



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

JOSÉ HIGOR OLIVEIRA FARIAS

**CLÁUSULA DE RAIOS NOS CONTRATOS DE *SHOPPING CENTER*: uma
infração à ordem econômica?**

**BRASÍLIA
2022**

JOSÉ HIGOR OLIVEIRA FARIAS

**CLÁUSULA DE RAIOS NOS CONTRATOS DE *SHOPPING CENTER*: uma
infração à ordem econômica?**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professor Humberto Cunha dos Santos

**BRASÍLIA
2022**

JOSÉ HIGOR OLIVEIRA FARIAS

**CLÁUSULA DE RAIOS NOS CONTRATOS DE *SHOPPING CENTER*: uma
infração à ordem econômica?**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador(a): Professor Humberto Cunha dos Santos

BRASÍLIA, 04 DE ABRIL DE 2022

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

CLÁUSULA DE RAIOS NOS CONTRATOS DE *SHOPPING CENTER*: uma infração à ordem econômica?

José Higor Oliveira Farias

Resumo

O presente artigo tem como objetivo avaliar a cláusula de raio nos contratos de *shopping center* sob o prisma de representar ou não uma infração à ordem econômica, sendo discutida sua racionalidade econômica e preocupações anticoncorrenciais. Desta forma, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, buscando embasamento teórico em artigos publicados, livros e decisões do CADE, a fim da legitimação dos pontos favoráveis e desfavoráveis discutidos. Assim, foi concluído que a (i)licitude da cláusula de raio não deve ser *per se*, mas analisada com base na regra da razão, conforme vem sendo utilizada no CADE, avaliando as circunstâncias do caso concreto para determinar seus efeitos como razoáveis e justificáveis ou anticompetitivos, capazes de infringir à ordem econômica.

Palavras-chave: cláusula de raio; contratos de *Shopping Center*; *tenant mix*; infração à ordem econômica; livre concorrência.

Abstract

This article aims to evaluate the radius clause in shopping center contracts from the perspective of whether or not it represents an infringement of the economic order, discussing its economic rationality and anti-competitive concerns. Thus, the methodology used was bibliographic research, seeking theoretical basis in published articles, books and CADE decisions, in order to legitimize the favorable and unfavorable points discussed. Thus, it was concluded that the (il)lawfulness of the radius clause should not be *per se*, but analyzed based on the rule of reason, as it has been used in CADE, evaluating the circumstances of the concrete case to determine its effects as reasonable and justifiable. or anti-competitive, capable of infringing the economic order.

Keywords: radius clause. *Shopping Center* Agreements. *tenant mix*. violation of the economic order. free competition.

Sumário

Introdução. 1. Do *Shopping Center*. 1.1 Da cláusula de raio 2. Preocupações concorrenciais com a cláusula de raio. Considerações finais.

Introdução

O artigo tem por objetivo analisar a cláusula de raio contida nos contratos de *Shopping Center* e avaliar se seus efeitos concorrenciais no mercado são válidos ou capazes de infringir

a ordem econômica. Para isso, fundamentado em artigos publicados, livros e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), buscou-se elencar as justificativas e racionalidade que sustentam o uso da cláusula e contrapor frente aos possíveis efeitos indesejados que sua imposição acarreta.

Devido a sua importância no atual cenário econômico, os *Shopping Centers* ocupam um lugar de destaque no mercado de consumo, constituindo um verdadeiro centro sofisticado de comércio. Considerada sua relevância, o seu sucesso se deve ao fato de que todos os atores que compõem o empreendimento assumem papel ativo para o planejamento e desenvolvimento organizacional, partindo da estratégia de investimento, composição de lojas e suas distribuições no local, de um projeto arquitetônico atrativo e estratégias para atrair determinados perfis de consumidores. Todas essas características contribuem para o sucesso e status de lazer que este tipo de empreendimento recebeu.

Visando criar mecanismos de preservação do *tenant mix*¹, o *Shopping Center* passa a implementar a cláusula de raio como meio para garantir seus interesses. Esta cláusula impõe ao lojista/locatário a obrigação de não constituir outra filial fora do empreendimento, dentro de um espaço pré-determinado. Como efeito, se espera que o lojista concentre sua atuação no empreendimento, evitando a distribuição de consumidores entre dois pontos comerciais, o que poderia gerar diminuição no faturamento e a fuga de potenciais clientes para o conglomerado de lojas presentes no *shopping center*.

Como resultado da aplicação da cláusula de raio, surgem diversas preocupações concorrenciais sobre os efeitos de ordem econômica, tais como a limitação ao exercício da atividade empresarial dos lojistas e a criação de barreira de entrada para novos entrantes no mercado, que podem ter como resultado negativo ao desenvolvimento do mercado, a geração de empregos e a supressão do poder de escolha dos consumidores.

Neste contexto, a proposta de estudo se mostra relevante em vários aspectos eis que, da aplicação da cláusula de raio, levanta controvérsias dos fatores de racionalidade e anticoncorrenciais, chegando ao questionamento de até que ponto a liberdade contratual e o *pacta sunt servanda* devem ser resguardados frente os potenciais efeitos anticoncorrenciais e a proteção da ordem econômica.

¹ “O *tenant mix* é o planejamento feito pelo empreendedor, ainda durante a etapa de construção ou mesmo antes, dos tipos e tamanhos de lojas e sua localização no imóvel, com o fito de maximizar os lucros para si e os lojistas.” (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017. p. 189).

Para isso, partindo da compreensão dos fundamentos que sustentam a (i)licitude da cláusula de raio, foram discutidas em quais situações a premissa sobre a sua validade devem ser afastadas, configurando-a como ilícito e conseqüentemente como uma infração à ordem econômica, tomando como base para análise dos casos concretos, a regra da razão. A pesquisa tem como base bibliográfica artigos publicados, livros e posicionamento do CADE nos casos já analisados pela autarquia.

