

Cláusula de Raio Sob a Perspectiva do Direito Civil-Empresarial

Leonam Machado de Souza

Pós-graduado em Direito pela EMERJ. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado.

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Expositor convidado na EMERJ. Professor associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ e do programa de pós-graduação stricto sensu da UERJ.

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiram os primeiros *shopping centers*, em decorrência da migração da população das cidades norte-americanas para os subúrbios. No Brasil, o primeiro *shopping center* foi inaugurado em meados da década de 60.

Nos contratos de *shopping center*, o vínculo entre o empreendedor e o lojista se dá através de contrato de locação. Deve-se mencionar que há a possibilidade de organização dos *shopping centers* sob a forma de condomínio ordinário ou horizontal e, ainda, sob a forma de uma sociedade. Hipótese em que o vínculo entre as partes não será firmado por contrato de locação. No entanto, neste trabalho será analisado o *shopping center* constituído pelo empreendedor, como único proprietário do espaço físico, e os lojistas (locatários).

No contrato de locação em *shopping centers*, por expressa previsão legal no artigo 54 da Lei nº 8.245/91, devem prevalecer as condições livremente pactuadas entre as partes. Contudo, o princípio da *pacta sunt servanda* que prevaleceu após a Revolução Francesa, em razão da ascensão da burguesia ao poder, que queria limitar a ingerência do Estado sobre os seus negócios, perdeu espaço no neoliberalismo. Percebeu-se que a liberdade exacerbada produzia desigualdades formais. Dessa forma, em meados do século XIX, o Estado volta a interferir no âmbito das relações privadas.

O Código Civil de 1916 foi fortemente influenciado pelo individualismo. Não obstante, o Código Civil de 2002 se ajustou à nova ordem social. Por conseguinte, as cláusulas dos contratos, inclusive de *shopping centers*, podem ser contestadas judicialmente e administrativamente, elas não são lícitas simplesmente por terem sido previstas com base na liberdade contratual das partes.

A cláusula de raio prevista nos contratos de locação em *shopping centers* impede os lojistas, além de seus sócios ou parceiros, de constituírem uma filial ou uma sociedade empresária, em regra, do mesmo ramo da existente no *shopping center*, a uma distância em torno de 2.000 metros ou no espaço equivalente ao tempo de deslocamento de 15 minutos do empreendimento, independente do meio de transporte utilizado. Esta tem como objetivo impedir que o *shopping center* deixe de se beneficiar com as externalidades de tráfego no empreendimento produzida por cada lojista e, dessa forma, garantir a manutenção do poder de atração do *tenant mix*.

Nesta pesquisa será analisado se esta cláusula presente nos contratos de locação em *shopping centers* no Brasil pode ser considerada ilícita ou abusiva.

O objetivo deste artigo é analisar se a cláusula de raio pode ser considerada ilícita por ferir a boa-fé objetiva e pelo fato de o contrato de locação em *shopping center*, em regra, consistir em um contrato de adesão. Desse modo, será verificado em que consiste o exercício da atividade econômica *shopping center*, bem como a forma de constituição do vínculo entre os lojistas e o empreendedor e algumas das cláusulas que são inerentes a esse contrato, sob pena de descaracterizar a própria atividade *shopping center*, caso sejam excluídas.

Além dessa investigação, a cláusula de raio será estudada desde a origem, como forma de buscar argumentos a sua presença nos contratos atuais.

Esta pesquisa adota o método dedutivo, realizado a partir de pesquisa bibliográfica, levantamento de doutrina e artigos em periódicos sobre o tema, aliado ao estudo da legislação nacional. Além disso, foi realizada a análise de uma cláusula de raio prevista no contrato de locação em *shopping center* que se teve acesso.

1. ASPECTOS GERAIS DOS SHOPPING CENTERS

Os *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial, momento em que a população passou a se concentrar nos subúrbios das grandes cidades.¹ Inicialmente, consistiam em “[...] *malls* a céu aberto, lojas com espaços exclusivos para circulação de consumidores, oferecendo, ainda, estacionamento circundando as lojas”.² No ano de 1950 surgiu

[...] "o primeiro *shopping center* que realmente apresenta as características básicas do empreendimento como hoje delineado. Nos Estados Unidos da América, mais precisamente, num subúrbio de Seattle, inicia-se um projeto de grandes dimensões, *mall* aberto, lojas âncoras e satélites, trazendo o aluguel calcado com base no lucro obtido pelo lojista".³

Posteriormente, os *shopping centers* se espalharam pelos Estados Unidos e a concepção desse tipo de centro de compras influenciou todo o mundo.⁴

No Brasil os *shopping centers*, de modo diverso dos Estados Unidos, surgiram em áreas de alta densidade demográfica, cuja população detinha alto poder aquisitivo. O primeiro *shopping center* brasileiro foi inaugurado em 1966, em São Paulo: *Shopping Iguatemi*.⁵ “Todavia, é na década de 80 que se verifica a expansão da indústria do *shopping center* em larga escala.”⁶

1 MIGUEL, Paula Castello. "Contratos de 'shopping center'". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XXXVI, jul./set., 1997, p. 139.

2 *Ibid.*, p. 139.

3 *Id.*

4 *Id.*

5 *Ibid.*, p. 140.

6 *Id.*

"Tem-se nos anos 90 um novo impulso no setor. Os resultados obtidos pelos empreendimentos lançados na década passada, a estabilidade da moeda, e a grande participação dos fundos de pensão na formação do empreendimento impulsionam esta indústria que não pára de crescer no país."⁷

Atualmente são 495 *shopping centers* no Brasil, de acordo com a Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE)⁸, que

[...] "considera shopping center os empreendimentos com Área Bruta Locável (ABL), normalmente, superior a 5 mil m², formados por diversas unidades comerciais, com administração única e centralizada, que pratica aluguel fixo e percentual. Na maioria das vezes, dispõe de lojas âncoras e vagas de estacionamento compatível com a legislação da região onde está instalado."⁹

O *tenant mix* é constituído de acordo com o estudo de viabilidade econômica realizado previamente à construção do *shopping center*. Por ser fundamental para a atração da clientela, o empreendedor visa preservar o *tenant mix* e, nesse sentido, a cláusula de raio é um dos mecanismos do qual ele se vale para manter o *tenant mix* atrativo.

A ABRASCE classifica o mix do empreendimento em cinco modalidades: 1) lojas âncoras; 2) megalojas; 3) lojas satélites; 4) conveniência/serviços; 5) lazer.¹⁰ As lojas âncoras ocupam uma área normalmente superior a 1.000m² e atraem um grande fluxo de pessoas, por exemplo, loja de departamentos, hipermercado, concessionárias, academias, artigos esportivos. As megalojas caracterizam-se pela área ocupada entre 500m² a 999m², em regra são lojas que comercializam uma linha de mercadoria em larga escala. As lojas satélites atuam no vestuário e acessórios em área inferior a 500m², também enquadram-se nessa categoria as lojas que compõem a praça de alimentação, como docerias, lanchonetes, pizzarias e restaurantes.¹¹

7 Id.

8 ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/grandes-numeros>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

9 ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

10 ABRASCE. Disponível em: <http://www.portaldoshopping.com.br/Central/Content/UploadedFiles/Arquivos/PDF/2009_Plano_de_Mix_Abrasce.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

11 Id.

Na categoria conveniência e serviços, enquadram-se como conveniência as lojas de vinhos, *delicatessen*, alimentos especiais, câmbio, farmácias e como serviços “enquadram-se as lojas prestadoras de serviços, sem que haja venda de mercadorias propriamente ditas. Inclui Universidades, Faculdades e/ou qualquer outra instituição de ensino ou cursos (línguas, informática, etc)”.¹² Na categoria lazer entram os cinemas, casas de shows, diversões (parques/videogames), boliche, mesmo que ocupem área superior a 1.000m² e atraiam um grande fluxo de pessoas para o empreendimento.¹³

A localização do *shopping center* também é objeto de estudo minucioso. Ela “[...] está diretamente relacionada com seu público-alvo. Em função dos frequentadores potenciais será este localizado em uma área de grande movimento ou em lugar de fácil acesso, ainda que mais afastado”,¹⁴ fator que vai determinar a abrangência da cláusula de raio.

