

PROCESSO ADMINISTRATIVO**Nº 08012.009991/98-82**

Representante: PARTICIPAÇÕES MORRO VERMELHO LTDA.

Advogado: JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI.

Representadas: CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER IGUATEMI E SHOPPING CENTERS REUNIDOS DO BRASIL LTDA.

Advogados: CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, ARI MARCELO SOLON, MARIA DA GRAÇA BRITO GARCIA E OUTROS.

Relator: CONSELHEIRO ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Publicação do Acórdão: 04.06.2004

EMENTA

Processo Administrativo. Conduta: imposição de cláusula de exclusividade nos contratos de locação do Shopping Center Iguatemi, nos quais os lojistas ficariam impedidos de instalar-se em determinados Shopping Centers da cidade de São Paulo. Fixação de mercado relevante em Processos Administrativos para apuração de infração contra a ordem econômica: necessidade de se levar em consideração os efeitos da conduta. Mercado relevante fixado: Shopping Centers de alto padrão nas regiões da Zona Oeste, norte da Zona Sul e oeste da Zona Central da Cidade de São Paulo. Poder de mercado: inferido a partir do caráter diferenciado do Shopping Center Iguatemi, de sua capacidade de impor preço de locação superior aos demais e de sua parcela de participação no mercado relevante. Efeitos anticoncorrenciais da cláusula de exclusividade caracterizados. Afastada a alegação de razoabilidade da restrição da concorrência. Infração à ordem econômica caracterizada, segundo o art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21 incisos IV e V da Lei nº 8.884/94. Aplicação de multa equivalente a 1% do faturamento bruto do Shopping Center Iguatemi no ano de 1997, excluídos os impostos e multa equivalente a 1% do faturamento bruto do Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda., obtido com a administração do Condomínio Shopping Center Iguatemi da Cidade de São Paulo. Observância do disposto no art. 11 da Lei nº 9.021/95. Determinação de imediata cessação da conduta infrativa, retirando-se a cláusula de exclusividade dos contratos que a contenham. Outras determinações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. O Tribunal, por maioria, considerou as Representadas como incurso no art. 20, incisos I e II, bem como no art. 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94, impondo multa, a cada uma, ao valor de 1% (um por cento) de seus faturamentos brutos anuais, além de outras sanções e determinações, nos termos do voto do Relator. Vencidos o Conselheiro Fernando Marques e o Presidente, que determinavam o arquivamento do processo. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros, Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira e Luiz Alberto Esteves Scaloppe e a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

Brasília, 03 de março de 2004 (data do julgamento – 315ª SO).

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
Conselheiro-Relator

JOÃO GRANDINO RODAS
Presidente do CADE

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ROBERTO PFEIFFER****1 - CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA****1.1 - Descrição Preliminar da Conduta Objeto da Investigação**

Versa o presente Processo Administrativo sobre representação protocolizada pela Participações Morro Vermelho Ltda. perante a Secretaria de Direito Econômico, em 21.12.98, contra o Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda. A Representante os acusa de conduta contrária à ordem econômica, ao inserir nos contratos de locação das lojas situadas no Shopping Center Iguatemi cláusula proibindo o locatário de se instalar no Shopping Center Jardim Sul, o que configuraria infração à ordem econômica segundo o art. 20 e 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94

De acordo com o alegado pela Representante, a infração à ordem econômica e conseqüente violação aos artigos da Lei Concorrencial Brasileira mencionados se dá porque a cláusula possui o efeito de impedir ou dificultar o normal funcionamento

de shopping centers concorrentes, privando-os de obter acesso a determinadas lojas chave para a formação de tenant mix capaz de competir no mercado relevante.

1.2 - Comprovação da Prática da Conduta

Para corroborar a denúncia trazida aos autos, a Representante anexou o contrato de locação celebrado entre o Condomínio Shopping Center Iguatemi (locador) e a Lotérica Jalucei Ltda. (locatária), que foi firmado em 01.06.1998(1). As cláusulas 10 e 11 do referido contrato estabelecem que:

Nota:

(1) Anexo 6 da representação às fls. 54-66.

“10 - A LOCATÁRIA, além do disposto no item 5.9 das Normas Gerais de Locação aludidas na cláusula 7, Item “A” do presente contrato, obriga-se a não instalar outra loja com feitiço e ramo assemelhados ao SUC locado, no SHOPPING CENTER MORUMBI, sito nesta Capital, na Avenida Roque Petroni Júnior, nº 1.089, SHOPPING CENTER ELDORADO, sito nesta capital, na Avenida Rebouças, nº 3.970 e SHOPPING JARDIM SUL, sito nesta capital, na Avenida Giovanni Gronchi, nº 5.819.

Parágrafo Único: A proibição supramencionada aplica-se às empresas ou firmas das quais a LOCATÁRIA, ou os seus sócios, participem ou venham a participar, direta ou indiretamente, como quotistas ou acionistas ou que tenham qualquer vínculo comercial ou de qualquer natureza com a LOCATÁRIA, ou seus sócios, ainda que esporádico.

11- Sem prejuízo do disposto na cláusula anterior e enquanto não rescindida a locação, o aluguel percentual previsto na Cláusula 3 do Contrato de Locação será acrescido de dois pontos percentuais, e o aluguel mínimo mensal reajustável previsto na Cláusula 4 acima, será devido em dobro, na hipótese da LOCATÁRIA, em descumprimento da cláusula anterior ou do previsto no item 5.9 das Normas Gerais, após a assinatura deste instrumento, abrir qualquer outro estabelecimento, que explore o mesmo ramo de atividade ou ramo de atividade assemelhado daquele por ela explorado no SUC locado.

PARÁGRAFO 1º: Além do acréscimo previsto no caput será devido pela LOCATÁRIA ao LOCADOR o montante equivalente a 1% (hum por cento) do faturamento bruto do estabelecimento que houver aberto, tal qual definido o faturamento nos termos dos itens (7.11, 7.11.1, 7.12 e 7.13) das referidas Normas Gerais. Para apuração daquele percentual, a LOCATÁRIA entregará ao LOCADOR relatório do faturamento do citado estabelecimento no mês em questão, juntamente com os formulários e relatórios previstos na Cláusula 7.15 das Normas Gerais, com a sua nova redação mencionada pela Cláusula 23 deste contrato.

PARÁGRAFO 2º: Para efeito desta cláusula, considerar-se-á como sendo da LOCATÁRIA qualquer estabelecimento do qual a mesma, ou sócios da mesma participem, direta ou indiretamente, ou com o qual tenham qualquer tipo de vínculo, mesmo que eventual” (2). (grifos meus)

Nota:

(2) Fl. 60 dos autos.

No decorrer da instrução se verificou que, no ano de 2000, 175 dos 340 contratos de locação do Iguatemi, correspondendo a 51,5% do total, continham a cláusula mencionada, especificando, com frequência variada, os shoppings Morumbi, Higienópolis, Eldorado, Villa-Lobos e Garden Mall, além do shopping da Representante(3). Há também o caso de contratos que proíbem o estabelecimento em quaisquer outros shoppings da cidade de São Paulo como apresentado na tabela I abaixo:

Nota:

(3) Fl. 935.

TABELA I

| SHOPPING ATINGIDO | DISTÂNCIA DO IGUATEMI (EMM) | NÚMERO DE CONTRATOS COM A CLÁUSULA |
|--|------------------------------------|---|
| <i>Shopping Center Eldorado</i> | 1.000 | 153 |
| <i>Shopping Center Morumbi</i> | 5.000 | 115 |
| <i>Shopping Jardim Sul</i> | 7.800 | 97 |
| <i>Shopping Villa-Lobos</i> | 4.400 | 36 |
| <i>Shopping P. Higienópolis</i> | 4.900 | 31 |
| Garden Mall | - | 4 |
| Quaisquer outros <i>shoppings</i> de São Paulo | | 3 |

Shopping Centers Sujeitos à Cláusula de Não-Estabelecimento do Shopping Iguatemi (SP), em 2000

Fonte: fls. 935 e 980 dos autos e 32-50 dos apartados confidenciais.

Ainda de acordo com o que se verificou no curso da instrução processual, outros shopping centers mais próximos do Iguatemi não foram objeto da sua cláusula de não-estabelecimento, como p. ex., os seguintes (com as respectivas distâncias do Iguatemi): D&D (3.430 m), Ibirapuera (4.200 m), Paulista (4.500 m), Butantã (4.850 m), Market Place (5.000 m), Matarazzo (5.600 m), Sílvio Romero (5.600 m), West Plaza (5.600 m), Center Lapa (6.450 m), Off Price (6.800 m), Continental (7.700 m) e Plaza Sul (7.700 m)(4).

Nota:
(4) Fl. 980.

Há provas documentais que demonstram que a conduta objeto de investigação foi efetivamente praticada pelas Representadas, pois diversos contratos comprovam a inclusão da cláusula.

Na realidade, a prática da conduta constitui-se em fato incontroverso, na medida em que as próprias Representadas expressamente confessam a inserção da cláusula em seus contratos. Inclusive, a partir de sua defesa e da resposta a ofícios solicitando esclarecimentos, foi possível ao DPDE traçar o seguinte quadro, que demonstra a quantidade de estabelecimentos comerciais em cujos respectivos contratos de locação foi inserida cláusula de exclusividade:

TABELA II

| RAMO DE ATIVIDADE | CONTRATOS COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE SOBRE O TOTAL DE CONTRATOS (1995) | CONTRATOS COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE SOBRE O TOTAL DE CONTRATOS (2000) |
|-----------------------------|--|--|
| Moda | 30,1% | 58,8% |
| Alimentação e Bebida | 33,3% | 41,2% |
| Serviços | 44,8% | 40,5% |
| Artigos para o lar | 26,0% | 59,1% |
| Artigos Diversos | 29,4% | 44,8% |
| Calçados e Artigos de Couro | 26,7% | 39,3% |
| Saúde & Beleza | 40,0% | 90,9% |
| Joalherias | 33,3% | 56,3% |
| Livraria/Papelaria | 10,0% | 55,6% |
| Âncora | 33,3% | 33,3% |
| Entretenimento | 0,0% | 0,0% |
| Total de lojas | 30,7% | 51,5% |

Percentuais de Crescimento dos Contratos com Cláusula de Exclusividade sobre o Total de Contratos do Iguatemi, por Ramo de Atividade - 1995 a 2000

Fonte: Representadas fls. 930-935 dos autos/Elaboração: DPDE/SDE.

2 - ANÁLISE DAS CONDIÇÕES INSTITUCIONAIS E ESTRUTURAIS DO MERCADO

2.1- Mercado Relevante

Na prática, muitas vezes a definição de mercado relevante não é tão linear quanto nos ensinam os guias. O teste do monopolista hipotético, apesar de ferramenta indispensável para se visualizar a intercambialidade entre produtos, muitas vezes carece de comprovação empírica, seja porque a inferência da elasticidade-cruzada é tecnicamente inviável, seja porque a percepção sobre os produtos envolvidos é difícil, como acontece, por exemplo, no setor de serviços. Toda controvérsia em relação à definição do mercado relevante no caso em tela parece-me fruto de ambos os problemas.

Resolvi desenvolver um raciocínio com base na teoria econômica para, em primeiro lugar, tentar entender o que é o negócio shopping center e, em segundo lugar, estabelecer até que ponto a diferenciação entre eles pode configurar algum tipo de submercado, podendo ser considerado um mercado relevante em si.

A necessidade do entendimento de como funciona o negócio de shopping centers parece-me óbvia. Somente entendendo qual é o “produto” oferecido nesse mercado poderemos definir qual é o mercado relevante em questão.

Por fim, no que pese a discussão a ser travada nas seções seguintes, é importante ressaltar que a definição de mercado relevante em casos de conduta difere sutilmente da que é aplicada em casos envolvendo atos de concentração. Em hipóteses de infração à ordem econômica, o melhor método se baseia no exame de atos passados e nos efeitos já experimentados pelo segmento mercadológico, ao passo que, em fusões e aquisições, a boa técnica indica um método direcionado para possíveis e potenciais efeitos no futuro. Assim se deduz dos termos do seguinte trecho da Relevant Market Notice(5), adotada pela Comissão Européia desde 1997:

Nota:

(5) A “Relevant Market Notice” da Comissão Européia, que se aplica tanto a fusões, como a infrações cominadas nos artigos 81 e 82 do Tratado de Roma, tem importância extrema em casos de conduta, sobretudo em casos de abuso de posição dominante. Nesse sentido, vide Bellamy & Child. “European Community Law of Competition”. Fifth edition. P. M. Roth QC. p. 6-094: “The Notice applies not only to mergers but also to Articles 81 and 82 and market definition is necessarily of particular importance for the determination of a dominant position in the application of Article 82” .

“O critério para definição do mercado relevante é geralmente aplicado à análise de certos tipos de comportamento no mercado e à análise de certos tipos de mudanças estruturais na oferta de produtos. Essa metodologia, no entanto, pode levar a diferentes resultados, dependendo da natureza da questão concorrencial que está sendo examinada. Por exemplo, o escopo do mercado geográfico pode ser diferente caso esteja-se analisando uma concentração, onde a análise é essencialmente prospectiva, ao invés de uma análise do comportamento passado. O diferente horizonte de tempo considerado em cada caso pode levar ao resultado de que diferentes mercados geográficos são definidos para um mesmo produto, dependendo se a Comissão está analisando uma mudança na estrutura de oferta, tal como uma concentração ou uma joint venture, ou se está examinando questões relacionadas a um certo comportamento passado” (6).

Nota:

(6) Todas as traduções neste voto são versões livres. “The criteria for defining the relevant market are applied generally for the analysis of certain types of behaviour in the market and for the analysis of certain types of structural changes in the supply of products. This methodology, though, might lead to different results depending on the nature of the competition issue being examined. For instance, the scope of the geographic market might be different when analyzing a concentration, where the analysis is essentially prospective from an analysis of past behaviour. The different time horizon considered in each case might lead to the result that different geographic markets are defined for the same products depending on whether the Commission is examining a change in the structure of supply, such as a concentration or a joint-venture, or examining issues relating to certain past behaviour”.

Saliente-se, inclusive, a existência de corrente doutrinária que defende a tese de que a análise do mercado relevante representa em hipóteses de conduta, elemento meramente acessório à necessidade de se manter a política colimada pela Lei Antitruste. Há casos em que a própria definição do mercado é dispensada diante de conduta ou comportamento empresarial obviamente deletério à livre concorrência e à livre iniciativa. A análise do mercado relevante, portanto, funciona tão-somente como um mecanismo para averiguar se é adequado separar uma área de atividade econômica onde a aplicação das leis antitruste incidirá. A esse respeito, confira os ensinamentos de HARRY FIRST(7):

Nota:

(7) Free Enterpriste and Economic Organization – Antituste. Sixth Edition. p. 113.

“Ao determinar se a estrutura da indústria ou o comportamento unilateral afasta a concorrência, as definições de mercado devem ser úteis na organização da análise para que esta seja prática, significativa, economicamente sensata e administrável em um contexto de processo judicial. No entanto, a análise de mercado é subserviente à questão qualitativa mais ampla que é se a política estabelecida pela lei foi violada, e ocasionalmente, a análise de mercado deve ser dispensada quando o nível de comportamento predatório é obviamente destrutivo ao processo competitivo. A persistência de domínio em uma área significativa da atividade econômica pode também garantir a conclusão através do bom senso, de que o poder está presente de uma forma inconsistente com o ideal competitivo, e o interesse público requer que ele seja restringido ou eliminado onde a persistência desse domínio é provável e sua erosão através do mercado improvável, mesmo que alguns argumentos teóricos sobre o conceito metafísico de mercado possam ser elaborados para se escapar dessa responsabilidade.

Em outro lugar, as definições de mercado devem ser entendidas de maneira análoga à função de análise da regra da razão em casos da Seção 1. Onde não é aparente que a estrutura da indústria ou o comportamento é consistente ou inconsistente com o ideal competitivo, a análise de mercado serve como mecanismo para determinar se é justo, adequado, pratico e economicamente razoável isolar ou fragmentar uma área da atividade econômica como a área onde os objetivos da política antitruste podem atuar, fazendo julgamentos, a luz de todos os fatos e circunstâncias da indústria, sobre se eles estão realmente atuando” (8).

Nota:

(8) “In determining whether industry structure or unilateral behavior displaces competition, market definitions may be helpful in organizing the analysis so that it is practical, significant, economically sensible, and manageable in the context of the judicial process. But market analysis is subservient to the broader qualitative question of whether the policy of the law has been violated, and on occasion market analysis should be dispensed with where the level of predatory behavior is obviously destructive of a competitive process. The persistence of dominance in a significant area of economic activity may also warrant a common sense conclusion that power is present in a form inconsistent with the competitive ideal and the public interest requires it be constrained or eliminated where the persistence of dominance is likely and its erosion by the market is unlikely, even though some theoretical arguments about the metaphysical concept of markets may be advanced to escape liability.

Elsewhere market definitions should be understood in a way that is analogous to the function of rule of reason analysis in Section 1 cases. Where it is not readily apparent that industry structure or behavior is consistent or inconsistent with the competitive ideal, market analysis serves as a mechanism for determining whether it is fair, just, practical, and economically sensible to isolate or fragment an area of economic activity as an area where the goals of antitrust policy can work and to make judgments about whether they are at work in light of all the facts and circumstances of the industry”.

Assim, a definição dos mercados relevantes em condutas que infringem a ordem econômica deve levar em consideração o exame dos seus efeitos no segmento economicamente relevante, bem como dos atos já praticados pelos agentes econômicos envolvidos.

Sendo assim, deixo claro que delimitarei o mercado relevante no caso em tela tendo sempre em mente a importância dos efeitos da conduta como parte integrante da análise.

2.1.1 - Mercado relevante na dimensão produto

Durante o processo instrutório, houve grande polêmica quanto à definição do mercado relevante. De um lado, as Representadas sustentaram que o mercado relevante na dimensão produto seria o “de espaço para locação comercial” nos ramos de comércio referidos, quer os localizados na via pública, quer os integrantes de centros de compra do tipo dos shopping centers(9).

Nota:

(9) Fl. 110 dos autos.

Já a Secretaria de Direito Econômico adotou “espaços para locação comercial em shopping centers de alto padrão” como o mercado em que atuam as Representadas. Asseverou o órgão instrutório que existem inúmeros fatores que diferenciariam os Shopping Centers do comércio de rua, motivo pelo qual não poderiam ser reunidos em um mesmo mercado relevante.

Para se definir um mercado relevante, portanto, faz-se imprescindível avaliar o grau de substituíbilidade, do ponto de vista do consumidor, entre os produtos e/ou serviços comercializados pelos agentes econômicos que possivelmente venham a integrar o segmento econômico investigado. Nesse sentido, esclarecem BELLAMY & CHILD(10):

Nota:

(10) BELLAMY & CHILD. European Community Law of Competition. Fifth Edition P. M. Roth QC, p. 6-096.

“Um mercado relevante de produto compreende todos aqueles produtos e/ou serviços que são referidos como intercambiáveis ou substitutos pelo consumidor, em função de suas características, seus preços e seu uso pretendido.

Assim, o fator crítico parece ser a intercambialidade ou substituíbilidade entre produtos do ponto de vista do consumidor. Isso frequentemente é referido como ‘substituíbilidade (ou substituição) pelo lado da demanda’ ” (11).

Nota:

(11) “A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products’ characteristics, their prices and their intended use.

Therefore, it appears that the critical factor is the interchangeability or substitutability of the product with other products by the consumer. This is often referred to as “demand-side substitutability” (or “substitution”).”

Passo, então, a enfrentar o tema, subdividindo a apreciação em dois tópicos. No primeiro, procurarei indicar todos os aspectos que diferenciam o shopping center e o comércio de rua, para concluir se a locação de espaços para exploração do comércio pode ou não incluir os dois espaços em um mesmo mercado relevante. No segundo tópico procurarei examinar se há como segmentar o mercado de shopping centers.

2.1.1.1 - Diferenciações entre o Comércio de Rua e Shopping Centers

2.1.1.1.1 - O Fenômeno Shopping Center

De acordo com a definição da ABRASCE(12), o shopping center é um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio, e que permaneçam, na sua maior parte, objeto de locação, ficando os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada. Caracteriza-se, ainda, pelo fato de que o preço da locação varie, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários. Ademais, deve oferecer aos usuários estacionamento permanente e tecnicamente adequado.

Nota:

(12) Site da ABRASCE – Associação Brasileira de Shopping Centers.
<www.abrasce.com.br>.

Em primeiro lugar, devo salientar a relevância econômica do surgimento do fenômeno do shopping center, onde se observa com clareza a incidência da chamada economia de aglomeração, com o aproveitamento mútuo de externalidades positivas.

Tais centros comerciais nos remetem a uma tese bem aceita nos círculos econômicos hoje em dia: a de que as aglomerações econômicas são resultado de uma espécie de mutualismo entre empresas que compartilham o mesmo local (13). Analisemos, por exemplo, as considerações efetivadas por HANSON(14):

Nota:

(13) Para estudos aprofundados sobre o assunto, vide HENDERSON, J. V. Sizes and types of cities. American Economic Review 64: 640-56, 1974; HENDERSON, J. V. Urban development: theory, fact and illusion. New York: Oxford University Press, 1988; BLACK, D. and HENDERSON, J. V. A theory of urban growth. Journal of Political Economy. 107:252-284, 1999; KRUGMAN, P. Increasing returns and economic geography. Journal of political economy, p. 99:483-499, 1991.

(14) HANSON, G. "Scale economies and the geographic concentration of industry". NBER Working paper W8013. p. 4. "While individual firms are perfectly competitive and perceive there to be constant returns of scale, the agglomeration of economic activity generates externalities that raise the productivity of all firms in a particular industry that share a given geographic location. (...) The existence of localized externalities implies that firms prefer to be near of large agglomerations of other firms in their own industry or related industries".

"Enquanto firmas individuais são competitivas e reconhecem haver retornos constantes de escala, a aglomeração da atividade econômica gera externalidades que aumentam a produtividade de todas as firmas de uma indústria em particular que divide a mesma localização geográfica. (...) A existência de externalidades localizadas implica que as firmas preferem estar perto de grandes aglomerações de outras firmas pertencentes à mesma indústria ou à outras indústrias relacionadas".

Firmas que executam a mesma atividade econômica, portanto, preferem instalar-se em determinadas regiões para aproveitar externalidades positivas geradas pela sua aglomeração. Pode-se arrolar como externalidades positivas que aumentam a produtividade das firmas alojadas em tais locais a facilidade de acesso a produtos específicos, o intercâmbio de idéias, o aprendizado técnico especializado, a existência de rotas comerciais e aparelhos urbanos, para citar apenas algumas. A possibilidade de ter sua empresa girando mais eficientemente faz com que o empresário opte por se aproveitar de aglomerações já constituídas, visando às externalidades existentes no local.

Dado que existem externalidades e economias de aglomeração quando várias lojas estão dispostas em uma mesma localidade, o negócio dos shopping centers pode ser entendido como um potencializador de tais fatores, a fim de atrair mais clientes para os lojistas. Assim, a administração do shopping faz com que tais externalidades e economias de aglomeração sejam apropriadas não só pelos lojistas, como também pelos clientes que podem se beneficiar da existência de um espaço onde, além de encontrar as lojas que desejam, também têm à sua disposição toda uma gama de outros serviços, tais como praça de alimentação, cinema, estacionamento, entre outros.

Assim, o negócio do shopping center é justamente promover esse espaço, onde lojistas e clientes se unem para realizar uma transação mutuamente benéfica. A atração desses dois tipos de "clientes", quais sejam, lojas e consumidores finais, faz com que o shopping entre em um círculo virtuoso: quanto mais consumidores for capaz de atrair, mais lojistas estarão interessados em estabelecer uma filial de sua loja neste shopping, como consequência, quanto mais lojas e facilidades um shopping tiver, mais consumidores será capaz de atrair.

Para conseguir alcançar esse círculo virtuoso de atração tanto de lojistas quanto de consumidores finais, a administração do shopping efetiva uma série de investimentos. Em primeiro lugar, ela compra uma grande área bem localizada, com acesso a transportes, nas redondezas de um bairro valorizado. Faz estudos de viabilidades para deduzir que perfil de lojas mais se adapta ao local de sua propriedade, inferindo também que lojas interessariam-se em vir a ocupar aquele ponto. Investe em obras, planejamento urbanístico (para fazer com que o projeto se integre à região onde está sendo construído), um plano arquitetônico e utilidades como estacionamentos. Quando pronto, o prédio prospecta e atrai eventuais comerciantes que desejem se instalar em suas dependências, escolhendo um mix de lojas que possa gerar externalidades positivas das quais eles se beneficiarão mutuamente – o que implica em um custo de análise e aprendizado.

É possível até que um shopping queira se diferenciar dos outros e tente atrair um determinado tipo de consumidor final, desenvolvendo um espaço especificamente destinado a um certo tipo de cliente. Para isso, ele terá que fazer um trabalho de prospecção para descobrir quais lojas poderiam ser identificadas com o público-alvo definido e posteriormente, um trabalho de atração dessas lojas para o seu espaço(15).

Nota:

(15) Esse argumento será melhor explorado na seção 2.1.1.2.

Assim, o shopping desenvolve todo um trabalho a fim de atrair tanto lojistas quanto consumidores para tais lojistas. Seu negócio é justamente promover um ambiente onde um maior número de transações entre esses dois agentes seja provável de acontecer. Um shopping que não atrai consumidores está fadado ao fracasso, pois os lojistas provavelmente se desinteressarão do ponto e pouco a pouco irão retirar suas lojas.

A literatura econômica tem estudado esse tipo muito particular de mercado, chamando-o de mercado de dois-lados (two-sided markets)(16). Nele existem dois tipos de consumidores que necessitam um do outro, os quais o dono do negócio tem que atrair para que ele tenha um produto a oferecer. Cada tipo de cliente valoriza o serviço se o outro tipo de consumidor também o compra. Ou seja, para seu negócio dar certo, o empreendedor de um mercado de dois lados tem que "ter a borda"

dois tipos de “clientes”, de forma a agir como uma espécie de matchmaker.

Nota:

(16) Na verdade, esses mercados podem ser tanto de dois lados, quanto multi-lados (multi-sided markets). Para maiores referências ver ROCHET, Jean-Charles & TIROLE, Jean. “Platform Competition in Two-Sided Markets”. Financial Markets Group Discussion Paper #dp0409. 2001. Disponível em: <<http://www.idei.asso.fr/commun/articles/tirole/platformnov26.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2003; e EVANS, David S. The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. 2002, mimeo.

Segundo EVANS(17), uma outra característica fundamental dos mercados de dois lados é a presença de externalidades positivas advindas do fato de ter um dos tipos de consumidores a bordo e a incapacidade das partes em internalizar tais externalidades. Nesse contexto, as firmas que gerenciam tais negócios são capazes de gerar benefícios à sociedade e a si mesmas ao serem capazes de internalizar tais externalidades.

Nota:

(17) Evans, David S. ob. cit, p. 2.

Existem alguns exemplos clássicos desse tipo de mercado, tais como o das administradoras de cartão de crédito, que precisam não só que os consumidores tenham o cartão, quanto que os lojistas o aceitem; os produtores de vídeo games, que precisam tanto dos usuários quanto dos desenvolvedores de jogos(18), das imobiliárias, que precisam tanto de quem esteja alugando/comprando um imóvel próprio, quanto de quem queira alugar/comprar um imóvel de outro; ou ainda dos produtores de sistemas operacionais, que precisam tanto de programadores que desenvolvam aplicativos para tais softwares, como dos usuários que os utilizem. Como se pode notar, uma outra característica desse tipo de mercado é a de que a maioria deles está sujeito a efeitos de rede(19).

Nota:

(18) Quanto mais usuários estiverem usando uma determinada tecnologia de vídeo game, mais os desenvolvedores desejarão projetar jogos para aquela plataforma. Ao mesmo tempo, quanto mais jogos uma determinada plataforma tiver, mais usuários desejarão adotá-la.

19 Os efeitos de rede, também chamados de externalidades de rede ou ainda de economias de escala pelo lado da demanda, acontecem quando o valor de um produto aumenta quanto mais usuários utilizam o mesmo produto. Por exemplo, uma máquina de fax tem valor maior para um usuário se houver outros com quem ele possa se comunicar. Quanto maior o número de usuários, maior o valor da máquina para um usuário em particular.

Um exemplo um pouco mais distante da realidade brasileira, mas que me parece mais esclarecedor do funcionamento de um mercado de dois lados é o mercado de clubes de encontro (dating clubs). Os administradores desses clubes têm que administrar as demandas de homens e mulheres, de forma a criar incentivos para que o número certo de um e de outro tipo de consumidor apareça em seu clube. Assim, para que seu negócio dê certo, o dono do clube tem que estabelecer a estrutura de preços capaz de atrair o número certo de homens e mulheres. Caso o clube atraia mais de um tipo de consumidor, pouco a pouco o negócio fracassa, pois esse consumidor, interessado em encontrar consumidores do outro tipo, acaba se desinteressando do clube.

Importante ressaltar que o que a literatura econômica discute nesse tipo de mercado é a estrutura de preços ótima, além da discussão usual sobre o nível de preços ótimo que deve ser cobrado de cada agente. Ou seja, mais do que discutir qual o preço que deverá ser cobrado de cada “cliente”, o empreendedor deve decidir como será feita a captação de receita entre os dois tipos de “clientes”, de modo a que ambos desejem transacionar em um nível que seja ótimo para ele. Assim, os negócios que servem a mercados de dois lados devem estabelecer uma estrutura de preços que seja capaz de balancear as demandas dos dois lados do mercado.

Os vários tipos de mercados de dois lados têm desenvolvido diferentes mecanismos de estruturação de preços, de acordo com suas especificidades. No caso das administradoras de cartão de crédito, a estrutura ótima parece ser cobrar mais dos lojistas do que dos usuários de cartão; no caso dos vendedores de vídeo games, a receita dos produtores provém de maneira mais significativa dos royalties cobrados dos desenvolvedores de jogos; a indústria de sistemas operacionais, por sua vez, parece ter optado pelo mecanismo inverso, retirando sua receita basicamente dos usuários do software e não cobrando

(ou cobrando muito pouco) dos programadores que desenvolvem aplicativos para seu sistema operacional; o mercado imobiliário parece ter adotado um outro mecanismo: nada é cobrado de quem deseja olhar um imóvel, apesar de em alguns casos isso resultar em um custo para o sistema, sendo cobrado do ofertante somente se uma transação for realizada, geralmente uma porcentagem do aluguel ou da venda, apesar de haver custos incorridos mesmo que não haja uma transação.

Importante ressaltar que até dentro de um mesmo tipo de mercado de dois lados, diferentes empreendedores optam por diferentes estruturas de precificação(20).

Nota:

(20) No caso dos clubes de encontro, por exemplo, existem clubes que cobram do homem um preço pela associação e mais um adicional por cada visita, deixando a entrada livre para mulheres; outros que cobram um preço fixo para os homens, um preço com desconto para as mulheres residentes em outros estados e deixam a entrada livre para aquelas residentes no estado em que está situado o clube; e outros ainda que possuem um preço único para homens e mulheres, mas dão descontos diferenciados para as últimas, dependendo do dia da semana em que vão ao clube. (Evans, David. S, op. cit, p. 1).

A razão para estabelecerem diferentes estruturas de preço está baseada no fato de que o negócio do empreendedor em um mercado de dois lados é fazer com que os dois tipos de consumidores participem do negócio. Assim, por exemplo, a imobiliária pode acreditar que, caso cobrasse algo dos participantes sem que uma transação fosse realizada ela não conseguiria atrair um ou outro tipo de consumidor e, conseqüentemente, não teria um produto a oferecer. Pode ser que, caso cobrasse pela tentativa de arranjar um locatário para alugar um imóvel de alguém que tem um imóvel para ser alugado, as pessoas não procurariam uma imobiliária para disponibilizarem seu imóvel, simplesmente colocando um anúncio no jornal.