1 Do *shopping Center*

A partir do século XIX, quando surgia uma reformulação dos centros urbanos, o mercado protagonizou uma crescente do poder aquisitivo da população fazendo com que a demanda pelo consumo aumentasse. Assim, surgiu no pós segunda guerra, nos centros norte-americanos os primeiros *Shopping Centers*. No Brasil, esses empreendimentos vieram a ser implementados na década de 60, quando o mesmo movimento de urbanização e consumo foram experimentados em nosso mercado.²

Diante de toda evolução no processo de consumo experimentada, os *Shopping Centers* se tornaram um exemplo das formas mais sofisticadas de comércio, traduzido pelo amadurecimento no processo das técnicas capitalistas de consumo. A importância desse tipo de empreendimento se revela na medida em que se tornam grandes proporcionadores de bem-estar do ser humano, na medida em que se as pessoas vão para satisfazer variadas necessidades – de consumo, serviços e lazer -, pois são como centros de características estruturais e mercadológicas especiais que potencializam o poder de atração do consumidor. Pois bem, representam uma verdadeira modalidade sofisticada e organizacional de atender as demandas da população, gerando assim uma nova modalidade de consumo da urbanização e do capitalismo.³

Toda a dinâmica do empreendimento é constituída de um sistema organizado que o fazem um sistema que revolucionou o mercado de consumo. Há toda uma característica própria, que vai além do investimento para a construção física do projeto arquitetônico, partindo do comportamento ativo do locador (empreendedor), pois atua como responsável pela idealização e execução dos planos mercadológicos do *Shopping Center*, estabelecendo assim, as

² MORAES, M. A. L.; DUARTE, Raquel Bitu. O contrato de locação em shopping center e a cláusula de raio: restrições à livre concorrência?. **Revista de direito privado**. São Paulo, v. 18, 2017. p. 112-113.

³ MAMEDE, Gladston. **Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 23-25.

características das lojas e suas distribuições, inclusive convidando lojas específicas, perfis de consumidores que serão atendidos e a forma que serão atendidos, bem como as estratégias de divulgação e atração de clientela. Tudo isso com o interesse de atrair um ótimo fluxo de consumidores finais e assim proporcionar rentabilidade a todas as partes envolvidas, efetivando transações mutuamente benéficas.⁴

Além de ser um marco típico da feição econômica capitalista para atender os consumidores, no seu desenvolvimento, acabou por se tornar um centro de conveniência, uma vez que, além de ofertar produtos e serviços, também se transformou em uma opção de lazer. Diante disso, o *Shopping Center* se revela como um lugar dotado de vantagens e benefícios, proporcionando segurança e bem-estar as pessoas.⁵

O Shopping center é classificado como um empreendimento diferenciado em razão dos atrativos que compõem o local, partindo da variedade de lojistas, bem como conforto, segurança, estacionamento e diversas outros benefícios encontrados em um único espaço para os consumidores.⁶

Este empreendimento foi idealizado para atender os anseios de consumo dos consumidores e vieram para acelerar o desenvolvimento urbano e na geração de empregos. Em razão do grande sucesso alcançado, pela diversidade de lojas, conforto e segurança, acabou por se tornar um ícone econômico e social.⁷

O shopping tem toda uma dinâmica pensada para atender seu público. Há estratégia para a escolha das lojas que farão parte do conglomerado e suas distribuições, do projeto arquitetônico, do posicionamento e campanhas para atrair visibilidade ao empreendimento.⁸ Dinâmica essa que se dá pela ação individual e coletiva dos lojistas em conjunto com o empreendedor para obter êxito na atração dos consumidores.⁹

⁴ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. **Revista de Direito Renovar**, v. 36, p. 49-73, set./dez., 2006. p. 50-52.

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de Shopping Center. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 187-227, 2002. p. 191-194.

⁶ SILVA, Roberta Pappen da. A Aplicação da Cláusula de Raio nos Contratos de Locação de Shopping Center. **Revista eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. p. 3.

⁷ FERREIRA, Renata da Silva. **A cláusula de raio nos contratos de Shopping Center**. TCC (Pós-graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 10-11.

⁸ SILVA, Roberta Pappen da. A Aplicação da Cláusula de Raio nos Contratos de Locação de Shopping Center. **Revista eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. p. 4.

⁹ SOUZA, Leonam Machado de; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Cláusula de Raio sob a perspectiva do direito civil-empresarial. **Revista Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 68, p. 97-125. mar/maio. 2015. p. 105.

A proposta do empreendimento também é de proporcionar facilidades e vantagens aos lojistas em relação aos lojistas que se encontram fora do empreendimento. No entanto, para quem deseja fazer parte do shopping, precisa ter em mente que este funciona com base no *tenant mix*, ou seja, requer que se entenda a unidade de objetivos para o êxito comum de todos os parceiros envolvidos. Para isso, ao entabular o contrato entre as partes, há a presença de um regimento interno para que haja uma harmonia de condutas dos lojistas, administradora e o empreendimento, para assim preservar o *tenant mix* do shopping center.¹⁰

O *tenant mix* consiste no mix de lojas que compõem o empreendimento do *Shopping Center*, estas são parte do planejamento durante a construção pelo empreendedor. Neste planejamento estão contidos os tipos, tamanhos e disposição das lojas, com o objetivo de criar uma cadeia influente aos consumidores e assim conseguir potencializar o consumo, aumentando os lucros para si e os lojistas.¹¹

Inclusive, esse planejamento visa impedir a concorrência predatória entre os lojistas e oferecer um alto padrão de atendimento ao público, e tudo isso é trabalhado pelo empreendimento para que os vínculos e dinâmicas coletivas sejam agregadoras para todas as partes.¹² Para isso, é constituída uma associação dos lojistas condôminos, sendo que esta assume uma posição de parte negocial em prol dos interesses coletivos do *Shopping*, são de significativa importância para a defesa dos interesses comuns do conglomerado.¹³

Os contratos de locação de *Shopping Center* têm como premissa uma relação de cooperação, com objetivos comuns entre lojistas e o empreendimento em busca de atingirem a maior gama de consumidores possível, para assim obter a maximização dos lucros. Portanto, a relação deve ser considerada harmoniosa entre o empreendimento e a coletividade de lojistas,

¹⁰ SILVA, Roberta Pappen da. A Aplicação da Cláusula de Raio nos Contratos de Locação de Shopping Center. **Revista eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. p. 5-7.

¹¹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017. p. 189.

Edilson Enedino das Chagas define *tenant mix* como “A concentração e a combinação do acesso de produtos e serviços de vários setores correspondem ao *tenant mix* do shopping center – grupos de interesses diversificados que se revelam integrados para atrair os consumidores” (CHAGAS, Edilson E.; LENZA, Pedro. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595499/>. Acesso em: 15 mar. 2022. p. 379).

¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de Shopping Center. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 187-227, 2002. p. 195-196.

¹³ MORAES, M. A. L.; DUARTE, Raquel Bitu. O contrato de locação em shopping center e a cláusula de raio: restrições à livre concorrência?. **Revista de direito privado**. São Paulo, v. 18, 2017. p. 113.

para isso, os lojistas assumem a obrigação de ingressar na associação dos lojistas daquele shopping.¹⁴

Por fim, diante da dinâmica coletiva em que as partes envolvidas se estabelecem, estas se unem em um contrato coligado, em que estão interligados vários contratos entre lojistas e empreendedor e que se relacionam todos por uma cláusula acessória que os conectam de maneira funcional, constituindo um *mix* empresarial.¹⁵

1.1 Da cláusula de raio

No contrato estabelecido, há diversas cláusulas que visam preservar os interesses e objetivos do *tenant mix* do shopping center. A cláusula de raio é uma delas, e o seu uso gera discussão acerca da sua legalidade.

O contrato de locação em *Shopping Centers* há a imposição de aluguel fixo e variável, que fica vinculado ao faturamento mensal do lojista. Por existir esse aluguel percentual, o desvio de clientela para outro estabelecimento acarreta numa diminuição significativa no faturamento e como consequência os ganhos do empreendimento. Logo, a cláusula de raio tem o condão de preservar e garantir que o investimento no empreendimento tenha retorno.¹⁶

No direito brasileiro, não há uma limitação de pactuação de disposições, inclusive, o caput do artigo 54 da Lei nº 8.245/1995 aduz que nos contratos de *Shopping Center* deve prevalecer as condições livremente pactuadas nos contratos de locação, admitindo a autonomia privada.¹⁷

Nesse sentido, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar pedido acerca da inexigibilidade da cláusula de raio – pretendida pelo Sindicato dos lojistas do comércio de Porto Alegre em face do Shopping Iguatemi Porto Alegre – concluiu que a cláusula inserta nos contratos não é abusiva, pois os ajustes locatícios no *Shopping Center* guarda uma posição de livre estipulação, onde ambas as partes estão livres para pactuarem as cláusulas

¹⁴ SOUZA, Leonam Machado de; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Cláusula de Raio sob a perspectiva do direito civil-empresarial. **Revista Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 68, p. 97-125. mar/maio. 2015. p. 102-103.

¹⁵ CHAGAS, Edilson E.; LENZA, Pedro. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595499/>. Acesso em: 15 mar. 2022. p. 380.

¹⁶ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017. p. 185-186.

¹⁷ BRASIL. **Lei 8.245, de 12 de outubro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

contratuais que “melhor assistam às suas necessidades”, e complementou que o empreendimento se reveste de uma estrutura comercial híbrida e os ajustes contratuais realizados servem para justificar e viabilizar seu fim econômico. Indo além, asseverou que possíveis limitações aos ajustes devem considerar as circunstâncias de cada caso concreto.¹⁸

Logo, como não há regras estabelecidas na legislação acerca, por vezes, costuma-se utilizar a cláusula incluindo o termo abrangente de restrição do mesmo ramo de atividade, sem limitação temporal, com espaço delimitado a partir de qualquer ponto do *Shopping Center*.¹⁹

Porém, a despeito de existir uma certa liberdade na pactuação dos contratos, nada impede que sejam discutidas cláusulas que, apesar de não serem ilícitas, sejam abusivas, visando a estabilização do equilíbrio contratual, sendo assim, não pode haver prejuízo da segurança e da tutela aos interesses do locatário-lojista.²⁰

Contudo, apesar da previsão do dispositivo deixar em aberto as condições, não significa que a vontade das partes pode prever tudo e qualquer coisa sem considerar seus potenciais efeitos deletérios ao ambiente concorrencial, visto que as condições estabelecidas devem obedecer além da ordem econômica, a função social do contrato e a boa-fé objetiva.²¹

Isso porque, o artigo 1º da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (LDC)²² se propõe a estabelecer os pilares que combinam liberdades franqueadas aos agentes econômicos com as potenciais prerrogativas de intervenção desde que identificadas interferências que causem repressões à ordem econômica.²³ Sendo assim, em vista dos potenciais efeitos tendentes a causarem danos a livre concorrência, livre iniciativa, aos consumidores e ao abuso do poder econômico por parte do empreendedor, necessária a atuação institucional para reprimir condutas que esteja em desconformidade com a ordem econômica, preservando este, bem como a coletividade que figura como titular na proteção dos ditames da lei antitruste.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial no 1.535.727**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em: 10 maio 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1510634&num_registro=201501306323&data=20160620&formato=PDF. Acesso em: 5 abr. 2022.

¹⁹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017. p. 187-188.

²⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de Shopping Center. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 187-227, 2002. p. 209-210.

²¹ SOUZA, Leonam Machado de; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Cláusula de Raio sob a perspectiva do direito civil-empresarial. *Revista Emerj*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 68, p. 97-125. mar/maio. 2015. p. 102.

²² BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 5 mar. 2022.

²³ TAUFICK, Roberto D. **Nova lei antitruste brasileira**. São Paulo: Almedina, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584932917/>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 29.

Esta cláusula visa vincular a atividade exercida pelo lojista exclusivamente ao *Shopping* em que está locada. Ou seja, o lojista locatário do *Shopping Center*, se abstém de exercer sua atividade comercial ou similar dentro de um espaço territorial pré-estabelecido, contado do centro do terreno.²⁴ Portanto, a cláusula pode prevê tanto a afetação da atividade do próprio lojista, como também pode se estender aos sócios e administradores que eventualmente possam abrir outra loja similar dentro do raio delimitado, mesmo que de nome/marca diversa.²⁵

Via de regra é estabelecida em um raio de 2 (dois) quilômetros ou dentro do período de 15 minutos de deslocamento até o empreendimento, o que pode variar de acordo com densidade demográfica e o trânsito do local. Nestes casos, a cláusula tende a ser menor, vez que, o tempo para deslocamento até o empreendimento pode aumentar o que justifica uma delimitação territorial menor, ou seja, pode variar conforme as circunstâncias da densidade demográfica e o tempo de deslocamento.²⁶