O vínculo entre o empreendedor e o lojista se dá por meio de contrato de locação. Contudo, não se trata de um mero contrato de locação não residencial, tendo em vista que o empreendimento *shopping center* não consiste em um simples negócio imobiliário.

O contrato de locação em *shopping center* é formado, em regra, por três partes:

- a) **o empreendedor ou proprietário ou desenvolvedor (ou locador)**, que é a pessoa física ou jurídica que planeja, organiza, constrói e desenvolve o centro comercial;
- b) **o lojista** [ou locatário] [...] que é a pessoa física ou jurídica que explora o espaço comercial. Os lojistas estão congregados na associação de lojistas, representando seus interesses;
- c) **a administradora**, que pode dissociar-se do empreendedor e que é a empresa contratada para exercer a administração, total ou parcial, do *shopping center*.¹⁵

12 Id.

13 Id.

14 MIGUEL, *op. cit.*, p. 144.

15 SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários à lei do inquilinato**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 345.

A Lei nº 8.245/1991 trata no artigo 54 do contrato de locação celebrado entre os lojistas e o empreendedor de *shopping center*. O dispositivo prevê que nesses contratos prevalecerão as condições livremente pactuadas entre as partes. No entanto, isso não significa que a vontade das partes é ilimitada. Ao contrário, ela encontra limites na função social do contrato (art. 421, CC) e na vedação ao abuso do direito (art. 187, CC).

Ademais, como se trata de um contrato relacional¹⁶, onde o lojista e o empreendedor se unem com o objetivo de obter lucros e maximizá-los, o sucesso da atividade empresarial de cada um deles está relacionado à atuação do outro. Sendo assim, além da cláusula geral da função social, aplica-se ao contrato de locação em *shopping center* a cláusula geral da boa-fé objetiva. Esta deve ser observada em todos os contratos, como expresso no artigo 422 do Código Civil. No entanto, como o contrato relacional é marcado pela cooperação entre as partes, o princípio da boa-fé objetiva ganha destaque, tendo em vista que o dever de cooperação já decorre da mera aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Os contratos de locação em *shopping centers* tendem a ser duradouros, pois só desta maneira o lojista e o empreendedor conseguem atingir o objetivo da relação contratual: conquistar a clientela para auferir lucros. Por se tratar de um contrato duradouro e relacional

"Avulta, então, a importância adquirida no vínculo pelos deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, matriz dos deveres contratuais de cooperação. [...] Em suma: embora atue o princípio da boa-fé em quaisquer contratos, nas relações duradouras e marcadas pela relacionalidade – que implicam atividade de colaboração em alto grau -, a sua eficácia é mais intensa, já que a colaboração é funcionalizada à consecução da própria finalidade perseguida pelo contrato."¹⁷

Logo, por ser o contrato de locação em *shopping center* um contrato relacional suas cláusulas devem ser interpretadas tendo em vista o interesse comum das partes. Ademais, deve-se ter como foco a colaboração entre elas, impregnada nesse tipo contratual. Essa característica diferen-

16 O contrato relacional é marcado pela cooperação entre as partes contratantes. No contrato de locação em *shopping center* o empreendedor e o lojista tem o objetivo de obter lucros. Para isso, é preciso atrair a clientela; é justamente na atração da clientela que se vislumbra a cooperação entre as partes.

17 MARTINS-COSTA, Judith. "A relação contratual de *shopping center*". *Revista do Advogado*. Ano XXXII, n. 116, jul., 2012, p. 113/114.

cia os contratos de locação em *shopping center* dos contratos de locação não residencial em geral, pois estes não são marcados pela colaboração ativa entre partes. Contudo, o fato de o contrato de locação em *shopping center* ser marcado pela relacionalidade não retira dele a possibilidade da existência de possíveis conflitos entre as partes com o objetivo de prevalecer interesses individuais que, mesmo diante da colaboração entre elas, continuam existindo.¹⁸

Portanto, como a relação entre os lojistas e o empreendedor é de cooperação, os interesses do empreendimento devem estar em harmonia com os interesses dos lojistas considerados coletivamente. Nesse sentido afirma Fábio Konder Comparato: “Entre os interesses globais do *shopping center* e um interesse particular de lojista do centro, pode haver conflito, que deve ser resolvido, normalmente, pela submissão do interesse particular ao interesse comum, como nas organizações associativas ou societárias”.¹⁹

Desse modo, os lojistas, ao celebrarem o contrato de locação com o empreendedor, assumem o compromisso de ingressar na associação dos lojistas, sob pena de rescisão do contrato caso não o façam. O contrato também será rescindido, independentemente de notificação ou interpeção, se o lojista deixar de participar da associação ao longo do cumprimento do contrato. O estatuto da associação dos lojistas integra o contrato de locação em *shopping center* propriamente dito.

Além do estatuto da associação dos lojistas, integram o contrato de locação em *shopping centers* propriamente dito o regimento interno e a escritura declaratória de normas gerais. O regimento interno traz regras regulamentares, de cunho administrativo, para que seja assegurada a ordem no *shopping center*, tais como “[...] carga e descarga de produtos, entrada de funcionários, acesso ao *shopping* fora de horário de funcionamento e outras”.²⁰ A escritura declaratória de normas gerais prevê as regras de organização e funcionamento do empreendimento. Os lojistas se vinculam a elas (regimento interno e normas gerais) ao firmarem o contrato de locação com o empreendedor.

18 MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 112.

19 COMPARATO, Fábio Konder. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. “As cláusulas de não-concorrência nos *shopping centers*” Ano XXXIV, nº 97, jan./mar., 1995, p. 26.

20 MIGUEL, *op. cit.*, p. 163.

Dentre as características inerentes ao contrato de locação em *shopping centers* está a *res sperata*, que consiste no pagamento realizado pelo lojista durante a construção do *shopping center* com o intuito de assegurar o espaço no *shopping center* e viabilizar a construção do empreendimento. Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

"O idealizador do **shopping center** promove a viabilidade econômica do empreendimento, os estudos técnicos, projeto, localização e aparelhamento da área, construção, **tenant mix** das lojas – e tudo isto, que lhe exige dispêndios financeiros, oferece aos candidatos. Em contraprestação, obrigam-se estes a pagar-lhe, até que a edificação esteja concluída, uma prestação periódica (normalmente mensal), tendo como causa jurídica e econômica a segurança de uma localização no conjunto e as vantagens que a realização do **shopping center** lhes proporcionará. Economicamente, será inviável a realização se não pulverizar a contribuição entre os interessados."²¹

Outra peculiaridade do contrato de locação em *shopping center* é a fixação do aluguel variável. Esta previsão é legal tendo em vista que o aluguel não precisa ser determinado, basta que seja determinável. Sendo assim, adota-se um valor mínimo para pagamento pelo lojista e um percentual sobre o faturamento bruto. Caso o percentual sobre o faturamento ultrapasse o valor do aluguel mínimo, o valor do aluguel equivalerá a esse percentual, ao contrário, se for abaixo, o locatário pagará o valor do aluguel mínimo estipulado no contrato.