Dessa forma, a estrutura de precificação em um mercado de dois lados é fator primordial para garantir o sucesso do negócio. Caso seja estabelecida uma estrutura de preços errada, que não dê conta de equilibrar a demanda dos dois tipos de consumidores, pode ser que ao final o empreendedor não terá produto algum para oferecer a qualquer tipo de "cliente". Na verdade, muitas vezes o negócio desse fornecedor só se concretiza quando ele consegue que os dois lados realizem uma transação.

Para as Representadas "o mercado relevante material a ser considerado é o "mercado de espaço para locação comercial" nos diversos ramos de comércio, quer os localizados na via pública, quer os integrantes de centros de compra do tipo dos shopping centers" (21). Entretanto, as próprias Representadas reconhecem que "os espaços em shoppings caracterizam um produto diferenciado em relação aos espaços para locação convencionais. Ao contrário do "comércio de rua", os shoppings são organizados racionalmente, a fim de oferecer uma variedade de opções ao consumidor final" (22). (grifos meus).

Nota:

(21) Fl. 110 dos autos.

(22) Fl. 110 dos autos.

Como demonstrado, a idéia de que o consumidor final é cliente apenas do lojista e não do shopping center é equivocada. Apesar do consumidor realizar a compra na loja, ele também é cliente do shopping, não só porque este auferir lucros a partir do aluguel cobrado com base no faturamento variável das lojas, mas também porque o shopping vende a comodidade para as compras, que estão expressos no menor custo de transporte, na facilidade de estacionamento, na variedade apresentada pelo seu tenant mix, entre outros fatores.

Assim, o negócio do shopping center é efetivamente proporcionar o melhor espaço no qual consumidores e lojistas realizam suas transações. Nesse sentido, ele pode ser visto como um tipo de mercado de dois lados.

Os autores costumam dar o nome de plataforma(23) ao negócio que une dois tipos de consumidores. Assim,

Nota:

(23) A razão para o uso dessa nomenclatura, provavelmente, pode estar ligada ao fato de que os primeiros estudos para a definição do mercado de dois lados estão ligados aos mercados de tecnologia e software.

“plataforma seria o produto (ou o conjunto de arranjos institucionais) sob o qual uma transação ocorre. Um programa na televisão aberta é uma plataforma onde os anunciantes encontram consumidores que podem estar receptivos ao seu anúncio. Um console de vídeo game é o lugar onde pessoas que fazem jogos podem transacionar com pessoas que querem jogá-los. Um sistema de pagamento via cartão é o lugar onde lojistas que vendem bens podem encontrar clientes que querem comprar tais bens” (24).

Nota:

(24) Evans, David S., op. cit. p. 10. “The platform is the product (or set of institutional arrangements) upon which this transaction occurs. A free television show is a platform where advertisers meet consumers who may be receptive to their advertisements. A video game console is a place where people who make games can transact with people who play games. A payment-card system is a place where merchants who sell goods can meet customers who want to buy those goods”.

Segundo EVANS(25) existe uma grande diversidade de conjuntos de indústrias que podem ser vistos como mercados de dois lados. Para o autor, tais mercados poderiam ser divididos da seguinte forma: os serviços de match-making services, tal como os clubes de encontro, que tenta unir individualmente os dois lados do mercado; os serviços de suporte de mídia e propaganda (advertising-support media), onde os intermediários unem grupos de vendedores (quem quer fazer propaganda) com grupos de compradores (os consumidores); o mercado de sistemas operacionais, onde o intermediário fornece uma plataforma na qual aqueles que escrevem softwares encontram aqueles que usam softwares; o mercado de vídeo games, que seria um mercado similar ao de softwares; e o mercado de sistemas de pagamento através de cartão.

Nota:

(25) Evans, David S., op. cit.

O mercado de shopping centers poderia ser visto como um mercado de dois lados do tipo matchmaker. O objetivo do shopping é oferecer o espaço mais propício para que lojistas e compradores possam realizar suas transações. Como discutido acima, o shopping potencializa as externalidades e economias de aglomeração existentes pelo fato de que várias lojas encontram-se em um mesmo local, propiciando um ambiente favorável à atração de mais clientes para as lojas através do estabelecimento de cinemas e praça de alimentação, entre outras coisas.

A comodidade e a economia de tempo proporcionadas pelo shopping center aos consumidores é um importante traço característico, pois a circunstância dos shopping centers dispõem de estacionamento, congregarem diversas lojas, possuírem setor de alimentação e lazer, faz com que haja uma atração especial dos consumidores, que não encontrarão em lojas de rua a diversidade, comodidade, praticidade e segurança propiciadas pelo shopping.

Daí por que sua planificação começa por contratar estabelecimentos comerciais de grande porte com prestígio já consagrado, capazes de atrair grandes contingentes de clientela, que se espraiem por todas as dependências. Esses grandes empórios que se ombreiam com as lojas de menor porte são geralmente filiais de lojas departamentais ou de “supermercados”. Pela sua atração no conjunto, esses estabelecimentos comerciais são adjetivados de lojas “âncoras”. Formam, efetivamente, um núcleo de clientela, que aproveita a toda a organização. Assim, os “centros comerciais” viabilizam, de certa forma, pequenas e médias empresas, que através dele podem participar de um grande empreendimentos mercantil.

Um problema típico dos mercados do tipo matchmaker é solucionar o problema de como atrair compradores sem demonstrar que existem vendedores para atendê-los, mas ao mesmo tempo, como atrair vendedores sem primeiro demonstrar que existe um grupo de compradores interessados em transacionar com eles(26). A solução para esse tipo de problema de coordenação pode ser, às vezes, estabelecer uma divisão desproporcional de obtenção de receita entre os dois tipos de consumidores, cobrando muito mais de um do que de outro, e até muitas vezes incorrendo em algum tipo de perda de receita pelo lado de uma das partes.

Nota:

(26) Na nomenclatura de ROCHET & TIROLE, ob. cit, esse seria um “a chicken-and-egg problem”.

ROCHET E TIROLE(27) também discutem essa questão, ressaltando que muito freqüentemente as plataformas tratam um lado do mercado como o centro lucrativo e o outro lado como um agente de prejuízo (loss leader) ou, na melhor das hipóteses, como financeiramente neutro. Em outras palavras, muitas vezes a arrecadação de receita de um empreendedor que opera em um mercado de dois lados provém da cobrança de preços de somente um dos agentes, enquanto o outro paga

nada ou muito pouco(28).

Nota:

(27) Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean. ob. cit, p. 2.

(28) Como, por exemplo, no mercado imobiliário que a receita da imobiliária provém somente do locador ou no caso das administradoras de cartão de crédito, onde o maior volume de receita provém dos lojistas, apesar das pessoas físicas também contribuírem um pouco através do pagamento das anuidades.

Corroborando esse entendimento, ROCHET E TIROLE(29) citam explicitamente os shopping centers como um tipo de mercado de dois lados no qual os consumidores seriam subsidiados. Os autores argumentam ainda que, inclusive, em alguns países os consumidores que vão ao shopping não pagam estacionamento e que na França eles podem, dentro do shopping, comprar gasolina com substancial desconto. Nesse modelo, as lojas seriam o segmento lucrativo ou o agente capaz de proporcionar o subsídio aos consumidores finais. Esse tipo de estrutura serviria para garantir o equilíbrio na demanda entre lojistas e consumidores, uma vez que garante aos primeiros que potencialmente o maior número de clientes virá ao shopping, dado que não existem restrições financeiras para isso.

Nota:

(29) Rochet, Jean-Charles & Tirole, Jean, ob. cit., p. 4.

No Brasil, poderíamos até mesmo pensar que o fato do aluguel de uma loja em shopping ser cobrado através de uma parte fixa e outra variável tenta de alguma forma captar a participação dos consumidores finais no negócio do shopping, constituindo-se em uma espécie de transferência de rendas, tanto dos consumidores quanto dos comerciantes, para a Administradora. Assim, ao invés de cobrar somente um aluguel fixo, que reflita o valor do ponto comercial para o comerciante, o contrato de locação prevê que a contrapartida será paga também na forma de porcentagem sobre o faturamento. Neste caso, não há como qualificar o consumidor de “subsidiado”.

Assim, impossível deixar de constatar que o comerciante remunera adequadamente a administradora em função das externalidades por ela potencializadas. Assim, a administradora não somente tem ressarcidas as despesas por ela efetivadas para a formação do shopping, como também se aproveita do esforço empreendedor do comerciante. Isto porque, obviamente, o faturamento da loja – que servirá como fator referencial para o pagamento do aluguel – não irá derivar somente das externalidades criadas pela administradora, mas igualmente do esforço individual do lojista (seja pela qualidade do produto, seja por fatores diferenciais de venda). Assim, a fórmula escolhida é bastante equilibrada e não gera situações injustas.

Como se já não bastasse a definição de shopping center como sendo um tipo de mercado de dois lados para caracterizá-lo como um mercado diferente da simples existência de lojas de rua, esse sim um negócio no qual, via de regra, a locação do espaço comercial esgota o potencial de lucro do locador, passo agora a ressaltar algumas características do empreendimento shopping center que o diferem do mercado de locação de espaço comercial em ruas.

2.1.1.1.2 - Cláusulas especiais existentes nos contratos de locação em shopping centers

Nos centros comerciais chamados de shopping centers são comuns as regras que limitam o escopo de atuação dos locatários, estabelecidas ora nos regimentos internos, a que os comerciantes lojistas aderem (aceitando-as assim convencionalmente), ora nos contratos de locação de espaço (ou outro nome que se lhes dê) que celebram com o empreendedor.

Com efeito, nesses instrumentos são encontradas cláusulas especiais, tais como as de fixação do aluguel em mínimo percentual, do aluguel em dobro em dezembro, da fiscalização na “boca do caixa”, da obrigatoriedade de o lojista filiar-se e pagar as contribuições devidas à associação de lojistas, da vedação da cessão contratual sem a prévia anuência do empreendedor, da imutabilidade do ramo de comércio, do pagamento da res sperata, que determina que o projeto da loja seja aprovado previamente pelo empreendedor, da determinação do tipo de mercadorias que podem ser comercializadas, da estipulação do horário e dos dias de abertura ao público – enfim, cláusulas que restringem a liberdade de atuação dos lojistas em benefício do shopping center, encarado como uma entidade coletiva.

2.1.1.1.3 - Fundos de comércio distintos

Como entidade distinta dos estabelecimentos que hospedam, os shopping centers têm um fundo empresarial diverso dos fundos particulares pertencentes aos lojistas que reúnem.

É claro que, na construção dos shoppings, os fundos dos lojistas são levados em consideração pelos seus

empreendedores, na orquestração dos diferentes ramos de negócio que pretendem congrega – o que, por sinal, é suficiente para que se lhes reconheça existência no interior dos centros que os alojam. Assim, na distribuição das unidades, são geralmente convidados comerciantes de sucesso em diferentes gêneros de atividades, a começar pelas chamadas “lojas-âncora” (que por si só valorizam os shoppings), que aportam ao empreendimento o suporte de clientela pessoais expressivas.

Mas o shopping, em si mesmo, tem também um fundo de comércio próprio, consubstanciado pelo conjunto de facilidades proporcionadas aos lojistas – facilidades essas que vão desde a própria concepção do empreendimento, a distribuição eficaz dos vários ramos de negócio (o chamado tenant mix), e a estrutura organizacional do centro comercial, até a administração e a idealização constante de campanhas promocionais do empreendimento.

É esse o posicionamento majoritário da doutrina, como observa REQUIÃO, que destaca os dois entendimentos:

“Caio Mário da Silva Pereira foi um dos precursores da análise do fundo de comércio nos shopping centers e o primeiro a destacar que “dentro do shopping center, há essa duplicidade de conceito de fundo de comércio. É fundo de comércio o global do ‘shopping’, como é também aquele que é constituído pelo usuário” (in Shopping centers – aspectos jurídicos, São Paulo, 1984, p. 17). Modesto Carvalhosa, divergindo de Caio Mário, entende existir um fundo, indivisível, e dois titulares, o empreendedor, de um lado, e os lojistas de outro (in shopping Centers – questões jurídicas, São Paulo, 1991, p. 167). Dessa posição de Carvalhosa, discrepa Ives Gandra da Silva Martins, ao afirmar existirem dois fundos de comércio, sendo um dos lojistas e outro, do empreendedor, que se unem em um sobrefundo de dupla titularidade” (30).

Nota:

(30) Requião, Rubens. Considerações sobre os Centros Comerciais (Shopping Centers) no Brasil. RT, v. 571, p. 83, maio 1993.

Com a devida vênia das posições contrárias, entendo que, efetivamente, existem dois fundos de comércio autônomos.

Com efeito, como já discorrido, em shopping centers há um conjunto de externalidades (linguagem econômica) ou, no jargão jurídico, há mais de um fundo de comércio criado. Um fundo de comércio é o tradicional, encontrado em qualquer empreendimento (típico do que ocorre, por exemplo, nas lojas de rua) criado pelo próprio lojista, que, por força de seus méritos pessoais (marketing, qualidade ou outros fatores diferenciais do produto/serviço ofertado, apresentação da loja, etc.) atrai uma clientela própria. Outro fundo de comércio é o do próprio shopping como um todo, estabelecido em virtude de duas circunstâncias criadoras. A primeira é a soma das externalidades das lojas existentes (ou seja, o aproveitamento de parte dos consumidores cativos de uma loja por outras lojas também estabelecidas no shopping center). Outra força criadora é a da administradora do shopping center, responsável escolhida pela localização, pela decoração e arquitetura do shopping, pelo tenant mix, entre outros fatores.

Tal constatação será importante quando analisarmos a remuneração existente para a locação, composta de aluguel mínimo e aluguel variável, bem como para auxiliar a rebater as alegações das Representadas quanto à legitimidade da imposição da cláusula.

2.1.1.1.4 - Remuneração distinta: aluguel variável

Todos aqueles que estudam os shopping centers destacam que uma de suas mais importantes características é justamente a forma peculiar em que é estruturada a remuneração da utilização do espaço pelos lojistas. Normalmente, caso se tratasse de uma relação jurídica corriqueira, como se dá, por exemplo, em relação às lojas de rua, a remuneração seria efetivada através de um aluguel fixo, estipulado no contrato.

No entanto, a forma de remuneração normalmente estipulada nos shopping centers é feita sob a forma de uma parcela variável, consistente em uma porcentagem do faturamento do estabelecimento. Igualmente, é também estabelecido um patamar fixo para o preço da locação (aluguel mínimo), que será pago na hipótese do percentual aplicado sobre o faturamento obtido pela loja não atingi-lo. Cabe, neste contexto, transcrever as seguintes observações de Rubens Requião:

“Mas é evidente que uma organização dessa natureza e encargo não se conteria dentro do sumário quadro estrutural do tradicional e velho contrato de locação. Logo de início se compreende que a técnica moderna desse organismo não se limitaria ao sistema do preço da locação pago em valor fixo em dinheiro. O empreendedor locador não pretende remunerar o seu investimento apenas com o aluguel fixo, mas com uma participação na porcentagem do resultado das vendas da loja locada. Nisso reside a idéia original da organização” (31).

Nota:

(31) Requião, Rubens. Considerações sobre os Centros Comerciais (Shopping Centers) no Brasil. RT, v. 571, p. 12, maio 1993. Assevera ainda o autor: “o que há de fato de inovador nos shopping centers é a relação contratual que assegura a participação dos investidores no faturamento (e, portanto, nos lucros) das atividades que ali se desenvolvem. Estabelece-se uma permanente integração entre os interesses dos empreendedores do shopping center e os dos comerciantes, que constitui a base para a realização posterior de ganhos, de produtividade, onde parcela significativa é inclusive

transferida para os consumidores”.

Por seu turno, Orlando Gomes tece as seguintes considerações a respeito da remuneração das administradoras de Shopping Centers:

“Está dividida em duas atribuições pecuniárias superpostas e denominadas: 1) aluguel mínimo; 2) aluguel percentual. O primeiro é representado por uma prestação pecuniária reajustável periodicamente com indexação preestabelecida, a ser cumprida independentemente de qualquer circunstância. Entre os dois há uma relação de convergência assim expressa: se o valor do aluguel percentual apurado for superior ao valor do aluguel mínimo, o lojista pagará ao dono do shopping center a quantia correspondente à diferença entre os dois. Por isso mesmo o aluguel percentual só é exigível se o faturamento da loja permitir que ultrapasse, calculada a participação pelo critério acordado, a soma representativa do aluguel mínimo. A eventualidade de sua inércia não afeta a forma participativa da remuneração, do mesmo modo que não a descaracteriza a sua acessoriedade incessante, como complemento necessário da remuneração” (32).

Nota:

(32) Gomes, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “Shopping Center”. RT, v. 576, p. 10, out. 1993.

Esta estipulação baseada em renda variável, que tem por base percentual baseado no faturamento bruto do lojista faz com que a remuneração do proprietário do shopping center seja adequada às externalidades por ele criadas.

Deste modo, duas conclusões impõem-se: a) o fundo de comércio do shopping center não é fruto exclusivo do seu proprietário, nem também do esforço e colaboração de cada lojista; b) há uma adequada tutela jurídica da remuneração do shopping center em relação ao fundo de comércio por ele criado, consistente tanto no aluguel variável, como nas obrigações de colaboração impostas aos lojistas.

Conseqüentemente, é de ser refutada a alegação de que sem a cláusula da exclusividade não haveria adequada tutela da remuneração do dono do shopping center. Ocorre que foi bem demonstrada que a tutela de tal remuneração encontra-se adequadamente efetivada.

Ressalte-se, inclusive, ser comum a inserção de cláusulas de fiscalização, a fim da administradora verificar o efetivo faturamento das lojas instaladas no shopping center(33).

Nota:

(33) A este respeito comenta Orlando Gomes: “Uma das cláusulas mais excêntricas do contrato em exame é a que autoriza o cedente do gozo da loja a fiscalizar o faturamento bruto mediante sua averiguação nos livros e registros que contenham escrituração contábil, balanços, inventário e estoque de mercadorias, registro das vendas à vista, a prazo e a crédito, bem como o movimento diário de todas as operações comerciais, além de outros registros que fica obrigado a manter. Tais escritos podem ser diariamente examinados e o cedente do uso da loja tem livre acesso a todos os documentos da contabilidade do lojista e do seu sistema de controle, estando autorizado, ainda, a proceder a auditorias completas. Visa-se com essa intromissão na contabilidade do lojista a apurar, em operação de sindicância, o valor percentual do chamado “aluguel” participativo, tanto assim que os dados colhidos são considerados confidenciais e não podem ser usados senão para o fim estrito de sua averiguação. Para que a fiscalização seja eficiente, o lojista é obrigado a ter à disposição da administração do shopping center determinados livros, fitas, registros e documentos, para exibi-los sempre que forem pedidos”. (Gomes, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “Shopping Center”. RT, v. 576, p. 21, out. 1993.)

Ademais, não bastasse esta fórmula de remuneração há diversas outras cláusulas contratuais normalmente estabelecidas que conferem adequada proteção do dono (ou administrador, conforme o caso) do shopping center em relação às garantias quanto à adequada remuneração do fundo de comércio (ou externalidades) por ele criado.

Outro exemplo é a que exige a prévia aprovação do administrador em relação ao projeto de instalação (layout) da loja. Com isso, busca-se a máxima harmonização com o padrão do shopping center(34).

Nota:

(34) Cumpre, mais uma vez, efetivar a transcrição das seguintes observações de Orlando Gomes: “Válida, igualmente, é a cláusula que exige a aprovação do locador para a execução do projeto de instalação da loja. Restringe, sem dúvida, a liberdade do locatário de montar o estabelecimento como julgue mais adequado ao cumprimento de sua finalidade ou mais cômodo às suas posses, mas é uma exigência que se justifica em face da perspectiva global em que devem ser consideradas as locações num shopping center, ressaltando a sua originalidade e concorrendo, somada a outras peculiaridades, para fortalecer a convicção de que o contrato é atípico, como sustento. Com efeito, uma cláusula desse jaez não se compreende, por falta de esteio fatural, numa locação isolada, isto é, numa locação propriamente dita. Além disso, semelhante cláusula não contrasta com o fim da proteção legal”.

Por último, há que se deter no exame de duas cláusulas de grande significação no contrato dos lojistas de shopping center. A primeira obriga o lojista a contribuir para um Fundo de Promoções coletivas; a segunda subordina a vigência do contrato à sua permanência na Associação, a que tem de filiar-se para obter a sua condição(35).

Nota:

(35) GOMES, Orlando. Traços do perfil jurídico de um “Shopping Center”. RT, v. 576, p. 20, out. 1993

2.1.1.1.5 - Conclusão

Diante de todas as razões expostas, resta o óbvio, que o produto oferecido pelo shopping center (que proporciona esse conjunto de facilidades) se distingue do produto “espaço para locação comercial” localizado em rua, que não vem acompanhado desses outros serviços, não havendo grau de substituíbilidade suficiente a colocar os dois agentes econômicos em um mesmo mercado relevante.

Cumpra ainda destacar que, dentro do próprio segmento de shopping centers pode-se perceber que existem empreendimentos diversos, destinados a atingir públicos diferenciados. Segundo a ABRASCE(36), os shoppings poderiam ser classificados da seguinte forma:

Nota:

(36) Associação Brasileira de Shopping Centers, fl. 1.150 dos autos.

- a) Regional: tem como atrações as lojas âncoras, além de terem suas lojas voltadas para um mal interno;
- b) Comunitário: geralmente são aqueles em que se encontram os off-price;
- c) De vizinhança: atua no sentido de fornecer conveniência na compra de necessidades do dia-a-dia, tendo como loja âncora um supermercado;
- d) Especializado: possui um mix específico de lojas, sendo exemplo os shopping centers voltados para artigos do lar;
- e) Outlet center: possuem fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de varejistas off-price;
- f) Festival center: localizados em áreas turísticas, voltado para entreterimento.

Assim, percebe-se que dentro do mercado de shopping centers existem segmentos de mercado específicos, de acordo com o público-alvo que cada tipo de shopping deseja atingir. Os chamados shoppings especializados, por exemplo, têm por objetivo atrair clientes que desejem adquirir artigos específicos e, portanto, precisa atrair lojistas que vendam esses tipos de produto; os shoppings do tipo festival Center têm por objetivo atrair consumidores de “artigos de lazer e entretenimento” e para isso precisam conter cinemas, boates, restaurantes, etc.

Nesse sentido, os diversos tipos de shopping centers poderiam ser vistos como pertencentes a mercados relevantes diferenciados, uma vez que na verdade estão oferecendo “produtos” diferentes. Dependendo do tipo de loja, o comerciante terá interesse em colocá-la em shoppings regionais e não em um shopping outlet, por exemplo. O importante para caracterizar a distinção dos vários tipos de shopping centers como sendo mercados relevantes diferentes está apoiada basicamente no fato de que em termos de “conceito de shopping” os vários tipos seriam diferentes produtos.

Concordo que poderia ser argumentado que, pelo critério do monopolista hipotético e em termos teóricos, é possível que um lojista do ramo de decoração, por exemplo, possa perfeitamente colocar sua loja em um shopping center regional ao invés de em um shopping center temático específico, se este aumentasse seu preço de maneira “significativa e não transitória”. Nesse sentido, esses dois tipos de shoppings poderiam ser vistos como participantes de um mesmo mercado relevante. Porém, como já discutido na seção anterior, a definição do mercado relevante é extremamente complexa, não se podendo

aplicar sem ressalvas os critérios baseados no teste do monopolista hipotético. Dessa forma, mais importante é tentar entender como funciona o negócio shopping center. Só assim a análise em tela poderá ser frutífera e poderei chegar a alguma conclusão sobre se as cláusulas de exclusividade em relação a determinados shopping centers podem ser consideradas como anticoncorrenciais, o que, no final das contas, é a razão desse processo.

Assim, pelos motivos ora expostos, defino, de forma preliminar, que o mercado relevante é o de shopping centers regionais, não abrangendo, portanto, o comércio varejista de rua.

Note-se, assim, que diferentemente da SDE não defini o mercado relevante como “locação de espaço comercial em shopping centers”, mas sim como a exploração do negócio do shopping em si, que envolve, como já ressaltado, atividades mais complexas do que a simples locação de espaço.

Na verdade, o “produto” oferecido pelo shopping não é o mesmo que o oferecido por locadores de espaço comercial em vias públicas e, mais do que isso, essa diferença reflete-se na maneira como os preços são cobrados em cada mercado. Assim, enquanto o shopping center estabelece uma estrutura de precificação para seu produto⁽³⁷⁾, nas locações comerciais em vias públicas o locador estabelece apenas o nível de preços para locação. Isso, por si só, garante que os dois tipos de “produtos” estão em mercados relevantes diferentes, uma vez que a diferenciação na estrutura de custos e preços em cada mercado é principalmente devida ao fato de que os dois “produtos” estão satisfazendo necessidades diferentes dos consumidores.

Nota:

(37) O aluguel é parte fixo e parte variável.

Além do mais, como já ressaltado anteriormente, trata-se aqui de um caso envolvendo a conduta de empresa. Sendo assim, mesmo que eu não houvesse discutido e caracterizado o mercado de shopping centers como um mercado diferente da locação de espaço comercial em vias públicas, a análise dos efeitos do comportamento aqui discutido, qual seja, a imposição às lojas de cláusulas de exclusividade em relação a outros shoppings, permite-me concluir que, o segmento economicamente relevante é o de shopping centers e não o de comércio varejista de rua, pois esse último não se vê atingido pelas cláusulas de exclusividade.

2.1.1.2 - Padrão de concorrência

Apesar do padrão de concorrência no mercado ser normalmente discutido posteriormente, entendo que, em razão da posição adotada neste voto, tal discussão deva ser adiantada. Como estou interessado em saber como de fato funciona o negócio de shopping centers e dado que adotei uma postura de tomar os efeitos da conduta como indícios que podem ser utilizados na conclusão, o entendimento sobre como os shoppings atuam no mercado é fator crucial para se definir se existe um segmento diferenciado o suficiente para ser considerado como um mercado relevante em separado. Assim, esta seção estará destinada a deixar mais explícitas as variáveis sobre as quais os shoppings se baseiam para concorrerem com seus rivais.

Conforme discutido na seção 2.1.1, o mercado de shopping center pode ser considerado um mercado de dois-lados (two-sided market). Nesse sentido, seu negócio é unir dois tipos de “clientes” para que estes realizem uma transação mutuamente benéfica. Para isso, a administradora do shopping precisa atrair tanto lojistas quanto consumidores para esses lojistas, visto que quanto mais consumidores um shopping atrai, mais lojas irão querer lá se instalar, e quanto mais lojas, mais consumidores o shopping irá atrair. Assim, um shopping que não tem apelo de público acaba fazendo com que os lojistas também se desinteressem em nele se estabelecer.

É sabido que a localização geográfica é um importante fator de diferenciação dos espaços comerciais, mas, uma vez definida a localização, há outros fatores de diferenciação, como por exemplo, o mix de lojas e a configuração dos serviços prestados.

Como discutido de maneira introdutória na seção anterior, um shopping pode se diferenciar tanto através da configuração dos serviços prestados como através do conjunto de lojas que atrai, objetivando com isso também atrair um público-alvo diferenciado. Para isso a administração do shopping faz um trabalho de prospecção para descobrir quais lojas poderiam ser identificadas com o público-alvo definido e posteriormente, um trabalho de atração dessas lojas para o seu espaço. Desse modo, ele busca cativar um grupo de consumidores que seja capaz de aumentar a receita das lojas e, indiretamente, sua própria receita.

O padrão de concorrência no mercado, portanto, está claramente baseado na diferenciação de produtos. Cada shopping tenta distinguir-se dos outros de modo a se tornar um pólo de atração de consumidores para seus lojistas. Nesse sentido, pode-se dizer que os diversos tipos de shopping tentam se diferenciar horizontalmente⁽³⁸⁾, não só pela localização, mas também em relação ao “produto específico” que estão oferecendo a lojistas e consumidores (shopping centers regionais, especializados, outlet centers, festival centers, entre outros).

Nota:

(38) Segundo LOSEKANN e GUTIERREZ, a diferenciação horizontal ocorre quando, “em situações de preços iguais, nem todos os consumidores

escolhem a mesma variedade”. (LOSEKANN, Luciano; GUTIERREZ, Margarida. Diferenciação de Produtos. In: KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia (orgs.). Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2002. p. 94). Nesse caso, a escolha está ligada ao gosto do consumidor e os produtos não podem ser considerados nem piores nem melhores uns que os outros. Por exemplo, um tipo de diferenciação horizontal seria no mercado automobilístico, em que alguns consumidores preferem carros vermelhos, outros carros brancos. No caso em questão, a localização seria uma diferenciação horizontal porque consumidores preferem shoppings mais perto de sua casa ou de seu trabalho. Sendo assim, existem consumidores que preferem shoppings na zona norte, outros na zona leste, outros ainda em outras localidades. O atributo localização não é unânime para todos os consumidores, dependendo, portanto, da preferência de cada grupo.

Os shoppings do tipo que estamos discutindo neste voto seriam caracterizados como shopping centers regionais e dentro desse segmento existe um outro tipo de diferenciação. Segundo LOSEKANN e GUTIERREZ(39),

Nota:

(39) LOSEKANN, Luciano; GUTIERREZ, Margarida. Diferenciação de Produtos. In: KUPFER, David e HASENCLEVER, Lia (orgs.). Economia Industrial: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2002. p. 93.

“Duas variedades de um produto são consideradas verticalmente diferenciadas quando um dos produtos apresenta atributos mais desejáveis que o outro. Desta forma, em condições de preços iguais, todos os consumidores escolhem apenas o melhor produto. Em uma definição mais rigorosa, a diferenciação é considerada vertical quando a utilidade de todos os consumidores aumenta quando o nível de uma característica do produto é aumentada”.

Na verdade, o Iguatemi foi o primeiro shopping instalado no Brasil, tendo trazido de fora o conceito de “shopping center”. Com o passar do tempo e com a difusão da cultura de shopping centers no país, ele passou a investir na sua diferenciação em relação a outros shoppings. Assim, o Iguatemi trabalha para manter a imagem de shopping mais sofisticado e o que detém o maior número de lojas de renome internacional.

Pela análise dos autos do processo não há dúvida: o Shopping Iguatemi é o mais diferenciado verticalmente. Seu padrão de diferenciação é comparável apenas a espaços comerciais situados fora do Brasil, que obviamente fazem parte de diferentes mercados relevantes(40).

Nota:

(40) “Segundo a pesquisa Main Streets Across the World, feita anualmente pela empresa americana de consultoria imobiliária Cushman & Wakefield, o Shopping Iguatemi ocupa a 15ª colocação entre os pontos de venda mais valorizados do mundo, não havendo no Brasil nenhum que o supere”. (Parecer da Representante, fl. 1402 dos autos).

Essa capacidade do Iguatemi de se diferenciar tem impactos sobre o preço que ele é capaz de cobrar e, conseqüentemente, sobre a existência de poder de mercado de sua parte. Esta questão, no entanto, será tratada na seção 2.3, após serem identificados os participantes do mercado, na seção 2.2. No que tange à definição do mercado relevante, tal característica pode implicar ainda a existência de um segmento capaz de ser considerado como um mercado relevante em si.

Assim, após o exame preliminar focado na questão de shopping centers versus locação em via pública, a definição de mercado relevante tem ainda que levar em consideração a possibilidade da sua segmentação em submercados (submarkets) diferenciados, desde que estes representem entidades economicamente significativas para fins de aplicação da Lei Concorrencial, o que será discutido na seção que se segue.

2.1.1.3 - Segmentação do mercado de shopping centers

Para que se torne relevante sob o ponto de vista Antitruste, a configuração de um submercado (submarket) depende de uma série de fatores e circunstâncias, sem os quais não há pertinência na segmentação. Entre os elementos factuais que suportam uma segmentação eficiente de um mercado relevante se incluem: (i) o reconhecimento público ou da própria indústria de que há um submercado importante do ponto de vista econômico; (ii) características e usos peculiares de um dado produto; (iii) instalações diferenciadas; (iv) clientes distintos; (v) preços distintos, (vi) sensibilidade a mudanças de preços; e

(vii) vendedores especializados(41).