A cláusula de raio busca a concentração de interesses em prol do conglomerado de lojas e do empreendimento, buscando fidelizar a clientela não apenas em uma das lojas, mas sim de todo complexo oferecido. Sem ela, o lojista poderá simplesmente adotar uma conduta oportunista de abrir outra loja e desviar a clientela do *Shopping Center*, bem como concentrar seu faturamento na loja em que não haja o pagamento de aluguéis com base no seu faturamento.²⁷

Para ser considerada válida, a cláusula deve levar em consideração alguns fatores, como a finalidade da sua imposição, a distância do raio e o período de vigência. De modo que a aplicação seja sempre baseada na razoabilidade e a preservação do livre mercado, nesse sentido estaria convivendo em conformidade com os princípios da liberdade contratual e da livre concorrência.²⁸

A racionalidade da cláusula de raio é absolutamente compreensível, a proteção e fomento as atividades do empreendimento devem ser preservadas, sendo necessário, para isso, a preservação do *tenant mix*. O objetivo também é alcançar uma padronização de lojas que

²⁴ SILVA, Roberta Pappen da. A Aplicação da Cláusula de Raio nos Contratos de Locação de Shopping Center. **Revista eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. p. 7-8

²⁵ SOUZA, Leonam Machado de; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Cláusula de Raio sob a perspectiva do direito civil-empresarial. **Revista Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 68, p. 97-125. mar/maio. 2015. P. 107-108.

²⁶ *Ibidem*, p. 107.

²⁷ SILVA, Roberta Pappen da. A Aplicação da Cláusula de Raio nos Contratos de Locação de Shopping Center. **Revista eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. p. 8-9.

²⁸ *Ibidem*, p. 9-10.

agreguem ao consumidor, preservando um complexo de lojas capazes de atender a demanda dos consumidores em diversos pontos.²⁹

Por conseguinte, o conglomerado de lojas se torna o referencial do empreendimento, por isso, o planejamento para a escolha das lojas e setores que serão atendidos se torna primordial para o sucesso do *Shopping Center*. Nesse sentido, Pedro Paulo Salles Cristofaro:

A concorrência não se dá apenas entre a loja específica nas proximidades do shopping e outra loja, oferecendo o mesmo produto ou serviço, no interior do shopping. O que está em jogo não é apenas a concorrência entre farmácias, ou entre cinemas, ou entre livrarias. A localização de uma farmácia ou de uma livraria, ou se um cinema nas vizinhanças do shopping afeta o fluxo do público do empreendimento. O impacto, com certeza, será ainda maior se a farmácia, a livraria ou o cinema das redondezas fizerem parte das mesmas cadeias, ostentar as mesmas marcas que as dos estabelecimentos localizados dentro do shopping. Quando uma mesma loja se instala em dois shoppings de um mesmo tipo, e que atendem a uma mesma região geográfica, a relação de concorrência é ainda mais evidente. Ao integrar ambos os *tenant mix*, a loja torna-se neutra como fator determinante da escolha, pelo consumidor, do shopping ao qual frequentará. O consumidor, que quer adquirir um produto específico naquela loja, continuará escolhendo entre dois shoppings, mas por outros motivos, que não a presença daquela loja em si.³⁰

Em síntese, o objetivo de atrair uma gama de consumidores deve servir para ser compartilhada para os comerciantes do empreendimento como um todo, a cooperação dos integrantes se mostra fundamental para evitar uma concorrência desleal entre si, assim evitando dissipar a clientela dos demais lojistas do empreendimento.³¹ Portanto, nota-se que se justifica na medida em que o empreendimento busca alcançar uma clientela não apenas para uma determinada loja, mas sim atrair um tráfego de clientes para o *Shopping Center*.

2 Preocupações concorrenciais com a cláusula de raio

Da utilização da cláusula de raio, surgem alguns questionamentos sobre os efeitos e a forma em que o contrato de locação entre *Shopping Center*, administradora do empreendimento e lojistas. Discusso essa que permeia o contrato em relação as disposições que regulam e estabelecem limites ao exercício da atividade empresarial dos lojistas, buscando uma solução das controvérsias que surgem, levantando o questionamento de até que ponto a liberdade

²⁹ SILVA, Roberta Pappen da. A Aplicação da Cláusula de Raio nos Contratos de Locação de Shopping Center. **Revista eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. p. 10-12.

³⁰ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. As cláusulas de raio em shopping centers e a proteção à livre concorrência. **Revista de Direito Renovar**, v. 36, p. 49-73, set./dez., 2006. p. 57-58.

³¹ CHAGAS, Edilson E.; LENZA, Pedro. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595499/>. Acesso em: 15 mar. 2022. p. 384.

contratual, autonomia da vontade e *pacta sunt servanda* devem ser preservadas frente os potenciais efeitos anticoncorrenciais e a proteção da ordem econômica.³²

O fato da sua imposição trazer possíveis confrontos com alguns preceitos da ordem econômica, nos faz avaliar, também, suas implicações frente o fundamento da República da livre iniciativa, prevista no artigo 1º, IV, e artigo 170, caput, ambos da Constituição Federal³³ e da livre concorrência, prevista no artigo 170, IV, da Constituição Federal.³⁴ Frente a essa realidade, não seria aceitável a imposição de limites as pessoas de se constituírem com base no livre agir e livre concorrência, sendo assegurado, portanto, que as pessoas tenham ampla liberdade em escolher onde e como se estabelecerem no mercado, bem como de concorrerem em um mercado livre de atos de abuso de poder econômico dos agentes econômicos.³⁵

Se por um lado, há uma evidente racionalidade no uso da cláusula de raio, por outro, esta pode ter efeitos indesejados como a limitação de mercado. Resultado este que pode atingir o desenvolvimento do mercado, as opções aos consumidores e a geração de empregos. Portanto, em alguns casos, sua imposição pode criar uma espécie de monopólio, uma vez que acaba por suprimir o poder de escolha do consumidor, vinculando este apenas ao empreendimento de um determinado *Shopping*.³⁶

Dito isso, esses efeitos negativos que podem ocorrer sobre a concorrência precisam ser coibidos, caso contrário haverá, potencialmente, a dominação do mercado, a limitação substancial da concorrência e a criação de barreira de entrada, o que constitui uma real ameaça aos lojistas e potenciais entrantes no mercado.³⁷

Nessa situação, caso o *Shopping Center* obtenha parcela considerável de mercado e faz uso da cláusula para suprimir a abertura de novas lojas pelos lojistas do empreendimento, estaria cometendo infração à ordem econômica. Com este efeito, estaria em primazia apenas o interesse individual do empreendedor, ignorando os interesses coletivos dos lojistas e consumidores em

³² FERREIRA, Renata da Silva. **A cláusula de raio nos contratos de Shopping Center**. TCC (Pós-graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 11-14.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2022.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ MAMEDE, Gladston. **Contrato de locação em shopping center: abusos e ilegalidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 109-110.