Os contratos também preveem, em regra, o pagamento do aluguel mínimo em dobro no mês de dezembro (13º aluguel), sem prejuízo de se considerar o percentual sobre o faturamento bruto. Essa cláusula existe e justifica-se em razão de o empreendimento *shopping center* não ser um negócio estritamente imobiliário: o *shopping center* consiste em um estabelecimento, o empreendedor exerce atividade própria de empresário e tem como obrigação se esforçar para manter o *tenant mix* do *shopping center* atrativo. Logo, é razoável que no mês de dezembro, indiscutivelmente o mês de maior vendas, o empreendedor aufera um lucro maior.

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. "Shopping Centers: organização econômica e disciplina jurídica". *Revista dos Tribunais*. Ano 73, v. 580, 1984, p. 19.

Desarrazoado seria o empreendedor prever um aluguel mínimo ao longo do ano que inviabilizasse a atividade econômica do lojista.

Em razão do parâmetro de fixação de aluguéis deve haver no contrato previsão de fiscalização do caixa do lojista pelo locador. Do contrário não haveria como o locador controlar o pagamento do aluguel sobre o faturamento, que poderia ser facilmente burlado pelo locatário.

Como forma de preservar o *tenant mix* do *shopping center*, o locatário não pode mudar de ramo, bem como não pode ceder o contrato, tendo em vista que o *tenant mix* não se relaciona somente à diversidade de produtos ofertados, mas à qualidade desses produtos e bom atendimento.

Os contratos de locação celebrados entre o empreendedor e os lojistas compõem o estabelecimento *shopping center*. Os lojistas, considerados individualmente e em conjunto, bem como o empreendedor, são responsáveis pela atração da clientela para o *shopping center*. Por conseguinte, é natural que o empreendedor queira impedir que os lojistas que integram o *tenant mix* do *shopping center* de propriedade dele se instalem nas áreas adjacentes. Dessa forma, nas normas gerais complementares haverá, em regra, a previsão da cláusula de raio, que deverá ser observada por todos os lojistas que desejarem ingressar no *shopping center*.

2. ASPECTOS GERAIS DA CLÁUSULA DE RAIOS

A cláusula de raio surgiu anteriormente aos *shopping centers* com a finalidade de proteger o locador. De acordo com Pedro Paulo Salles Cristofaro:

"A origem dessas cláusulas precede à existência da indústria dos *shoppings centers*. As primeiras cláusulas de raio surgiram nos Estados Unidos na época da depressão econômica dos anos 30 do século passado, quando proprietários de imóveis passaram a admitir o pagamento de aluguéis calculados com base na receita bruta dos locatários, seja como forma de atrair lojas de departamento para áreas menos valorizadas das cidades, seja como meio de reduzir as despesas fixas do comerciante em dificuldades. A fixação de um aluguel variável, limitado a um determinado percentual da receita do locatário, seria uma

forma de reduzir os riscos do locatário, facilitando-lhe a celebração do contrato de locação. [...] [Portanto] As cláusulas de raio foram incluídas em tais contratos de locação como um mecanismo de defesa dos proprietários, para proteger a integridade do aluguel percentual contra a possibilidade de desvio do faturamento pelo locatário para outro estabelecimento similar. Em contrapartida ao risco assumido pelo locador, ao vincular sua própria remuneração ao faturamento percebido pelo locatário, o locatário se obrigaria a concentrar seus maiores esforços no sucesso do estabelecimento locado."²²

Logo, a cláusula de raio equivaleria a uma contrapartida ao risco assumido pelo locador.

"Quando, na década de 1950, os primeiros *shopping centers* surgiram nos Estados Unidos, as cláusulas de raio logo foram incorporadas a seus contratos de locação e passaram a estar presentes nos respectivos modelos de contratos, tão comuns naquele país. A identificação entre cláusulas de raio e *shopping centers* foi tão intensa que, em algumas publicações, a expressão *shopping center* foi incluída na própria definição de cláusula de raio."²³

No Brasil, as cláusulas de raio também foram incorporadas ao contrato de locação em *shopping center*. João Augusto Basilio afirma que ela abrange a área de até dois quilômetros do *shopping center*.²⁴ Daniel Cerveira define a cláusula de raio como a

[...] "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)."²⁵

22 CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. "As cláusulas de raio em *shopping centers* e a proteção à livre concorrência". *Revista de Direito Renovar*. V. 36, set./dez., 2006, p. 49/50.

23 *Ibid.*, p. 50.

24 BASILIO, João Augusto. *Shopping centers*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 115.

25 CERVEIRA, Daniel Alcântara Nastro; SOUZA, Marcelo Dornellas. *Shopping Center: limites na liberdade de contratar*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92.

Em regra a cláusula de raio visa proibir que o locatário se estabeleça fora do *shopping center* dentro de um raio aproximado de 2 (dois) quilômetros do empreendimento ou dentro do período de 15 minutos de deslocamento. Em áreas cuja densidade demográfica é maior, como em grandes cidades que, no geral, sofrem com congestionamentos, o raio de abrangência da cláusula tende a ser menor. No entanto, em áreas em que a população se desloca com maior facilidade, o raio considerado tende a ser maior. Em síntese, a cláusula de raio tende a variar de acordo com o tempo de deslocamento para se chegar até o empreendimento.

No aspecto material, a cláusula de raio, em regra, atinge os sócios ou parceiros do locatário. Nas normas gerais do contrato de um *shopping center* ao qual se teve acesso, a cláusula de raio está assim redigida:

"4.5) - As DECLARANTES reservam-se no direito de rescindir ou rescindir qualquer contrato de locação, se a locatária, sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que explore o mesmo ramo de atividade por ela exercida ou vier a utilizar o mesmo nome fantasia por ela adotado em qualquer de suas lojas no shopping center, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique situado a uma distância inferior a 2.000m (dois mil metros lineares), de qualquer ponto do prédio do shopping center, distância essa considerada em linha reta, até o eventual e novo estabelecimento do locatário; 4.5.1) – As disposições contidas nesta cláusula estendem-se às empresas ou firmas de que os sócios das sociedades locatárias do shopping center participem ou venham a participar, direta ou indiretamente, como quotistas ou acionistas, na condição de controladores ou majoritários, ou através de franqueados, desde que se tratem de firmas ou franquias que explorem as mesmas atividades por ela[s] exercidas no shopping center;"²⁶

A redação da cláusula não é idêntica em todos os contratos. “Em alguns contratos, a restrição se limita às partes contratantes, em outros se estende a outras sociedades sujeitas a um mesmo controle. Também o

26 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0> > Acesso em: 02 mar. 2014.

raio estipulado pelas partes varia muito, em função do tipo de empreendimento, das partes contratantes, do local do imóvel etc".²⁷