Nota:

(41) A esse respeito vide a decisão da maioria em *Brown Shoe Co. Vs. United States*, 370 U.S. 294, 82 S.Ct. 1502, 8 L. Ed. 2d 510 (1962): “The outer boundaries of a product market are defined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it. However, within this broad market, well-defined submarkets may exist which, in themselves, constitute product markets for antitrust purposes.... The boundaries of such a submarket may be determined by examining such practical indicia as industry or public recognition of the submarket as a separate economic entity, the product’s peculiar characteristics and uses, unique production facilities, distinct customers, distinct prices, sensitivity to price changes and specialized vendors”.

Com base nos critérios estabelecidos acima, que se fundamentam sobretudo no reconhecimento da relevância econômica de um determinado segmento mercadológico, entendo que existem elementos suficientes neste processo a justificar a segmentação do mercado relevante para shopping centers de alto padrão, como a seguir será demonstrado.

Como já visto, a definição do mercado relevante de produto pelo DPDE não findou com a delimitação do mercado de espaços para locação comercial em shopping centers, distinguindo-os dos espaços localizados em rua. O DPDE acolheu a tese da Representante de que o mercado relevante de produto é o de “espaço para locação comercial em shopping centers de alto padrão” (42), definido a partir de dados sobre os diferenciais de aluguéis médios que refletiriam o perfil do público freqüentador.

Nota:

(42) Fl. 886 dos autos.

O DPDE complementa que o diferente padrão de comportamento na demanda por produtos e serviços em shopping centers entre as classes sociais aponta para a existência de uma certa segmentação dos shopping centers. Para o DPDE, a diferença no gasto médio entre as classes sociais faz surgir dois tipos de shoppings: um com um bom número de lojas de grife para satisfazer as classes A e B, e outro, com um bom número de lojas populares para satisfazer às demais classes. Assim, segundo o órgão parecerista, uma tentativa de satisfazer a essas duas necessidades esbarra em restrições espaciais e na desvalorização da imagem do shopping junto ao público de mais alto poder aquisitivo, entre outros fatores.

O DPDE considerou, então, que os Shopping Centers se diferenciam por público freqüentador, e entendeu que o perfil do público do Shopping Center Iguatemi é uma prova incontestável da diferenciação existente entre os shopping centers — nada menos do que 71% dos freqüentadores do Iguatemi pertence à classe social “A” da população, enquanto que, nos demais shoppings, 12% dos freqüentadores, em média, pertencem à essa classe, como apontou a pesquisa do IPDM, noticiada nos autos às fls. 232 e 1031. O DPDE também levou em conta o que foi enfatizado pelas próprias Representadas — “o caráter diferenciado do Iguatemi”, tratando-se do “ponto comercial mais valorizado do país, em razão de sua estratégia de diferenciação” e de ser o “shopping com o maior número de lojas exclusivas de renome internacional”, que “espelha-se na atmosfera das ruas comerciais mais sofisticadas do mundo” (43).

Nota:

(43) Fl. 940 dos autos.

As Representadas tentam contestar a distinção feita pelo DPDE, mas são obrigadas a reconhecer que sua cláusula restritiva “somente inclui aqueles Shoppings cujo perfil seja voltado ao mesmo apelo de marketing do Iguatemi, qual seja: requinte e diferenciação” (44). Portanto, a prática restritiva imposta pelo Iguatemi, que aponta nominalmente determinados Shopping centers, é uma demonstração de que a própria indústria reconhece a relevância econômica do segmento de mercado representado por Shopping Centers de alto padrão(45), já que tais restrições somente atingem shoppings que, na perspectiva das Representadas, poderiam desenvolver o patamar diferenciado que é peculiar ao Iguatemi, ou seja, aqueles shoppings voltados ao “mesmo apelo de marketing do Iguatemi”.

Nota:

(44) Fl. 1011 dos autos.

(45) A jurisprudência americana já julgou casos em que práticas anticoncorrenciais levadas a cabo por partes representadas denotam o reconhecimento de segmento diferenciado, valendo ressaltar, dentre esses US. Du Pont De Nemours & Co., 351 U.S. 377, 76 S. Ct. 994, 100 L. Ed. 1.264 (1956). A esse respeito, Harry First ressalta: "The dissenting opinion by Chief Justice Warren relied heavily on evidence that du Pont itself had recognized the distinctive market for cellophane by entering into a cartel and other restrictive arrangements relating to this product. Such arrangements could hardly have served their purpose if competition from other wrapping materials effectively limited du Pont's freedom in pricing" (ob. cit. p. 109).

Assim, adoto a nomenclatura "alto padrão" para denotar o tipo de shopping altamente diferenciado e que, inclusive, em função de sua estratégia de diferenciação, é capaz de cobrar mais pela locação de seu m², conforme se observa na Tabela III abaixo:

TABELA III

| SHOPPING | VALOR MÉDIO DO ALUGUEL POR M ² |
|-----------------|---|
| Iguatemi | 190,00 |
| Morumbi | 123,00 |
| P. Higienópolis | 113,00 |
| Ibirapuera | 110,00 |
| Plaza Sul | 78,00 |
| Eldorado | 73,00 |
| Continental | 72,00 |
| Butantã | 66,00 |
| Jardim Sul | 65,00 |
| Villa-Lobos | 55,00 |
| Raposo | 47,00 |
| S. C. Lapa | 33,00 |

Valor Médio do m² de Alguns Shopping Centers da Cidade de São Paulo

Fonte: As informações sobre o valor do aluguel, foram extraídas do site <http://www.fassis.com.br/cgi-bin/cslst.asp>, consultado em 05.11.02. Conforme aviso os aluguéis poderão ser maiores, dependendo da localização, do interesse do Shopping e mix.

Essa capacidade do Iguatemi de, na média, cobrar mais pelo valor de seu m² além de refletir a questão da localização, também está intrinsecamente ligada ao fato de que ele investe na formação da imagem de ser um shopping requintado e com o maior número de lojas exclusivas de renome internacional. Observa-se, inclusive, que a diferença do custo do m² entre o Iguatemi e o segundo shopping é mais do que 50%.

Assim, apesar de não existir um critério empírico que demonstre cabalmente estarem presentes todos os requisitos necessários à perfeita configuração do mercado relevante como sendo o de shopping centers de alto padrão, há três fatores que permitem, ao menos para os específicos propósitos deste voto, a adoção deste sub-segmento: a) o perfil do público freqüentador do Shopping Center Iguatemi; b) a existência de diferenciação de produtos que permite ao Iguatemi cobrar pelo seu m² mais de 50% do que é cobrado pelo segundo shopping mais caro; c) a percepção do próprio Shopping Center Iguatemi de que ele, a exemplo dos demais shopping centers incluídos na cláusula de exclusividade, pertenceriam a esta subcategoria(46).

Nota:

(46) Mais uma vez é importante salientar que, em se tratando de análise de infração à livre concorrência (e não de ato de concentração), o processo de definição do mercado relevante deve levar em consideração os efeitos (potenciais ou efetivos) da conduta. E foram as próprias Representadas quem afirmaram que a cláusula visava atingir shopping centers situados em um padrão diferenciado.

Para concluir, pelos motivos acima expostos, o mercado relevante definido no presente caso é o de shopping centers regionais de alto padrão.

2.1.2 - Mercado relevante na dimensão geográfica

Quanto ao aspecto geográfico, cumpre transcrever a doutrina da i. ex-Conselheira LUCIA HELENA SALGADO(47), verbis:

Nota:

(47) In O conceito de mercado relevante. Revista de Direito Econômico, n. 26, p. 37, ago./dez. 1997.

“(…) Aqui, como no tratamento da dimensão produto, é importante lembrar que o conceito de mercado relevante é um híbrido jurídico-econômico, de modo que a questão é onde o poder de mercado, se existente, pode ser exercido, ou seja, onde tem efeito a operação. (…). O que caracteriza a delimitação geográfica do mercado é a intensidade das transações em um determinado território. Não existe tal coisa como uma dicotomia entre mercado nacional e mercado internacional. Um mercado pode compreender perfeitamente dois ou três países, duas ou três cidades, se a intensidade das relações comerciais entre essas unidades puder influenciar de forma determinante – as estratégias de crescimento e ocupação de mercado, ou seja, de concorrência, das firmas aí operantes”.

Para o correto elucidamento da questão faz-se importante retomar a discussão sobre a diferença de conceituação do mercado relevante em casos de conduta em relação ao que é aplicado a casos envolvendo atos de concentração.

Como discutido na seção 2.1, a definição dos mercados relevantes em condutas infratoras à ordem econômica se dá a partir do exame dos seus efeitos no segmento economicamente relevante, bem como dos atos já praticados pelos agentes econômicos envolvidos.

Dessa forma, o mercado relevante geográfico é a área onde operam os efeitos da prática que está sendo considerada como restritiva. Na hipótese, os efeitos incidem sobre os shopping centers concorrentes do Iguatemi nominados nos seus contratos de locação, nos quais não poderiam ser instaladas as lojas que possuem avença contratual prevendo exclusividade.

Faz sentido, portanto, restringir, no caso subjudice, a dimensão geográfica do mercado relevante à área artificialmente criada pelos contratos de locação. E isso só é possível tecnicamente porque o Iguatemi indicou em seus contratos de locação quais shopping centers, especificamente, são os alvos da restrição pactuada.

Assim, acompanhando o DPDE na definição da dimensão geográfica do mercado relevante, ainda que com fundamentação diferente, delimito o mercado relevante para análise da conduta em apreço, na vertente geográfica, como a região constituída pela “área de atuação” do Shopping Iguatemi, que abrange os shopping centers citados nominalmente nas cláusulas estabelecidas nos contratos de locação. Conforme apresentado no Relatório, essa área é aproximadamente a Zona Oeste, norte da Zona Sul e oeste da Zona Central da cidade de São Paulo.

2.2 - Identificação dos participantes do mercado relevante e estimativa das Participações

Conforme discutido acima, a análise de casos envolvendo comportamento dos agentes no mercado deve se basear principalmente na avaliação dos efeitos da conduta implementada. Sendo assim, a identificação dos participantes do mercado, sejam efetivos ou potenciais, torna-se mais simples no presente caso: são participantes do mercado todos aqueles shoppings sujeitos à restrição imposta pela cláusula de exclusividade e, conseqüentemente, percebidos pelo Iguatemi como concorrentes.

Além do padrão de shopping de luxo do Iguatemi, reconhecido pelas próprias Representadas, há ainda o fato de ser a sua estratégia direcionada e seletiva: “... as cláusulas de exclusividade do Iguatemi atingem tão somente seis shopping centers, sendo que um desses possui uma imagem consolidada de shopping de alto padrão dentro da cidade de São Paulo (o Morumbi) e os outros buscam esse objetivo”, como afirma o parecer do DPDE(48). A meu ver, essa é a mais forte evidência de que a ameaça percebida pelo Iguatemi provém principalmente desses shopping centers. Aliás, as próprias Representadas assim declararam, afirmando que:

Nota:

(48) Fl. 979 dos autos.

“A cláusula em questão somente inclui aqueles shoppings cujo perfil seja voltado ao mesmo apelo de marketing do Iguatemi, qual seja: requinte e diferenciação. É por isso, que vários dos shoppings elencados no quadro de fl. 980 (mais próximos ao Iguatemi) não foram contemplados na cláusula em tela (esses shoppings são: D&D, Ibirapuera, Paulista, Butantã, Market Place, Matarazzo, Sílvia Romero, West Plaza, Center Lapa, Off Price, Continental e Plaza Sul)(49).

Nota:

(49) Os Shoppings D&D e Off Price são especificados como sendo voltado exclusivamente para o setor de arquitetura e decoração, e de descontos, respectivamente (fl. 911).

Não há necessidade de estender a cláusula de exclusividade a shoppings que não se valham do mesmo apelo de marketing do Iguatemi” (50).

Nota:

(50) Fls. 1.011 e 1.012..

Além disso, a pesquisa feita com 70 lojistas pela Toledo & Associados, constante dos autos como Doc. 1, também traz uma informação interessante. Segundo a citada pesquisa, quando perguntados sobre quais shoppings poderiam ser considerados como alternativos para a instalação de novas lojas, 17% dos entrevistados responderam que seria o Shopping Morumbi; o Shopping Iguatemi, o Villa Lobos, o Jardim Sul ou o Pátio Higienópolis foram citados, cada um, por 13% dos entrevistados; o Shopping Anália Franco e o Eldorado foram citados, cada um, por 9% dos entrevistados; e o Shopping Paulista, o Ibirapuera e o Center Norte foram citados, cada um, por 7% dos entrevistados; somente 1% dos entrevistados indicaram os shoppings Metrô Tatuapé, SP Market, Plaza Sul, West Plaza, Market Place, Aricanduva, Internacional de Guarulhos e Frei Caneca(51). O interessante aqui é notar que a maior incidência de indicação de shoppings alternativos dá-se exatamente nos shoppings considerados neste voto como participantes do mesmo mercado do Iguatemi, com exceção do Anália Franco.

Nota:

(51) Os percentuais de indicação dos shoppings alternativos não totalizam 100% por causa do índice de multiplicidade. Como a pergunta é em relação aos shoppings alternativos ao que o lojista está estabelecido, o entrevistado pode citar mais de um shopping como sendo alternativo ao que ele está. Nesta pergunta, o índice de multiplicidade é igual a 1,4, o que significa dizer que, em média, cada lojista citou 1,4 shoppings alternativos. (p. 44 do Doc. 1).

Assim, pode-se considerar como participantes do mercado relevante aqueles que o Iguatemi elegeu como sujeitos à cláusula prevista nos contratos de locação, além dele próprio, em função de que são esses os shoppings que concorrem com o Iguatemi no nicho diferenciado em que este se encontra. Esses shoppings e as estimativas de suas participações de mercado, com base no faturamento anual de vendas (no ano de 2000) são as constantes da tabela abaixo(52):

Nota:

(52) Consta nos autos que o Shopping Garden Mall também seria alvo de cláusulas de exclusividade por parte do Iguatemi. No entanto, após inúmeros esforços, não foi possível localizar tal shopping. Além disso, em audiência pública realizada em 03 de junho de 2002, a ALSHOP, quando perguntada sobre a existência deste shopping, informou que o desconhecia. Em razão disso, não o considerei no levantamento da participação de mercado.

TABELA IV

| SHOPPING | FATURAMENTO (EM REAIS) | PERCENTUAL DE MERCADO |
|--------------------|---------------------------|--------------------------|
| Iguatemi | 512.885.525,00 | 29,0 |
| Morumbi | 364.905.589,00 | 20,7 |
| Eldorado | 335.582.500,00 | 19,0 |
| Pátio Higienópolis | 293.643.000,00 | 16,6 |
| Jardim Sul | 117.357.200,00 | 6,6 |
| Villa Lobos | 142.538.000,00 | 8,1 |

Participações no Mercado Relevante com Base no Faturamento Anual de Vendas (2000)

fonte: Elaboração própria a partir de dados constantes à fl. 941.

Observe-se, inclusive, que estes são os mesmos participantes do mercado relevante adotado pelo DPDE, o que bem demonstra a convergência dos dois critérios utilizados, apesar de estarem baseados em premissas diferenciadas.

TABELA V

| SHOPPING | PERCENTUAL DE MERCADO |
|--------------------|-----------------------|
| Iguatemi | 30,9 |
| Morumbi | 29,4 |
| Eldorado | 15,3 |
| Pátio Higienópolis | 12,5 |
| Jardim Sul | 6,9 |
| Villa Lobos | 5,0 |

Participações no Mercado com Base na Receita Anual de Aluguel (2000)

Fonte: Elaboração própria a partir de dados constantes nos autos apartados do processo (fls. 164 a 182).

Considerando o valor das receitas com aluguel de espaços comerciais dos participantes do mercado relevante, ao invés do faturamento de vendas, as estimativas de market-share, embora difiram ligeiramente, não indicam distorções tão significativas, de modo que as duas estimativas podem ser consideradas mais ou menos equivalentes, como demonstram os percentuais da Tabela V acima:

2.3 - Inferência do poder de mercado do Iguatemi

Como vimos na seção 2.2, o padrão de concorrência no mercado de shopping center está baseado na diferenciação de produtos. Nesse sentido, a estratégia do shopping Iguatemi busca claramente diferenciar seu “produto” verticalmente através da criação de uma imagem de shopping de maior qualidade. “O caráter diferenciado do Iguatemi”, tratando-se do “ponto comercial mais valorizado do país, em razão de sua estratégia de diferenciação” e de ser o “shopping com o maior número de lojas exclusivas de renome internacional”, que “espelha-se na atmosfera das ruas comerciais mais sofisticadas do mundo”(53) foi reiteradamente enfatizado pelas próprias Representadas.

Nota:
(53) Fl. 940.

A diferenciação de produtos, aliás, é uma estratégia legítima quando alcançada sem meios artificiais que importem em infração contra a livre concorrência.

Não obstante, também é amplamente conhecido na literatura econômica(54) que em mercados caracterizados por diferenciação de produtos, as firmas atuam de maneira a praticar preços acima de custos marginais de maneira sustentada. Em outras palavras, quando existe diferenciação de produtos as firmas possuem poder de mercado, este último definido como sendo a habilidade da firma de manter preços sistematicamente acima de seus custos marginais, sem que com isso perca parcela significativa de seus clientes.

Nota:
(54) Segundo GELHORN e KOVACIC, “[W]here elements of both competition and monopoly exist, sellers can price their products above competition levels because brand differentiation gives them a degree of monopoly power”. GELLHORN, Ernest e KOVACIC, William E. Antitrust Law and Economics in a Nutshell. 4th edition. St. Paul: West Publishing Co., 1994, p. 73. Dentre inúmeras outras referências, destaco CARLTON, Dennis W. e PERLOFF, Jeffrey M. Modern Industrial Organization. 2nd edition. New York: HarperCollins College Publishers, 1994 (Cap. 8); e TIROLE, Jean. The Theory of Industrial Organization, The MIT Press, 1988 (Caps. 5 e 7).

Assim, podemos dizer que, por definição, cada um dos shoppings depara-se com uma curva de demanda residual negativamente inclinada e, portanto, detém poder de estabelecer preços, não podendo ser considerado como tomador de preços. No entanto, o grau de diferenciação de seus produtos pode fazer com que uns consigam cobrar mais caro por seu produto do que outros.

Nesse sentido, volto à discussão do preço do m² cobrado pelo Iguatemi e seus concorrentes para mostrar que, dentre os shoppings elencados na Tabela VI abaixo, poderíamos identificar três faixas de preço cobrado pelos shoppings. O primeiro grupo é aquele em que o preço médio está em torno de R\$ 70,00/m². Não há nesses shopping centers, como afirma a Representante, “uma capacidade superior de atração de consumidores, particularmente os de elevada renda” (55). Há também um grupo que se situa em uma faixa intermediária, compreendendo shoppings com algum grau de diferenciação vertical em uma mesma faixa de preço (R\$ 110 a R\$ 120). Finalmente, o Shopping Iguatemi goza de posição privilegiada, apresentando um valor médio do m² (R\$ 190) cerca de 50% superior ao do segundo colocado.

Nota:

(55) Fl. 1.401 dos autos.

TABELA VI

| SHOPPING | ANO DE INAUGURAÇÃO | ABL (MIL M ²) | FATURAMENTO (MILHÕES R\$) | FAT./ABL (R\$) | VALOR MÉDIO DO ALUGUEL POR M ² |
|-----------------|--------------------|---------------------------|---------------------------|----------------|---|
| Iguatemi | 1966 | 34 | 513 | 15.157 | 190,00 |
| Morumbi | 1982 | 45 | 365 | 8.053 | 123,00 |
| P. Higienópolis | 1999 | 28 | 294 | 10.500 | 113,00 |
| Eldorado | 1981 | 61 | 336 | 5.500 | 73,00 |
| Villa Lobos | 2000 | 26 | 143 | 5.500 | 55,00 |
| Jardim Sul | 1990 | 18 | 117 | 6.700 | 65,00 |

Faturamento, Área Bruta Locável (ABL) e Valor Médio do m² de Alguns Shopping Centers da Cidade de São Paulo

Fonte: As informações sobre o valor do aluguel, foram extraídas do site <http://www.fassis.com.br/cgi-bin/cslst.asp>, consultado em 05.11.02. Conforme aviso os aluguéis poderão ser maiores, dependendo da localização, do interesse do Shopping e mix. As demais informações foram fornecidas pelas Representadas e constam dos autos, à fl. 941.

É fato que os diferenciais de valor médio do m² podem demonstrar como o mercado avalia a diferenciação vertical entre os diversos shoppings. No entanto, é importante ressaltar que tal diferença de preços (ou uma parte dela) também pode ser reflexo de outras variáveis, como por exemplo, pelo fato de que o m² do Iguatemi é mais produtivo do que o m² de outros shoppings(56) ou devido ao fato de que o shopping é mais bem localizado ou ainda porque o Iguatemi agrega mais valor aos lojistas do que os outros shoppings. Essa pode também ser uma justificativa para este cobrar mais caro do que os outros shoppings, ou seja, baseado em eficiência(57), ele consegue atrair para o lojista um número maior de clientes, que elevam o faturamento desses lojistas.

Nota:

(56) Ou seja, dado o mesmo espaço de loja no Iguatemi e em outros shoppings, o lojista consegue vender mais no Iguatemi.

(57) Como por exemplo, se o Iguatemi gerencia melhor o mix, de modo a propiciar um ambiente mais atrativo.

No entanto, no que se refere à inferência de poder de mercado, o importante é que de fato o Iguatemi consegue cobrar preços acima de seus custos marginais, seja simplesmente por causa da diferenciação ou por outros critérios de eficiência, e mais do que isso, ele consegue cobrar preços muito superiores aos de seus concorrentes. Assim, o fato dos lojistas sujeitarem-se a pagar um preço maior para estar no shopping center Iguatemi atesta a inequívoca incidência de poder de mercado.

Um outro indício do poder de mercado do Iguatemi é o próprio fato de que embora a imposição da cláusula de exclusividade seja vista como prejudicial por 73% dos lojistas entrevistados, segundo pesquisa juntada aos autos(58), e pela entidade de classe que os representa(59), mesmo assim é aceita pelos mesmos como condição para se colocar uma loja no Iguatemi. Pode-se supor que os lojistas só aceitariam uma cláusula desse tipo caso o Iguatemi tivesse poder para impô-la.

Nota:

(58) Doc. 1, p. 104.

(59) Conforme manifestação da ALSHOP – Associação Brasileira de Lojistas de Shopping, constante à fl. 1.867 dos autos.

Além disso, o comportamento do Iguatemi de cobrar preços muito acima de seus concorrentes denota sua capacidade de agir de maneira indiferente e independente em relação aos outros agentes. A esse respeito, ressalte-se a posição de Paula Forgioni:

“é fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe permite independência e indiferença em relação ao comportamento de outros agentes, colocando-lhe a salvo de pressões competitivas” (60).

Nota:

(60) FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 285 p.

Por fim, não bastassem todas as assertivas assinaladas, resta também aquela que é mais comumente aceita: a participação de mercado do shopping center Iguatemi, que, seja a partir do critério de faturamento, seja a partir do critério do valor aferido com locações, é superior a 20%, ultrapassando, assim, o percentual que a Lei nº 8.884/94 presume como suficiente para atestar posição dominante (art. 20, § 3º)(61).

Nota:

(61) Importante esclarecer que este não é o único fator levado em consideração para a inferência de posição dominante do Iguatemi. Tal inferência se deu a partir do conjunto de fatores descritos no presente voto, até mesmo porque o valor descrito no art. 20 § 3º é somente uma presunção.

2.4 - Barreira à entrada e condições para estratégias de bloqueio à entrada

As Representadas alegaram em suas defesas que lhes falta poder de mercado suficiente para prejudicar a concorrência no mercado. “Primeiro, porque o número de comerciantes abrangido pela exclusividade é desprezível no universo do mercado” e, segundo “porque, não há barreiras à entrada no ramo dos shopping centers” e, além dos shopping centers, “há um grande número de outros imóveis disponíveis para o mesmo tipo de utilização”, havendo, portanto, inúmeras alternativas ao Iguatemi para os comerciantes e consumidores. “Assim, ainda que se pudesse afirmar a existência de poder de mercado nas mãos das Representadas, a existência de outras alternativas de locação comercial tornaria desimportante a exclusividade em questão (...)” (62).

Nota:

(62) Fl. 121 dos autos.

Tais argumentos não devem, no entanto, ser acolhidos. Em primeiro lugar, a discussão apresentada na seção anterior permite-me concluir que o Shopping Iguatemi efetivamente detém poder de mercado. Em segundo lugar, a alegação de que o “número de comerciantes abrangido pela exclusividade” não implica em fechamento de mercado será objeto de discussão mais adiante, quando se fizer a análise da possibilidade de bloqueio pela cláusula de exclusividade. Dito isso, gostaria de analisar mais especificamente o conceito de barreira à entrada para concluir em que medida o mercado de shopping centers está sujeito à algumas delas.

2.4.1 - Conceito de barreiras à entrada

O objetivo de analisar-se barreiras à entrada é verificar se no caso em que uma empresa esteja fixando preços acima de seus custos marginais, existe a possibilidade de entrada provável, rápida e suficiente de outras firmas e, caso isso não ocorra,

avaliar quais fatores estariam influenciando a não entrada em mercados que estabelecem preços acima de seu nível competitivo. Em outras palavras, a análise das barreiras à entrada é necessária para se inferir se existe a possibilidade de que a empresa seja capaz de manter o seu poder de mercado.

Como já afirmado, a análise das barreiras à entrada torna-se mais complexa em mercados diferenciados, uma vez que mesmo quando há possibilidade de entrada, o caráter de diferenciação de bens faz com que as firmas sejam capazes de exercer poder de mercado, ou seja, cobrem preços acima de seus custos marginais.

Dois conceitos de barreiras à entrada tornaram-se clássicos na literatura econômica. Segundo Bain(63), barreira à entrada é qualquer fator que faz com que a firma estabelecida seja capaz de manter seus preços acima de seus custos sem induzir a entrada de outras firmas. Nesse sentido, ele entende que economias de escala, vantagens absolutas de custos, diferenciação de produtos e custos de capital inicialmente elevados seriam barreiras à entrada.

Nota:

(63) BAIN, J. Industrial Organization. New York: Wiley & Sons, 1968.

Por outro lado, Stigler(64) define o conceito de barreira à entrada como sendo qualquer assimetria de custos entre as firmas estabelecidas e os entrantes, ou seja, seriam custos que devem ser arcados pelos entrantes, mas não pelas firmas já atuantes no mercado. Assim, para Stigler a diferenciação de produtos ou a necessidade de altos custos de capital iniciais não seriam necessariamente barreiras à entrada, pois sendo características estruturais do mercado são condições com as quais se deparam tanto empresas estabelecidas quanto entrantes.

Nota:

(64) STIGLER, George. The Organization of Industry. Chicago: The University of Chicago Press, 1968.

“A diferenciação de produtos é freqüentemente tratada como uma barreira à entrada. Esse uso é correto, em nossa abordagem, somente se os custos da diferenciação (design, propaganda, etc.) forem maiores para uma nova firma do que para a firma existente” (65).

Nota:

(65) STIGLER, George, Ob. cit., p. 70.

É interessante notar que, apesar de parecerem contraditórios à primeira vista, os dois conceitos não estão tão distantes assim. Ambos contribuem para o tratamento das barreiras à entrada dentro da discussão antitruste. No entanto, enquanto o foco de Bain é sobre a identificação dos fatores que, em tese, evitariam a diminuição dos lucros de monopólio através da entrada, a discussão de Stigler nos aponta para onde olhar quando procuramos barreiras que efetivamente bloqueiam a entrada, ou seja, a identificação de assimetrias de custos entre os concorrentes. Em outras palavras, enquanto os fatores de Bain são inferidos a partir de uma definição geral sobre o que seriam as barreiras à entrada, Stigler está preocupado em identificar os fatores que efetivamente inibem a entrada de outras firmas, através da identificação da assimetria de custos entre concorrentes(66).

Nota:

(66) “Assim, por exemplo, a preocupação não deveria ser se as economias de escala (como em Bain) evitam a entrada na indústria do aço; ao contrário, a atenção deveria ser dada sobre o tamanho do componente irrecuperável (sunk) do investimento inicial. É essa quantia, já assumida pelo participante do mercado, mas não pelo entrante, que representa o que este último coloca em risco e que pode, no final das contas, deter a entrada”. A FRAMEWORK for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. The World Bank and Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), p. 102.

Nesse sentido, a adoção do critério de Stigler no caso em tela mostra-se mais razoável. Como a existência de preços

acima de custos marginais é uma característica desse mercado, em função da diferenciação de produtos, e não existem grandes assimetrias de custos de diferenciação entre os entrantes e as firmas estabelecidas(67), o critério de Bain não acrescenta muito à análise. Fato é que a diferenciação de produtos é capaz de fazer com que os preços sejam maiores do que os custos marginais. No entanto, essa característica, por si só, não é capaz de impedir que outros shoppings decidam entrar no mercado, principalmente porque existem vários segmentos dentro do mercado de shopping center regional que poderiam ser ocupados por um eventual entrante. Neste caso, mais do que identificar fatores que impeçam a redução de preços, precisamos descobrir o que faz com que outros shoppings não entrem nesse mercado, ou seja, precisamos saber “para onde olhar” quando procuramos as barreiras à entrada no mercado de shopping center e, portanto, adotarei o critério de Stigler.

Nota:

(67) A diferenciação entre os shopping centers está baseada na localização e nos investimentos voltados para a diferenciação vertical. No primeiro caso, o investimento não é irreversível, uma vez que sempre existe a possibilidade de se vender o terreno comprado. Em relação aos investimentos para se diferenciar verticalmente, eles devem ser contínuos e, portanto, tanto entrantes como firmas estabelecidas acabarão por se deparar com os mesmos custos.

Assim, uma das primeiras variáveis que pode ser identificada como uma barreira à entrada no mercado de shopping centers é a escassez de espaços para locação em São Paulo. A afirmação da Representada quanto à existência de “grande número de imóveis disponíveis” é discutível, segundo o Sr. Francisco José de Toledo, Diretor-Geral da Toledo & Associados, que atestou nos autos:

“não há mais espaço de mercado em São Paulo para novos Shoppings Centers regionais. Espaço há em Itaquera para um ou até dois novos Shopping Centers. É possível que na zona norte haja também um pequeno espaço. Daqui para frente surgirão Shopping Centers menores, chamados de Shopping Center de Vizinhança, que atenderão demandas de conveniência da comunidade próxima” (68).

Nota:

(68) Fl. 1.337 dos autos.

Além disso, há que se ressaltar que “o prazo médio de construção de um shopping center é de cerca de três anos” (69), o que faz com que o critério de entrada tempestiva seja comprometido. Segundo o Guia da Seae, a entrada para ser tempestiva tem que se dar no período de dois anos.

Nota:

(69) Segundo Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, fl. 67 do Anexo I aos autos.

A afirmação da inexistência de barreiras à entrada pelo fato de terem sido inaugurados novos shopping centers na cidade deve ser considerada com cautela. As Representadas apontam como exemplo o sucesso do Shopping Pátio Higienópolis, inaugurado em 1999, no segmento de alto padrão, como uma prova de que não há barreiras à entrada. De fato, esse caso pode ser visto como um sinal de que as barreiras à entrada ainda não eram significativas até então. No entanto, a opinião do consultor especializado no mercado de shopping centers é que, com exceção de Itaquera e da Região Norte, não há mais espaço para shopping centers regionais na cidade de São Paulo.

Ademais, a barreira à entrada não se dá somente para a inauguração de um novo shopping center, mas também para que ele consiga firmar-se dentro do segmento de alto padrão.

Além dessa barreira à entrada, dada pelo tamanho do mercado, barreiras podem ser estrategicamente levantadas por uma empresa que detenha posição dominante, como veremos a seguir.