³⁶ SILVA, Roberta Pappen da. A Aplicação da Cláusula de Raio nos Contratos de Locação de Shopping Center. **Revista eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. p. 13-15.

³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640836/>. Acesso em: 21 mar. 2022. p. 435.

geral. Nessas circunstâncias, os atrativos aos consumidores seriam engessados, trazendo imobilidade ao mercado diante do monopólio criado.³⁸

Considerada uma restrição vertical, a cláusula de raio não deve ser classificada como ilícito *per se*, pois, baseada nas circunstâncias em que é aplicada, pode demonstrar fatores positivos e/ou negativos. Portanto, pode ser justificada pela eficiência econômica ao garantir o retorno de investimento do empreendimento, para coibir o efeito *free rider*³⁹, que consiste em condutas oportunista de lojistas para desviar a clientela do Shopping para outra loja em que teria menor ônus ao pagar a variável do aluguel do empreendimento, prejudicando inclusive os demais lojistas, e, por último, a preservação do *tenant mix*, que consiste no complexo de lojas que se torna um atrativo do *Shopping Center*.⁴⁰

Porém, mesmo considerando esses possíveis efeitos positivos, não devem ser ignorados os efeitos negativos. A preocupação concorrencial consiste no fechamento de mercado e a elevação nas barreiras de entrada no mercado afetado territorialmente pela cláusula, o que gera restrição na abertura de novas lojas e novos empreendimentos. Indo além, também pode representar uma restrição à livre concorrência e livre iniciativa do lojista, já que há limitação do direito de se instalar em outro local.⁴¹

Sendo claro que há potencialidade de prejuízos à concorrência, é preciso que haja uma contraposição com os benefícios alcançados com a medida. Como resultado da ponderação deve-se concluir pela proporção/razoabilidade entre e a área necessária para diminuir uma possível conduta oportunista por parte dos lojistas da área em que se buscou proteger da concorrência no raio estabelecido, sendo esta última excessivamente maior, há conclusão pela ilicitude da cláusula.⁴²

³⁸ HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. Cláusula de raio: violação ao princípio da livre concorrência. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 22 set. 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41024/clausula-de-raio-violacao-ao-principio-da-livre-concorrancia>. Acesso em: 30 mar. 2022.

³⁹ “Como sabido, o free-rider (“carona”) é o agente econômico que se aproveita de externalidades positivas de determinadas ações de terceiros, que deseja seus benefícios mas não está disposto a participar em seus custos.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640836/>. Acesso em: 21 mar. 2022. p. 435).

⁴⁰ DELUCA, Patrícia Serson. Cláusula de Raio em Contratos de Locação por Shopping Centers como Conduta Anticompetitiva: Metodologias de análise no contexto brasileiro. **Revista do IBRAC**, v. 22, n. 2. 2016. p. 19-21.

⁴¹ *Ibidem*, p. 19-21.

⁴² Nesse sentido: “Em uma abordagem simplificada, essa ponderação pode ser feita por meio da análise da dimensão do raio. Se este for muito pequeno, os prejuízos à concorrência serão proporcionalmente menores, mas os benefícios de se evitar que lojistas instalem uma loja ao lado do shopping center são proporcionalmente maiores, o suficiente para se concluir pela licitude da conduta. Se o raio for muito grande, os prejuízos à concorrência crescem conforme cresce a área protegida, enquanto os benefícios crescem proporcionalmente menos (porque o ganho do desvio do consumo é fixo e o custo de deslocamento do consumidor cresce com o raio). Como

Inclusive, cabe apontar que, a maior parte dos lojistas possuem pouco poder de barganha, dito isso, normalmente os shopping centers ficam em posição favorável ao negociar com lojistas que necessitam dos espaços nos empreendimentos para gerar um atrativo de consumo para seus produtos/serviços. Isso, por si só, já é capaz de gerar uma assimetria contratual, onde o empreendedor, normalmente, está em inequívoco poder de mercado e poder contratual, favorecendo a negociações desequilibradas dos contratos.⁴³

Nesse diapasão, para considerar como uma (i)licitude a análise deve se basear na regra da razão, utilizada nos casos analisados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Para isso, a razoabilidade seria um ponto de partida, sendo visualizada a circunstância material, territorial e temporal da cláusula, ou seja, obedecendo à essas circunstâncias de maneira razoável e justificável, não haveria abuso da posição dominante, vez que não produziria efeitos anticompetitivos capazes de gerar maiores prejuízos. Dessa maneira, se a cláusula tiver duração razoável para o retorno de investimento do empreendimento, não se utilizando de prazos indeterminados ou longos, manter um distanciamento apenas suficiente para impedir oportunismo por parte dos lojistas e não conter regras que extrapolem a atividade presente no *Shopping Center*, estaremos diante de uma cláusula razoável e que deve ser permitida.⁴⁴

Sobre a análise da cláusula de raio sob a ótica da regra da razão ou ser considerada um ilícito *per se*, importa traçar um paralelo para a diferenciação dos conceitos entre as duas formas técnico-jurídica. Enquanto na análise *per se* já se considera a ilicitude por objeto, ou seja, independente dos efeitos, já são classificadas como prejudiciais e por consequência considerada ilícita, não admitindo prova em contrário. Já a regra da razão, comporta a análise da (i)licitude pelo resultado produzido pela cláusula analisada, portanto, a análise pela ilicitude ou não da cláusula passa pela análise dos efeitos produzidos e se esses proporcionam uma restrição substancial e injustificável da concorrência.⁴⁵

consequência, há abstratamente uma determinada extensão do raio que torna o benefício e o custo sociais equivalentes, sendo raios menores admissíveis e raios maiores prejudiciais ao bem-estar do consumidor.” (AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. **Escola de Economia de São Paulo/FGV**, n. 264, jul. 2010. p. 26-28).