No caso do contrato de locação mencionado *supra*, no que pese haver uma norma padrão prevista nas normas gerais complementares, há a possibilidade de ajustar a cláusula de raio no momento da celebração do contrato. Por exemplo, no contrato celebrado com uma das locatárias, em 02 de dezembro de 2010, a cláusula de raio foi ajustada nos seguintes termos:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – O item 4.5 da Escritura Declaratória de Normas Gerais vigorará, durante todo o prazo contratual, com a seguinte redação: As DECLARANTES reservam-se o direito de resilir ou rescindir qualquer contrato de locação, se os LOCATÁRIOS, sem a prévia concordância escrita das DECLARANTES, vier a abrir outro estabelecimento comercial, sede ou filial, que explore o mesmo ramo de atividade por ela exercida ou vier a utilizar o mesmo nome fantasia por ela adotado em qualquer de suas lojas no Shopping Center, desde que esse estabelecimento, sede ou filial, fique situado a uma distância igual ou inferior a 400 (quatrocentos) metros lineares, de qualquer ponto do prédio do *Shopping Center*, distância essa considerada em linha reta até o eventual e novo estabelecimento do locatário, sendo certo, outrossim, que tal disposição não se aplica a outros Shoppings Centers que porventura estejam ou venham a estar dentro desta distância."²⁸

O empreendedor, ao proibir a abertura de novo estabelecimento no raio de 400m somente no comércio de rua, visa manter o potencial que cada lojista possui em atrair clientes para o *shopping center*, além de impedir que o lojista burle o aluguel percentual com a abertura de uma loja próxima, porque o raio de 400m poderia ser facilmente percorrido pelo consumidor a pé. Sendo assim, o lojista poderia manter uma loja com pouco estoque no interior do *shopping center* para se aproveitar das externalidades do empreendimento e, ao mesmo tempo, "obrigar" o cliente a comprar na loja de rua.

27 LOBO & IBEAS ADVOGADOS. "Aspectos jurídicos em *shopping centers*". São Paulo: Abrasce – Associação Brasileira de Shopping Centers, 2011, p. 87.

28 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0>> Acesso em: 02 mar. 2014.

Como a redação da cláusula de raio não é idêntica, devem-se traçar diretrizes para analisá-la e concluir acerca da abusividade ou não da cláusula de raio, bem como se é lícito o fim perseguido pelo empreendedor ao estipulá-la: proteção do estabelecimento *shopping center*.

3. CLÁUSULA DE RAIOS ANALISADA SOB O PRISMA DA LIBERDADE CONTRATUAL ASSEGURADA PELO ARTIGO 54 DA LEI Nº 8.245/91

O liberalismo foi um período marcado pelo individualismo; época em que a burguesia em ascensão quis limitar o controle do Estado sobre os seus negócios. Portanto, o direito priorizava a liberdade no âmbito contratual e a força obrigatória dos contratos. De acordo com André Soares Hentz:

"A concepção tradicional de contrato, baseada na autonomia da vontade, na obrigatoriedade e na relatividade de seus efeitos refletia a realidade sócio-econômica do liberalismo. Procurava-se garantir a igualdade entre as partes contratantes para que elas pudessem estabelecer livremente as cláusulas do pacto, cabendo ao Estado tão-somente a função de estabelecer as regras da liberdade privada, sem que houvesse qualquer interferência nas contratações."²⁹

No entanto "A partir da segunda metade do século XIX verificou-se que o modelo clássico de contrato, ao invés de garantir a livre manifestação da vontade dos contratantes, passou a escravizar a parte social ou economicamente mais fraca".³⁰ A desigualdade formal das partes contratantes levou à necessidade de interferência do Estado na liberdade contratual dos indivíduos. Desta maneira, o Estado passou a interferir no conteúdo e no cumprimento dos contratos com a previsão de normas de ordem pública que devem ser observadas durante todas as fases contratuais. Desse modo, "Pode-se dizer que o dirigismo contratual restringiu a autonomia da vontade dos contratantes, na medida em que foram elaboradas normas de ordem pública que fixaram princípios mínimos norteadores para a sua validade e eficácia".³¹ Como afirma Arnaldo Wald:

²⁹ HENTZ, André Soares. *Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002*: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Juarez de Oliveira, 2007, p. 57.

³⁰ HENTZ, *op. cit.*, p. 63.

³¹ *Ibid.*, p. 64.

"Não desaparecem [...] nem a autonomia da vontade, nem a liberdade de contratar, mas ambas mudam de conteúdo e de densidade, refletindo a escala de valores e o contexto de uma sociedade em constante evolução, bem como de um Estado que precisa e deve ser eficiente por mandamento constitucional (art. 37, caput, da Constituição Federal, com a redação da EC nº 19/98)."³²

A liberdade contratual é um princípio assegurado pelo ordenamento jurídico. No entanto "Limites para a liberdade de contratar existem e aparecem na medida das necessidades de promover a convivência entre agentes em sociedade".³³ Por isso, as partes ao celebrarem os contratos devem se ater "[...] aos valores essenciais do ordenamento - valores, esses, determinados pelos princípios, pelas normas imperativas ou cogentes, pela ordem pública e também por valores sociais que se ajustam aos anseios da comunidade a cada momento".³⁴ A liberdade contratual, então, não deve ser interpretada de modo absoluto. Ademais, conseqüentemente, o poder conferido às partes para contratar, autonomia privada, submete-se as mesmas restrições, tendo em vista que a autonomia privada e a liberdade contratual, se não são sinônimos, ao menos se complementam.

A interferência do Estado no âmbito contratual, ao contrário do que possa parecer, não ameaça a existência do contrato, "[...] garante a sua sobrevivência, da mesma forma que a intervenção do Estado garante o sistema de livre mercado".³⁵ O Estado tem a função de "[...] alcançar o equilíbrio nas relações privadas",³⁶ tendo em vista que: "O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso".³⁷

32 WALD, Arnaldo. "O interesse social no direito privado". **Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região**. Nº 77, mai./jun., 2006, p. 136.

33 SZTAJN, Rachel. "Função social do contrato e direito de empresa". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLIV, jul./set., 2005, p. 38.

34 *Ibid.*, p. 38.

35 GONÇALVES, Priscila Brolio. "A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro". 2008. 341 p. Tese (Doutorado em direito), sob orientação do professor doutor Calixto Salomão Filho. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p.104.

36 CERVEIRA; SOUZA, *op. cit.*, p. 119.

37 AZEVEDO, Antonio Junqueira. "Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual". **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 750, abr., 1998, p. 120.

Como forma de limitar a autonomia privada, o Código Civil recepcionou no artigo 421 a cláusula geral da função social dos contratos e no artigo 422 a cláusula geral da boa-fé objetiva.³⁸ De acordo com Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas: “As cláusulas gerais caracterizam-se como normas de ordem pública aplicáveis a todas as relações, sem distinção e independente de provocação”.³⁹

O artigo 54 da Lei nº 8.245/91, como mencionado, estabeleceu que nos contratos de locação em *shopping center* devem prevalecer as cláusulas livremente estipuladas entre as partes. Deste modo, a cláusula de raio seria justificada pela liberdade contratual assegurada a todos os contratantes de forma geral e, no caso específico do contrato de locação em *shopping center*, reforçada pelo artigo citado. No entanto, apesar de, *a priori*, ser permitida a estipulação da cláusula de raio, ela, para ser considerada lícita, não poderá ferir os valores essenciais do ordenamento. Nesse sentido Daniel Cerveira e Marcelo Dornellas observam:

"Os contratos de *shopping centers*, e não poderia ser diferente, também devem subsumir-se a esse novo sistema, independente de sua natureza jurídica, visto que, seja qual for seu enquadramento, trata-se, definitivamente, de contratos. A prevalência da liberdade contratual outorgada às relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center* deve também estar condicionada aos limites objetivos e subjetivos impostos pelos princípios e cláusulas gerais, até porque não haveria razão aparente que legitimasse tal alvedrio nessa exclusiva modalidade, a despeito de suas características especiais."⁴⁰

A cláusula de raio, em regra, vem acompanhada de outra que “[...] estende a proibição de estabelecimento da Loja com o mesmo nome, ou apenas mesmo ramo de atividade, aos sócios ou quotistas do locatário, impedindo-os também de explorar a atividade que exercem no Shopping,

38 Neste artigo a análise da liberdade contratual é realizada com base na boa-fé objetiva. Os efeitos da cláusula de raio podem acarretar impactos na ordem econômica, o que atingirá os concorrentes das partes contratantes e os consumidores. Isto se relaciona com o princípio da função social do contrato, que repercute no âmbito do direito da concorrência.