Segundo o Panorama Setorial da Gazeta Mercantil(70), apesar da década de 80 ser caracterizada como o início do crescimento do mercado de shopping centers, foi a partir da década de 90 que houve o grande boom de inaugurações, quando 99 shoppings abriram suas portas em todo o país.

Nota:

(70) Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, fls. 43 e 44 do Anexo I dos autos.

Entre o início do desenvolvimento do setor e sua fase atual, o perfil do mercado mudou. “Entre as décadas (sic) de 60 e o final da década de 70, Shopping Center era sinônimo de varejo de luxo e a concorrência ocorria entre esses centros e o varejo de rua” (71). No entanto, o perfil da concorrência mudou desde então, com os shoppings concorrendo entre si e passando a representar mais que um varejo de luxo. “As inaugurações de shoppings que tinham como objetivo atender a diversas camadas sociais, (...), contribuíram para uma maior popularização desses estabelecimentos no país” (72).

Nota:

(71) Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, fl. 43 do Anexo I dos autos.

(72) Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, fl. 44 do Anexo I dos autos.

Interessante analisar essa evolução história para termos uma idéia de como os diversos atores se comportam no mercado e, a partir daí, estabelecer um outro tipo de barreira à entrada que pode estar presente nesse mercado, qual seja, a chamada vantagem de agir primeiro (first mover advantage).

Assim, conforme demonstra o Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, se no início os shoppings eram vistos como “artigos de luxo”, com a expansão do mercado eles passaram a ser acessíveis às mais diversas classes sociais. Devido à difusão cada vez maior do conceito de shopping center, parece razoável supor que o Iguatemi, em algum momento, resolveu investir na imagem de ser um shopping diferenciado, voltado para o público mais sofisticado. Ou seja, ele resolveu atuar em determinado nicho de mercado e parece ter sido bem sucedido em seu intento, tendo conseguido atrair um bom número de lojas de renome internacional.

A literatura de organização industrial, sobretudo nos anos 90, registra a importância de vantagens competitivas originadas dinamicamente, ou seja, que são ampliadas conforme uma empresa se dedica ao exercício de uma atividade. Na base dessas vantagens está o que pode ser genericamente denominado por “vantagem de agir primeiro” (first mover advantage), que decorre de ganhos de aprendizado ou da ocupação de uma posição estratégica, o que se aplica ao caso do Iguatemi(73).

Nota:

(73) Ver, a propósito: TEECE, D. J., PISANO, G.; SHUEN, A. Dynamic Capabilities and Strategic Management. *Strategic Management Journal*, v. 18, p. 509-533, 1997; e BESANKO, D.; DRANOVE, D.; SHANLEY, M. *Economics of Strategy*. New York: John Wiley, 2nd Ed., 2000.

Assim, o Iguatemi tem a vantagem de ter sido o primeiro empreendimento a investir em um conceito de shopping diferenciado e, em função disso, acaba tendo vantagens em relação aos demais shoppings. Em função de sua imagem e reputação consegue atrair mais lojas de grife, que preferem se estabelecer em espaços mais consolidados. Isso aumenta os custos de outros shoppings para atrair tais lojistas, o que dificulta sua entrada nesse segmento mais diferenciado.

Dificulta, apesar de não bloquear a entrada por completo. Prova disso é que os Shoppings Higienópolis e Villa Lobos, inaugurados em 1999 e 2000, respectivamente, de uma forma ou de outra gozam da reputação de espaços também diferenciados, apesar de não serem considerados tão diferenciados quanto o Iguatemi, o que se evidencia pela Tabela IV, que mostra que ambos estão classificados em uma faixa de preços intermediária. Assim, mesmo as exceções confirmam a tese de que a condição de ser o primeiro confere inegável vantagem competitiva ao Iguatemi, o que dificulta (de maneira legítima, diga-se de passagem, a diferenciação dos demais concorrentes).

Em resumo, verifica-se que a entrada no mercado de shopping centers, por parte de um novo entrante, está bastante difícil em função da escassez de espaços. A entrada de shoppings já estabelecidos que tentam atingir o nicho de mercado do Iguatemi também não é fácil, principalmente em função da vantagem do Iguatemi de ter agido primeiro no mercado.

Neste contexto em que o padrão de concorrência está baseado na diferenciação, avulta a importância de analisar a cláusula de exclusividade como uma barreira suplementar que pode restringir a possibilidade de elevação ou diversificação do padrão de cada um dos shopping centers já instalados.

A decisão de entrar em um nicho de mercado específico, envolve algumas variáveis. Pensemos em algumas condições necessárias para adentrar no nicho concebido pelo shopping center Iguatemi (ou seja, o segmento de alto luxo): a) interesse; b) instalações apropriadas (o que demandará custos com a sofisticação do ambiente, variáveis de acordo com cada caso específico); c) adotar uma estratégia de diferenciação; d) implementar tal estratégia; e) ser percebida pelos consumidores e lojistas como integrante desse nicho.

Antes de avançar na análise dessa barreira à entrada, cumpre destacar que a ilação quanto a shopping centers que buscam diferenciação não implica que todos os shopping centers regionais que estão dentro do mercado relevante geográfico definido seriam concorrentes potenciais do Iguatemi e, conseqüentemente, deveriam ser levados em conta quando da inferência de participação de mercado. Isso porque apesar de potencialmente qualquer shopping regional ter a possibilidade de entrar no nicho de mercado do Iguatemi, esses não são, necessariamente, nem o interesse nem a estratégia de todos os shoppings.

Além disso, como já ressaltado, o próprio Iguatemi justificou a adoção de cláusulas referente aos shoppings em questão porque esses seriam “aqueles shoppings cujo perfil seja voltado ao mesmo apelo de marketing do IGUATEMI, qual seja: requinte e diferenciação” (74) e que não haveria “necessidade de estender a cláusula de exclusividade a shoppings que não se valham do mesmo apelo de marketing do IGUATEMI” (75). Ou seja, da perspectiva das Representadas, esses seriam os seus shoppings concorrentes.

Nota:

(74) Fl. 1.011 dos autos.

(75) Fl. 1.012 dos autos.

Existe uma diferença entre aqueles que poderiam eventualmente entrar no nicho do Iguatemi e aqueles que efetivamente têm algum plano de entrada. Levando-se em consideração que adotei o princípio de analisar os efeitos da conduta como indícios a serem utilizados, entendo que do ponto de vista das Representadas, os shoppings contra os quais ela adotou cláusula de exclusividade seriam seus concorrentes efetivos ou potenciais, caso contrário não haveria porque ela colocar tais cláusulas, como a mesma ressaltou.

Assim, retomando o argumento em relação às barreiras à entrada, em primeiro lugar devemos levar em consideração que como a diferenciação é feita com base no ambiente que o shopping cria e nas lojas que atrai, o acesso às lojas de que precisa para se diferenciar é questão crucial. Sem acesso às lojas que deseja, o shopping não pode se diferenciar e, conseqüentemente, não tem como concorrer com o Iguatemi no que se refere à reputação de sofisticação de que este dispõe.

Portanto, o não acesso às lojas pode ser tratado como uma barreira artificial à entrada de outros shoppings no nicho em que atua o Iguatemi. Se esta barreira erigida pelas Representadas traduz-se em fechamento de mercado é uma discussão para a seção 3.3.

3 - ANÁLISE DOS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DA CLÁUSULA EM QUESTÃO

3.1 - Autonomia da vontade versus tutela da livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico

Cumpre, inicialmente, analisar o argumento de que, como a cláusula de exclusividade encontra-se inserta em um contrato, livremente pactuado entre as partes, constituiria indevida intervenção estatal a sua análise, por constituir infringência ao princípio da livre iniciativa.

Porém, ao contrário do que alegam as Representadas, o “pacta sunt servanda” não pode ser tomado em um sentido absoluto. Tanto isto é verdade que o Estado intervém com o intuito de controlar cláusulas contratuais que afrontem a lei. Um eloqüente exemplo é o do controle judicial e administrativo sobre as cláusulas abusivas estatuído pelo Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seu art. 51. Da mesma forma a legislação antitruste permite o controle judicial e, especialmente, administrativo sobre cláusulas contratuais (como, por exemplo, aquelas que imponham determinada espécie de exclusividade), que, após devidamente analisadas sob a ótica da regra da razão, venham a ser consideradas como infringentes às normas de defesa da ordem econômica. São constitucionalmente legítimas as duas espécies de controle estatal mencionadas neste parágrafo, uma vez que a Constituição Federal erigiu à categoria de princípios gerais conformadores da ordem econômica, tanto a defesa da concorrência como a defesa do consumidor.

Cumpre, neste contexto, destacar as seguintes observações de Luiz Gastão Paes de Barros Leães(76):

Nota:

(76) Shopping Centers; convenção impeditiva de novo estabelecimento. In: Revista de Direito Imobiliário, v. 38, p. 7-17.

“Com efeito, a livre concorrência foi expressamente alçada à condição de princípio constitucional, ao lado da livre iniciativa, no pressuposto lógico de que o mercado competitivo é uma garantia de eficiência econômica, e, como tal, fator determinante da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que é um dos objetivos fundamentais da República. Esse é o “valor social” da livre iniciativa e da livre concorrência, sob cujo prisma devem tais princípios ser necessariamente entendidos e interpretados.

Ora, um mercado livre e competitivo, com essa orientação social, só é plenamente alcançado quando se assegura, a todos “o livre exercício de qualquer atividade econômica”.

Nesses tópicos concordam comentadores com os mais diferentes pontos de vista, como Miguel Reale, aplicações da Constituição de 1988, forense, 1990, p. 13 et seq; Raul Machado Horta. A Constituição Brasileira, 1988, Interpretações, Forense, 1988, p. 388 et seq. Eros Roberto Grau. Contribuição para a Interpretação e a Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988, Ed. RT, 1990, p. 197 et seq.”.

Recordo, ainda, a ampla jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade da limitação do escopo da livre iniciativa, quando efetivada para fazer valer outros princípios constitucionais, como, por exemplo, o da defesa do consumidor e o da defesa da livre concorrência(77).

Nota:

(77) Ver, dentre outros exemplos, os seguintes acórdãos, que fizeram prevalecer tais princípios constitucionais conformadores da ordem econômica: ADIMC-1003 / DF, Relator Min. CELSO DE MELLO; RE-199517 / SP, Relator Rel. Acórdão Ministro MAURICIO CORREA; RE-203909 / SC, Relator Min. ILMAR GALVAO; RE 193.749, Relator para o acórdão Ministro MAURÍCIO CORRÊA; RE-198107 / SP, Relator Min. MOREIRA ALVES; ADIQUO 319 - Tribunal Pleno - Rel. Min. MOREIRA ALVES E ADIMC-1094 / DF, Relator Min. CARLOS VELLOSO.

Finalmente, a afastar definitivamente a validade da assertiva da representada menciono que o art. 20, caput, da Lei nº 8.884/94 estipula que “os atos sob qualquer forma manifestados” podem constituir infração contra a ordem econômica desde que produzam, efetiva ou potencialmente, os efeitos descritos em seus incisos. É óbvio que dentro deste amplíssimo rol encontram-se as cláusulas estipuladas em contratos.

3.2 - Acordo ou cláusula de exclusividade

A Resolução nº 20/99, do CADE (Anexo I) define os acordos de exclusividade de negociação ou as “cláusulas de exclusividade” como um tipo de restrição vertical em que os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado fornecedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais.

As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”).

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Assim, nesses casos, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão.

Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderadas vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão freqüentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intramarcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços.

Os motivos que explicam a racionalidade individual das restrições verticais (via fusão ou contratual) e podem justificá-las economicamente são dentre outros: i) existência de custos de transação; ii) considerações tecnológicas (complementaridade de processos); iii) comportamento oportunista relacionado com a presença de ativos específicos e com problemas de racionalidade limitada; iv) eliminação de monopólios sucessivos (double marginalization); v) extensão de monopólio; vi) estratégia de concorrência contra rivais efetivos ou potenciais (desencorajar a entrada); vii) influenciar a quantidade ou qualidade dos recursos empregados na venda a varejo do produto; viii) atrair o interesse da rede de distribuição na venda do produto; ix) sustentar segmentação do mercado; x) elevar os custos de troca ou de busca(78):

Nota:

(78) Cf. entre outros autores, Carlton & Perloff, *Ob. cit.* (chap. 13); Viscusi, Vernon & Harrington, *Economics of Regulation and Antitrust* (chap. 8); Tirole, J., *ob. cit.* (chap. 4); Azevedo, Paulo F. (1998), *Integração Vertical e Outros Arranjos*, p. 11-12; e Kay, J. A., *Vertical restraints in European Competition Policy*, in Philips, Louis (Ed.), *Applied Industrial Economics*. Cambridge University Press, 1998, chap. 14.

Já as modalidades mais comuns de restrições verticais são as seguintes: especificação dos termos contratuais, fixação de preços de revenda (RPM), exclusividade de negociação (*exclusive dealing*), esquema de preços não-lineares, exclusividade territorial, recusa de fornecimento, etc. Na decisão dos organismos irá ser averiguado se a melhor decisão do ponto de vista individual é a ação desejada do ponto de vista da sociedade(79). Caso não o seja, tal restrição não será permitida.

Nota:

(79) Azevedo, P. F. *ob. cit.*, p. 6.

No caso dos acordos de exclusividade, os efeitos potenciais anticompetitivos estão associados: (i) à implementação de condutas colusivas no mercado “de origem”, quando são utilizados como instrumento de divisão do mercado entre produtos substitutos; ou (ii) ao aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade, por meio do “bloqueio” do mercado (*market foreclosure*) e/ou aumento de barreiras à entrada no segmento de distribuição (ou de fornecimento de insumos), o que pode resultar diretamente de cláusulas contratuais, ou indiretamente por aumento de custos dos rivais(80). Os possíveis benefícios da prática envolvem a economia de custos de transação, ao buscar a contenção de condutas oportunistas em defesa de investimentos não recuperáveis, como em marcas e tecnologias, e na proteção de ativos específicos(81). Os efeitos potenciais anticompetitivos e os possíveis benefícios da prática devem ser cuidadosamente ponderados numa análise antitruste.

Nota:

(80) Resolução nº 20/99, do CADE, Anexo I.

(81) *Idem*.

3.3 - Avaliação dos danos anticoncorrenciais - elevação das barreiras à entrada

Tudo indica que a cláusula de exclusividade ora em análise visa atingir dois objetivos muito importantes para quem dela faz uso, no caso, o Shopping Iguatemi. Primeiro, a cláusula protege o faturamento do shopping através do elevado aluguel variável sobre determinadas lojas, pactuando a exclusividade de locação. Evita-se, assim, a concorrência decorrente da estratégia de expansão do lojista para eventuais outros estabelecimentos. É o que as Representadas chamam de “concorrência do lojista”, mesmo objetivo perseguido pela denominada “cláusula de raio”.

Além disso, evita a concorrência de outros shoppings, tornando-se diferenciado em relação a eles, criando um nicho em que se torna monopolista. Dependendo da ‘oferta’ no mercado de lojas cujo perfil é compatível com aquele dos shoppings concorrentes diretos, a prática pode bloquear o acesso destes ao insumo mais importante para a formação do *tenant mix*. Passemos, então, a aprofundar a análise de seus efeitos.

A cláusula de exclusividade restringe as opções de transação entre cliente e fornecedor, ou mais genericamente, entre duas atividades complementares. O problema de concorrência que pode advir dessa prática é conhecido como fechamento de mercado (*market foreclosure*), consistindo no estrangulamento do acesso de concorrentes aos fornecedores (*upstream foreclosure*), aos serviços de apoio (*lateral foreclosure*) ou aos clientes (*downstream foreclosure*). No caso em pauta, o fechamento ocorreria no acesso de shoppings especificados – concorrentes do Shopping Iguatemi – às oportunidades de diferenciação vertical, que são definidas pela possibilidade de constituição de um conjunto de lojas de configuração superior.

Se essa restrição vertical implicar algum grau de controle sobre as estratégias de competição dos shoppings rivais, o Shopping Iguatemi poderá afetar os custos de diferenciação dos concorrentes ou mesmo impossibilitar essa estratégia. Essa capacidade de afetar os custos dos rivais ou de impossibilitar a diferenciação constitui uma restrição à competição e um bloqueio à entrada de novos concorrentes.

Enfrentemos, então, os argumentos sustentados em Parecer das Representadas, segundo o qual “a[A] conduta analisada para se configurar em infração da ordem econômica precisa necessariamente apresentar TODAS as seguintes características: - ser efetivada por empresa com posição dominante; - ter o efeito comprovado de fechamento de mercado; - permitir o abuso da posição dominante após o fechamento do mercado” (82).

Nota:
(82) Fl. 1.298 dos autos.

Porém, tal posicionamento deve ser analisado com as devidas ressalvas, como nos ensina o direito comparado, iniciando pelo dos Estados Unidos da América. Com efeito por exemplo, no clássico caso Standard Stations(83), o contrato de exclusividade entre postos de gasolina e distribuidores foi considerado ilegal mesmo se referindo a apenas 7% das vendas totais de combustível no mercado relevante. Uma participação baixa foi considerada substancial porque o mercado era relativamente concentrado, com as sete maiores empresas dominando 65% do mercado. Os critérios para definir a perniciosidade da exclusividade foram, desta feita, dimensão do mercado fechado (foreclosed), sua concentração e a existência ou não de barreiras para a entrada.

Nota:
(83) Standard Oil Co. of California v. United States, 337 U.S. 293.

Do mesmo modo, além da dimensão do mercado fechado, a Suprema Corte no caso Tampa Electric(84) analisou fatores qualitativos como as condições de entrada no mercado e detalhes das operações das partes(85). Sob a ótica da regra da razão, a exclusividade foi considerada restrição de comércio não razoável quando uma fração significativa dos compradores ou vendedores forem congelados(86).

Nota:
(84) Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. 365 U.S. 320.

(85) Apesar de o caso Tampa ter sido invocado pela Representada, creio que ele não se aplica diretamente à espécie – naquela situação decidida pelas cortes americanas, o fechamento de mercado causado pela exclusividade era relativo a apenas 0,77%. Além disso, a situação era a seguinte: a empresa que pedia a declaração da ilegalidade do contrato era a fornecedora de matéria-prima, a despeito da compradora – isso porque aquela queria se aproveitar de uma alta dos preços de carvão no mercado, coisa que a exclusividade não permitia. Não há qualquer registro de que houvesse subutilização do carvão pela compradora, nem formação de reservas estratégicas.

(86) Jefferson Parish Hosp. Dist. nº 2 v. Hyde, 466 U.S. 2.

A União Européia segue o mesmo caminho, como se vê dos comentários de RICHARD WHISH(87):

Nota:
(87) Competition Law. Fourth Edition. Butterworths. p. 603-604.

“A Corte de Primeira Instância não vai tão longe a ponto de dizer que existe uma regra per se contra os acordos de exclusividade de compra por parte de uma firma dominante, mas ao final sugere um padrão bastante restrito. Um ponto importante sobre a declaração da ECJ no caso Hoffmann-La Roche, citada abaixo, é a de que a disposição do cliente em entrar em acordo, ou até mesmo o fato de que ele pede a exclusividade, não é defesa contra tal prática: a questão nesses casos não é se o acordo é opressivo ao consumidor, mas sim se ele estrangula a competição no mercado relevante” (88).

Nota:

(88) "The CFI (Court of First Instance) did not go so far as to say that there is a per se rule against exclusive purchasing agreements on the part of dominant firm, but at the very least it suggests a very strict standard. An important point about the statement by the ECJ in Hoffmann-La Roche quoted above is that it is no defence that the customer willingly entered into the agreement, or even that it requested exclusivity: the issue in these cases is not whether the agreement is oppressive to the customer, but whether it forecloses competition in the relevant market".

A questão, portanto, deve ser concentrada na verificação de fechamento do mercado. A jurisprudência americana, de um modo geral, evita considerar como ilegais cláusulas de exclusividade que não causam um fechamento significativo (admitindo, porém, as exceções indicadas no voto). Então, para determinar o nível do fechamento que afeta o mercado, faz-se necessário mensurar o efeito da cláusula em uma área relevante para fins de aplicação da Lei Antitruste, levando em consideração, para tanto, a influência das partes no segmento, o volume do comércio envolvido pela restrição vis a vis o volume total do comércio no respectivo mercado relevante e os efeitos decorrentes da prática na livre concorrência(89).

Nota:

(89) Conforme estabelecido no mencionado precedente americano Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co: "To determine substantiality (of foreclosure) in a given case, it is necessary to weigh the probable effect of the contract on the relevant area of effective competition, taking into account the relative strength of the parties, the proportionate volume of commerce involved in relation to the total volume of commerce and the probable immediate and future effects which preemption of that share of the market might have on effective competition therein".

Feitos esses comentários preliminares que demonstram que os requisitos apontados pelas Representadas não podem ser tomados em termos absolutos, mas, muito pelo contrário, necessitam ser absolutamente relativizados, passo agora a analisar a possibilidade de aplicar os requisitos acima estabelecidos, de modo a avaliar a presença de efeitos negativos à livre concorrência resultantes da conduta ora colocada ao exame do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

3.3.1 - Presença de posição dominante

A discussão a respeito da posição dominante do Shopping Iguatemi, na hipótese, é absolutamente despicienda. Já se demonstrou que o Shopping Iguatemi goza de posição dominante no mercado de shopping centers regionais de alto padrão, possuindo 29% desse segmento em termos de faturamento de vendas do shopping ou 31% se levarmos em conta a receita com locação de espaços. Além disso, também foi verificado que o Iguatemi é o shopping que mais se diferencia verticalmente, praticando preços, de modo sustentável, bastante acima do que praticam os outros shoppings.

Ademais, ainda que a participação fosse menor, não se pode perder de vista fatores qualitativos que permitiriam atestar a existência de poder de mercado mesmo com um market share de menor dimensão. Refiro-me, às seguintes particularidades: a) o caráter singular do Shopping Center Iguatemi, que é, reconhecidamente, o centro de compras de maior requinte do país; b) a circunstância de tratar-se de um mercado relevante no qual o padrão de concorrência é baseado na diferenciação e no qual a representatividade de um determinado agente econômico (em especial aqueles que obtêm uma diferenciação mais acentuada em relação a seus concorrentes) não pode ser medida apenas tendo em vista a participação de mercado; c) as significativas barreiras à entrada, sobretudo tendo em vista às dificuldades de diferenciação e consolidação na categoria de alto padrão e a circunstância de existirem estudos que apontam que, atualmente, não há mais espaço para a entrada de shopping centers nas áreas de classe A e B na cidade de São Paulo.

3.3.2 - Fechamento de Mercado

Resta investigar, portanto, se há fechamento de mercado. No âmbito do direito comparado, devo aduzir que no Merger Guidelines dos Estados Unidos da América não há qualquer especificação de qual é a parcela de mercado que seria suficiente para caracterizar um fechamento em integrações verticais, preferindo focar-se a análise nos efeitos de cada caso sobre as barreiras à entrada e facilidades de conluio. GELHORN & KOVACI(90) afirmam que após a decisão nos EUA, no caso Brown Shoe, em 1966 (decisão esta que é muito criticada), nenhuma regra substantiva sobre acordos de exclusividade emanou da Suprema Corte em mais de 30 anos. Segundo esses autores, na ausência de uma orientação recente da Corte, tanto as cortes baixas quanto a FTC têm caminhado firmemente na direção de adotar testes mais permissivos que requerem fechamento de mercado de 20% ou mais para definir uma condenação.

Nota:

(90) GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E. Antitrust Law and Economics in a Nutshell. 4th edition. St. Paul: West Publishing Co., 1994, p. 346-347.

A Resolução nº 20/99 do CADE tampouco cita um percentual específico e não constam precedentes jurisdicionais brasileiros sobre o tema.

Assim, antes de prosseguir a análise, faz-se necessário relembrar alguns pontos em relação ao caso em tela. Em primeiro lugar, estamos tratando de um mercado de dois lados, no qual tanto lojistas quanto consumidores finais são uma espécie de “cliente” do negócio shopping center. Em segundo lugar, o padrão de concorrência neste mercado está baseado na diferenciação de produtos, e neste caso tal diferenciação é feita com base não só na localização (diferenciação horizontal), como também no tenant mix do shopping. O conjunto de lojas de um shopping (o tenant mix) é o mais importante instrumento de diferenciação vertical. Uma vez escolhida a localização do shopping, o principal aspecto da concorrência entre shopping centers passa a ser o conjunto de lojas que reúne e os serviços de apoio que oferece, determinando, inclusive, parte dos diferenciais de preços obtidos nos contratos de locação.

Nesse contexto, a cláusula de exclusividade pode dificultar as possibilidades de diferenciação vertical por parte dos concorrentes do Iguatemi, ao restringir o acesso destes a um número expressivo de lojistas. A inferência sobre o grau de fechamento de mercado, no entanto, não é simples, o que nos leva a pergunta-chave: quantas lojas com cláusulas de exclusividade seriam necessárias para configurar fechamento de mercado neste caso?

As Representadas apresentou uma listagem de lojas de grifes disponíveis onde constam mais de 400 lojas que potencialmente poderiam estar no Iguatemi, mas que não estão por falta de espaço no shopping(91). Assim, as Representadas sustentam que jamais poderia ocorrer fechamento de mercado, seja porque somente 51,5% das lojas tinham contrato de exclusividade com o Iguatemi em 2000(92), seja porque existe um vastíssimo número de grifes dos mais diversos segmentos que não se encontram instaladas no Shopping Center Iguatemi. Argumenta, neste contexto, que haveria uma ampla gama de comerciantes aptos a serem contatados pelos demais Shopping centers.

Nota:

(91) Anexo I aos documentos apresentados na Audiência realizada em 22.05.2003, constante à fl. 198 do apartado confidencial.

(92) Fl. 935 dos autos.

Efetivamente, adotando um raciocínio simplista, poderíamos pensar que já que existem tantas lojas substitutas sem cláusulas de exclusividade em seus contratos, sendo que muitas delas, inclusive, nem estão no Shopping Center Iguatemi, não há como se falar em fechamento de mercado. No entanto, a inferência sobre tal possibilidade deve ser feita em um nível mais profundo de análise. Mais uma vez, devido às dificuldades inerentes ao mercado em questão, devemos antes de tudo ater-nos às especificidades do funcionamento dos shopping centers para só então tecermos considerações sobre o que significa a cláusula de exclusividade para os shopping centers concorrentes. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, a questão da substituíbilidade entre as lojas é controversa. Assim como no mercado de shopping centers, o mercado no qual as lojas concorrem também está baseado em diferenciação, ou seja, as lojas tentam se diferenciar horizontalmente uma das outras, a ponto de algumas serem vistas como únicas por um certo número de consumidores, principalmente no mercado de moda. E isso é especialmente verdade no caso das grifes, conforme comprova o depoimento publicado na InterScience® Trends(93):

Nota:

(93) Publicação bimestral da InterScience®, dirigida a executivos de marketing. A Inter Science® é uma empresa que atua na área de pesquisa de mercado. O informe consta à fl. 1.740 dos autos.

“(…) se as marcas não forem fortes correm o risco de serem trocadas por outras de preços inferiores. Daí a importância de se agregar valor à imagem da marca. É a maneira de fazer com que ela consiga manter seu mercado e a fidelidade dos consumidores”. (grifos meus)

Sendo assim, também no mercado em que as lojas concorrem existe a questão da diferenciação de produtos, que neste caso, está fundamentalmente baseada na marca das lojas. Nesse contexto, o fato das cláusulas de exclusividade existirem “somente” em 51,5% dos contratos ou de existirem mais de 450 lojas que também poderiam estar no Iguatemi não acrescenta muito à análise, pois a alegação de que elas são plenamente substitutas é de difícil comprovação. Dificilmente as 450 lojas que estão disponíveis seriam todas substitutas entre si, até mesmo porque lojas pertencentes a diferentes ramos de atividades não podem ser consideradas como substitutas do ponto de vista da montagem do shopping.

Além disso, poderíamos argumentar que, como estamos diante de um mercado baseado em diferenciação, a própria literatura econômica nunca entenderia as lojas elencadas como sendo substitutas perfeitas umas das outras, sendo tão somente substitutas próximas. Inclusive, em um grande número de casos, as substitutas próximas podem ter um nível alto de intercambialidade entre si. No entanto, o problema do ponto de vista da montagem do tenant mix é que não podemos dizer de antemão quais marcas poderiam ser entendidas como “plenamente substituíveis” (94) nesses termos, dado que para isso precisaríamos responder duas perguntas: a primeira é quão próximas duas marcas devem ser para que as consideremos “plenamente substitutas”; e a segunda é como medir o grau de proximidade entre as marcas. Questões obviamente complexas de serem respondidas.

Nota:

(94) E, neste caso, assumo como “plenamente substituíveis” não só as marcas perfeitamente substitutas como também as substitutas próximas.

Nesse sentido, a Representante tentou inferir o grau de fechamento de mercado através do cruzamento das informações constantes na pesquisa “As Marcas do Desejo”, feita pela Revista Vogue, e a lista de lojas com cláusulas de exclusividade com o Iguatemi(95). Segundo a Representante, levando-se em consideração a relação das marcas que foram citadas como mais desejadas na pesquisa da Vogue, o grau de fechamento de mercado seria o percentual dessas lojas que têm cláusula de exclusividade com o Iguatemi. Sendo assim, a tabela abaixo demonstraria efetivamente o fechamento de mercado proporcionado pelas cláusulas de exclusividade.

Nota:

(95) Fls. 1.802 e 1.803 dos autos.

TABELA VII

| RAMOS DE ATIVIDADE | GRAU DE FECHAMENTO (%) |
|----------------------------|-------------------------------|
| Jeans | 75,0 |
| Moda Feminina Importada | 66,7 |
| Moda Masculina Importada | 66,7 |
| Maiô Feminino | 66,7 |
| Moda Teen | 100,0 |
| Moda Infantil | 100,0 |
| Bolsa Nacional | 66,7 |
| Sapato Feminino Estilistas | 50,0 |
| Joalheria | 50,0 |

Estimativa de Fechamento de Mercado Feita pela Representante

Fonte: Fl. 1731 dos autos.

No entanto, apesar de ser um argumento interessante, a inferência efetiva de fechamento de mercado é mais complexa do que supõe a Representante. Isso porque as cláusulas de exclusividade estão dirigidas de maneira aleatória aos diversos shoppings. Assim, a loja X pode ter cláusula de exclusividade quanto ao Jardim Sul, mas não em relação ao Morumbi, a loja Y pode ter cláusula de exclusividade em relação ao Morumbi Shopping, mas não ao Eldorado, e assim sucessivamente, o que implica que o grau de fechamento de mercado nesses termos deveria ser calculado em relação a cada concorrente em especial.

Ocorre que a lei antitruste é destinada a proteger a concorrência e não os concorrentes, o que implica dizer que, além do cálculo do grau de fechamento de mercado em relação a cada um dos shoppings elencados nas cláusulas de exclusividade, ainda deveríamos inferir o que isso representa em termos de fechamento do mercado como um todo, ou seja, precisaríamos inferir quão mais diferenciado o Iguatemi consegue ser, exclusivamente devido ao fato de que uma grande parte de suas lojas não pode estar, alternativamente, nos shoppings vistos como concorrentes do Iguatemi. Por motivos óbvios, essa é uma questão altamente complexa.

Assim, não há como se dar valor absoluto a qualquer uma das estimativas sobre fechamento de mercado. Para resolver tal impasse, novamente retorno à questão do entendimento do negócio do shopping para poder tecer algumas conclusões, ainda que preliminares. Como vimos, o negócio do shopping é montar o ambiente mais favorável para que lojistas e consumidores finais realizem suas transações. Sendo assim, ele precisa atrair o maior número possível de pessoas ao shopping, pois dessa maneira ele aumenta a probabilidade dos lojistas realizarem suas transações e, conseqüentemente, aumenta o número de lojistas que desejariam instalar-se em seu shopping e assim atrai mais clientes, aumentando seu faturamento e criando o já descrito círculo-virtuoso. Nesse contexto, um shopping regional tem que montar um mix de lojas, que contenha estabelecimentos de vários ramos diferentes.