⁴³ CERVEIRA, D.; SOUZA, M. **Shopping center: limites na liberdade de contratar**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47-49.

⁴⁴ DELUCA, Patrícia Serson. Cláusula de Raio em Contratos de Locação por Shopping Centers como Conduta Anticompetitiva: Metodologias de análise no contexto brasileiro. **Revista do IBRAC**, v. 22, n. 2. 2016. p. 21-22.

⁴⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640836/>. Acesso em: 21 mar. 2022. p. 166-169.

Dessa maneira, o CADE, ao examinar de maneira técnica a cláusula de raio nesses aspectos, o órgão administrativo avalia suas externalidades positivas e negativas, aplicando a regra da razão para chegar à conclusão sobre quais parâmetros ela será lícita ou ilícita.

Com o amadurecimento das posições do CADE, foram estabelecidos alguns parâmetros na Nota técnica n° 144 e n°145 da Superintendência-Geral, pelo qual advoga no sentido de que a adoção dessa cláusula não configura um ilícito *per se*, defendendo a análise de cada caso com base na regra da razão, levando em consideração os aspectos espacial, temporal e material. Portanto, ficou consignado que quanto a extensão do raio da cláusula para ser razoável a aceitação deveria ser de até 2 km, sendo que nos casos em que os raios entre 2 km e 5 km devem ser aceitas se as circunstâncias especiais do mercado assim a justificassem um raio maior, já as cláusulas com raio superior a 5 km não deveriam ser aceitas. Acerca da duração, foi entendido que as cláusulas de raio devem de até 5 anos devem ser aceitas, e, caso ultrapassem esse período, devem ser consideradas as justificativas razoáveis para sua consignação. Quanto ao objeto, utilizaram dos votos proferidos pelo conselheiro Luís Fernando Rigato no âmbito do processo administrativo 08012.006636/1997-43, pelo qual se posicionou no sentido de que a restrição deve atingir apenas a marca instalada no empreendimento, e o voto do conselheiro relator Roberto Augusto Pfeiffer, no processo administrativo n° 08012.002841/2001-13, que constou seu voto no sentido de as cláusulas que incluíam acionistas e entes não envolvidos no controle da locatária são abusivas. Logo foi defendido que serão aceitas quando inclusos apenas controladores da locatária e suas controladas, a mesma marca estabelecida no empreendimento, sendo negada a licitude para as cláusulas que incluam marcas diversas, inclusive do mesmo ramo, e outros acionistas/sócios que não sejam controladores.

Com efeito, não deve ser imposta ao lojista uma barreira eterna de se abster de exercer sua atividade em outros locais, bem como estabelecer perímetro desproporcional, representando uma condição predatória de sua expansão e o congelamento do poder de escolha do consumidor.⁴⁶

De modo diverso, Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende a tese de que “tal cláusula é leonina, imposta pelo empreendedor sem que o lojista pudesse alterar ou modificar,

⁴⁶ FERREIRA, Renata da Silva. **A cláusula de raio nos contratos de Shopping Center**. TCC (Pós-graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 19-20.

deixando ao arbítrio do locador a possibilidade de se inaugurar novo estabelecimento próximo ao *shopping center*”.⁴⁷

Porém, a despeito da posição contratual assimétrica que pode existir entre o *shopping center* e o lojista, esta deve ser discutida também sob a perspectiva do direito concorrencial estar preocupado ou não com a relação contratual, uma vez que o aspecto contratual pode estar ligado apenas ao interesse privado das partes, podendo ser discutida judicialmente ou não, sendo do interesse do CADE apenas os efeitos anticoncorrenciais provocados pela cláusula entabulado no contrato, logo esse também é um questionamento que pode ser levantado.

Portanto, seguindo a legislação antitruste brasileira, para que a conduta seja enquadrada como infração à ordem econômica, a conduta deve ser uma das previstas nos incisos do artigo 36 da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (LDC) em conjugação com o §3º do referido dispositivo legal.⁴⁸

Além do enquadramento nas hipóteses dispostas na lei, é importante frisar que o empreendimento deve gozar de uma posição dominante e poder de mercado. Dito isso, a análise do mercado relevante leva em consideração o produto e o público atendido, bem como a posição geográfica do empreendimento e o quanto este consegue atender e atrair o público de determinada área que cerca o *Shopping Center*. Dessa forma, presente esse requisito, ao impor a cláusula o agente tem potencial para impedir a livre concorrência, prejudicando tanto concorrentes como também os consumidores. Fato que não deve ser admitido por causar danos à ordem econômica.⁴⁹

Contudo, exercer posição dominante no mercado relevante não é sinônimo de infringir à ordem econômica, mas sim o fato de se utilizar da posição para controlar a concorrência do mercado, seja limitando ou restringindo. Ademais, o agente pode agir de forma válida ao consignar mecanismos de defesa do empreendimento.⁵⁰

Estabelecidas algumas premissas de análise, podemos observar como o CADE se posicionou quando provocado para decidir sobre a validade da cláusula de raio em alguns casos

⁴⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Contrato de Shopping Center. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 187-227, 2002. p. 224.

⁴⁸ BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.

⁴⁹ SOUZA, L. M. Cláusula de Raio na Perspectiva do Direito Concorrencial: Decisões do CADE e reflexos nos tribunais. In: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; CASTRO, Matheus Felipe; BESTER, Gisela Maria. (Org.). **Direito e economia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 335-338.

⁵⁰ FERREIRA, Renata da Silva. **A cláusula de raio nos contratos de Shopping Center**. TCC (Pós-graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 21-22.

concretos. De início, podemos verificar que houve dois momentos diferentes em que foram julgados, sendo uma parte julgadas em meados de 2006 e 2007 e condenação da rede de *shoppings* Iguatemi⁵¹ e Center Norte⁵², e outra julgada em 2016, quando houve a condenação de vários *shoppings* e suas administradoras em Porto Alegre⁵³.