39 CERVEIRA; SOUZA, *op. cit.*, p. 98.

40 *Ibid.*, p. 119.

nas proximidades, num raio de 2.000 m (dois mil metros)".⁴¹ De acordo com Ladislau Karpát, a cláusula de raio em si "[...] não fere os bons costumes, não infringe qualquer lei, e tampouco agride o princípio da boa-fé",⁴² em razão da proteção do *tenant mix* do *shopping center*. O autor afirma:

"Muitas vezes, num futuro até não muito distante, um novo Shopping Center se estabelece nas proximidades, quando não literalmente do outro lado da rua. Prevendo o empreendedor-locador esta possibilidade, é quase que obrigado, na medida do possível e do permitido, defender os interesses do grupo de comerciantes que integram o Shopping; pois estão em jogo não apenas seus negócios, mas de todos que compõem o seu Centro. Observados, então, todos os preceitos legais, a cláusula assim mencionada é válida, não havendo mesmo como negar seu conteúdo. Note-se, ainda, um fato extremamente importante a acrescentar como argumento, nessas situações. Os casos mencionados de proibição, nem ao menos são de estabelecimentos de caráter de utilidade à população."⁴³

No entanto, no que se refere à cláusula que estende a proibição imposta pela cláusula de raio aos sócios do locatário, Ladislau Karpát pondera:

"Esta espécie de pactuação [...] extrapola [...] os limites do que pode ser acertado numa simples ESCRITURA DECLARATÓRIA, DE NORMAS REGEDORAS. Tal pacto arranha frontalmente o princípio de liberdade preconizado no art. 5º da Carta Magna. [...] O que se conclui é que as proibições relativas aos locatários, examinadas em primeiro plano, obedecem certas regras e são válidas. Já os mesmos princípios não contemplam as redações de cláusulas como as sob enfoque. [...] O pacto que impede a formação de sociedades, ou apenas a participação de locatária em outras empresas, apenas por-

41 KARPAT, Ladislau. *Locação em geral e aluguéis em shopping centers*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 149.

42 *Ibid.*, p. 150.

43 *Id.*

que estas se situam num raio próximo ao Centro Comercial, é nulo. A redação de cláusulas assim referidas não só ferem o disposto no art. 5º da Constituição, mas também contrariam o disposto no §4º do art. 173. [...] o empresário ou comerciante poderá constituir novas empresas, ou associações, pois inexistente restrição que os impeça de fazer."⁴⁴

Portanto, essa cláusula, ao estender a restrição para os sócios dos locatários, para o autor supracitado, afrontaria o princípio de liberdade do exercício da atividade econômica. Desse modo, ela seria ilícita, tendo em vista que a autonomia privada deve observar os preceitos legais.⁴⁵ O autor ainda afirma, para justificar o posicionamento adotado, que “[...] o máximo que se pode admitir de uma Escritura Declaratória, é o direito de um empreendedor proteger o seu empreendimento. A restrição que passa a prejudicar o outro, não pode prevalecer”.⁴⁶

Como visto acima, a liberdade contratual pode, em regra, ser limitada pelo conteúdo do contrato, desde que a restrição não consista em abuso do direito e violação da função social dos contratos. Outrossim, há de se reconhecer que, se o empreendedor não estender a vedação para os sócios ou parceiros da locatária, a cláusula de raio não atenderá o fim para o qual ela foi estipulada. Por conseguinte, no que pese a posição do autor supracitado em considerar a extensão ilícita, através de uma interpretação finalística da cláusula, deve-se concluir que a cláusula que estende a restrição também deve ser considerada lícita, assim como a cláusula de raio.

Suponha-se uma sociedade Y que atue no ramo de comércio varejista de calçados masculinos. Essa sociedade ingressou no *shopping center* Z em decorrência do estudo de viabilidade técnica desenvolvido no raio de abrangência deste *shopping center*, onde se verificou que uma loja de calçados masculinos representava uma demanda do mercado relevante. Na medida em que os sócios da sociedade empresária Y puderem constituir uma nova sociedade que atue no mesmo ramo, para ingressar no *shopping center* W, a ser instalado dentro da área abrangida pela cláusula de raio, as necessidades do mercado relevante consideradas pelo *shopping center* Z serão alteradas. Além disso, o poder de atração de clientela da loja de calçados masculinos do *shopping center* Z diminuirá, pois apesar

44 Ibid., p. 151.

45 Id.

46 Id.

de não ser a mesma sociedade empresária, ela é constituída pelos mesmos sócios que irão desempenhar a mesma atividade no *shopping center* W e, muito provavelmente, comercializarão as mesmas marcas. Ainda que não sejam exatamente os mesmos sócios, o *know how* de uma sociedade empresária pode ser transferido à outra. Portanto, se não houver a extensão aos sócios do lojista, a cláusula de raio seria ineficaz por si mesma.

Sendo assim, uma vez acolhido o raciocínio de que a cláusula de raio se justifica para a preservação do *tenant mix* do *shopping center*, desenvolvido com base no estudo de viabilidade técnica do empreendedor, a restrição aos sócios do locatário seria decorrência natural da cláusula de raio. Desse modo, essa cláusula também deverá ser considerada lícita.

4. CONTRATO DE ADESÃO E ABUSIVIDADE DA LIBERDADE CONTRATUAL NA PREVISÃO DA CLÁUSULA DE RAIOS

O fato de nos contratos de locação em *shopping center* haver previsão de que os locatários se submetem às normas gerais complementares não pode ser capaz de levar à conclusão de que o contrato de locação em *shopping center* consiste em um contrato de adesão. De acordo com Virginia de Medeiros Claudino Milani:

"As cláusulas contratuais gerais têm sua principal utilização nos contratos de adesão. Os contratos de *shopping center* são constituídos por cláusulas contratuais gerais. Mas essa característica não autoriza dizer que os contratos de *shopping center* são contratos de adesão. Nos contratos de *shopping center*, se houver possibilidade, por parte de algum lojista, de discutir e modificar as cláusulas contratuais gerais preestabelecidas pelo empreendedor, essa circunstância [...] pode significar a possibilidade de existência de contrato negociado. Considerando que somente as modificações substanciais do conteúdo das cláusulas contratuais gerais descaracterizam o contrato de adesão, resta saber o que são modificações substanciais."⁴⁷

47 MILANI, Virginia de Medeiros Claudino. "Contrato de *shopping center*." 2005. 210 p. Tese (Doutorado em Direito),

Portanto, caso o locatário, no momento da celebração do contrato, consiga promover alteração de cláusulas substanciais, o contrato de locação em *shopping center* deixaria de consistir em um contrato de adesão e passaria a ser um contrato negociado. Por cláusulas substanciais devem ser entendidas