Além disso, vimos que as lojas também se diferenciam, o que faz com que algumas delas possam até ser vistas como únicas ou possuindo poucos substitutos. Assim, dado que o shopping tem que montar um mix de lojas com diferentes ramos de atividade, o fato da cláusula de exclusividade estar destinada a apenas algumas lojas de cada ramo e que, dessas lojas, uma ou duas podem ser vistas como únicas pelos consumidores, por si só implicaria na potencialidade dos shoppings concorrentes não serem capazes de atingir o nível de diferenciação do Iguatemi e, conseqüentemente, não poderem atrair os clientes que gostariam.

Em outras palavras, bastariam poucas lojas com cláusulas de exclusividade para que os shoppings concorrentes não fossem capazes de montar um mix combativo ao mix do Iguatemi. No limite, bastaria não possuir uma loja de cada ramo para que alguns consumidores decidissem não ir ao shopping concorrente e sim ao Iguatemi e essa é uma variável importante para os shoppings concorrentes quando decidem montar seu mix. Não ter acesso a essa loja, em função de uma cláusula de exclusividade, é limitar a liberdade de escolha desses shoppings para montar o produto que desejam.

Um outro aspecto que devemos ter em mente quando discutimos a questão da composição do mix dos shoppings concorrentes é o fato de que um shopping deve ser capaz de oferecer “mais do mesmo”, ou seja, o fato de encontrar em um mesmo shopping várias lojas de um determinado ramo também é fator de atração de consumidores. Assim, a limitação artificial da escolha de quais lojas determinado shopping irá atrair para compor seu mix é uma espécie de ingerência sobre as decisões estratégicas dos concorrentes, uma vez que tal limitação está direcionada a uma variável que afeta o padrão de concorrência no mercado.

Outro argumento das Representadas é o de que, individualmente, as cláusulas de exclusividade não estariam todas sempre voltadas para os mesmos shoppings, ou seja, as diversas lojas possuem cláusulas de exclusividade em relação a uns shoppings e não a outros e, que, portanto, isso não implicaria que o Iguatemi estivesse fechando o mercado para os outros concorrentes.

No entanto, dentro do mesmo raciocínio desenvolvido acima, a estratégia do Iguatemi de colocar cláusulas de exclusividade em relação a diferentes shoppings em cada loja é suficiente para garantir que nenhum deles será capaz de se diferenciar tanto quanto as Representadas. Não é necessário que todas as lojas tenham cláusula de exclusividade em relação a todos os shoppings. Escolhendo as lojas que serão exclusivas, a decisão de alternar os shoppings sobre os quais elas incidirão é estratégia que garante que nenhum deles será tão diferenciado quanto o Iguatemi. Ademais, nada garante que o Shopping Center Iguatemi não venha a ampliar a exclusividade, impondo-a a todos os seis shoppings. Aliás, é bem provável que isto venha a ocorrer, caso não seja proibida a utilização da cláusula, uma vez que a tendência verificada é a ampliação progressiva do rol de shopping centers, à medida que novos forem sendo inaugurados.

Por fim, há que se ter em mente ainda um último aspecto no que se refere ao mercado de shopping centers e que está ligado ao chamado multihoming. Conforme discutido na seção 2.1.1.1, este é um tipo de mercado de dois lados (two-sided market) e a literatura econômica na área tem enfatizado o caráter de multilateralidade das relações entre “clientes” e fornecedores de plataformas, que têm impactos importantes sobre a concorrência entre estas últimas. Transcrevo, a propósito, a seguinte passagem:

“Algumas novas questões levantadas pelos mercados de dois lados são mais específicas à existência de competição entre as plataformas. Em um grande número de mercados, uma fração dos consumidores de um ou dos dois lados ligam-se a diversas plataformas. Utilizando a terminologia da Internet, nós diremos que eles utilizam-se do multihoming” (96).

Nota:

(96) ROCHET & TIROLE, ob. cit., p. 5.

Em outras palavras, em um mercado de dois lados tanto um quanto ambos os tipos de consumidores podem ligar-se a diferentes plataformas ao mesmo tempo. Um exemplo disso é o fato de que várias lojas aceitam tanto cartões de bandeira Mastercard, quanto Visa ou American Express, por exemplo. Por outro lado, não é raro uma pessoa também possuir mais de um tipo de cartão de crédito. Outro exemplo é o fato de que os leitores de revistas costumam ler mais de uma por mês, e o mesmo acontece com os anunciantes, que colocam sua propaganda em mais de uma revista.

Assim, a existência de multihoming intensifica a concorrência via preços, uma vez que cada plataforma pode usar a redução de preços como uma forma de indução a que um dos lados acabe adotando uma plataforma exclusiva. Por exemplo, “quando a Visa reduz o que é cobrado dos lojistas, eles se tornam mais tentados a abandonar o Amex, uma vez que uma grande fração dos clientes Amex também possuem um cartão Visa” (97).

Nota:

(97) Rochet e Tirole, ref., p. 5.

Nesse sentido, podemos tecer algumas conclusões em relação ao mercado de shopping centers. Em primeiro lugar, faz parte da lógica do negócio que os lojistas estabeleçam suas lojas em mais de um shopping center, assim como também é normal que os consumidores finais freqüentem mais de um shopping. Em segundo lugar, em função do padrão de concorrência estabelecido no mercado, o multihoming não necessariamente leva à redução dos preços cobrados pelos shoppings, uma vez que o fator diferenciação faz com que alguns shoppings sejam mais desejados do que outros. Quanto

mais diferenciado um shopping, mais clientes, do tipo que deseja, ele consegue atrair.

Merecem diversas ressalvas as alegações das Representadas de que a cláusula é objeto de pactuação com os lojistas, que, assim, a ela aderem voluntariamente. Há vários indícios que permitem supor que, em diversos casos, tal cláusula é objeto de imposição. Em primeiro lugar, por tais contratos caracterizarem-se, normalmente, como de adesão. Em segundo lugar, pelo grande apelo do Shopping Center Iguatemi (sendo esta uma faceta de seu poder de mercado, como já destaquei). Em terceiro lugar, por manifestações de entidades de representação de classe, por pesquisa e reportagem jornalística anexadas aos autos, que demonstram a oposição dos lojistas a tal espécie de cláusula.

A Alshop se manifesta contra a adoção de tal tipo de cláusula, alegando que “a existência de cláusula de exclusividade, imposta por qualquer shopping center, é extremamente prejudicial à nossa categoria, uma vez que limita a possibilidade de expansão das atividades comerciais, criando uma retração no desenvolvimento dos nossos negócios e, conseqüentemente, impedindo a geração de novos empregos” (98) (grifos meus). No mesmo sentido é a manifestação da Associação Brasileira de Franchising – ABF, que afirma que “a adoção de restrições como a cláusula de exclusividade afeta de forma irreversível o desenvolvimento do setor, diminuindo os investimento na economia e restringindo a criação de novos empregos” (99).

Nota:

(98) Fl. 1.867 dos autos.

(99) Fl. 1.927 dos autos.

Ressalte-se, ainda, a já mencionada existência de pesquisa levada a cabo pela empresa Toledo & Associados em que ficou caracterizado que a expressiva maioria dos lojistas entrevistados, que estão no Shopping Center Iguatemi, não concordam com o teor da cláusula de exclusividade.

Finalmente, ainda que se refira a imposição efetivada em outro shopping center do Grupo Iguatemi, faz-se adequado reproduzir a seguinte reportagem do Jornal do Comércio de Porto Alegre no Rio Grande do Sul:

“A CDL Shopping, serviço da Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre, questiona a atitude do Iguatemi [de pedir a suspensão do contrato de quatro lojas que abriram filial no Bourbon Shopping Country, localizado em frente ao Iguatemi de Porto Alegre]. Todos os contratos são de adesão. Não se negociam ou discutem suas cláusulas, apenas se adere ou (sic) não, afirma a gerente da CLD Shopping, Regina Bueno. Segundo ela, não há uma verdadeira negociação entre lojistas e empreendedores” (100).

Nota:

(100) Segundo a matéria intitulada “Iguatemi quer suspender quem foi para o Bourbon”, fl. 1.107 dos autos.

Em segundo lugar, mesmo que a cláusula fosse negociada entre as partes, existem alguns critérios que deveriam ser seguidos, de modo a não lesarem a concorrência.

No entanto, creio que tal polêmica não merece ser aprofundada. Isto porque o mercado de grifes é absolutamente caracterizado pela diferenciação, circunstância em que se faz impossível falar-se em substituíbilidade perfeita.

Basta, assim, demonstrar que a potencialidade de fechamento de mercado existe, principalmente em função de que a existência de tal cláusula implica o fato de que os concorrentes não serão capazes de diferenciar seu produto tanto quanto o Shopping Iguatemi é diferenciado.

Uma circunstância que não pode deixar de ser mencionada é a disparidade dos preços de m2 locado praticado pelas Representada e por seus concorrentes. Seria desarrazoado imputar como única causa de tal diferença à imposição da exclusividade. Entendo que inúmeros fatores contribuem, tais como a localização do shopping e o seu caráter diferenciado. Porém, não há como se imputar a totalidade da disparidade à localização, como querem fazer crer as Representadas.

Quanto ao fator diferenciação, a sua utilização como argumento de ausência de efeitos da conduta não pode ser aceita. Isto porque não resta dúvida que, se por um lado ele é o principal responsável para justificar a disparidade de preços praticados, por outro também creio ser indubitável que a diferenciação é alcançada não apenas pelos fatores naturais (projeto arquitetônico, luxo na decoração e investimento no departamento de tenant mix) mas também artificiais, ganhando preponderância a cláusula de exclusividade em comento. Em outras palavras: se a diferenciação é um aspecto basilar para explicar o aluguel substancialmente superior ao da concorrência cobrado pelo Iguatemi, não resta dúvida que a imposição de exclusividade para determinados lojistas é um fator importante para se perpetuar o caráter diferencial, sem dar oportunidade a alguns concorrentes de procurar acompanhá-lo.

Finalmente, importante também mencionar os prejuízos que são impostos aos lojistas em decorrência da cláusula. Ao impor a exclusividade, o Shopping Center limita a possibilidade de opções do lojista. Como determinadas lojas necessitam estar no Iguatemi acabam se submetendo à cláusula e, conseqüentemente, por verem limitadas as possibilidades de atuação, também se submetem a uma locação maior. Trata-se de um círculo vicioso no qual elas se inserem. Não nego que elas tornam-se prisioneiras de tal círculo de modo voluntário (ou seja, não são obrigadas a contratar com o Iguatemi). No entanto, é impossível deixar de constatar que elas o fazem em conseqüência de necessidades estratégicas (ou seja, pelos mais variados motivos para elas é essencial ou muito lucrativo estar no Iguatemi) das quais o Shopping Center Iguatemi sabe muito

bem aproveitar-se.

3.4 - Da inexistência de racionalidade econômica para a exclusividade

De modo a tentar justificar a racionalidade da cláusula de exclusividade prevista nos contratos de locação, o Shopping Center Iguatemi desenvolve os mais variados argumentos, os quais passo a refutar a seguir.

1) As Representadas em sua defesa argumentam que existe “a necessidade da ‘cláusula de exclusividade’ para equilibrar a relação contratual com o lojista” (fl. 1172).

Conforme o Parecer econômico exarado em nome das Representadas(101), a exclusividade “garante o equilíbrio nas relações entre lojistas e empreendedor, uma vez que os prazos dos contratos de aluguel são indeterminados e o lojista pode a qualquer momento romper a relação comercial, o que o administrador do shopping não pode fazer”. Para o parecerista “a exclusividade, então, reduz a possibilidade de um eventual comportamento oportunista por parte do lojista, que na sua ausência poderia, por qualquer razão, “privilegiar” um ponto de venda em empreendimento concorrente”.

Nota:

(101) Parecer de Ruy Santacruz, fl. 1.255 dos autos.

Quanto à questão de o lojista detentor de dois pontos de venda privilegiar um deles em detrimento de outro, pergunta-se: qual a racionalidade econômica desse comportamento? Quanto à questão da assimetria na relação contratual, cabe perguntar se há, de fato, essa assimetria e, se não haveria outras salvaguardas contratuais que reequilibrassem a relação de modo menos danoso para a concorrência.

Como vimos, no caso de shopping center, o locador não pode, nos termos da lei nº 8.541/91, se opor à renovação do contrato, alegando uso próprio (art. 52, inc. II e § 2º). Entretanto, a lei prevê, no art. 54, que, “nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei”. A lei também prevê que o contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário, trinta dias para a desocupação (art. 57).

Do ponto de vista jurídico, a rescisão é facultada a qualquer das partes igualmente, não se configurando qualquer assimetria. Com razão afirmou a Representante que o que é decisivo nas locações em shopping centers são as disposições do contrato de locação respectivo (fls. 1.374-1.383). Além disso, no contrato entre shopping center e lojista, o primeiro é o formulador das condições gerais, possuindo inequívoco maior poder de barganha. Há, evidentemente, possibilidade de negociação individual, mas, se essa negociação tende a ser assimétrica esta poderia, em princípio, ser em favor do empreendedor.

Importante também analisar o argumento quanto ao caráter protetivo da cláusula, que serviria tanto para “compensar” eventuais iniquidades da lei de locações, para prevenir comportamentos oportunistas dos lojistas e evitar a cópia de seu tenant mix. Finalmente, cumpre ressaltar que eventuais deficiências da lei de locações devem ser corrigidas junto ao Poder Legislativo. Jamais através de um desrespeito à norma constitucional que veda o abuso de poder econômico e à legislação de proteção da concorrência.

2) Afirmam as Representadas que o lojista, sem a cláusula, poderia mudar sua estratégia de “exclusivo” para “popular” e como têm direito ao ponto comercial, levaria o shopping a perder o “conceito” que estabeleceu para si como meta estratégica.

Curiosamente a cláusula de exclusividade é dirigida aos shopping centers que têm o mesmo “apelo” que o Iguatemi – shoppings de alto padrão -, e não aos shopping centers “populares” da cidade de São Paulo. Como observa o Parecer econômico da Representante, “a cláusula de exclusividade não faz qualquer restrição à mudança de posicionamento da loja mesmo ela permanecendo exclusiva ao Shopping Iguatemi. Portanto, a exclusividade certamente não atende a esse objetivo” (102).

Nota:

(102) Parecer de Paulo Furquim de Azevedo, fl. 1.414 dos autos.

Aliás, caso fosse este o intuito das Representadas, bastaria que ela inclísse no contrato cláusula proibindo a mudança de “conceito”. Se não o fez, é óbvio que a cláusula de exclusividade possui distinto intento.

De fato, é correto afirmar que a exclusividade contratual contra apenas alguns shoppings de alto padrão na área de

influência do Iguatemi não tem alcance nem pode evitar que um lojista se torne “popular”, caso queira, em outro centro de compra. Ou seja, a alegação das Representadas não condiz com os fatos e deixa como única justificativa da cláusula de não-concorrência a alegação de proteção da “parceria” shopping-lojista, com alguns lojistas selecionados. Isso não muda o caráter seletivo e exorbitante da prática, de forma que o CADE não pode autorizá-la.

3) A prática de exclusividade, que permitiu ao Iguatemi montar um conjunto de lojas diferenciado, não tem o poder de atrair parte significativa de público de outros shoppings situados em áreas de influência distintas, em quantidade suficiente para inviabilizar suas operações — dado que a localização é o fator de atração de público mais importante.

Apesar de ter criticado a definição de mercado relevante do DPDE, que focou no consumidor final, a afirmação do parecerista das Representadas tem esse mesmo referencial, pressupondo um mercado relevante geográfico que vai além da área de atuação do Iguatemi, ou seja, mais amplo do que recomendam a jurisprudência e doutrina antitruste.

A afirmação, portanto, contradiz a própria defesa das Representadas. A análise abrange o mercado relevante que se circunscreve à área de atuação do Iguatemi. O próprio Iguatemi, na defesa, afirmou que “parte substancial” dos seus frequentadores “provém ou tem como destino as áreas adjacentes ao Jardim Sul”, e que a cláusula se funda “no legítimo interesse que tem o empreendedor de proteger o fundo de comércio do shopping contra a concorrência que seus próprios parceiros possam eventualmente fazer-lhe” (103).

Nota:
(103) Fl. 118 dos autos.

Portanto, pressupõe-se, no caso, que os consumidores dos lojistas instalados em um ou outro shopping são comuns, não se tratando de “áreas de influência distintas”, como diz o parecer. Além disso, a questão dos efeitos não se resume apenas àqueles decorrentes da simples disposição de deslocamento dos consumidores, e que diz respeito à localização do shopping, mas antes ao efeito perturbador da cláusula na montagem do mix de lojas dos outros shoppings.

4) A cláusula de exclusividade seria uma forma de proteger o seu tenant mix contra a possibilidade de seus concorrentes o copiarem, já que este é o principal fator de concorrência entre os shopping centers.

A justificativa da cláusula de exclusividade como forma de evitar que rivais façam cópia de seu tenant mix é algo no mínimo questionável. Isso porque a literatura econômica não vê a cópia como algo que cause danos a economia. Pelo contrário, a estratégia de copiar é visto como uma das possíveis estratégias de atuação de uma firma.

Neste sentido, cabe citar FREEMAN(104). Este autor propõe uma classificação para as firmas quanto às suas decisões sobre estratégias inovativas: inovadora ofensiva, defensiva ou imitadora. Mais do que isso, afirma que a atividade de inovação de uma firma não é livre ou arbitrária, mas está circunscrita historicamente e que a capacidade de crescimento e sobrevivência de uma firma depende de sua capacidade de adaptar-se rapidamente às mudanças no ambiente externo.

Nota:
(104) FREEMAN, Christopher. The economics of industrial innovation. 2. ed. Cambridge: MIT Press, 1982.

A firma que adota estratégia de inovação ofensiva tem como meta alcançar a liderança técnica e de mercado sobre seus competidores na introdução de novos produtos. Nesse sentido, FREEMAN afirma que o departamento de pesquisa e desenvolvimento (P&D) tem papel chave nessa estratégia, assim como o treinamento do corpo de funcionários. Entretanto, o autor afirma também que somente poucas firmas adotam esse tipo de estratégia.

Um segundo tipo de estratégia é a defensiva. Cabe ressaltar que não é a ausência de P&D que a caracteriza. A diferença em relação à estratégia ofensiva está na natureza e no timing da inovação. Segundo o mencionado autor, as firmas que adotam a estratégia defensiva buscam aprender com os erros de quem adota a estratégia ofensiva e que as pesquisas mostram que grande parte dos gastos em P&D se refere a estratégias defensivas ou de imitação. Por fim, afirma também que a estratégia em questão é típica de mercados oligopolizados e está relacionada com diferenciação de produtos, sendo uma forma de permitir à firma reagir e adaptar-se á mudanças técnicas introduzidas por seus competidores.

Por fim, na estratégia de imitação, as firmas seguem a líder na tecnologia que esta estabelece. Neste caso, FREEMAN afirma que se isso ocorre com uma defasagem longa, uma licença para que a imitadora use a referida tecnologia não é necessária, ocorrendo o contrário caso a cópia se dê em um período curto de tempo. A razão para isso é que a cópia em uma defasagem curta faz com que a firma inovadora não receba o retorno devido pela inovação que lançou. Além disso, o autor

também ressalta que a firma imitadora pode usufruir certas vantagens para entrar no mercado para competir com firmas inovadoras já estabelecidas. Mas, a capacidade da imitadora reduzir a liderança da firma inovadora usando tais vantagens dependerá do ritmo da mudança tecnológica.

Desta forma, segundo FREEMAN um contrato com cláusulas de exclusividade tal como proposto pelas Representadas somente seria justificável se suas rivais adotassem a estratégia de copiar o seu tenant mix e que essa cópia fosse realizada com uma defasagem curta. Como, em geral, os shopping centers não trabalham com capacidade ociosa, ou seja, não guardam um determinado espaço para incorporação de novas demandas, é de se esperar que a mudança em um tenant mix é algo que demanda algum tempo. Isso porque o shopping tem que esperar pelo término de algum contrato de algum lojista, para então adequar-se às novas necessidades do mercado. Ademais, uma cópia total demandaria uma reformulação completa de seu mix, sendo tão demorada e dispendiosa que é hipótese a ser descartada.

O fato de as Representadas terem um departamento voltado para a constante atualização de seu tenant mix pode ser caracterizado como uma vantagem em relação aos seus rivais, o que pode à luz do proposto por FREEMAN caracterizá-la como uma firma que tem liderança tecnológica neste ramo. Segundo as Representadas, como seus rivais não têm o referido departamento, estão sempre seguindo as direções tomadas pelas Representadas que, competentemente, construíram essa liderança ao longo do tempo.

Entretanto, qualquer tentativa dos rivais de imitar o tenant mix das Representadas é algo que leva tempo. Basta verificar que os rivais sofrem dos mesmos problemas que as Representadas no que se refere aos contratos. Lembramos as alegações das Representadas quanto ao fato de que os contratos entre shopping centers e lojistas, mesmo quando são de prazo determinado, podem ter a sua vigência postergada em razão de ações renovatórias, o que causará enormes dificuldades para os concorrentes alterarem o tenant mix e imitem o Shopping Center Iguatemi. Dependerá da decisão de seus lojistas acerca da renovação do contrato. Ademais, no mínimo terá que esperar o término do prazo contratual, sendo que a existência da multa confere um ônus aos rivais imitadores.

Finalmente, cumpre ressaltar que a cópia perfeita do mesmo, se absurdamente for tida como possível, pode acabar sendo implementada quando as Representadas já tiverem alterado o tenant mix que foi imitado, dado o longo período de tempo demandado para a implementação da cópia. Isso mostra que nesse período as Representadas podem usufruir o lucro extra que é gerado por estar lançando um novo tenant mix.

Nesta questão, cabe mencionar que a dinâmica capitalista é composta de inovação e imitação. Isso já era vislumbrado por autores como Marx e Schumpeter. O primeiro afirmava que todo capitalista buscava inovações tecnológicas para extrair a mais-valia extra. No entanto, esta era temporária, já que os rivais em mais ou menos tempo estariam copiando esta inovação. Já o segundo, na mesma linha, afirmava que o motor do capitalismo era o processo de destruição criadora, ou seja, o próprio sistema torna obsoletos alguns produtos, surgindo novos, e isso é que faria o capitalismo se desenvolver.

Sendo assim, não tem sentido a inclusão de cláusulas de exclusividade nos contratos entre as Representadas e seus lojistas. A justificativa de proteger a ação oportunista dos rivais, que estariam interessados em imitar o tenant mix das Representadas não é justificável, na medida em que a imitação ocorre com uma certa defasagem, de forma que quando imitado pode até ter se tornado obsoleto.

Além disso, é praticamente impossível para um outro shopping center copiar exatamente o tenant mix do Iguatemi, principalmente em função das diferentes dimensões dos diversos shoppings. Ou seja, é muito improvável que um shopping center tenha exatamente o mesmo número e tipo de lojas que outro.

5) A Representante não seria prejudicada pelas cláusulas de exclusividade por ser parte integrante do Grupo Camargo Corrêa, o que seria suficiente, por si só, para contornar as dificuldades decorrentes da restrição.

Todos os shoppings estão de alguma forma ligados a grandes grupos. A dificuldade ou não de acesso à fonte de insumos (neste caso, a possibilidade de ter determinadas lojas em seu shopping) nada tem a ver com o porte dos concorrentes. O fato de a Representante ser ligada ao Grupo Camargo Correa não melhora nem piora as condições de acesso aos lojistas, às quais qualquer empreendedor de shopping center está sujeito.

Além disso, o padrão de concorrência neste caso é dado pela diferenciação, ou seja, a capacidade que o shopping tem de montar um mix de lojas que seja atraente e diferenciado. Assim, mesmo um grande grupo pode não ser bem sucedido em promover um shopping que seja de interesse dos consumidores, caso não encontre condições favoráveis de acesso às lojas.

6) A cláusula de exclusividade importaria na redução de custos de transação e na eliminação de condutas oportunistas em defesa de investimentos não recuperáveis, como em marcas e tecnológica, bem como na proteção de ativos específicos, sendo uma forma do lojista se comprometer com o sucesso do shopping center.

A economia dos custos de transação (ECT), proposta por Oliver Williamson, procura atribuir dimensões às transações, de forma que possam ser objetivamente observadas e comparadas. A unidade básica de análise da ECT são as transações efetuadas entre agentes econômicos e, para isso, ela está baseada em dois pressupostos comportamentais dos agentes (oportunismo e racionalidade limitada) e três pressupostos de dimensão das transações (especificidade de ativos, incerteza e frequência/duração das transações). Desses cinco pressupostos, três são considerados primordiais, quais sejam, a especificidade de ativos, o oportunismo e a racionalidade limitada. Na presença de apenas dois desses pressupostos principais, o mundo dos contratos seria mais simples, pois todas as pendências poderiam ser resolvidas seja através de planejamento, da confiança mútua entre os agentes ou através da competição.

WILLIAMSON(105) conceitua oportunismo como sendo a perseguição do auto-interesse com astúcia. Com isso o autor enfatiza que as pessoas estão sujeitas a um comportamento muito mais forte do que o simples auto-interesse, onde os atores

são condicionados a regras que sempre são seguidas.

Nota:

(105) WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institution of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985.

Com o pressuposto do oportunismo, WILLIAMSON incorpora à análise o fato de que as pessoas se utilizam de posições vantajosas em benefício próprio, mesmo que isso vá de encontro às regras (sociais, morais ou outras). Cada um dos indivíduos percebe e incorpora tais regras de uma maneira, o que faz com que no agregado essas regras tenham seu impacto minimizado.

Assim, o importante para a análise é que, quando tratamos da coletividade, há sempre o risco de alguém estar agindo de maneira oportunista e isso sempre deve ser levado em conta para se explicar o comportamento dos agentes. Como algumas pessoas podem estar sendo oportunistas por algum tempo e a confiabilidade raramente é transparente a princípio, esforços ex ante para reprimir condutas oportunistas devem ser empreendidos, e principalmente salvaguardas ex post devem ser criadas.

Para conceituar racionalidade limitada, WILLIAMSON utiliza-se do conceito desenvolvido por Simon, que argumenta que os agentes são “intencionalmente racionais, mas só o conseguem ser de maneira limitada” (106). Sendo assim, os agentes estão sujeitos a uma capacidade cognitiva limitada e, por causa disso, vêm-se à mercê de contingências que não podem ser antecipadas. Nesse ambiente, os contratos são necessariamente incompletos.

Nota:

(106) Simon, Herbert (1961:24). Citado por WILLIAMSON (1985:11).

Por fim, um ativo específico é qualquer investimento especializado à uma determinada transação e que não pode ser destinado a usos alternativos sem perda de valor produtivo. Os ativos específicos originam dependência bilateral entre as partes, aumentando os custos de transação no caso de ruptura da relação entre o par que transaciona(107).

Nota:

(107) “Partes engajadas em uma relação de troca que é suportada por investimentos não triviais em ativos específicos à transação, de fato estão operando baseadas em uma relação bilateral. Harmonizar a interface contratual que une as partes, de modo a gerar adaptabilidades e promover a continuidade da relação, se torna a fonte de valor econômico real”. (grifos meus). WILLIAMSON, Oliver. Ob. cit., p. 30.

Considerando ainda a relevância da incerteza no que diz respeito à estabilidade da relação contratual e o papel da frequência/duração das transações, o argumento de WILLIAMSON é bastante simples. Em um mundo onde houvesse comportamento oportunista e ativos específicos, mas os agentes estivessem sujeitos a uma capacidade cognitiva ilimitada, todos os problemas ex post poderiam ser antecipados, sendo possível um planejamento total de todas as contingências futuras. Nesse caso, nunca haveria problemas na execução dos contratos.

Por outro lado, caso os agentes estivessem sujeitos à racionalidade limitada e à existência de ativos específicos, mas não existisse o comportamento oportunista, então não haveria comportamento estratégico e todos os agentes estariam interessados na maximização conjunta dos retornos, ou seja, na eficiência dos contratos, buscando apenas retornos justos de acordo com suas dotações iniciais. A promessa seria suficiente para garantir uma execução eficiente do contrato.

No caso em que os agentes estão sujeitos ao comportamento oportunista e à racionalidade limitada, mas não existem ativos específicos à transação, a identidade do par que transaciona e a continuidade da relação não seriam importantes nem necessárias. Sendo assim, os contratos spot seriam eficazes e qualquer pendência poderia ser resolvida na justiça, sem perdas associadas à ruptura da relação. Este é o mundo da competição.

Assim, WILLIAMSON conclui que em uma transação sujeita a esses três pressupostos, necessariamente devem ser estabelecidas salvaguardas. Caso contrário, os preços serão maiores do que se tais salvaguardas tivessem sido adotadas.

No caso da relação entre o shopping e os lojistas, realmente existe algum interesse na continuidade da relação, visto que existem alguns custos de transação ligados à alta rotatividade de lojistas em um shopping center. No limite, seria possível até pensar-se que os gastos com a instalação de um lojista em particular poderiam ser uma espécie de ativo específico. No entanto, tais gastos são de pequena monta e servem apenas para reforçar a idéia de que a manutenção da relação entre shopping e lojista é algo que é benéfico para ambas as partes. Nesse sentido, o próprio contrato de locação pode vir a dar

conta desse problema, uma vez que existem salvaguardas e multas previstas no caso de ruptura da relação, e que criam incentivos para que as partes estabeleçam a continuidade da relação. Ademais, os contratos são estabelecidos por prazo determinado, o que serve para calibrar o período mínimo necessário para o retorno do investimento, sem que seja necessário para tanto a cláusula de exclusividade.

Há ainda que se considerar a distinção entre a existência de custos irre recuperáveis e o conceito de ativos específicos. Muitos negócios estão sujeitos a investimentos que podem ser considerados como custos irre recuperáveis caso haja saída do negócio, como por exemplo, o investimento em uma marca que não pode ser utilizada para outro fim que não aquele ao qual ela está sendo destinada. Nesse caso, a decisão de não mais produzir um produto com aquela marca, por exemplo, faz com que todo o investimento feito na marca se perca.

Nesse sentido, os investimentos eventualmente feitos para promover a marca Iguatemi e os investimentos ligados às instalações poderiam ser considerados como custos irre recuperáveis. No entanto, em nenhum momento tais investimentos são específicos à transação entre o shopping e um lojista em particular. Esses são investimentos especializados ao negócio shopping center, cujo retorno depende do uso no negócio e não necessariamente de uma transação específica com este ou aquele lojista. E, como já referido, basta calibrar o período de duração do contrato para se assegurar o retorno do investimento.

Há que se considerar ainda os eventuais problemas decorrentes do compartilhamento de marcas, o que poderia justificar uma eventual adoção de causas de exclusividade. O exemplo clássico é o caso das franquias, onde para o franqueador existem riscos associados ao mau uso da marca por parte do franqueado e para o franqueado existe a perda dos esforços de promoção da marca no caso de rompimento da relação. Nesse caso, um contrato de exclusividade é benéfico para ambas as partes, já que a ruptura da relação entre eles acarreta elevados custos.

No entanto, no caso aqui tratado, não se pode dizer que existe compartilhamento da marca do shopping com os lojistas e nem tampouco o compartilhamento da marca das lojas com o shopping. Assim, caso a relação seja rompida, o valor e a propriedade da marca serão mantidas, tanto no caso do shopping quanto no caso dos lojistas.

Em resumo, todo negócio tem um risco. O fato de existirem custos irre recuperáveis pode funcionar como uma barreira à entrada, mas uma vez que a firma decidiu entrar no mercado foi porque considerou que tais riscos valiam a pena. Além disso, nesse caso, os custos irre recuperáveis estão ligados ao negócio e não à transação com um determinado lojista. Nesse aspecto, tais custos não criam dependência bilateral entre as partes e, através do instrumental analítico da ECT, não podem ser utilizados como justificativa para imposição de cláusulas de exclusividade.

