

Cláusula de raio e cláusula degrau em contratos de shopping center: uma leitura sob o enfoque do princípio da autonomia privada e do direito concorrencial – Por João Carlos Adalberto Zolandeck

João Carlos Adalberto Zolandeck 05/10/2017

O presente artigo busca responder a três indagações feitas no artigo publicado nesta coluna em 14/09/2017, assim contextualizadas: *É legal a cláusula de “raio”? Como o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e o STJ têm interpretado o assunto? É legal a cláusula “degrau”?*

Ao firmar compromisso pela denominada *cláusula de raio*, comum em todas as locações em *shopping center*, o locatário/lojista assume a obrigação de não abrir outra loja do mesmo seguimento e características nos arredores do *shopping* cuja estrutura passou a integrar.

A justificativa decorre do entendimento sobre o negócio *shopping center*, isto porque há um grande esforço para a formação do fundo de comércio deste tipo de empreendimento, conforme análise feita por ocasião de outros artigos publicados nesta coluna.

Soma-se a isso o conceito de unicidade no sentido de que todos os empresários lotados no *shopping center*, sejam lojistas/locatários ou proprietários, desejam o sucesso de todos, ou seja, quanto maior o sucesso de determinado lojista, maior será o sucesso dos demais, diante da canalização de público para dentro da estrutura organizacional que possui um plano de *mix* diversificado, diferentemente do que ocorre com lojas de galeria ou lojas de rua.

O embate sobre a legalidade ou não da referida cláusula ainda é candente, estando em jogo, de um lado, o princípio da autonomia privada e, de outro, o direito concorrencial, o que se resolve pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade, considerando-se a particularidade de cada caso (o *shopping* em si e a cidade onde se localiza).

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já teve oportunidade de analisar, por mais de uma vez, questões dessa natureza, cabendo destacar o julgamento do processo administrativo sob n. 08012.012740/2007-46.

Naquela oportunidade, por ocasião do julgamento (sessão do dia 22/06/2016), embora não considerada ilegal, a cláusula em referência, pelas condições estabelecidas no pacto submetido à análise, foi considerada abusiva e com efeitos anticompetitivos^[1].

Analisando as razões de decidir do caso exemplo, foi possível perceber que o CADE não considera ilegal a cláusula de raio, mas, dependendo do contexto e do alcance, ela poderá afetar a concorrência.

Na balança entre a autonomia privada e o direito concorrencial, quando em choque, prevalece o último, considerando-se a defesa do interesse público, da coletividade e o próprio mercado.

Todavia entende-se que a cláusula de raio, quanto utilizada com ponderação e razoabilidade, levando-se em consideração o mercado e as características da cidade onde se localiza o *shopping center*, ao contrário de negar vigência ao direito concorrencial, é fruto do seu próprio conceito.

Nesse sentido é o entendimento do STJ, como se depreende da seguinte ementa: (...) *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. (...) O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do pacta sunt servanda, da função social da empresa e da livre concorrência de mercado* [2].

As razões anotadas no mesmo julgado afastam o argumento de que a cláusula de raio prejudicaria os consumidores ao sustentar que “*não se vislumbra o alegado prejuízo genérico aos consumidores delineado pelo Tribunal a quo, uma vez que, o simples fato de não encontrar em todos os shopping centers que frequenta determinadas lojas não implica em efetivo prejuízo, pois a instalação dos lojistas em tais ou quais empreendimentos depende, categoricamente, de inúmeros fatores sociais, econômicos*”.

Depreende-se que o julgado levou em consideração o fim econômico do próprio negócio, a autonomia privada, a prevalência da livre iniciativa, a função social da empresa e a livre concorrência de mercado para declarar a legalidade da cláusula de raio.

É importante notar o efeito prático do compromisso. Na hipótese de ausência da cláusula de raio, o locatário/lojista instalado em um determinado *shopping* poderá inaugurar uma nova unidade nos arredores, desviando a clientela da respectiva estrutura. Tal fato prejudica o empreendedor proprietário, por impactar no aluguel complementar incidente sobre o faturamento, bem como os demais lojistas, pela perda de potencial público consumidor, caracterizando o desvio de clientela e, portanto, desvio de faturamento.

Na maioria das cidades considera-se razoável o estabelecimento de um raio que não ultrapasse dois mil metros (2 km), todavia cabe ressaltar que apenas o caso concreto definirá os contornos e a extensão desse compromisso.

Feitas as ponderações sobre a cláusula de raio, cabe analisar a chamada **cláusula de grau**. Por essa cláusula se estabelecem valores locatícios em escalas e em ordem crescente para os diferentes períodos do contrato. Assim o valor locatício poderá ser diferente para diferentes períodos do contrato, em escalas ou de grau em ordem crescente, sucessivamente até o termo final do pacto.

Cabe esclarecer que não se trata de valores diferentes em razão de reajuste do locatício, mas diferentes patamares por atribuição, acordo e definição no pacto inicial ou em aditivo contratual.

Tanto no contrato com cláusula degrau como naquele desprovido dela, será permitido o reajuste pela aplicação de correção monetária na periodicidade estabelecida por lei, pelo índice estabelecido no contrato ou por índice substituto, com amparo no princípio da autonomia privada e demais princípios já declinados, sustentadores do tipo especial de negócio que gravita em torno do conceito de *shopping center*.

É importante reiterar os argumentos lançados em artigos anteriores, no sentido de que esse arranjo contratual não se aplica a outras estruturas jurídicas não caracterizadas no modelo *shopping center*, pelas razões lá consignadas.

Conclui-se que tanto a cláusula de raio como a cláusula degrau, ajustadas com racionalidade e razoabilidade, têm plena harmonia com o princípio da autonomia privada, com a prevalência da livre iniciativa, com a função social da empresa, com a livre concorrência e em última análise com o fim econômico do próprio negócio, nos termos do julgado acima, utilizado para dar sustentação ao raciocínio adotado no texto.

Notas e Referências:

[1] <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-discute-clausulas-de-raio-em-contratos-de-shopping-centers>. Na respectiva notícia há destaque para a seguinte posição do Relator Marco de Oliveira Junior, no processo administrativo que tramitou no CADE: “*Essas restrições foram estipuladas pelos shoppings a lojistas de forma arbitrária, sem qualquer fundamentação em lógicas concretas de mercado que demonstrassem algum tipo de racionalidade econômica. Logo, sem qualquer justificativa e com escopo tão amplo, as cláusulas de raio apresentadas nos autos são manifestamente anticompetitivas e devem ser punidas*”.

[2] (REsp 1535727/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 20/06/2016).

Imagem Ilustrativa do Post: Kassel-_9855a-sm // Foto de: Julian Stallabrass // Sem alterações

Disponível em: <https://www.flickr.com/photos/slowkodachrome/8300963078>

Licença de uso: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

O texto é de responsabilidade exclusiva do autor, não representando, necessariamente, a opinião ou posicionamento do Empório do Direito.