"as cláusulas imprescindíveis para se entender na sua globalidade e complexidade o sentido da operação. Assim acontece com as cláusulas que determinam: o horário de funcionamento comum das lojas; a qualidade dos produtos e serviços ofertados; a proibição ao direito de preferência na aquisição do imóvel, evitando os percalços inerentes ao direito de propriedade; a não exclusividade no ramo de atuação, dando ao consumidor a possibilidade de escolha; a proibição de cessão, empréstimo ou sublocação de parte da área locada a terceiros, conservando o equilíbrio do *tenant mix*; a unidade estética do empreendimento, com a supervisão de vitrines e de decoração de interiores, para que se forme uma imagem única do shopping. [...] Já as cláusulas de cunho econômico [...] não dizem diretamente com o *modus operandi* de um *shopping* e, por conseguinte, tendemos a não considerá-las como substanciais."⁴⁸

Como, em regra, o locatário não é capaz de modificar as cláusulas operacionais do *shopping center*, pode-se afirmar que o contrato de locação em *shopping center*, na maioria das vezes, será um contrato de adesão. Judith Martins-Costa coaduna com o entendimento de que se trata de um contrato de adesão, tendo em vista que o lojista adere às normas gerais complementares redigidas unilateralmente pelo empreendedor.⁴⁹ No entanto, isso não significa, *a priori*, que devam ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o lojista não pode ser considerado como destinatário final do serviço prestado pelo estabelecimento *shopping center*.

"Entre as características essenciais dos contratos de *shopping center* [...] [destaca-se] a que se prende ao objeto do contra-

sob orientação do professor doutor Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 70.

48 Ibid., p. 71.

49 MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 115.

to. O lojista almeja integrar-se ao complexo empresarial para poder repassar aos seus clientes essa estrutura técnica. O bem jurídico objeto da contratação será repassado aos seus consumidores, esses sim destinatários finais do bem. Essa é a razão porque celebra o contrato, exercer sua atividade em condições mais eficientes e completamente diferentes das que se exercem numa loja de rua. Dessa forma, mesmo antes do advento do Código Civil, já entendíamos que o lojista não era consumidor, porque não era destinatário final econômico do bem contratado."⁵⁰

Sem embargos, em razão da desigualdade das partes (se houve submissão de qualquer das partes há desigualdade entre elas), o Judiciário corrigirá essa desigualdade diante do caso concreto. Nesse sentido Arnaldo Wald afirma:

"As peculiaridades do contrato de adesão ensejam uma desigualdade entre os contratantes, que cabe ao Poder Judiciário corrigir sempre que possível, interpretando o contrato em favor do aderente nas cláusulas ambíguas e impedindo as distorções abusivas oriundas de condições impostas unilateralmente ao aderente. Assim, em vez de admitir a presumida igualdade das partes contratantes, que se pressupõe normalmente nos contratos, é preciso, em relação aos contratos de adesão, atender à situação peculiar do aderente ao qual não foi oferecido o ensejo de discutir as cláusulas contratuais, devendo, pois, o mesmo contar com a proteção especial do legislador e do Poder Judiciário."⁵¹

Caso se trate de um contrato de adesão, o que ocorre na maioria das vezes, se na cláusula de raio estiver expresso que a autorização para abertura de loja no raio delimitado dependerá de autorização do locador, tratar-se-á de uma condição potestativa pura, vedada pelo artigo 115, segunda parte, do Código Civil, pois submete o direito de livre iniciativa do lojista à vontade do locador.⁵² Entretanto, o fato de se tratar ou não de uma

50 MILANI, *op. cit.*, p. 140.

51 WALD, Arnaldo. "Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro". **Revista Forense**. V. 253, ano 72, jan./mar., 1976, p. 101.

52 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Revista da EMERJ**. "Contrato de *Shopping Center*." V. 5, nº 18, 2002, p. 224.

condição potestativa pura é de somenos importância, tendo em vista que bastaria retirar da cláusula o trecho que prevê a possibilidade de autorização pelo locador para que deixasse de existir a condição. Desta maneira, o que importa é analisar se a previsão da cláusula de raio em si, em razão dos efeitos que ela produz, consiste em abuso da liberdade contratual.

Outra consequência que resulta do fato de o contrato de locação em *shopping center* ser de adesão é a incidência das “[...] regras dos arts. 423 e 424 do CC. Assim, havendo cláusulas contraditórias ou ambíguas, estas se interpretam do modo mais favorável ao aderente [...] sendo nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada a ‘direito resultante da natureza do negócio’”.⁵³

Por fim, para justificar o fato de o contrato de locação em *shopping center* ser, em regra, um contrato de adesão, deve-se considerar que ele não é um contrato-tipo, tendo em vista que os locatários não participam da redação das cláusulas das normas gerais complementares. Para que o contrato de locação fosse considerado um contrato-tipo, os lojistas, ainda que indiretamente, através de uma associação que os representassem, deveriam participar da elaboração dessas normas.⁵⁴

[...] "três [são] os elementos que caracterizam o contrato-tipo, a saber: 1º) cláusulas pré-redigidas; 2º) negociação prévia; 3º) possibilidade de alteração de qualquer cláusula. Quanto à primeira característica, poderíamos afirmar que ela também está presente no contrato de adesão. Todavia, são a segunda e a terceira características que distinguem o contrato-tipo do contrato de adesão, uma vez que no contrato de adesão não há espaço para a negociação prévia, o que se verifica é a imposição de cláusula pela parte que as redigiu, não sendo conferida à outra parte a possibilidade de rejeitá-las, prevalecendo no contrato de adesão a superioridade da vontade do estipulante e o reduzido âmbito de escolha do aderente. A terceira característica também está presente nos contratos de adesão, mas com reduzido campo de liberdade,

53 MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 115.

54 MILANI, *op. cit.*, p. 76.

pois só está autorizado a alteração de cláusulas que não modifiquem substancialmente o conteúdo do contrato, logo não se pode alterar qualquer cláusula, sob pena de descaracterizar o contrato como de adesão."⁵⁵

Afastada a possibilidade de o contrato de locação em *shopping center* ser um contrato-tipo, para tomá-lo em regra como um contrato de adesão, deve-se considerar que somente diante do caso concreto poderá ser verificado se, em vez de se tratar de um contrato de adesão, trata-se de um contrato negociado.

[...] "o critério mais seguro para se determinar se o contrato de *shopping* que se tem em mãos é um contrato de adesão ou um contrato negociado é através da verificação, no contrato individualmente celebrado, da existência de modificações capazes de alterar de forma substancial o conteúdo do contrato."⁵⁶

Considerando que se trata de um contrato de adesão, deve-se verificar se a previsão da cláusula de raio pode ser considerada um abuso da liberdade contratual. Os significados de cláusula ilícita e cláusula abusiva não se confundem. Contudo,

"O Código Civil não fala expressamente em cláusula abusiva, referindo-se, no artigo 122, àquilo que seria o pressuposto de licitude das condições potestativas, e o faz nos seguintes termos: "são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes. [...] Por cláusula ilícita entende-se, *a contrario sensu*, aquela que seja contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Já as cláusulas abusivas tanto podem conter disposições ilícitas como estipulações lícitas, condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes que podem vir a ser consideradas abusivas em razão de significativo desequilíbrio provocado entre os direitos e obrigações (desequilíbrio contratual), bem como da excessiva desproporção entre as prestações e contraprestações (desequilíbrio

55 Ibid., p. 62/63.

56 Ibid., p. 80.

econômico, quebra do sinalagma). A noção de cláusula abusiva quer nos parecer, por conseguinte, mais ampla do que a de cláusula ilícita."⁵⁷

A cláusula de raio sob o aspecto civil-empresarial não traz disposição ilícita, porque ela não é contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes, assim como a extensão da cláusula de raio aos sócios da locatária. Contudo, se a cláusula de raio for conjugada com o pagamento do aluguel percentual, que consiste em uma disposição inerente ao contrato de locação em *shopping center*, na hipótese de o contrato de locação ser um contrato de adesão, ela estabelecerá uma desproporcionalidade nas obrigações estabelecidas entre as partes. Nesse sentido, em razão do desequilíbrio contratual, a cláusula de raio será considerada abusiva.