WILLIAMSON argumenta que, em um mundo onde os custos de transação devem ser considerados, “o[O] imperativo organizacional que emerge nessas circunstâncias é o seguinte: organize as transações de modo a economizar sob racionalidade limitada enquanto, simultaneamente, estabelece-se salvaguardas contra os riscos do oportunismo” (108).

Nota:

(108) Williamson, ob. cit., p. 32.

Assim, a questão dos custos irre recuperáveis que precisam ser protegidos em razão de um eventual comportamento oportunista por parte dos lojistas poderia ser resolvida de forma mais simples, através de instrumento contratual que incorpore salvaguardas em relação a esse comportamento que se quer evitar e multas no caso em que tal comportamento seja verificado. No caso da relação lojista-shopping, a utilização indiscriminada e sem critérios objetivos de cláusulas de exclusividade seria uma medida exagerada, quase comparável à utilização de uma marreta para matar uma formiga.

Não bastassem todos estes argumentos, devemos acrescentar que não há comprovação nos autos de que em todas as lojas instaladas no Shopping Center Iguatemi houve investimentos da administradora do shopping na marca da loja. Há apenas a indicação de um único caso, envolvendo a loja Le Lis Blanc. Ocorre que a cláusula de exclusividade foi oposta não apenas a esta loja (ou a outras em que houve comprovado investimento) mas a um amplíssimo rol de lojas, que abarcam mais de 50% dos integrantes do Shopping Center, não sendo crível (além de não estar sequer mencionado, quanto mais provado) que todas elas tiveram intensos investimentos efetivados pelas Representadas que as alavancaram da categoria de marcas pouco conhecidas ao patamar de grifes famosas.

Assim, a maneira indiscriminada e abrangente com que a cláusula foi utilizada retira a validade do argumento de prevenção de conduta oportunista.

Ademais, a cláusula não possui limitação de tempo, a justificar a recuperação de eventual investimento. Com efeito, ela tem uma finalidade específica, visando a impedir o acesso dos lojistas a determinados Shopping centers e não a qualquer outro local, tornando imprestável o argumento de que visaria a prevenir comportamento oportunista(109).

Nota:

(109) Observe-se que em momento algum estou defendendo a tese de que um conteúdo mais elástico da cláusula, abarcando, por exemplo, todos os Shopping Centers da cidade a tornaria válida. Apenas estou salientando que esta circunstância retira a validade do argumento das Representada quanto ao caráter de impedir comportamento oportunista do lojista.

Necessário, ainda, salientar que a vedação de estabelecer relação contratual com determinados Shopping centers não é imposta apenas à específica loja instalada no Shopping Center Iguatemi, mas a toda e qualquer marca e toda e qualquer atividade desempenhada pelo lojista que seja semelhantes ou assemelhados à desenvolvida no Shopping Center Iguatemi. Transcrevo, a propósito, novamente trecho da cláusula:

“10 - A LOCATÁRIA, além do disposto no item 5.9 das Normas Gerais de Locação aludidas na cláusula 7, Item “A” do presente contrato, obriga-se a não instalar outra loja com feitiço e ramo assemelhados ao SUC locado, no SHOPPING CENTER MORUMBI, sito nesta Capital, na Avenida Roque Petroni Júnior, nº 1.089, SHOPPING CENTER ELDORADO, sito nesta capital, na Avenida Rebouças, nº 3.970 e SHOPPING JARDIM SUL, sito nesta capital, na Avenida Giovanni Gronchi, nº 5.819.

Parágrafo Único: A proibição supramencionada aplica-se às empresas ou firmas das quais a LOCATÁRIA, ou os seus sócios, participem ou venham a participar, direta ou indiretamente, como quotistas ou acionistas ou que tenham qualquer vínculo comercial ou de qualquer natureza com a LOCATÁRIA, ou seus sócios, ainda que esporádico” (110). (grifos meus)

Nota:

(110) Contrato de locação celebrado entre o Condomínio Shopping Center Iguatemi (locador) e a Lotérica Jalucrei Ltda. (locatária), que foi firmado em 01.06.1998 (Fl. 60 dos autos).

A falta de relação de causalidade tira novamente validade do argumento de proteção contra conduta oportunista(111).

Nota:

(111) Por sinal, oportuno aludir às seguintes observações efetivadas pelo Professor Leães ao analisar cláusula de raio que também possui escopo mais amplo que apenas a marca da loja estabelecida em Shopping Center : “(..) São abusivas porque estendem a obrigação de não concorrer a devedores que sequer são partes dos contratos, como, verbis, “as empresas ou firmas de que os sócios das sociedades locatárias participem, ou venham a participar direta ou indiretamente, como quotista ou acionista, ou que tenham vínculo comercial ou de qualquer natureza com o locatário, ainda que episódico”. A sujeição dos lojistas ao puro arbítrio do empreendedor e mantenedor do shopping, no cumprimento ou não da obrigação de abstenção de concorrência em local próximo, somada a essa extensão despropositada dada à referida obrigação, a ponto de alcançar tout le monde et son père, atingindo todas as pessoas “que tenham qualquer vínculo comercial ou de qualquer natureza como locatário, ainda que episódico”, são suficientes para evidenciar o grau de capricho e a petulante demonstração de força da parte contratante hipersuficiente”. In: Shopping centers; convenção impediante de novo estabelecimento. Revista de Direito Imobiliário, v. 38, p. 7-17.

A imposição de cláusula de exclusividade em casos de comprovado investimento da administradora de Shopping Center em uma determinada marca que ainda não é tão conhecida, elevando o seu patamar, para alçá-la à categoria de grife famosa (o que agrega, sem dúvida, maior valor à marca) não é imprescindível, como já exposto, por existirem outras salvaguardas contratuais que podem preservar o retorno de investimento. No entanto, não nego que em determinadas hipóteses absolutamente excepcionais, elas podem vir a ser concebidas como uma garantia suplementar do retorno de investimento, à medida em que asseguram à administradora que somente ela (e não os seus concorrentes), além do proprietário da loja, irá aproveitar-se da valorização da marca para a qual contribuiu decisivamente.

Neste específico contexto, entendo que, hipoteticamente, devidamente comprovadas e atendidas diversas condições, poderia incidir eficiência econômica em acordos de exclusividade, uma vez que ela garantiria maiores incentivos para que administradoras de Shopping centers buscassem investir em novas marcas, o que beneficiaria a sociedade com uma maior diversidade de produtos.

Porém, admitir de forma excepcional e em termos hipotéticos a existência de exclusividade (matéria que possui enorme debate e que deve ser analisada caso a caso) não significa concordar com a forma pela qual o Shopping Center Iguatemi concebeu e impôs a sua cláusula de exclusividade por todos os motivos expostos em meu voto.

Não pretendo, também, por fugir completamente ao escopo do presente voto, traçar uma tipologia fechada de quais deveriam ser os limites a serem obedecidos para a confecção de uma cláusula de exclusividade. Porém, como contribuição para a compreensão da matéria, cabe traçar alguns parâmetros que poderiam iluminar a interpretação de tais cláusulas.

Frise-se, antes de tudo, o caráter sempre excepcional que tais cláusulas devem possuir uma vez que, como ressaltado, não se reveste da categoria de condição imprescindível, mas apenas acessória, para a garantia do retorno de investimento da administradora de Shopping Center. De maneira exemplificativa passo a traçar algumas condições, que, por acaso presentes de forma cumulativa, permitiriam uma reflexão diferenciada sobre o caráter anticompetitivo das mesmas.

Inicialmente, merece ser destacada a circunstância de que elas apenas possuem alguma razoabilidade nas situações em

que houve, de fato e de modo cabalmente demonstrado, investimentos da administradora do Shopping Center no aprimoramento da marca (ou nome de fantasia da loja), alavancando-a a um patamar efetivamente superior ao que a mesma desfrutava antes de sua instalação no Shopping Center.

Ademais, deve restar demonstrado que, em cada caso concreto, para o fim de alcançar os mesmos objetivos atingidos com a cláusula de exclusividade não se poderiam colocar outras salvaguardas contratuais que, de modo menos restritivo à concorrência, assegurassem o retorno do investimento efetivado, mantendo plausível o interesse da administradora do Shopping Center em efetivá-lo.

Entendo também não ser admissível a ausência de limitação temporal, pois a mesma deve servir estritamente ao objetivo de garantir um período mínimo de tempo suficiente para que o Shopping Center aproprie-se dos benefícios advindos do alavancamento da marca, o que lhe assegurará, ao lado de outras salvaguardas contratuais, o retorno de investimento realizado. Assevere-se que deve haver uma comprovação cabal da relação entre o lapso de exclusividade imposto e o investimento realizado, devendo, assim, ser o menor período possível. Entendo que, justamente por ser necessária a análise de cada caso concreto, não é pertinente fixar um período máximo de tempo que seria tido como válido. Deixo claro que o lapso temporal determinado deve tomar como início a instalação da loja no Shopping Center. Finalmente, como o montante de investimento normalmente é pequeno, dificilmente haveria justificação para um lapso temporal alargado.

A exclusividade, atendidas as condições anteriores, somente poderia abarcar a loja específica instalada, jamais abrangendo outros negócios do lojista.

Igualmente, deveria restar caracterizado o escopo de proteção do investimento efetivado pela administradora do Shopping Center, jamais podendo ser utilizada como estratégia seletiva de restrição à atuação de concorrentes.

Expus tais reflexões apenas para deixar claro que haverá situações em que um conjunto de condições podem conduzir, dependendo da natureza do caso concreto, a uma percepção mais favorável de eventual cláusula de exclusividade.

Necessário, porém, reafirmar que, na hipótese analisada, em virtude de todas as circunstâncias expostas no presente voto, restou patente o caráter anticoncorrencial da cláusula adotada pelas Representadas, na forma por elas concebida.

3.5 - Preciação da cláusula como convenção de não concorrência

As Representadas, ao apresentarem sua defesa prévia, equipararam a cláusula contratual por elas prevista em diversos contratos a uma cláusula de não concorrência, mencionando a doutrina que atestaria a sua validade.

Com a devida vênia, entendo que a cláusula contratual ora analisada não deve ser concebida como uma convenção de não concorrência, em virtude da existência de relação vertical entre os lojistas e a administradora do Shopping Center, o que lhes retira o caráter clássico de parceria, de comunhão de interesses. Não nego, no entanto, que a relação vertical é *sui generis*, em virtude de também estarem presentes alguns interesses comuns entre lojistas e a administradora do Shopping Center, mas não ao ponto, de equipará-los a uma sociedade ou a uma espécie de joint venture.

Além do mais, a caracterização do mercado de shopping centers como sendo um mercado de dois lados leva à conclusão de que os lojistas são, na verdade, um dos dois tipos de clientes do “produto shopping center”. O lojista é um parceiro do shopping somente na medida em que seu interesse é o de que o ambiente no qual ele realiza suas transações seja o mais favorável possível. Em função disso, ele “compra” ou não os serviços oferecidos por este shopping em função das perspectivas que este lhe oferece.

No entanto, ainda que fosse concebida como uma convenção de não concorrência – o que admito somente para argumentar – não estariam presentes os requisitos necessários para a sua validade, como passo a demonstrar.

A doutrina e jurisprudência estabelecem algumas condições para a validade de cláusulas de não concorrência: a acessoriedade, a imprescindibilidade para a viabilidade do negócio (o que remete à necessidade da existência de um interesse legítimo) e a limitação temporal e espacial⁽¹¹²⁾.

Nota:

(112) Ver, a propósito, diversos votos que proferi a respeito de acordos de não concorrência, dentre os quais: Ver, ainda, na doutrina estrangeira, as seguintes considerações de Yves Serra, *L'obligation de non concurrence*, Paris, 1970, p. 12: “Ainsi, une interdiction de concurrence n'est valable qu'à une double condition, l'une, positive, - l'existence d'un intérêt légitime – qui doit exister dans la personne du créancier de non concurrence, l'autre, négative, - l'absence d'une atteinte grave, portée à la liberté individuelle – qui doit se vérifier dans la personne du débiteur de non concurrence. Autrement dit, la liberté du commerce et la liberté du travail peuvent faire l'objet d'une convention si cela est nécessaire à la protection d'un intérêt légitime et si ces libertés ne sont pas supprimées mais seulement restreintes’ (...). Une double limitation est considérée comme nécessaire pour la sauvegarde de la liberté du débiteur de non concurrence: l'interdiction doit être limitée quant à son objet et l'interdiction doit être limitée, soit dans le temps, soit dans l'espace.”

No decorrer deste voto foi demonstrada a ausência de um interesse legítimo dotado de razão econômica suficientemente forte para justificar a restrição à concorrência trazida pela cláusula.

Analizarei, no presente tópic, a alegação efetivada pelas Representadas em sua defesa prévia, no sentido de que a cláusula em questão seria perfeitamente compatível com o espírito da parceria que informa as relações entre empreendedor e lojistas, fundando-se no legítimo interesse que tem o empreendedor de proteger o fundo de comércio do shopping contra a concorrência que seus próprios parceiros possam eventualmente fazer-lhe(113).

Nota:

(113) Fl. 118 dos autos.

Convém destacar que na realidade, a doutrina aludida pela representada analisa a cláusula de raio, que, por sinal, é objeto de análise em outro Processo Administrativo específico. Ocorre que no presente processo não discuto a licitude de tal cláusula e, por sinal, a análise das duas espécies de cláusulas (ou seja, a cláusula de raio e a cláusula de exclusividade dirigida) deve ser feita de forma autônoma, pois possuem efeitos e racionalidade distintas. Neste contexto, a conclusão sobre a licitude ou ilicitude de uma delas não implica, automaticamente, a mesma conclusão em relação à outra.

Aludo, inicialmente a observações efetivadas pelo Professor Luís Gastão Paes de Barros Leões ao analisar a chamada e cláusula de raio (que proíbe a instalação de lojas à determinada distância do Shopping Center) destaca a sua ilicitude, por entender inexistentes os requisitos que permitiriam a imposição de acordo de não concorrência.

Feita esta observação inicial, destaco as considerações efetivadas por Fábio Konder Comparato, em parecer intitulado As Cláusulas de não-concorrência nos "Shopping centers", Revista de Direito Mercantil, nº 97. Tal parecer foi citado pelas Representadas, com o objetivo de defender a licitude da cláusula de raio.

Porém, mesmo o eminente professor ao defender a licitude de tais convenções assevera que existem limites a serem observados, a fim de restar mantida a racionalidade de tais cláusulas.

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

Ao celebrarem contrato de locação de dependências num shopping center, os comerciantes lojistas aderem ao regimento interno e, portanto, aceitam convencionalmente as normas limitadoras da concorrência.

Regras análogas, de resto, podem ser impostas em lei, como se vê do disposto nos arts. 2.390 e 2.487 do CC italiano, em matéria de sociedade anônima e sociedade de responsabilidade limitada (arts. 2.390 e 2.487). Pelo primeiro desses dispositivos, "os administradores (de sociedade anônima) não podem assumir a qualidade de sócios ilimitadamente responsáveis em sociedades concorrentes, nem exercer uma atividade concorrente por conta própria ou de terceiro, salvo autorização da assembléia". Infringindo esse dever de não-concorrência, o administrador pode ser destituído e responde pelos danos eventualmente causados à companhia".

Assim, pode-se observar que o jurista entende que a limitação de concorrência em relação a estabelecimentos comerciais situados em Shopping centers é um efeito natural dos contratos de constituição e exploração de centros comerciais. No entanto, ressalva que a licitude de tal restrição à concorrência deve haver precisa delimitação da lei, objeto, tempo e espaço. Leciona, assim, o renomado professor:

"Nas hipóteses de restrições convencionais de concorrência, a jurisprudência, tanto aqui quanto alhures, firmou-se no sentido de enquadrar a licitude de tais estipulações dentro de limites precisos de objeto, de tempo e de espaço, tendo em vista o princípio da liberdade de concorrência, que entre nós, como sabido, tem assento constitucional (CF, art. 170).

É preciso, com efeito, que a obrigação de não-concorrência defina o tipo de atividade empresarial sobre a qual incide. Em se tratando de proteção da clientela de um shopping center, cuja especificidade, como vimos, consiste na agregação de vários tipos de comércio varejista ou de prestação de serviços no mesmo local, a cláusula de não-concorrência costuma ser estipulada de forma a cobrir todas as modalidades de comércio e serviços localizados no centro comercial.

Não basta, porém, que se defina o objeto dessa obrigação de não-concorrer. Importa, ainda, que ela seja limitada no tempo, ou no espaço. Estas duas últimas restrições podem ser cumuladas, mas é indispensável que exista pelo menos uma. Quando a causa da interdição de concorrência prende-se, sobretudo, à pessoa do empresário, é normal que se estabeleça uma limitação no tempo, pois a clientela pessoal tende a se dispersar no curso dos anos. Mas se a razão de ser da estipulação é a concorrência espacial entre estabelecimentos, o que importa é a fixação de uma distância mínima de separação entre eles, a prevalecer sem limitação de tempo" (114).

Nota:

(114) Comparato, Fábio Konder. As Cláusulas de não-concorrência nos "Shopping centers". Revista de Direito Mercantil, n. 97, p. 27-28.

Vemos no caso vertente que a razão apontada pelas Representadas para "justificar" a imposição da cláusula de exclusividade não reside propriamente na "pessoa do lojista" ou na limitação à "concorrência espacial". Residiria, sim "na preservação do aspecto diferenciado do tenant mix". Não obstante, deixa de apresentar limitação temporal e/ou limitação

espacial o que, até mesmo na ótica do jurista que defende a licitude de cláusula de não concorrência entre lojista e shopping center e cujo bem fundamentado parecer foi citado pelas Representadas em sua peça de defesa, configurar-se-ia como extrapolar dos precisos limites que a jurisprudência nacional e internacional confere à cláusulas de não concorrência. Afirma, assim, o Professor Luis Gastão de Barros Leães:

“(…) ao impor ao lojista locatário a abstenção permanente de se estabelecer em outro local, nas proximidades do shopping, sem apontar qualquer limite temporal, fere profunda e gravemente o direito de o lojista exercer livremente a atividade econômica, a todos garantindo pela Lei Maior da República pois implicaria na renúncia definitiva ao exercício de um direito irrenunciável, ainda que relativamente a uma restrita localidade.

Só por esse ângulo as cláusulas em apreço já estão contaminadas por nulidade insanável, constituindo regras não escritas, sem lograrem nenhuma das conseqüências por elas desejadas ou nelas indicadas”. Shopping Centers, convenção impeditiva de novo estabelecimento. In: Revista de Direito Imobiliário, v. 38, p. 7-17. Novamente destaco que as mesmas ressalvas efetivadas em relação ao parecer do Professor Fábio comparato quanto ao contexto do Parecer, devem ser feitas, dado que o Professor Leães também analisa a cláusula de raio”.

E não se alegue que o seu período de duração seria o mesmo do tempo do contrato, uma vez que as Representadas admitem – e mais do que isto, utilizam como argumento para sustentar a validade da cláusula – que o lojista pode ajuizar ações renovatórias para elasticar a sua permanência no estabelecimento mesmo após a finalização do termo contratual.

Assim, ao serem eventualmente prorrogados por tempo indeterminado, os contratos o serão com a cláusula de exclusividade em questão. Ademais, caso os contratos venham a ser renovados, nada indica que a cláusula de exclusividade não seja novamente prevista.

Neste contexto, é essencial que haja uma efetiva limitação da cláusula no tempo a partir da instalação da loja no Shopping Center, como discorrido no item anterior(115).

Nota:

(115) Ademais, não apresenta limite espacial, dado que é dirigida não a um determinado espaço pré-determinado, mas a determinados shopping centers, sem levar em consideração, necessariamente, a sua distância em relação ao Iguatemi, mas sim o seu padrão de diferenciação. Corroborar esta assertiva o fato das Representadas virem a paulatinamente ampliar o escopo da cláusula, incluindo novos shoppings em seu rol, o que somente aumenta a percepção quanto à ausência de um limite territorial bem demarcado.

Feita esta importante observação inicial, passo a transcrever os seguintes trechos, que também podem ser aplicados à hipótese sob exame. Destaca, inicialmente, inexistir legítimo interesse na imposição de tal cláusula, tendo em vista a existência de um fundo de comércio próprio, destacando que, no seu entender, isto faz com que não haja desvio de clientela do Shopping Center. Afirma, textualmente, o professor de direito comercial da USP:

“Em primeiro lugar, essas cláusulas não preenchem o requisito de legítimo interesse, que as justificaria, pois a proibição de se estabelecer com o mesmo negócio só teria procedência quando possibilitasse o desvio de clientela do fundo objeto da locação, o que desenganadamente não ocorre na espécie, como veremos logo a seguir.

Ao instalar outro estabelecimento fora do âmbito do shopping, ainda que em local próximo, ou mesmo em outro centro comercial, o lojista – que de resto permanece no centro, onde loca uma unidade – não desvia, de forma alguma, a clientela atraída pelas facilidades propiciadas pelo shopping, que continuará a fluir à sua loja, lá instalada.

Ao novo estabelecimento, afluirá a sua clientela pessoal, ou seja, o conjunto de pessoas a ele ligado por laços subjetivos, que já tinha independentemente de estar a sua loja sediada ou não nas dependências do centro comercial. Para esses clientes em particular, é absolutamente indiferente que o lojista se instale no interior do shopping, ou em local próximo, ou remoto, do shopping: a sua clientela fiel sempre o acompanhará, onde quer que localize os seus estabelecimentos” (116).

Nota:

(116) Shopping centers; convenção impeditiva de novo estabelecimento. In: Revista de Direito Imobiliário, v. 38, p. 7-17.

Cumprido recordar dois pontos já discutidos neste voto. Em primeiro lugar, que a circunstância do aluguel ser previsto em dois patamares, fixo e variável, serve de salvaguarda contratual ao locador. Explico: ainda que ele possa ganhar menos por uma eventual diminuição do faturamento do lojista, ele terá garantido a renda do aluguel fixo ou mínimo, que, assim, será fixado de modo a remunerar o fundo de comércio por ele criado. Em segundo lugar, o fato da cláusula em questão ser estendida não somente à marca específica da loja, mas a todos os negócios desenvolvidos pelo lojista.

4 - TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA PRATICADA PELO REPRESENTADO COMO INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

De todo o exposto, entendo que a conduta praticada pelos Representados é perfeitamente passível de enquadramento

nos tipos descritos no art. 20, incisos I e II da Lei nº 8.884/94.

Cumpra, inicialmente, salientar que o artigo 20 da Lei nº 8.884/94 estabelece que, para a configuração de uma infração contra a ordem econômica, basta a potencialidade de um ato para gerar algum dos efeitos nele descritos(117).

Nota:

(117) Segundo o Conselheiro Thompson Andrade, no julgamento do Processo Administrativo nº 08000.007201/97-09, instaurado contra a Associação Médica Brasileira - AMB, no caso não se deveria questionar as intenções da AMB e o eventual sucesso obtido em suas empreitadas, mas verificar se a elaboração e divulgação das listas de honorários, especificamente, poderia, independentemente de culpa, ter como consequência uma infração à ordem econômica, ao falsear os mecanismos de formação de preços de serviços médicos. “Para tanto, é desnecessário que existam mecanismos formais de imposição aos demais concorrentes, bastando a possibilidade de facilitar a coordenação entre concorrentes”.

Em outras palavras, não se exige que o efeito tenha sido alcançado para incidência do jus puniendi do Estado. Interessante as seguintes considerações efetivadas em Processo Administrativo analisado pelo CADE:

“... é preciso admitir que o art. 20 é bastante restritivo. A letra da lei não fixa como critério para a determinação do ilícito à concorrência, por exemplo, o fato da tabela gerar ou não efeitos sobre o mercado, uma vez que considera infração da ordem econômica atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos nocivos sobre o mercado, ainda que tais efeitos não sejam alcançados. Por outro lado, não é necessário nem mesmo que o ato vise tais efeitos, desde que eles possam ser alcançados como resultado. Tampouco exige a lei que a elaboração da tabela de preços venha acompanhada de mecanismos de imposição aos (...) concorrentes – mesmo porque maiores lucros constituem-se no melhor incentivo -, uma vez que, nesse caso, seu objetivo explícito é o de coordenar mercado...” (118)

Nota:

(118) (Conselheiro Ruy Santacruz - PA nº 08000.011520/94-40 CIEFAS/Soc. Méd. de Alagoas). “Destaco, também, as seguintes ponderações efetivadas no Processo Administrativo nº 08012.007620/97-49, relator Conselheiro Thompson Andrade: O CADE, entretanto, não se limita à contabilização dos danos causados. Ao contrário, aprecia também a potencialidade danosa dos atos praticados pelos agentes econômico, nos termos do artigo 20, da Lei nº 8.884/94(...)”.

Trata-se de disposição de suma importância, já que engloba não apenas os atos que efetivamente produziram efeitos, mas também aqueles que poderiam produzir tais efeitos, não tendo sido alcançados. Assim, não se exige a comprovação de que os efeitos foram efetivamente atingidos, mas apenas que possuam o potencial de sê-lo. Estabelecidas estas premissas, passo a demonstrar a efetiva ocorrência de infração contra a ordem econômica.

4.1 - Enquadramento no tipo do art. 20, I

No caso sob análise resta patente que a conduta praticada pelo Shopping Center Iguatemi possui o efetivo potencial de produzir os efeitos estabelecidos no art. 20, inciso I da Lei nº 8.884/94. Com efeito, ao impor a cláusula de exclusividade, ela subverteu a lógica inerente à autonomia da vontade típica das economias de mercado, impedindo que os lojistas possam voluntariamente instalar-se em shopping centers que ela identificou como seus concorrentes. Com isto, além de prejudicar os lojistas, que vêem a sua possibilidade de expansão limitada, ela também trouxe limitações e prejuízos aos shopping centers por ela identificados como concorrentes, uma vez que os impede de contratar uma série de lojistas para compor um tenant mix mais diversificado.

Assim, não resta dúvida que a conduta perpetrada: a) uma limitação à esfera de ação dos lojistas, que viram a sua capacidade de expansão limitada, impedindo-lhes, assim, de aumentar o seu faturamento com estabelecimentos instalados em determinados locais; b) aos shopping centers identificados como concorrentes pelas Representadas, que foram impedidos de contratar com determinados lojistas que, se por acaso compusessem os seus tenants mix, poderiam proporcionar uma maior diversificação, possibilitando-lhes uma maior atratividade e o oferecimento de maior bem-estar aos consumidores que os frequentam.

Cabe aqui, a título de síntese das conclusões efetivadas na seção 3 do presente voto, mais uma vez ressaltar que em inúmeros precedentes jurisprudenciais do direito comparado, não foi exigido que o fechamento do mercado fosse completo para a incidência de uma conduta anticompetitiva. Basta que ele seja parcial, variando bastante em relação à porcentagem de fechamento do mercado necessária para causar limitações à atuação dos concorrentes. Assim, se mesmo em mercados homogêneos a doutrina admite que margens diminutas de fechamento de mercado já podem ocasionar danos potenciais aos concorrentes, o que se dirá de mercados diferenciados.

Com efeito, é muito difícil avaliar um grau de substituíbilidade perfeita entre marcas famosas, a fim de determinar o exato grau de fechamento do mercado. Tanto isto é verdade que há uma enorme divergência entre a porcentagem defendida pela Representante (que aponta que em determinados setores o fechamento poderia chegar a até 100%) e as Representadas (que defendem a tese de que em todos os setores o fechamento seria muito pequeno).

Porém, dúvida não há que, em relação às lojas instaladas no Iguatemi e que contém a cláusula de exclusividade, o fechamento é completo. Em outras palavras: há um completo impedimento de acesso a determinadas lojas por parte de determinados shopping centers. Como não se faz possível, em um mercado tão diferenciado e tão sujeito a sutilezas e subjetivismos, avaliar um grau de substituíbilidade perfeito, e como podem ser variadas as estratégias de cada shopping center e o valor que cada um dá à presença de determinada loja, não há como se deixar de concluir que o impedimento de acesso a determinadas lojas já é suficiente para causar limitações e prejuízos à atuação de concorrentes, bem como limitações à atuação dos próprios lojistas.

Por fim, a comprovação da efetiva dificuldade da Representante em montar um tenant mix mais diversificado, bem como a existência de um preço de m2 locado praticado pelas Representadas em patamar substancialmente superior ao das concorrentes, são circunstâncias que, se por um lado, não podem ser indicadas como hipótese efetivadas apenas em decorrência da cláusula em questão, não podem deixar de ser mencionados como fatores cujos efeitos são agravados em função da cláusula.

Quanto aos demais efeitos potencialmente nocivos da cláusula, especialmente o grau de fechamento do mercado e a ausência de razoabilidade na conduta das Representadas, em virtude do escopo abrangente e indiscriminado da cláusula, faço expressa alusão aos argumentos suscitados no presente voto, em especial na sua seção 3.

4.2 - Existência de abuso de posição dominante

Entendo que também encontra-se demonstrada a existência de abuso de posição dominante. Esclareço que a posição dominante do Shopping Center Iguatemi decorre não somente da parcela por ele detida no mercado relevante fixado no presente voto, como também pela sua situação singular, em virtude da imagem diferenciada por ele detida, simbolicamente tido como o shopping center de mais alto luxo do país, além da circunstância de cobrar preço de locação substancialmente superior aos de seus concorrentes. Tal posição permitiu-lhe impingir tais cláusulas aos seus lojistas, dado que eles possuem a necessidade (em virtude das mais variadas razões já indicadas ao longo do presente voto) de possuir lojas instaladas no Shopping Center Iguatemi. Isto permite as Representadas colocarem-se na posição de somente assinar o contrato de locação caso eles concordem com tal cláusula (incidindo, assim, autêntico contrato de adesão).

Atende-se que em momento algum está punindo-se o Shopping Center Iguatemi em virtude de méritos próprios, pois é inegável a sua excelência na execução do negócio, mas sim a utilização da cláusula de exclusividade em questão que trás limitações aos concorrentes.

Deste modo, aproveitou-se de sua posição dominante para, com isso, limitar a espera de atuação de seus concorrentes. Ressalte-se, de todo modo, que ainda que não estivesse presente o abuso de posição dominante, o enquadramento da conduta no art. 20, I, demonstrado no subitem anterior, já seria suficiente para justificar a ocorrência de infração contra a ordem econômica.

4.3 - Encaixe em exemplos descritos no art. 21 da Lei nº 8.884/94

Finalmente, entendo que a conduta descrita encaixa-se com perfeição nos exemplos conferidos pelo art. 21, incisos IV e V da Lei nº 8.884/94, abaixo transcritos:

“IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

5 - SANÇÕES APLICADAS

5.1 - Sanções pecuniárias

Com fundamento no art. 23, I, da Lei nº 8.884/94 imponho ao Condomínio Shopping Center Iguatemi multa equivalente a 1% de seu faturamento bruto anual descontados os impostos. Nos termos do art. 11 da Lei nº 9.021/95, será considerado o faturamento do Condomínio no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa.

Esclareço que a imposição desta multa tem como fundamento tanto o inciso I do art. 23 (na hipótese de se entender que o Condomínio exerce atividade empresarial), como o inciso III do aludido artigo, caso se entenda que ele não exerce tal espécie de atividade, pois é possível a utilização do critério do faturamento, como ficou claro ao longo de toda a instrução, tendo, inclusive, apresentado o faturamento bruto relativo ao ano anterior ao da abertura do processo administrativo.

Com fundamento no art. 23, I, da Lei nº 8.884/94 imponho à empresa Shopping centers Reunidos do Brasil Ltda., multa equivalente a 1% do faturamento bruto da empresa, obtido com a administração do Condomínio Shopping Center Iguatemi da Cidade de São Paulo, descontados os impostos. Nos termos do art. 11 da Lei nº 9.021/95, será considerado o faturamento no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa.

Esclareço que a limitação da sanção pecuniária ao faturamento obtido no mercado relevante tem como base os fundamentos esposados nos votos de vista do ilustre ex-Conselheiro Ronaldo Porto Macedo no Processo Administrativo nº

08000.022579/1997-05 (Representada White Martins S.A.), com as ressalvas contidas em meu voto de vista, salientando que a interpretação conforme do dispositivo deve ser restrita à sanção mínima, não alcançando ao limite máximo, sob pena de impor restrição desarrazoada ao jus puniendi do Estado, pelos motivos expostos no aludido voto de vista.