Em relação aos primeiros processos julgados destaca-se os votos proferidos pela conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcelos no caso do *Shopping* Iguatemi e o voto do conselheiro relator no âmbito do caso do *Shopping* Center Norte, que seguiram uma base de análise similares. Os votos dos presentes casos iniciaram por identificar a presença da condutada cláusula de raio nos contratos de locação do empreendimento, seguindo para a definição do mercado relevante (onde considerou o shopping center regional e a delimitação da área em que os consumidores estariam dispostos a percorrer) e do poder de mercado da representada que foi confirmado pelos votos. Seguindo, passaram a analisar a existência de barreiras de entrada provocadas pela restrição vertical da cláusula, concluindo pela existência de barreira de entrada para novos concorrentes no mercado. Por fim, buscou-se avaliar os efeitos negativos à concorrência e a ponderação entre os efeitos negativos e a racionalidade e justificativas econômicas nos casos em questão, sendo pontuado que a restrição a liberdade dos lojistas de ambos os *shopping centers* representou um custo social e anticoncorrencial superior ao benefício pretendido pela cláusula de raio, quais sejam o benefício social e a proteção do investimento realizado pelos *shoppings*, logo, concluíram por não haver razoabilidade entre seus efeitos negativos a concorrência e os efeitos positivos não restritos à esfera privada.

Diante dos votos aqui mencionados, fica clara a utilização da regra da razão para aferir a (i)licitude da cláusula de raio, submetendo ao princípio da razoabilidade, para assim, ponderar se, na prática restritiva, os efeitos anticompetitivos e possíveis benefícios alcançados pelas eficiência econômica são compensatórios. Portanto, ambos *Shopping Centers* foram condenados por infração à ordem econômica, sendo impostas multas percentuais em cima de seu faturamento e a imediata cessação da conduta nos contratos semelhantes.

Passado algum tempo após as decisões acima, o CADE enfrentou novamente o tema no âmbito do processo administrativo instaurado para verificar a possível ocorrência da prática

⁵¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo administrativo nº 08012.006636/1997-43**. Brasília, 1997.

⁵² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo administrativo nº 08012.002841/2001-13**. Brasília, 2001.

⁵³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46**. Brasília, 2007.

ilícita ou abusiva, por parte do Shopping Iguatemi de Porto Alegre e outros *shoppings* e suas administradoras em Porto Alegre, pela imposição da cláusula de raio nos contratos de locação ali entabulados com lojistas. Importante frisar ainda que, ao tempo do julgamento, a Superintendência-Geral já havia emitido o parecer nº144, pela qual busca elencar critérios para a análise da razoabilidade da cláusula.

Neste caso, o conselheiro relator Márcio de Oliveira Júnior optou por analisar o caso baseada na razoabilidade, fundada sob a regra da razão e os efeitos da conduta, sem seguir os parâmetros estabelecidos pela Superintendência-Geral. Seguindo o voto, passou a definir o mercado relevante de *shopping center* tradicional e a dimensão geográfica atendida, após, na identificação do poder de mercado das representadas, delineou alguns parâmetros como: (i) diante da ausência de negociação da cláusula, inclusive comprovada ante a aplicação iguais aos lojistas, portanto, confirmam a tese de cláusula de adesão; (ii) a imposição unilateral da dimensão do raio sem qualquer fundamentação que comprovasse ser razoáveis, inclusive por tempo indeterminado; (iii) o domínio sobre os direitos dos lojistas de abrirem novas lojas da mesma marca, ramo de atividade ou similares dentro do raio, promovendo uma escassez artificial de marcas e ramos de atividades; (iv) a assimetria entre os *shopping* e os lojistas, considerada as forças do empreendimento relacionado ao seu grande porte; (v) a imposição de multas vultosas em caso de descumprimento da cláusula pelo prazo indeterminado, funcionando como mecanismo coercitivo, gerando pressão anticoncorrencial; (vi) os vários efeitos anticoncorrenciais experimentados.

Por essas razões configuram o poder de mercado das representadas, e as mesmas razões serviram para caracterizar os efeitos anticoncorrenciais da cláusula. O CADE protagonizou a inversão do ônus da prova para que as representadas apresentassem justificativas plausíveis do ponto de vista jurídico-econômico, o que não foi feito, segundo o relator. Dentre os efeitos anticoncorrenciais apontados no caso, destaco a criação de monopólio e o fechamento de mercado pela limitação da oferta de bens relacionado de *shopping center*; o aproveitamento da posição dominante para controlar o mercado, elevando substancialmente a barreira de entrada para novos lojistas e *shoppings* concorrentes; a vigência ilimitada das cláusulas, passando de “lei entre as partes” para ser tornar “lei para o mercado”, desconfigurando o aspecto concorrencial; comportamento oportunista dos *shopping centers* ao promover tratamento discriminatório em relação aos lojistas de menor porte, sendo, na verdade, um instrumento de restrição seletivo; indisponibilizar artificialmente lojas para *shoppings* concorrentes, sem

observar ainda o mercado brasileiro onde há uma limitação de portfólio de lojas âncora e megalojas; e por último, a ausência de negociação das cláusulas.

Ao final, o conselheiro entendeu que houve a prática anticoncorrencial, importando em infração à ordem econômica, condenando as representadas ao pagamento de multa e determinada a exclusão das cláusulas de raio presentes nos contratos que regulem a relação entre lojista e shopping. Todos os conselheiros acompanharam o voto do relator. Única ressalva fica para o voto da Conselheira Cristiane Alkmin que, embora tenha acompanhado o relator em seu dispositivo, divergindo acerca da metodologia de análise, advogando no sentido de considerar a cláusula ilícita *per se*, apontando como principal motivo a análise do custo-benefício dos recursos públicos, buscando uma avaliação definitiva de sua aplicação.

Por fim, há o entendimento corrente tanto na doutrina como precedentes do CADE que, de fato, não há como concluir *per se* pela ilegalidade da cláusula de raio, portanto, a conclusão pela (i)licitude se dá após análise das circunstâncias de cada caso, considerando a posição do empreendedor e a defesa do interesse coletivo, neste incluídos os lojistas, consumidores e a própria concorrência, que devem ser justificadas de forma criteriosa, para assim serem capazes de contrabalancear os efeitos negativos. Logo, a análise casuística, pela regra da razão e a defesa da ordem econômica, apontará para uma decisão favorável ou não do uso da cláusula de raio.⁵⁴

Considerações finais

Com a análise realizada pelo presente estudo, podemos concluir que as questões atinentes a cláusula de raio nos contratos de *Shopping center*, são de relevância no debate em que esta apresenta no meio doutrinário, acadêmico e dos precedentes adotados pelo CADE. Estas, que devem permanecer em discussão, uma vez que tais cláusulas aparecem em diversos contratos de locação com lojistas e, também, os argumentos válidos tanto pela licitude, como também pela ilicitude no caso a caso da aplicação da cláusula.