Portanto, a cláusula de raio não é ilícita em si mesma. No entanto, ela se torna abusiva se conjugada com a cláusula do aluguel percentual, que equivale à remuneração pelo serviço prestado pelo empreendedor. Como o aluguel percentual é inerente ao contrato de locação em *shopping center*, inclusive a ABRASCE⁵⁸ faz essa afirmação, a cláusula de raio em contratos de locação em *shopping center* (contrato de adesão) sempre seria abusiva por violar o princípio da boa-fé objetiva, pois estabelece obrigações desproporcionais.

5. DIRETRIZES PARA ANÁLISE DA CLÁUSULA DE RAIOS SOB O ASPECTO CIVIL-EMPRESARIAL

A cláusula de raio deve ser considerada lícita, pois atende ao princípio da liberdade contratual, inclusive assegurado especificamente no art. 54 da Lei nº 8.245/1991. Também não fere preceitos de ordem pública ou viola os bons costumes. Outrossim, o fim perseguido pela cláusula, a manutenção do *tenant mix*, ainda que por um período, já que as áreas adjacentes ao *shopping center* se modificam, é lícito. Outra razão para a licitude é a relação de cooperação entre o empreendedor e o lojista diante dos esforços que o empreendedor deve envidar na manutenção do poder do *shopping center* em atrair a clientela.

⁵⁷ Ibid., p. 128.

⁵⁸ ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

Partindo do pressuposto de que o contrato de locação em *shopping center* trata-se de um contrato de adesão, deve-se analisar se a cláusula de raio pode ser considerada abusiva. Observa-se que o empreendedor ao visar a proteção do *tenant mix* tem como escopo assegurar a obtenção do aluguel percentual. Afinal, cada lojista individualmente considerado produz externalidades que beneficiam todos os lojistas e o empreendimento *shopping center* como um todo. Por isso, o lojista, ao se estabelecer na parte externa do *shopping center*, fará concorrência não somente com ele especificamente, mas com o empreendimento como um todo. Portanto, ao visar assegurar desta maneira o aluguel percentual, o empreendedor quer diminuir os riscos inerentes ao exercício da atividade empresarial e assegurar a rentabilidade do empreendimento.

A argumentação de que a cláusula de raio se justifica em razão dos esforços exercidos pelo empreendedor na manutenção do *tenant mix*, em síntese, pelo serviço prestado pelo empreendedor ao lojista, só se justificaria se a remuneração do empreendedor fosse exclusivamente com base no aluguel fixo, pois nesse caso a cláusula de raio seria a contrapartida do lojista pelo serviço prestado pelo empreendedor. No entanto, como o aluguel percentual é inerente ao estabelecimento *shopping center*, sob pena de descaracterizá-lo para simples negócio imobiliário, a cláusula de raio sempre seria abusiva por estabelecer prestações iníquas entre as partes.

As obrigações são iníquas porque o lojista remunera o empreendedor pelo serviço prestado com o aluguel percentual. Uma das obrigações do empreendedor é atrair a clientela e, conseguir atrair ou não a clientela consiste em um dos riscos inerentes a atividade econômica do empreendedor de *shopping center*. À medida que o empreendedor proíbe o lojista de se estabelecer nas áreas adjacentes ao *shopping center*, ele quer simplesmente eliminar os riscos de sua atividade comercial e diminuir os seus esforços na manutenção da atração da clientela, pelo qual o lojista o remunera com o aluguel percentual.

Em síntese, o lojista compra um serviço do empreendedor, por contrato de adesão, por esse serviço ele remunera o empreendedor com o aluguel percentual. Até aqui, o contrato está equilibrado. No entanto, o empreendedor, como forma de diminuir os seus esforços na manutenção do *tenant mix* e atração da clientela, bem como os riscos de sua atividade, impõe a cláusula de raio ao lojista, que limita o exercício da atividade econômica do lojista sem oferecer uma contrapartida para essa limitação, porque a contrapartida que o empreendedor diz que oferece já é remu-

nerada com o aluguel percentual. Por isso, a cláusula de raio culmina no desequilíbrio econômico contratual.

Ademais, o fato de o lojista integrar o *tenant mix* do empreendimento, que lhe trará maior rentabilidade, em geral, se comparado ao comércio de rua, é justamente o serviço inerente que o lojista contrata do empreendedor. Logo, o benefício auferido pelo lojista é compensado com o pagamento do aluguel percentual.

Originariamente, no período da depressão econômica, a cláusula de raio surgiu em razão do aluguel percentual. Na época tratava-se de um negócio estritamente imobiliário. O locador não exercia uma atividade econômica. Além disso, o aluguel fixo era estabelecido em um patamar inferior e o locador compensava a defasagem com o aluguel percentual. O locatário obtinha a vantagem de não ser onerado com um aluguel que, ao menos no início do desenvolvimento da empresa, poderia inviabilizar o exercício da atividade econômica. Em contrapartida, para que ele não lesasse o locador desviando a clientela para uma loja, cujo contrato de locação não havia a previsão do aluguel percentual, fixava-se a cláusula de raio.

Atualmente, os *shopping centers* são espaços comerciais disputados. O aluguel fixo não é estabelecido por um preço abaixo do que o locador pode cobrar. Portanto, a justificativa para a cobrança do aluguel percentual é outra: cobra-se o aluguel percentual em razão do serviço oferecido pelo empreendedor. Logo, a cláusula de raio, na hipótese de se tratar de um contrato de adesão, não se justifica. A cláusula de raio apenas desequilibra a relação contratual.

Ademais, não se pode cogitar na fixação da cláusula de raio, ainda que por um período, para compensar o investimento realizado pelo empreendedor na construção do *shopping center* e os gastos com o estudo de viabilidade técnica, porque essas despesas do empreendedor são diluídas entre os lojistas com o pagamento da *res sperata*⁵⁹. Caso seja verificado que o contrato em análise trata-se de um contrato negociado, a observação da cláusula de raio deve seguir outros parâmetros.

A alteração somente da cláusula de raio não é capaz de levar à conclusão de que se trata de um contrato negociado, porque essa cláusula não diz respeito ao *modus operandi* do *shopping center*. No entanto, se se

59 O pagamento da *res sperata* aliado ao fato de o contrato de locação em *shopping center* não se tratar de um negócio jurídico estritamente imobiliário impede a aplicação do contrato *built to suit* à estas avenças. Ademais, o *shopping center* não é construído para o lojista. Ao passo que no contrato *built to suit* o locador investe no imóvel para atender as necessidades do locatário. Por isso deve haver um prazo mínimo de locação para viabilizar a recuperação do montante investido pelo locador na reforma/construção do imóvel.

tratar de um contrato negociado, a cláusula de raio apesar de não poder ser considerada abusiva desde a origem, pode vir a ser pela quebra do sinalagma, hipótese que dará ensejo à resolução ou revisão contratual (art. 479, CC), ou até mesmo pelo desequilíbrio contratual superveniente das contraprestações.

