center**. Revista do CEPEJ, Salvador, n.8, p.239-250, jul./dez. 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping centers: aspectos jurídicos*. **Revista dos Tribunais**, 1984.
- SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários à nova lei do inquilinato**. 9 ed. São Paulo: Forense, 1986.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.535.727 -RS 2015/0130632-3, Relator: Ministro Marco Buzzi. Dj: 05/05/2016, DJe 20/06/2016. **Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ**. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501306323&dt_publicacao=20/06/2016 >. Acesso em: 10 dez. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência**. n. 0585, 11 a 30 de junho de 2016. Disponível em, < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/> >. Acesso em 06 jan. 2018.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Editora Forense Universitária. 2000.

SOARES, Paulo Brasil Dill. **Princípios Básicos de Defesa do Consumidor:** Institutos de Proteção ao Hipossuficiente. Leme - SP: Editora LED. 2001.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990:** Código de defesa do consumidor. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm >. Acesso em: 22 dez 2018

BRASIL. Ministério da Fazenda. Ministério da Justiça. **Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.** Disponível em: < [http://www.CADE.gov.br/upload/2001portariaConjunta50 - 1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentra cao.pdf](http://www.CADE.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf)>. Acesso em: 28 jan. 2018.

CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastri; SOUZA, Marcelo Dornellas. **Shopping Center: limites na liberdade de contratar.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. **As cláusulas de raio em shopping centers e proteção à livre concorrência.** Revista de Direito Renovar. V. 36, set./dez., 2006.

MONTEBHURUN, Nitish. **Manual de Metodologia Jurídica - Técnicas para argumentar em textos jurídicos.** São Paulo: Saraiva, 2015.