5.2 - Demais sanções e determinações

Adicionalmente, nos termos do art. 24, inciso III da Lei nº 8.884/94, determino que as Representadas sejam inscritos no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

Determino, ainda, a imediata cessação da infração, devendo as Representadas, no prazo de trinta dias a contar da publicação do presente acórdão, comprovarem que procederam à modificação de todos os contratos de locação em curso a fim de retirar deles a cláusula de exclusividade de teor semelhante à analisada nos presentes autos, ou, na hipótese de enfrentarem problemas na aceitação da modificação do contrato, que prestaram declaração unilateral endereçada a cada um dos locatários cujo contrato contenha esta espécie de cláusula, na qual deixem expressa a renúncia ao direito de exigir o seu cumprimento. Deverão, ainda, imediatamente após a publicação do presente acórdão, abster-se de proceder a qualquer medida punitiva em relação a locatários que tenham descumprido a aludida cláusula de exclusividade.

Determino a publicação, em meia página e às expensas dos Representados, no primeiro caderno do jornal diário de maior circulação na cidade de São Paulo, por um período de dois dias consecutivos, por duas semanas consecutivas, de extrato descritivo da decisão condenatória, de cujo teor não constará qualquer opinião a respeito da presente decisão. Esta obrigação deverá ser cumprida no prazo de 15 (quinze) dias a contar da publicação do acórdão e o referido extrato deverá reproduzir os pontos indicados na ementa e no acórdão publicados.

Com fundamento no art. 25 da Lei nº 8.884/94, estipulo que o descumprimento de qualquer uma das obrigações acima determinadas sujeitará as Representadas ao pagamento de multa diária equivalente a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), incidente a partir do primeiro dia de atraso, até a data em que o órgão competente para a aplicação da sanção se tornar ciente do atendimento efetivo das condições exigidas. A sua execução será procedida segundo reza a Resolução nº 09/CADE. Esclareço que a fixação da multa em R\$ 30.000,00 tomou por base a situação econômica das infratoras, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94.

Determino, ainda, a remessa de cópia do acórdão desta decisão à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ao Ministério Público Federal, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para as providências de suas alçadas.

É como voto.

Brasília, 2 de julho de 2003.

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
Conselheiro-Relator

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Prólogo: "No entanto, tem sido defendido que as intenções da política da concorrência devem abarcar mais do que a eficiência na alocação. A política da concorrência, conforme expressa nas leis sancionadas por representantes do governo, tem por objetivo atender ao interesse público em termos amplos, abarcando, dessa forma, os fins sócio-políticos. Embora a análise econômica forneça percepções valiosas da dinâmica empresarial e dos prováveis efeitos de determinada prática comercial no mercado, a economia não é a lei. (...) Parte da discussão concentra-se na questão de maximizar o bem-estar do consumidor ou o bem estar econômico e social". (SHYAM KHEMANI 1998).

Preliminar

Da Dispensa de Contraditório em Razão da Oferta de Memoriais e Parecer

Cumpra-se assentar, ad cautelam e para que não se cogite de irregularidade na condução da marcha processual, que o oferecimento de memoriais pela representante e pela representada, a par do parecer trazido por esta última não tem o condão de obrigar este Conselho à reabertura da fase instrutória, nem tampouco a reinstaurar o contraditório. E isso por diferentes ordens de razões, que merecem apreciação em separado conforme segue.

No atinente aos memoriais, é bom esclarecer, de logo, que não se trata de peça essencial ao impulso do processo, nem é peça imprescindível à formação da convicção do julgador. Antes, cuida-se de mera peça de síntese, suplementar, que não pode inovar o debatido nos autos - sob pena de ineficácia -, e que se destina a concatenar os fundamentos anteriormente alinhados pelos petiçãoários.

Bem por isso a apresentação de memoriais funda-se em praxe forense, no costume, dada a inexistência de disciplina específica no Código de Processo Civil, que silencia a propósito, também assim o fazendo as leis de organização judiciária da União e dos Estados.

Porque não se trata de peça essencial, porque é livre às partes o juízo sobre a conveniência de os oferecer e a oportunidade de trazê-los ao julgador quando lhes aprouver, porque não se contém em seus estreitos limites qualquer

inovação de natureza fática ou jurídica, e, ao fim, porque todos os interessados no feito têm rigorosamente o mesmo tratamento isonômico e a mesma liberdade de abordagem de temas em seus articulados, não há falar em instauração do contraditório para oferecimento de contra-razões aos memoriais.

Sufragam tal entendimento, demonstrando não serem essenciais os memoriais para o desate do julgamento, os seguintes excertos de julgados do Superior Tribunal de Justiça, que trago à colação:

“1. O oferecimento de memoriais e a sustentação oral, quando do julgamento do mandado de segurança de competência originária do tribunal, não são atos cuja falta acarrete a nulidade da decisão”. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1415-MA, 2ª Turma, Relator: Min. Peçanha Martins, DJ 14.08.95)

“O indeferimento do pedido de adiamento do julgamento, para oferecimento de memoriais, não causa cerceamento de defesa (...)”. (RESP 60220-MG, 4ª Turma, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, DF 02.10.95)

Esgotada a discussão atinente ao contraditório no que respeita ao oferecimento de memoriais, passo, como dito anteriormente, à questão do parecer ofertado pela representada, que igualmente não reclama a abertura de vista à parte contrária, conforme passo a fundamentar.

Colho do magistério abalizado de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: “Na definição de Carnelutti, documento é ‘uma coisa capaz de representar um fato’. É o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento”. (in “Curso de Direito Processual Civil”, Ed. Forense, 39ª Ed., 2003, p. 401)

Nem se alegue violação do princípio do contraditório, cuja sede em nível infraconstitucional situa-se no artigo 398 do Código de Processo Civil, posto que, conforme anotado pelo ilustre THEOTONIO NEGRÃO, estribado na jurisprudência, “para os efeitos deste artigo não se considera documento o parecer de jurista (RT 592/49, JTA 108/328).

Não discrepa, antes corrobora o entendimento ora esposado o quanto asserido no seguinte aresto do E. Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 93.243-7-BA, relator o Sr. Min. THOMPSON FLORES, homônimo do não menos ilustre Conselheiro decano deste Plenário, in verbis:

“Resta o artigo 398. Visa resguardar o contraditório processual, com a plenitude de defesa das partes, proporcionando a cada um prazo para comentar a prova documental nova inserida ao feito. Não foi ele afetado pois as peças de fls. 172/7 e 178 são meros pareceres, como vê batizadas, insertos com as razões escritas apresentadas na audiência de debates e sem a impugnação do autor, a ela presente. Não se trata, pois, de documento, como bem o conceituou o acórdão invocando a lição do mestre Amaral Santos, que sempre os conceituou “como coisa representativa de fato, destinado a fixá-lo de modo permanente e idôneo (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. 2, n. 604, Ed. 1977, p. 338). Esta é a lição dos doutrinadores. (...) Dispensam, pois, por não serem documentos, o crivo imposto pelo citado artigo”. (grifos meus)

Tecidas as considerações à guisa de intróito, passo a enfrentar o cerne da questão posta nestes autos para o encaminhamento do voto vista.

MÉRITO

Pedi vista destes autos em razão dos intensos debates neste plenário sobre o caso. O presente caso traz a tona a interessante relação comercial entre lojistas e administradores de shopping centers, espécies de centros comerciais integrados com moldes de operação específicos e voltados a diversos tipos de demandas de consumidores (usualmente denominados pela doutrina da tenant mix).

Como de costume, trago os motivos de meu pedido de vista por meio dos seguintes questionamentos, sobre os quais construirei a fundamentação e as razões de meu posicionamento: (i) qual seria a definição de mercado relevante mais apropriada ao contexto do caso? (ii) até que ponto e em que grau revela-se presente a substitutibilidade quanto ao “insumo” da atividade dos agentes econômicos envolvidos no setor? (iii) há barreiras à entrada de novos concorrentes no setor? (iv) a cláusula de exclusividade é justificável do ponto de vista concorrencial? (v) há eficiências constatadas nessa modalidade de negociação? (vi) há prejuízos ao mercado e à concorrência advindos da contratação em regime de exclusividade na relação (shopping center e lojistas)? (vii) a cláusula, tal como está posta nos contratos, apresenta algum risco ao mercado e à livre concorrência?

I - DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE

Ponto objeto de muita polêmica, a definição do mercado relevante, não só no presente caso, é elemento crucial ao início da análise de processos sob o crivo antitruste. Somente com ela consegue-se, ao menos em jurisdição isenta do ilícito per se, avaliar os efeitos (concretos e potenciais) de uma conduta no mercado como um todo.

A importância(1) de uma acurada definição do mercado relevante foi inserida na doutrina antitruste a partir da introdução do paradigma estrutura-conduta-desempenho e, ao contrário das várias proposições já revistas, a relevância do tema permanece intacta. Entretanto, se a necessidade de uma delimitação precisa das fronteiras do mercado relevante é inquestionável, também relevante é a dificuldade no exame das controvérsias técnicas ali envolvidas, ainda mais em se tratando de mercados de produtos diferenciados inseridos em arranjo comercial relativamente complexo, como no caso em análise.

Nota:

(1) "The importance of concentration ratios in the administration of the antitrust law makes the definition of the market in which to compute the defendant's market share critical. Given enough flexibility in market definition, high concentration becomes ubiquitous and a surprising number of innocuous mergers can be made to appear dangerously monopolistic". POSNER, Richard A. Antitrust Law. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001, fl. 147.

Em linhas gerais, a definição do mercado relevante se dá em dois estágios: primeiro identifica-se a demanda, grupo de consumidores que devem receber a proteção legal; e, então, o grupo de ofertantes que atendem ou poderiam atender à essa demanda(2).

Nota:

(2) "Market definition is a two-step process. First, a group of purchasers entitled to the protection of law must be identified (for example, consumers of corned beef in New York City). Second, the group of sellers who are serving those purchasers, or could do so if the market price rose even modestly because they sell a product that is good substitute in either consumption or production, must be identified. The output of the product together with that of its good substitute constitutes the output of the relevant market and is thus the denominator, while the output of each of the producers is the numerator, in the calculation of each producer's market share". POSNER, Richard A. Antitrust Law. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001, fl. 149.

Internacionalmente, tanto na jurisdição da Comunidade Européia quanto dos Estados Unidos, o mercado relevante sob a óptica do produto é definido com base no comportamento da demanda, de forma que são as preferências dos consumidores que indicam o grau de substitutibilidade dos produtos, identificando, assim, quais produtos pertencem a determinado mercado relevante.

Não se pode olvidar, contudo, que o mercado brasileiro é um cenário muito peculiar, tendo em vista sua dimensão territorial e a diversidade de renda e hábitos que permeiam a grande e assimétrica população brasileira. Esses fatores agregam ainda mais dificuldade à definição objetiva do mercado relevante. Diagnosticar as preferências de consumo demandaria ampla base de pesquisa que, ainda assim, poderia sofrer sensíveis desvios regionalmente.

As dificuldades intrínsecas à definição do mercado relevante nestes autos, resultaram, no caso concreto, na falta de consenso nas definições propostas pelas Requerentes, pela Secretaria de Direito Econômico e pelo Ilustre Conselheiro-Relator em seu voto. O aspecto mais preocupante da divergência estabelecida possivelmente é o fato de que todas estão devidamente embasadas e fundamentadas em argumentos importantes. Inclusive, é de se ressaltar que foram juntadas aos autos várias pesquisas abordando a questão da substitutibilidade cujos resultados se contrapõem.

Nessa linha, num viés pragmático de análise, para atingir uma definição ótima do mercado relevante, proponho levar em conta, principalmente, o comportamento da demanda, porque, em última análise, é por meio dele que a autoridade antitruste poderá adotar uma medida eficaz de proteção da concorrência, afastando-se do viés corriqueiro de se pautar em realidades ideais de modelos analítico-econômicos distantes da dinâmica social in concreto.

No presente caso, temos como mercado do produto o setor de tenant mix em shopping centers de alto padrão. Isto é, a concorrência se dá entre conjuntos integrados de lojas e facilidades aglutinadas de forma sistematizada com fins de atendimento a diferentes tipos de demanda (segmentadas por especificidade dos produtos oferecidos e/ou pelo potencial de consumo em termos de poder aquisitivo, v.g., alto padrão). No presente processo, tem-se que a demanda buscada pelo Shopping Center Iguatemi pode ser classificada como de alto padrão, ou, revestida de alto poder aquisitivo em termos de disposição ao consumo.

Para respaldar a definição ora aventada bem como respeitando o ideário de proximidade contextual a ela pertinente, traz-se à baila trecho de matéria veiculada recentemente na revista VEJA SP, em que se nota a especificidade da demanda buscada pela representada:

"Os resultados trazem surpresas, principalmente em relação aos que não ocupam posição de destaque. Shoppings badalados como o Higienópolis ou o Iguatemi – considerado o metro quadrado comercial mais caro do país – ficaram de fora da lista dos mais frequentados. 'nosso foco são as classes A e AB, com pouca representação em pesquisa que tem de levar em conta as características de toda a população paulistana', afirma Adriana Sancovsky, gerente de marketing do Iguatemi. 'O fato de não estarmos bem posicionados não nos surpreende nem preocupa'". (Revista Veja SP, 19 de novembro de 2003, in Onde estão os clientes). (destacamos)

Reportando-se mais à essência do mercado relevante do produto que ao padrão da demanda, entende o Prof. Celso Campilongo:

“(…) São esses os players: o poder de mercado de uma mix de lojas contraposto ao mix dos demais.” (in Parecer do Prof. Celso Campilongo, p. 6).

Para complementar a definição, trago manifestação do Conselheiro-Relator (atendendo às considerações do DPDE nesse sentido) com o intuito de agregar a idéia do ‘padrão elevado dademanda’ à individualização da arena de concorrência dos shopping centers, a saber:

“Com base nos critérios estabelecidos acima, que se fundamentam sobretudo no reconhecimento da relevância econômica de um determinado segmento mercadológico, entendo que existem elementos suficientes neste processo a justificar a segmentação do mercado relevante para shopping centers de alto padrão (…).

(…)

O DPDE considerou, então, que os shopping centers se diferenciam por público freqüentador, e entendeu que o perfil do público do Shopping center Iguatemi é uma prova incontestável da diferenciação existente entre os shopping centers – nada menos do que 71% dos freqüentadores de Iguatemi pertence à classe “A” da população, enquanto que, nos demais shoppings, 12% dos freqüentadores, em média, pertencem à essa classe, como apontou a pesquisa do IPDM, noticiada nos autos às fls. 232 e 1031.

(…)

As Representadas tentam contestar a distinção feita pelo DPDE, mas são obrigadas a reconhecer que sua cláusula restritiva ‘... somente inclui aqueles shoppings cujo perfil seja voltado ao mesmo apelo de marketing do Iguatemi, qual seja: requinte e diferenciação. Portanto, a prática restritiva imposta pelo Iguatemi, que aponta nominalmente determinados shopping centers, é uma demonstração de que a própria indústria reconhece a relevância econômica do segmento de mercado representado por shopping centers de alto padrão, já que tais restrições somente atingem shoppings que, na perspectiva das Representadas, poderiam desenvolver o patamar diferenciado que é peculiar ao Iguatemi, ou seja, aqueles shoppings voltados ao ‘mesmo apelo de marketing do Iguatemi’.

(…)

Para concluir, pelos motivos acima expostos, o mercado relevante definido no presente caso é o de shopping centers regionais de alto padrão”. (sic., voto do Conselheiro Relator, p. 30-33).

Considero que o mercado relevante sob a ótica do produto atém-se ao mix (tenant mix ou shopping center), que estabelece os principais fatores de atração da demanda, aos quais, de antemão, acrescento o elemento “alto padrão” para esgotar a fundamentação da definição de mercado relevante sob a ótica do produto por mim propugnada.

“A localização é o aspecto mais importante na concorrência entre shopping centers. Como afirma o Relator, ‘a localização geográfica é um importante fator de diferenciação dos espaços comerciais, mas, uma vez definida a localização, há outros fatores de diferenciação, como por exemplo, o mix de lojas e a configuração dos serviços prestados’. (p. 28 do voto). Pode-se dizer, assim, que a localização é o primeiro e principal diferencial competitivo de um shopping. Os consumidores irão, preferencialmente, aos shoppings melhor localizados. Parece razoável afirmar que os shoppings de vizinhança concorrem com os shoppings regionais, uma vez que possuem, em geral, localização privilegiada, porquanto atendem a demandas específicas do mercado consumidor em suas proximidades. Como é cediço, shoppings regionais também possuem lojas cujo objetivo é satisfazer as necessidades do dia-a-dia, tais como farmácias, supermercados, lojas de departamento, etc. Concorrem, portanto, com os shoppings de vizinhança.

(…)

Enfim, inúmeras são as possibilidades de concorrência entre as modalidades de shoppings indicadas pela ABRASCE, o que leva a concluir – acolhendo, sem ressalvas, o teste do monopolista hipotético – que, para os fins da definição de mercado relevante, não é possível segmentar o mercado em shoppings regionais, tendo em vista a nítida insuficiência de tal critério.

Vale ressaltar que, como acima referido, o que determina a concorrência no mercado de shopping centers é, em primeiro lugar, a localização e, depois, a composição do mix de utilidades e de lojas oferecidas pelo centro comercial (tenant mix). Como leciona J. C. P. DE AGUIAR E SILVA, ‘o conjunto comercial a que representa um shopping center pode ser imaginado como uma orquestra com melhor musicalidade em suas execuções sinfônicas quanto melhores forem seus músicos e maestro’. A imagem da orquestra é particularmente feliz: uma orquestra concorre com a outra. Os músicos (lojistas) e o maestro (empreendedor) são relevantes mas, independentemente do tipo de contrato que os vincule, quem concorre com as demais orquestras não são os músicos”. (sic., in Parecer do Prof. Celso Campilongo, p. 9).

Assim, tenho que o mercado relevante sob a ótica do produto restringe-se aos tenant mix de alto padrão.

Passo, agora, a tecer considerações sobre a definição do contexto geográfico da arena sub examine.

Veja-se a respeito, por respaldo, excerto doutrinário sobre o tema:

“Aqui já se viu, porém, que é inerente ao shopping center a existência de uma estrutura e uma organização que fazem dele algo novo, distinto da soma das lojas nele localizadas. Um shopping center não é apenas um local onde lojas estão instaladas. O empreendedor não é um mero provedor de imóveis para o mercado.

A partir da conduta ativa do empreendedor, que estabelece e administra o tenant mix, surge o shopping center como um ‘núcleo unitário de interesses’ [ORLANDO GOMES], ou um ‘centro de interesses’ [FÁBIO KONDER COMPARATO], que não se confunde nem com o empreendedor, nem com cada uma das lojas isoladas, nem mesmo com a generalidade das lojas nele estabelecidas. O shopping center tem ‘organicidade econômica’ [CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA]”. (in Pedro Paulo Salles Cristofaro, Revista do IBRAC, v. 10, n. 3, 2003, p. 80-81). (destacamos e apartamos)

Considero que, no aspecto geográfico, o mercado relevante se atenha às regiões consideradas de alto padrão, ou seja, naquelas onde há demanda disponível a cobrir a oferta dos respectivos tenant mix de alto padrão. Assim, acolho, mais uma vez, a definição do mercado relevante no aspecto geográfico trazida pelo Conselheiro-Relator, para em seguida complementá-la com algumas considerações:

“Assim, pelos motivos ora expostos, defino, de forma preliminar, que o mercado relevante é o de shopping centers regionais, não abrangendo, portanto, o comércio varejista de rua.

(...)

Assim, acompanho o DPDE na definição da dimensão geográfica do mercado relevante, ainda que com fundamentação diferente, delimito o mercado relevante para análise da conduta em apreço, na vertente geográfica, como a região constituída pela ‘área de atuação’ do Shopping Iguatemi, que abrange os shoppings centers citados nominalmente nas cláusulas estabelecidas nos contratos de locação. Conforme apresentado no Relatório, essa área é aproximadamente a Zona Oeste, norte da Zona Sul e oeste da Zona Central da cidade de São Paulo”. (p. 30-34 do Voto).



Na linha do raciocínio do Relator, creio que a fundamentação da opção geográfica de delimitação do mercado relevante ganhe respaldo com a figura abaixo (resultado de pesquisa realizada em São Paulo sobre a demanda por shopping centers de alto padrão), pela qual se traz maior digitalização à referida delimitação territorial. Antecedendo-na por proposições pinçadas dos autos que denotam à regionalização do mercado.

Cabe asseverar que a delimitação geográfica do mercado deve respeitar uma ordem dual de fatores variáveis, quais sejam, a aptidão para o deslocamento e a aptidão para o tempo gasto para o deslocamento, ambas aplicadas à demanda (tomada em espectro de maioria). Isto é, essas duas ordens de fatores que subsidiam a construção analítica de um limite geográfico ao contexto do presente caso atêm-se às questões: (a) qual a distância máxima que a maioria dos consumidores se deslocaria para acessar o conteúdo de um shopping? e (b) qual o tempo/período máximo de deslocamento que a maioria dos consumidores estaria disposta a gastar para acessar determinado conteúdo de um shopping center?

Nesse plano, com base nas constatações técnico-empíricas trazidas aos autos, notadamente embasadas em análises de comportamento da demanda, defino o mercado relevante no aspecto geográfico como sendo as imediações regiões do Centro, Av. Paulista, Jardins, Faria Lima, Itaim-Bibi, Vila Olímpia, Marginal, Berrini, Chácara Santo Antônio, genericamente Zona Oeste, norte da Zona Sul e oeste da Zona Central do município de São Paulo.

A isso retira-se respaldo da doutrina, em interessante artigo sobre a atividade dos shopping centers:

“Com efeito, o primeiro passo para o desenvolvimento do tenant mix é a realização de um estudo de viabilidade, que tem como ponto de partida a definição do raio de influência de um possível shopping center. Usualmente, considera-se que o shopping center exerce especial atração sobre consumidores localizados a uma distância que lhe permita chegar ao shopping em até 15 minutos, nas condições habituais de tráfego na região. Nos grandes centros urbanos, a distância normalmente considerada é em torno de dois quilômetros.

Assim, são realizados estudos de mercado dentro desse raio de influência imediata, estabelecendo-se o número de pessoas que residem ou trabalham nessa área, sua renda, seus hábitos de consumo. Examina-se, ainda, a situação do comércio instalado em tal área, identificando-se os setores de maior ou menor carência, o volume de rendas consumida em tal comércio e o excedente de renda que, potencialmente, pode ser absorvido por um novo shopping center”. (in Pedro Paulo Salles Cristofaro, Revista do IBRAC, v. 10, n. 3, 2003, p. 76-77). (destacamos)

Cabe aqui uma ressalva no tocante às lojas situadas nas ruas mais famosas do município, como a Rua Oscar Freire, e seu caráter de eventual substituto de shopping centers. Mister se faz ressaltar que não se tratam de substitutos próximos ao tanto de se incluir na definição do mercado relevante aqui proposta as lojas situadas em ruas sofisticadas do município de

São Paulo. Representam sim fornecedores alternativos de produtos igualmente ofertados nos shopping centers, porém prescindem das demais facilidades que conformam o tenant mix, aqui encartado como o “produto” principal do mercado relevante em comento.

Em síntese: a sinalização, apelo/escopo do fornecedor (comerciante) de rua e do shopping center é diversa com relação à demanda, a qual igualmente apresenta comportamento diverso com relação aos dois grupos de agentes comerciais; o que me leva a crer que representam produtos diversos na esfera de abrangência do crivo da autoridade antitruste. Nota-se nos shoppings, por exemplo, a presença de estacionamentos, cinemas, seguranças e proteção contra chuva.

Assim, reconheço que o mercado relevante in casu – nos aspectos do produto e geográfico - restringe-se ao setor de shopping center de alto padrão nas regiões Zona Oeste, norte da Zona Sul e oeste da Zona Central do município de São Paulo.

II - SUBSTITUTIBILIDADE DO “insumo” da atividade dos agentes econômicos envolvidos no setor – PODER DE MERCADO

Ante as alegações veiculadas na representação móvel do presente processo administrativo, haveria in casu uma situação de insubstitutibilidade de lojas (produtos/marcas) aptas/essenciais a configurar um tenant mix minimamente competitivo.

Nessa linha, em palavras mais diretas, haveria possibilidade de admitir essa assertiva baseando-se na idéia de que há alguns produtos/marcas (lojistas) insubstituíveis que são considerados, de forma necessária, carros chefe à elaboração de um tenant mix minimamente competitivo, apto a ingressar e competir no mercado de shoppings.

Afastada essa assertiva, ou seja, admitindo-se a presença de substitutibilidade das marcas/produtos (lojistas) componentes de um ou outro tenant mix, afasta-se a possibilidade lógica de admissão da idéia veiculada no enunciado acima. Ou seja, relega-se o “excesso de concentração” de marcas/produtos revestidos de contratos de exclusividade enquanto situação maléfica à concorrência, apta a despertar na autoridade antitruste o dever de limitar a fixação de novas e atuais negociações em regime de exclusividade com o fito de reduzir os efeitos negativos do ponto de vista concorrencial gerados ao mercado.

A presença, com exclusividade, de um determinado lojista ou de um grupo de lojistas pode, de fato, ter o efeito de ‘foreclosure of competition’. Porém, para que isto ocorra, é preciso e absolutamente fundamental que ambas as partes do contrato ou da rede de contratos com cláusula de exclusividade tenham poder de mercado suficiente para restringir a competição ou abusar desse poder, ou seja, só poderá abusar quem tiver poder de mercado.

E, vale dizer, a detenção de poder de mercado e a habilidade de seu exercício está diretamente ligada ao grau de escassez do bem sobre o qual se expressa dado poder, i.e., o poder de mercado; logo, sua habilidade de exercício, progride em razão da progressão do grau de escassez (ou insubstitutibilidade) do bem (produto ou serviço) situado no mercado relevante (como bem principal, como insumo, ou como elemento acessório essencial à concorrência).

Adicionalmente, numa visão macro, adentrando na classe das restrições verticais não baseadas em preço (como é o caso da exclusividade) e sua aceitabilidade, HOVENKAMP nos ensina que:

“The trend in lower court cases since Sylvania [leading case] was decided has been to hold that vertical nonprice restraints cannot facilitate monopoly pricing unless the supplier imposing the restrictions has market power in the market and area being restricted. However, such restrictions can still improve interbrand competition by eliminating free rider problems and providing sanctions against dealers who fail to promote the product aggressively enough. The majority of lower courts now hold that vertical nonprice restraints are legal if the supplier imposing the restraints has no market power” (3). (p. 185)

Nota:

(3) “A perspectiva nas cortes de primeira instância desde o caso Sylvania [caso paradigmático] foi que decidiu-se pelo acolhimento de que restrições verticais não-preço não podem facilitar o preço de monopólio a menos que o fornecedor que as impõe detenha poder de mercado no mercado e na área que está sendo restrita. Todavia, tais restrições podem aprimorar a competição inter-marca eliminando problemas com ‘free riders’ e promovendo sanções contra vendedores ineficientes que falhem na promoção minimamente suficiente do produto. O entendimento majoritário das cortes de primeira instância agora caracteriza que as restrições verticais não-preço são legais se o fornecedor que as impõem não detém poder de mercado”. (Tradução livre).

Acompanhando o raciocínio supra, a situação que deve ser revista quando o agente econômico situado no mercado à montante possui poder de mercado, e, diga-se, em extremo, quando o agente seja monopolista com relação a insumo ou elemento essencial ao desenvolvimento da atividade no mercado à jusante:

“Even the monopolist, however, might use vertical nonprice restrictions for procompetitive reasons, such as control of free rider problems. In that case, the restrictions should not be condemned. Under the rule of reason, once it has been determined whether the restrictions are being used for a competitive or anticompetitive purpose. (...) It seems clear that most vertical restrictions, even those imposed by the monopolist, are procompetitive” (4). (p. 186)

Nota:

(4) "Mesmo o monopolista, entretanto, deve usar restrições verticais não-preço para razões pró-concorrenciais, como o controle de problemas com 'free riders'. Neste caso, as restrições não devem ser condenadas. Sob a regra da razão, [devem ser analisadas] uma vez tenha sido determinado o quanto as restrições estão sendo usadas por propósitos concorrenciais ou anticoncorrenciais. (...) Parece claro que a maioria das restrições verticais, mesmo aquelas impostas pelo monopolista, são pró-concorrenciais". (Tradução livre). (apartamos)

Dessa forma, é aceitável, desde que baseada em razões claras e objetivas, que agente econômico situado no mercado à montante valha-se de restrição vertical, v.g. cláusula de exclusividade, para limitar a concorrência no mercado à jusante com relação à realização de serviços sobre o produto principal comercializado à montante. Todavia, quando desfrute de posição de monopolista de produto agregado oriundo igualmente do mercado à montante e essencial ao desenvolvimento da atividade do mercado à jusante, pode estar se valendo da prática anticoncorrencial, embora possa também justificá-la com base na razoabilidade.

Esse raciocínio pode ser perfeitamente aplicável à questão dos tenant mix em shopping centers de alto padrão, uma vez que se diz elementar à concorrência a formação de um conjunto integrado de facilidades, nas quais está incluída a oferta de lojas (produtos) diferenciadas; situação em que se levanta a assertiva de que algumas lojas (produtos), acobertadas por restrição vertical via contrato de exclusividade, estariam impedindo a concorrência no setor de shopping centers.

É importante apontar que, em casos de reunião dos direitos que representem insumo-chave à desenvoltura da concorrência em segmento de mercado na posse de um grupo reduzido de agentes econômicos, ou na posse de um único agente econômico, configura-se a existência de poder de monopólio no fornecimento do insumo à prestação dos serviços ou elaboração dos produtos em níveis mais baixos da cadeia industrial. Situação que demanda uma atuação rígida da autoridade antitruste no sentido de viabilizar acesso aos concorrentes a tais fatores.

Aqui poderíamos considerar algumas lojas (produtos) específicas como insumos à configuração de um tenant mix minimamente competitivo, o que, como se vem demonstrando, é inaceitável frente à ausência de posição dominante no mercado a montante e ao caráter substituível, do ponto de vista da oferta, que lhes acoberta. Isto é, há possibilidade de se formar tenant mix diverso e igualmente competitivo.

Esta unificação do controle de fatores essenciais à concorrência em dado setor da economia é representado pelo fenômeno do bottle neck (5) (traduzindo-se como pontos de estrangulamento ou simplesmente gargalo de acesso).

Nota:

(5) MCI Communications corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F. 2d. 1081 (7th Circuit), 464 U.S. 891 (1983), a Corte afirmou que: "A monopolist's refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because a monopolist's control of an essential facility (sometimes called bottleneck) can extend monopoly power from one stage of production to another, and from one market into another. Thus, the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on non discriminatory terms". "A recusa de contratar de um monopolista sob estas circunstâncias é governada pela assim chamada 'essential facilities doctrine'. Tal recusa pode ser contrária à lei porque o controle de um monopolista de uma 'essential facility' (por vezes chamada 'bottleneck') pode estender o poder de monopólio de um estágio da [cadeia de] produção a outro, e de um mercado a outro: assim, a lei antitruste impôs às firmas controladoras de 'essential facilities' a obrigação de tornar a facilidade disponível em termos não discriminatórios". (Tradução livre). (apartamos).

Estritamente ligado ao fenômeno do bottle neck, e perfeitamente aplicável de forma análoga, a teoria da essential facility (essential facility doctrine) prega que, na constatação de bem essencial ao desenvolvimento da atividade de agentes econômico, devem-se verificar os seguintes critérios: (i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência; (ii) que não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura [ou obter meio alternativo de acesso]; (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência; (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial [v.g., seja exigida por diretriz regulatória da indústria], como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência e oportunidade menos dispendiosa para o concorrente; (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável. (nesse sentido, ver ex-Conselheiro Celso Campilongo, Voto Globo-DirecTV).