Explica-se: Retomando o exemplo citado no capítulo 2, partindo do pressuposto de que se trata de um contrato negociado, deve-se observar que os sócios da sociedade Y vão comercializar as mesmas marcas no *shopping center W*, o que significa que se eles não o fizerem outros o farão. Assim, independente da atuação dos sócios da sociedade Y, o mercado relevante considerado na época do estudo de viabilidade técnica será alterado e o poder de atração de clientela da sociedade Y diminuirá. Inclusive, a fixação do concorrente no *shopping center* vizinho pode acarretar um impacto nas vendas da sociedade Y, que inviabilize até mesmo a manutenção do estabelecimento no *shopping center Z*. Portanto, no decorrer dos anos, com as alterações do mercado relevante considerado na época do estudo de viabilidade técnica, a cláusula de raio pode deixar de atingir o fim para o qual ela foi criada. Nesse caso, ela estabeleceria uma obrigação desarrazoada, haveria o desequilíbrio contratual superveniente, que também poderia ser restabelecido com a revisão contratual que, nesse caso, culminaria com a retirada da cláusula de raio do contrato.

Por esse raciocínio, tendo em vista que com o passar dos anos as áreas adjacentes do *shopping center* passam por transformações, a cláusula de raio para atender o fim para o qual ela foi criada (e aqui pode estar incluída alguma contraprestação ao empreendedor) e não acarretar prejuízos para os lojistas (nos contratos negociados) deve ser limitada no tempo. Caso contrário, ela vai violar o princípio da boa-fé objetiva, pois criaria uma situação maléfica para o lojista, pois inevitavelmente o mercado relevante das adjacências do *shopping center* irá se alterar.

O limite temporal da cláusula de raio nos contratos negociados deve ser verificado no caso concreto, até porque se relaciona com uma característica peculiar: alteração do mercado relevante nas áreas adjacentes. Contudo, considerando a finalidade de preservação do poder de atração de clientela do *tenant mix*, que tem o objetivo de assegurar a lucratividade do empreendimento e, até mesmo, assegurar o retorno do investimento realizado pelo empreendedor, deve-se entender, por se tratar de cláusula de não concorrência, como sendo de até 5 (cinco) anos o prazo razoável, o mesmo considerado para a cláusula de não restabelecimento, no artigo 1.147 do Código Civil. Portanto, deve ser admitida a previsão do

prazo de até 5 (cinco) anos para a vigência da cláusula.

Note-se que, mesmo no contrato negociado, haverá a previsão do aluguel percentual. Contudo, a cláusula de raio não poderá ser considerada abusiva, em razão da liberdade contratual que, nesse caso específico, terá sido assegurada de fato a ambas as partes. Logo, assim como na origem da cláusula de raio, o equilíbrio econômico do contrato terá surgido em razão da previsão da cláusula de raio. Esta assegurará a persecução do aluguel percentual pelo empreendedor, sem o risco de desvio de clientela com o intuito de burlar o pagamento do aluguel percentual.

CONCLUSÃO

O contrato de locação em *shopping center*, em regra, consiste em um contrato de adesão. Este só não será de adesão caso o lojista tenha a possibilidade de alterar as cláusulas operacionais do *shopping center*. Como a cláusula de raio não se relaciona ao modo operacional do *shopping center*, o fato de o lojista ser capaz de alterá-la não transforma, por si só, o contrato de adesão em um contrato negociado.

A cláusula de raio não é ilícita. No entanto, como no contrato de locação em *shopping center* sempre haverá a previsão do aluguel percentual, sob pena de descaracterizá-lo, a cláusula de raio se torna abusiva no aspecto civil-empresarial, porque ao ser conjugada com o aluguel percentual, no contrato de adesão, estabelece prestações iníquas entre as partes.

A atividade econômica do empreendedor é remunerada com o aluguel percentual. Desse modo, no aspecto civil-empresarial, a cláusula de raio teria como escopo facilitar o trabalho do empreendedor de manter o *tenant mix* atrativo. Situação diversa seria a hipótese de o contrato de locação ser negociado, porque dessa forma pode ser admitido que o equilíbrio da relação contratual ocorreu justamente com a conjugação das duas cláusulas.

A cláusula de raio, se admitida, deve, necessariamente, ser estendida a todos os sócios do lojista. Caso contrário, a finalidade da cláusula de raio poderia não vir a ser atendida mediante a inauguração de uma sociedade empresária diversa, entretanto sob os mesmos moldes da existente no empreendimento que a cláusula de raio visa proteger, no *shopping center* concorrente.

No aspecto temporal (contrato negociado), a cláusula de raio ilimitada no tempo não se justifica em razão da alteração que ocorre no

entorno do *shopping center* com o passar dos anos. Desse modo, o estudo de viabilidade econômica realizado na época de inauguração do *shopping center* e que determinou o ingresso de um lojista específico não apresentaria o mesmo resultado se realizado anos após a inauguração. Desta maneira, a finalidade da cláusula de raio, que no aspecto civil-empresarial é a não concorrência entre o lojista e o *shopping center* para que o empreendedor se beneficie das externalidades produzidas por cada lojista de forma a lucrar com o aluguel percentual, com o tempo deixa de ser razoável, porque a demanda de produtos da área de influência do *shopping center* se altera ao longo do tempo. Como o objetivo é a não concorrência, entende-se que o prazo de até cinco anos, previsto para a cláusula de não restabelecimento, seja razoável. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRASCE. Disponível em: <http://www.portaldoshopping.com.br/Central/Content/UploadedFiles/Arquivos/PDF/2009_Plano_de_Mix_Abrasce.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/definicoes-e-convencoes>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ABRASCE. Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/grandes-numeros>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. "Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual." **Revista dos Tribunais**. Ano 87, v. 750, abr., 1998.

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

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

COMPARATO, Fábio Konder. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. "As cláusulas de não-concorrência nos *shopping centers*". Ano XXXIV, nº 97, jan./mar., 1995.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Revista da EMERJ**. "Contrato de *Shopping Center*." V. 5, nº 18, 2002.

GONÇALVES, Priscila Brolio. "A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro". 2008. 341 p. Tese (Doutorado em Direito), sob orientação do professor doutor Calixto Salomão Filho. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

HENTZ, André Soares. **Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002**: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Juarez de Oliveira, 2007.

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

LOBO & IBEAS ADVOGADOS. **Aspectos jurídicos em shopping centers**. São Paulo: Abrasce – Associação Brasileira de Shopping Centers, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. "A relação contratual de *shopping center*." **Revista do Advogado**. Ano XXXII, nº 116, jul., 2012.

MIGUEL, Paula Castello. "Contratos de *shopping center*". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXXVI, jul./set., 1997.

MILANI, Virginia de Medeiros Claudino. "Contrato de *shopping center*". 2005. 210 p. Tese (Doutorado em Direito), sob orientação do professor doutor Custódio da Piedade Ubaldino Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. "*Shopping Centers*: organização econômica e disciplina jurídica". **Revista dos Tribunais**. Ano 73, v. 580, 1984.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo nº 0020780-65.2014.8.19.0001. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2014.001.016935-0>> Acesso em: 02 mar. 2014.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Comentários à lei do inquilinato**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SZTAJN, Rachel. "Função social do contrato e direito de empresa". **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XLIV, jul./set., 2005.

WALD, Arnoldo. "O interesse social no direito privado". **Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região**. Nº 77, mai./jun., 2006.

WALD, Arnoldo. "Os contratos de concessão exclusiva para distribuição de gasolina no direito brasileiro". **Revista Forense**. V. 253, ano 72, jan./mar., 1976.