Diante disso, considerando as características gerais das cláusulas de raio, o que elas visam e a racionalidade que fundamenta a sua aplicação, podemos concluir que não são consideradas como ilícito *per se*, pois decorre das características gerais do *shopping center* a proteção ao *tenant mix*, ao retorno de investimento realizado pelo empreendedor e o fim de evitar condutas oportunista de lojistas para desviar a clientela do empreendimento, conhecidas

⁵⁴ FERREIRA, Renata da Silva. **A cláusula de raio nos contratos de Shopping Center**. TCC (Pós-graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 18-19.

como *free rider*. E esses fundamentos serão válidos na medida em que se baseiem em limites razoáveis, para isso, respeitada as condições de tempo, espaço e objeto que tenham racionalidade econômica.

Por outro lado, há situações em que os efeitos negativos da cláusula ultrapassam o limite de razoabilidade, ensejando a contestação da sua imposição por suas medidas anticoncorrenciais, que se revelam pelo abuso do poder econômico, assimetria contratual na hora de negociar as condições dos contratos, fechamento de mercado, barreira de entrada para os lojistas e *shoppings* entrantes no mercado, limitação da livre-iniciativa e o engessamento do poder de escolha dos consumidores. Inclusive, a partir dessa problemática, podemos concluir que a cláusula de raio não pode ser analisada apenas sob o ponto de vista privado, mas sim com a prevalência do interesse público e institucional para a defesa da ordem econômica.

No entanto, o que podemos observar nos precedentes do CADE, é que a análise da cláusula de raio deve se basear na regra da razão, observando as particularidades de cada caso, a razoabilidade e as justificativas da imposição da cláusula de raio. Medida que nos parece como sendo a mais razoável, pois não se limita a apenas escolher argumentos de um lado como absoluto, quando, em verdade, os efeitos concorrenciais de cada caso vai nos direcionar para uma decisão, seja pela licitude ou ilicitude.

Da mesma forma, acreditamos ser útil o estabelecimento de parâmetros de análise da razoabilidade da cláusula, desde que esses parâmetros não sejam engessados ao ponto de não considerarem as particularidades de cada caso concreto, sendo estas de relevante importância para a conclusão da validade. Como exemplo, podemos citar a nota técnica emitida pela Superintendência-Geral, em que busca apresentar, por meio de disposições em quais aspectos espacial, temporal e material a cláusula seria permitida. Mas, sem renunciar à análise com base na regra da razão no caso concreto. Nesse caso, a iniciativa é em vinda, pois, além de aclarar de modo informativo aos empreendedores e lojistas, estabeleceria um mecanismo útil de análise.

Por fim, tem-se a perspectiva de que o CADE continuará se baseando no critério da regra da razão. Contudo, acredita-se que se tornará mais criteriosa ao analisar os casos concretos, haja vista o rigor em que a autarquia se debruçou no último caso julgado em 2016, inclusive invertendo o ônus da prova, para que as representadas no caso demonstrassem que as dimensões da cláusula de raio são razoáveis e respeitam a as normas constitucionais e concorrenciais.

Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Considerações sobre a cláusula de raio no direito brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 182-213, jul. 2017.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. **Escola de Economia de São Paulo/FGV**, n. 264, jul. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 8.245, de 12 de outubro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 14 mar. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial no 1.535.727**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em: 10 maio 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1510634&num_registro=201501306323&data=20160620&formato=PDF. Acesso em: 5 abr. 2022.

CERVEIRA, D.; SOUZA, M. **Shopping center: limites na liberdade de contratar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAGAS, Edilson E.; LENZA, Pedro. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595499/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Processo Administrativo nº 08012.012081/2007-48**. Parecer da Superintendência Geral. 2007. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS=JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-h7qVJ6I7ZuCVpZVrA40Czpj72OJSuNF1Oiu6rowM9forxCGe5SB24lf-fuApabAlgdy12kG_KcLp78pVZY27. Acesso em: 6 abr. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46**. Parecer da Superintendência Geral. 2007. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgS=JHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM_QM8ildUvXVTiuT0tHDdezC-aONutL3-_dHQI0-htIpfnlHdblo6p1Dn33mRUBdScqNTXNU_jYOjLFSOOQao0Y. Acesso em: 6 abr. 2022.

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

DELUCA, Patrícia Serson. Cláusula de Raio em Contratos de Locação por Shopping Centers como Conduta Anticompetitiva: Metodologias de análise no contexto brasileiro. **Revista do IBRAC**, v. 22, n. 2. 2016.

FERREIRA, Renata da Silva. **A cláusula de raio nos contratos de Shopping Center**. TCC (Pós-graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

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

HENRIQUE, Anne Cristiny dos Reis. Cláusula de raio: violação ao princípio da livre concorrência. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 22 set. 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41024/clausula-de-raio-violacao-ao-principio-da-livre-concorrencia>. Acesso em: 30 mar. 2022.

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

MORAES, M. A. L.; DUARTE, Raquel Bitu. O contrato de locação em shopping center e a cláusula de raio: restrições à livre concorrência?. **Revista de direito privado**. São Paulo, v. 18, 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640836/>. Acesso em: 21 mar. 2022.

SILVA, Roberta Pappen da. A Aplicação da Cláusula de Raio nos Contratos de Locação de Shopping Center. **Revista eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019.

SOUZA, L. M. Cláusula de Raio na Perspectiva do Direito Concorrencial: Decisões do CADE e reflexos nos tribunais. *In*: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; CASTRO, Matheus Felipe; BESTER, Gisela Maria. (Org.). **Direito e economia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

SOUZA, Leonam Machado de; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Cláusula de Raio sob a perspectiva do direito civil-empresarial. **Revista Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 68, p. 97-125. mar/maio. 2015.

TAUFICK, Roberto D. **Nova lei antitruste brasileira**. São Paulo: Almedina, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584932917/>. Acesso em: 5 abr. 2022.