Veja-se: não é o caso da concorrência no setor de tenant mix em shopping centers de alto padrão, em que se nota uma possível substitutibilidade dos "insumos" à formação do mix, quais sejam, marcas/produtos de varejo extremamente pulverizados.

Distanciada, assim, dos fenômenos de monopolização de insumo em configuração do fenômeno bottleneck e situações equivalentes, considero que não há que se falar em essencialidade/insubstituíbilidade de bens que clame atuação restritiva da liberdade comercial por parte da autoridade antitruste, ao menos nesse sentido.

Dando seqüência e respaldo aos argumentos acima acostados, considero importante observar o quadro abaixo sobre as lojas com e sem contratação em regime de exclusividade, para se ter uma idéia quantitativa e qualitativa da questão, a qual demonstra uma aparente substituíbilidade das lojas, marcas revestidas de exclusividade (vide Anexo II – CONFIDENCIAL).

Mesmo com clareza dedutiva, vejamos alguns pontos sobre a posição dominante (poder de mercado) no mercado em questão para assegurarmos ainda mais a certeza da inexistência, a priori, de efeitos maléficos à concorrência decorrentes de referida restrição vertical, tomada in abstracto.

III - POSIÇÃO DOMINANTE

De forma sintética, considero, como é assente, num mercado em que os insumos são facilmente substituíveis, notadamente no setor de vestuário/moda, dificilmente há de se falar em posição dominante. Levantada a hipótese de produto/marca insubstituível: em tese haveria de se falar em posição dominante.

Nessa linha, verificamos considerações do Prof. Celso Campilongo:

“O nobre Conselheiro-Relator vislumbrou, na cláusula de exclusividade – vale dizer: num critério condicionante do vínculo intersubjetivo do shopping com o lojista -, o pressuposto formal para a interpretação da conduta da representada. Por conta disso, definiu o mercado relevante a partir do modelo abstrato dos contratos. Não atentou, por exemplo, para o fato – decisivo para a tipificação do comportamento concorrencial de um ‘conjunto unitário’ de lojas como o Iguatemi -, de que os contratos de exclusividade são apenas uma parte – importante, mas incompleta – de um mix muito mais amplo. Por via de conseqüência, o Relator, condicionado por procedimento interpretativo parcial, não observou que um shopping concorre com seus rivais por meio da totalidade de seus lojistas, que as lojas com exclusividade geram efeitos para a totalidade do empreendimento conjunto tanto quanto as lojas não exclusivas e, por fim, que o poder de mercado a ser medido (e, inclusive, controlado por critérios objetivos de substituíbilidade) é o da totalidade de um mix, contraposto ao poder de outras totalidades. Faltou ao voto do Relator, sempre com vênua e admiração, encarar a concorrência entre shoppings centers como a ‘luta’ de uma unidade de diferentes estabelecimentos alinhados contra outra unidade de diferentes estabelecimentos. A medida formal das cláusulas de exclusividade obscurece esse dado, fragmenta a visão do mercado e não permite sequer o reconhecimento de que esses ‘diferentes estabelecimentos’ variam ao longo do espaço e do tempo, são altamente substituíveis e não precisam, de modo algum, ser exatamente os mesmos em cada conjunto unitário concorrente”. (in Parecer do Prof. Celso Campilongo, p. 24-25). (destacamos in fine).

Venia concedida ao voto do i. Conselheiro-Relator, desconsidero a existência de posição dominante por parte das Representadas, reforçando o afastamento da possibilidade de efeitos anticoncorrenciais advindos da restrição vertical em comento. Utilizo como cerne de minha decisão a assertiva: não havendo tangência aos ideários de dependência econômica e de insubstituíbilidade dos insumos, não há que se falar em posição dominante:

“Como a concorrência entre os shoppings dá-se entre pelo menos dois mix distintos de lojas – multiprodutos pela oferta e multimercados pela demanda -, diferentemente daquilo que ocorre na verticalização simples e direta (onde tudo se dá no mesmo e único mercado), não há como um shopping abusar de posição dominante se for possível, ao concorrente, montar variados mix alternativos. Nenhum shopping depende, necessária e forçosamente, da estrutura alinhada pela concorrente. Por isso, impossível a qualquer um deles abusar do poder de mercado. Que ameaça o Iguatemi poderia fazer aos seus parceiros (lojistas) ou aos seus concorrentes? Que influência objetiva e determinante o Iguatemi poderia impor à estrutura do mercado? Qual o desconto, a vantagem financeira ou o prêmio – exceto um aluguel mais elevado e um know-how testado e aprovado – que o Iguatemi introduz no mercado relevante? Por tudo isso, venia mantida, exceção feita à condenação per se, nada pode, com técnica jurídico-econômica concorrencial, ser imputado à representada”. (in Parecer do Prof. Celso Campilongo, p. 30-31).

Dessa forma, superada a questão da ausência de posição dominante e insubstituíbilidade dos “insumos”, o que já reforça o afastamento da possibilidade de geração de efeitos maléficos à concorrência decorrentes da restrição vertical em pauta, passa-se ao crivo da existência de barreiras à entrada decorrentes da restrição vertical no mercado relevante em questão.

IV - BARREIRAS À ENTRADA DE NOVOS CONCORRENTES NO SETOR

Diretamente ligada aos temas da substituíbilidade e posição dominante (poder de mercado), temos a questão das barreiras à entrada, a indagar se neste caso a contratação em regime de exclusividade encartaria barreiras à entrada e ao desenvolvimento da concorrência no setor de tenant mix em shopping centers de alto padrão. Nesse sentido, observo algumas considerações exaradas em Parecer pelo Prof. Ruy Santacruz, para quem:

“As informações sobre os determinantes da competitividade e sobre o desempenho recente do mercado de shopping centers no país permitem concluir que as barreiras à entrada de novos empreendimentos não são elevadas, haja vista que há casos em que shoppings se instalam do lado de outro ‘literalmente’ – caso do Market Place Shopping Center que está ao lado do Morumbi.

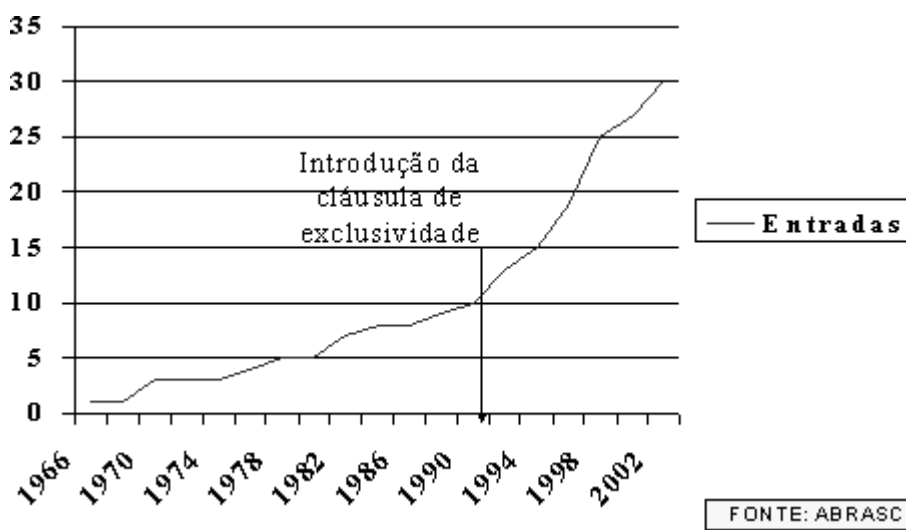
Conforme dados que constam dos autos, o número de novos shoppings centers em São Paulo mais do que dobrou em 1994, surgindo nada menos do que 13 novos empreendimentos desde então. Observou-se na cidade de São Paulo um vigoroso crescimento da área bruta locável no período, o que indica o acirramento da competição no mercado. Isso indica que não existem barreiras à entrada nesse mercado, observando-se um contínuo aumento na oferta de espaços para locação comercial.

(...)

A cláusula de exclusividade [utilizada a partir de meados de 1992] em exame também não se constitui em uma barreira à entrada de novos empreendimentos na cidade de São Paulo. Após sua introdução o número de novos lançamentos no mercado disparou”. (in Parecer do Prof. Ruy Santacruz, p. 2-3). (apartamos)

E isso pode ser facilmente notável no gráfico abaixo:

Entrada de Novos Empreendimentos na Cidade de São Paulo



Especificamente, temos exemplos de shopping centers de alto padrão que foram inaugurados no mercado relevante definido in caso após a inserção da cláusula de exclusividade nas relações comerciais, incluindo as Representadas: (i) Shopping Pátio Higienópolis (outubro/1999); (ii) Shopping Anália Franco (novembro/1999); (iii) Shopping Villa-Lobos (abril/2000); (iv) Frei Caneca Shopping e Convention Center (maio/2000).

Com essa base, considero que não há que se falar em barreiras à entrada advindas da utilização do regime de exclusividade nas contratações entre lojas e shopping centers.

V - ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE DO PONTO DE VISTA CONCORRENCIAL

Para facilitar a desenvoltura deste ponto de argumentação e raciocínio do presente voto, realizarei considerações tópicas diretamente ligadas às questões concorrenciais envolvidas na relação de exclusividade comercial entre lojistas e administradores de shopping centers.

Considerações gerais (in abstrato):

(1) Aspecto material: em via reversa às alegações da Representante, a necessidade do desenvolvimento de novos mixes diversificados representa um elemento que intensifica a concorrência, vez que estimula a operação eficiente por parte dos administradores de shoppings na colheita de lojistas (produtos diversificados) à configuração de seu mix, bem como proporciona opção de entrada de lojistas em nichos de mercado pouco explorados pelas marcas já situadas no Iguatemi.

(2) Aspecto formal: aliado a isso, tem-se que a restrição vertical utilizada in casu para a consecução de objetivos econômicos deve sofrer incidência da regra da razão; o que podemos notar no disposto na Resolução nº 20/99 do CADE, precisamente em seu Anexo II :

“O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à concorrência, e não apenas a concorrente(s) em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica.

Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los vis à vis seus possíveis benefícios (eficiências) compensatórios”.

(3) Considerações sobre o prazo indeterminado da cláusula: a Resolução nº 20/99 do CADE determina que uma duração aceitável para a cláusula de exclusividade é de 5 anos. No caso em tela, nota-se que os contratos fixados em regime de exclusividade apresentam prazo indeterminado de duração, situação que, a princípio, ensejaria uma preocupação antitruste.

Todavia, ausente por completo a possibilidade de efeitos anticoncorrenciais decorrentes da contratação em regime de exclusividade, essa prescrição de standard comportamental deve ser revista, sob pena de se fixar diretriz, por mero formalismo, que gere ineficiências in casu.

Diz-se que, tal como está, a cláusula de exclusividade gera eficiências e coíbe comportamento oportunistas, impulsionando, ao invés de retrain, a concorrência no setor, razão pela qual não haveria porque limitá-la em duração temporal, até porque não está alcançada a altitude concorrenciais que então justificaria e exigiria a providência Estatal. O aspecto das

eficiências será abordado adiante, em item próprio.

Com relação à aceitação da duração indeterminada das cláusulas de exclusividades, vejamos alguns dos dizeres acostados aos autos em forma de parecer:

“Com maior razão, pela natureza jurídica das relações travadas entre empreendedor e lojista, a cláusula de não concorrência em shopping centers poderá valer enquanto durar a parceria. Neste sentido, inaplicável qualquer limitação de prazo, já que não se trata de uma parceria com prazo determinado. Mais: em se tratando de lojistas que atribuem diferenciação ao Shopping, deve-se admitir, com maior razão ainda, a convenção de não concorrência por prazo indeterminado, vale dizer, enquanto durar a parceria.

Sendo assim, não existe regra geral que limite, indistintamente, a duração da cláusula de não concorrência. Como já analisado pelo ex-Conselheiro MARCELO CALLIARI ‘com a devida vênia, considero perigoso que o CADE venha a determinar um prazo padrão, para todos os setores da economia no caso de tais cláusulas, já reconhecidas pelo CADE como prática comercial normal, não-ofensivas à concorrência per se. Isso porque as condições de cada setor podem ser as mais diversas”.

Destarte, é plenamente admissível, sob o prisma das convenções de não concorrência, a existência, por prazo indeterminado, de cláusula de exclusividade entre empreendedor e lojista”.(sic.) (in Parecer do Prof. Celso Campilongo, p. 36-37).

(4) Pressupostos de análise: adicionalmente, é necessário que se constate a existência de posição dominante pelo agente que opere restrição vertical, para que se possa avaliar num crivo de razoabilidade o balanço das perdas e ganhos (gerais econômicos e sociais) advindos da empreitada. Inexistindo posição dominante as chances de dano à concorrência aproximam-se de zero.

A essa assertiva, abordando ótica complementar e diferencial (com enfoque mais contextual), podemos retirar respaldo de norma da União Européia, cujo enfoque valorativo se aproxima do pretendido pelo legislador antitruste brasileiro:

“Conforme afirmado no Livro Verde sobre as restrições verticais da União Européia, ‘a teoria econômica actual sublinha a importância da estrutura do mercado para determinar o impacto das restrições verticais sobre a concorrência. Quanto maior for a concorrência entre as marcas, tanto mais os efeitos a favor da concorrência e da eficiência tenderão a compensar quaisquer efeitos anticoncorrenciais decorrentes das restrições verticais, sucedendo o inverso quando esta concorrência for deficiente e existirem importantes obstáculos de acesso”. (apud Parecer do Prof. Celso Campilongo).

Assim, (i) a inexistência de posição dominante aliada à (ii) intensificação da rivalidade inter-marcas, em regra, trazem benefícios à concorrência como um todo, e afastam as possibilidades de geração de efeitos maléficos à concorrência. Nessa situação considero inserido o presente caso.

(5) Dedução (conclusão): A cláusula de exclusividade deve possuir uma finalidade específica e suficiente à sua aceitação pela autoridade antitruste, qual seja, a fixação de um comprometimento entre lojista e administrador e vice versa para o desenvolvimento do tenant mix e seu conseqüente aproveitamento (externalidades positivas) por todos os contratantes, coibindo-se assim atitudes oportunistas.

Acredito, ainda nesse sentido, que se trata de uma questão pertinente ao crivo exclusivamente de escopo privado, aquém do interesse concorrencial. Para tanto, vejamos o que preceitua o Ilustre Prof. José Manoel de Arruda Alvim:

“O lojista que se torna locatário de um determinado shopping, assim o decide, porque esse lhe oferece condições que lhe convém, condições essas criadas, mantidas e alimentadas exclusivamente por esse shopping. O que atrai o locatário é a integralidade do que lhe proporciona o shopping, ao passo que, este, de sua parte, quer um locatário sintonizado com esse shopping, participando o shopping, inclusive, do faturamento ou do produto do trabalho do locatário-lojista, e paralelamente comunica ao locatário o que é seu, inclusive, os benefícios do fundo empresarial. O locatário-lojista aproveita-se do shopping que escolheu e de todos os benefícios que a estrutura de um shopping traz, e é jurídico e justo que a esse shopping se reconheça o direito a uma dedicação plena desse lojista-locatário. Se assim não fosse, esse lojista, fruindo de sua situação num shopping, e, podendo estabelecer-se em outro(s) local(ais) ou outro(s) shopping(s), claramente irá colocar sua griffe em condições tais, que virão fatalmente afetar a própria imagem do Shopping Iguatemi, que é sabidamente diferenciado, com o qual ajustou exclusividade, como ainda, é certo, ocorrerá diminuição de seu faturamento, que integra parcialmente o que é devido ao shopping. No caso do Shopping Iguatemi verifica-se notoriamente que foi o pioneiro dos shoppings, arrostando com todas as dúvidas contemporâneas ao início, como, também, fez investimentos destinados a tornar-se um shopping diferenciado. Os demais, curialmente, encontraram o caminho aplainado e assegurado pelo sucesso deste Shopping que foi o primeiro. (in Parecer do Prof. Arruda Alvim, p. 10).

A quem conferimos respaldo com o acréscimo de ensinamento da monta do igualmente Ilustre Prof. Fábio Konder Comparato, para quem:

“As regras de não concorrência, estabelecidas nos regimentos internos dos centros comerciais, correspondem a uma limitação convencional indireta de concorrência, isto é, uma obrigação acessória em contrato que não tem por objeto principal a regulação da concorrência. Os lojistas estipulam entre si, ou entre eles e o proprietário do conjunto imobiliário, um contrato de exploração do shopping center, prevendo a utilização ordenada das áreas comuns.

Acessoriamente, estabelecem limites convencionais à concorrência, dentro do centro comercial ou externamente, em relação ao centro como um todo.

Tais limitações indiretas à concorrência correspondem, sem dúvida, a um efeito natural do conjunto de contratos criadores do centro comercial, pois, tratando-se, como foi visto mais acima, de relações contratuais de organização,

por meio da técnica grupal, a função econômica desses contratos vai no sentido da colaboração entre as partes e não da competição entre elas. Pode-se, pois, sustentar que essas limitações à concorrência, sendo um efeito natural dos contratos de constituição e exploração dos centros comerciais, existem sempre como cláusula implícita e devem ser aplicadas, mesmo na ausência de estipulação expressa”. (Fábio Konder Comparato in ‘As cláusulas de não-concorrência nos shopping centers’ – Revista de Direito Mercantil - RT, apud, Parecer do Prof. Arruda Alvim, p. 12).

Ainda, continuando a observar os ensinamentos de cátedra do eminente professor Arruda Alvim:

“De outro lado, é certo que se permitisse ao locatário-lojista abrir lojas em outros shoppings, disso decorreria inequívoco prejuízo não apenas ao empreendimento em si mesmo considerado, ou seja, ao próprio fundo de comércio, centralizado no shopping, mas a todos os demais lojistas que deste fundo se beneficiam. Vale dizer: essa cláusula serve de proteção ao empreendimento como um todo, ao fundo empresarial que a todos os lojistas-locatários beneficia, mas não só. Ela protege e assegura todos os demais lojistas desse shopping, parceiros nesse mesmo empreendimento, que têm interesse em preservá-lo e afastar eventual concorrência que um lojista venha a fazer, prejudicando a imagem do shopping diretamente, e, via de conseqüência, de todos os lojistas-locatários estabelecidos neste shopping.

(...)

Essa cláusula de exclusividade, livre e validamente pactuada entre as partes, na esteira do que é expressa e inequivocamente permitido pelo art. 54, da Lei nº 8.245/91, não retira do locatário-lojista ou lhe suprime o direito de sair do shopping ou o obriga, de qualquer modo, a ficar permanentemente vinculado àquele empreendimento. E, paralelamente, não impede que outros shoppings tenham as suas lojas, inclusive de qualidade”. (in Parecer do Prof. Arruda Alvim, p. 12-13). (destacamos)

Na mesma linha dos juristas acima arrolados, encontra-se o economista e Prof. Ruy Santacruz, para quem os indícios dos autos apontam para uma questão estritamente privada, atida ao âmbito das relações convencionais intra-partes, a saber:

“O exercício do poder de mercado ocorre quando o vendedor, com capacidade de impor sua vontade na relação comercial, fixa unilateralmente as condições de venda para o comprador. No mercado em questão, isso ocorreria no momento da assinatura do contrato de aluguel, quando são fixadas as condições comerciais. Nesse momento, entretanto, é óbvio que o lojista assina o contrato de aluguel por livre e espontânea vontade, objetivando vendas maiores em função do reconhecimento do Iguatemi como um shopping diferenciado. Além disso, o lojista dispõe de alternativas no mercado para instalar seu negócio – a menos que se demonstre que todas as lojas da cidade de São Paulo só poderiam realizar vendas lucrativas no Iguatemi, o que é um contra-senso. Ademais, mesmo depois de assinado o contrato, o lojista está livre para o distrato – o que não ocorre com o administrador do shopping center – podendo buscar novos pontos de vendas em outros shopping centers e mesmo nas ruas”.

(in Parecer do Prof. Ruy Santacruz, p. 6).

Nesse prisma, em que pese já ter considerado o entendimento de que a questão em cujo bojo se insere a presente discussão concorrencial não passe de uma relação estritamente privada, fora do escopo de tutela em defesa da concorrência, opto por esgotar a análise das possibilidades de geração de efeitos concorrenciais com o fito de proteger o mercado e a livre concorrência, optando portanto por verificar se da cláusula de exclusividade decorrem eficiências que mitigariam seus eventuais efeitos negativos à concorrência.

VI - EFICIÊNCIAS CONSTATADAS NESSA MODALIDADE DE NEGOCIAÇÃO

Iniciando as considerações sobre as eficiências da exclusividade firmada in casu, vejamos algumas eficiências decorrentes de cláusulas de exclusividade auferidas in abstrato:

“As exclusividades geram eficiências alocativas para o shopping como um todo. Como o conjunto comercial é uma entidade integrada, loja de destaque ou exclusivas geram benefícios de atração de clientela de uns para os outros. Um sistema pulverizado e difuso de multiplicação das mesmas lojas de um mix no mix concorrente tenderia a elevar os custos de transação de quem perdesse a exclusividade. Sem as exclusividades, os efeitos econômicos internos da restrição, no plano dos custos de transação, seriam, no mínimo, os seguintes: aumento dos gastos com propaganda para atrair clientela; elevação das despesas com decoração; incorporação, ao custo do metro quadrado, dos ônus de um turnover mais frenético das lojas. O decréscimo de valor do mix, decorrente da quebra das exclusividades, além de representar uma diminuição no padrão de rivalidade no mercado relevante, abriria um enorme flanco para os maiores perigos que correm os centros comerciais: a ruptura da unidade e a desagregação da imagem”. (in Parecer do Prof. Celso Campilongo, p. 40).

No caso em apreço, o que deve ser ressaltado é que a maior eficiência gerada pelo Iguatemi é resultado de uma estratégia organizacional e cooperativa concebida exatamente para racionalizar a distribuição de transação.

Sem a garantia das exclusividades, v.g., um mix estabelecido e com imagem definida poderia ser, facilmente, vítima de comportamentos oportunistas de parte dos lojistas. Estes, querendo usufruir das vantagens do ‘conjunto integrado’, pouco se empenhariam para o reforço da reputação do todo. Boa parte dos incentivos à cooperação e, conseqüentemente, à expansão da eficiência gerada pela sinergia entre o empreendedor e os lojistas ficaria diluída sem as exclusividades. Além disso, a fidelidade e a identidade com a marca de um shopping poderiam ser facilmente descartadas pelo lojista depois que, valendo-se da imagem do ‘conjunto comercial’, o comerciante estabilizasse seu nome e começasse a desdobrar essa imagem para outros shoppings concorrentes. O Iguatemi seria, nessas circunstâncias, a ‘escada’ ideal para o oportunismo dos concorrentes. O direito da concorrência não pode compactuar com esse desvio.

Assim, a exclusividade, como rememorado no início deste voto, serve in casu para ampliar a opção dos consumidores, no aspecto de acesso a produtos/marcas diversificadas, em adição ao aumento da oportunidade à concretização da livre iniciativa por parte de lojistas, os quais poderão buscar a exploração do nicho de alto padrão, instalando-se em outros shopping centers que não o Iguatemi.

“Outra eficiência que os pactos de exclusividade podem gerar diz respeito ao aumento significativo das escolhas dos consumidores. Trata-se de vantagem facilmente observável em dois planos. No primeiro, as ‘exclusividades’ de um mix podem contribuir para o surgimento ou a atração, num mix rival, de outras ‘exclusividades’, com a expansão de alternativas competitivas (isso porque a mesma loja, instalada em dois shoppings, não promove concorrência entre as filiais, visto que, costumeiramente, praticam os mesmos preços e vendem idênticos produtos). Poder-se-ia alegar que a difusão generalizada de exclusividades bloquearia completamente novas entradas no mercado. Isso talvez pudesse acontecer se a verticalização fosse direta e envolvesse o mesmo produto. Contudo, num varejo fragmentado e diferenciado, como necessariamente ocorre na montagem de um mix, esse risco não existe.

No segundo plano, extremamente relevante, é inquestionável que os pactos de exclusividade podem ser a ferramenta decisiva e essencial para assegurar o ingresso de um novo concorrente no mercado. A construção de um novo shopping terá barreiras eliminadas ou diminuídas caso o empreendedor capte, com a oferta da exclusividade, o interesse de lojistas que, antes mesmo da conclusão das obras, garantam sua adesão ao futuro empreendimento. As exclusividades podem atuar, de um lado, como pólo de atração para futuros lojistas, e, de outro, como garantia, ao lojista aderente, de que gozará dos frutos de seu investimento por estar protegido ou resguardado, naquele empreendimento, da presença de concorrentes. Todas essas práticas, ainda que introduzam, no curto prazo, elementos de imperfeição no mercado relevante, a longo prazo, vão se mostrar indispensáveis para o incremento da concorrência”. (in Parecer do Prof. Celso Campilongo, p. 43-45).

No mesmo sentido, temos opinativo complementar exposto pelo Prof. Ruy Santacruz:

“A exclusividade garante o equilíbrio nas relações entre lojistas e empreendedor, uma vez que a renovação dos contratos de aluguel é obrigatória, caso seja do interesse do inquilino – ou seja, o lojista pode romper a relação comercial, o que o administrador do shopping não pode fazer. A exclusividade, então, reduz a possibilidade de um eventual comportamento oportunista por parte do lojista, que na sua ausência poderia, por qualquer razão, privilegiar um ponto de venda em empreendimento concorrente. Ou pior, poderia mudar sua estratégia de ‘exclusivo’ para ‘popular’ e como têm direito ao ponto comercial, levaria o shopping a perder o ‘conceito’ que estabeleceu para si como meta estratégica. Desse modo, a exclusividade reforça a relação de parceria, fundamental para o sucesso do empreendimento como um todo e permite a gestão estratégica do negócio. Sem a exclusividade seria reduzida a possibilidade de planejamento estratégico do negócio e, dessa maneira, sua eficiência econômica”. (sic., in Parecer do Prof. Ruy Santacruz, p. 5).

Nessa toada, aceitando os argumentos, seja in abstrato e in concreto, das eficiências geradas pela aposição das cláusulas das exclusividade nas relações comerciais entre lojistas e empreendedores (administradores) de shopping centers, passamos a concluir o presente voto-vista, deixando claro o entendimento.

VII - CONCLUSÃO

Por derradeiro, concluo que não há poder de mercado quer quanto a shoppings de alto padrão, quer quanto a lojistas/marcas de alto padrão, o que revela, por consectário lógico a impossibilidade de exercício abusivo do poder de mercado, razão pela qual não cabe à autoridade antitruste intervir num tal contexto.

Ademais, ad argumentandum, se o Shopping Center Iguatemi exigisse exclusividade com todos os seus lojistas e se tal condição comercial fosse por estes últimos aceita, tenho que abre-se neste campo uma enorme concorrência para o desenvolvimento de novas marcas/lojas que existem no mercado.

Considero que a Lei da Concorrência não pode servir a proporcionar a clonagem, nem tampouco incidir em intolerável complacência repetitiva quanto ao agente de mercado que empreende e inova.

Os lojistas, por suposto, sabem avaliar o custo/benefício da cláusula de exclusividade que, malgrado constante do contrato, nada revela haver sido unilateral ou arbitrariamente imposta, dada a relação de certo modo paritária entre os contratantes considerados seus portes econômicos relativos. Não açando as altas esferas da defesa da concorrência, direito difuso, mas, ao revés, permanecendo no plano meramente individual, tenho que a questão resolve-se na ordem privada, marcada pelo interesse puramente singular, e por isso mesmo imune ao controle antitruste, calhando citar, a propósito, o Visconde de Itaboraí, para quem “o estado não é tutor de particulares”. (in “Mauá – Empresário do Império”, Jorge Caldeira, Cia. das Letras).

Insta sublinhar que a exclusividade, que serve de base à formação de um mix personalizado e de alto padrão, apresenta, no caso, muito maior apelo de marketing que, propriamente, repercussão concorrencial.

Como dito, o contrato entre o shopping e o lojista não é de adesão. Há riscos e ganhos recíprocos, cujas opções e conveniências cumpre às partes medir, sopesar e assumir.

É cediço que o mercado de bens e serviços de alto padrão, no Brasil, é bastante expressivo, o que se mede intuitivamente pela quantidade de veículos importados, aeronaves, joalherias e opulentas lojas de vestuário, donde decorre que o risco da exclusividade é exponencial e bilateral.

A propalada exclusividade, se porventura vier a ser considerada comercialmente desfavorável pelos lojistas, dado que o contratante que a sugere (o shopping) não tem poder de mercado, pode redundar num processo de distensão comercial capaz de repelir lojistas, o que pode significar fomento à concorrência, em final análise.

O Shopping Center Iguatemi exerce validamente uma opção de inserção no mercado de shoppings de alto padrão, sem poder de abalar o mercado e os lojistas/marcas que vierem aceitar esta opção compartilharão os benefícios e riscos do livre exercício desta opção.

Ante o exposto e a vasta exploração analítica e empírica realizada no presente processo administrativo, considero a relação de lojistas e administradores de shoppings como um liame estritamente privado, no sentido de afastar a incidência da Lei nº 8.884/94 uma vez que se constate que não há criação de entraves à livre concorrência nem tampouco fala-se de marcas/produtos insubstituíveis ou de difícil substituição à configuração de um tenant mix minimamente competitivo.

“Dito de modo claro: sendo o shopping parceiro nos lucros do lojista, tem interesse direto em atrair, para seu centro, comerciantes selecionados, que lhe garantam mais elevado e eficiente proveito. O que está em jogo, em larga parcela, é um cálculo privado do empreendedor do shopping: a garantia de que o faturamento do lojista exclusivo não será diluído entre outros pontos de venda (os shopping centers concorrentes), caso o Iguatemi possa contar com a exclusividade. A questão concorrencial, de interesse público, própria da disciplina jurídica do mercado, neste aspecto, fica deslocada para um plano secundário, dada a dimensão contratual, de interesse privado, típica da tutela particular dos contratantes. O antitruste nada tem a dizer, em princípio, sobre os critérios de arbitramento de ganhos e a definição de margens e percentuais de lucro nas relações entre o Iguatemi e seus lojistas. Não impressiona – e outra coisa não se poderia esperar – que os lojistas afirmem que a exclusividade os prejudica. Entre lojistas e shopping existe uma ‘purely private quarrel’ – que o antitruste norte americano detecta e desqualifica como concorrencialmente relevante em inúmeros casos – que não tem relação alguma com a tutela do mercado”. (in Parecer do Prof. Celso Campilongo, p. 32).

Diante do exposto concluo pelo arquivamento do presente Processo Administrativo.

É como voto.

Brasília, 17 dezembro de 2003.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Conselheiro do CADE

ADITAMENTO AO VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Por ocasião do voto-vista que proferi no caso ora examinado já tive oportunidade de externar meu entendimento sobre os aspectos jurídicos e econômicos da questão trazida ao exame do CADE, sendo certo que não vislumbro qualquer intercorrência processual capaz de abalar minha primitiva convicção, tal como lançada naquele então.

Não tenho nada, pois, a retratar em termos dos fundamentos e da conclusão do voto-vista. Antes, porém, a fim de confirmá-lo por seus próprios fundamentos, cumpre estabelecer algumas premissas de ordem processual à vista da manifestação da Representante, trazida aos autos em 29.01.04.

Naquele petição, mostra-se a Representante irredutível, data venia infundadamente, com o proceder adotado em meu Gabinete relativamente ao pedido de vista, o que cumpre aclarar neste momento, arredando os óbices ali aventados, em ordem a preservar a higidez do processo sob o prisma formal, o que faço a seguir.

De início, assinalo que o processo concorrencial (gênero de que são espécies todos os processos e procedimentos administrativos que tramitam perante o CADE) tem um impulso e uma dinâmica próprias, notadamente no que concerne à busca da verdade real.

No processo administrativo stricto sensu, vale dizer, aquele instaurado a partir de indícios trazidos por terceiro ou ex officio no seio do próprio SBDC, que é o caso dos autos, busca o Estado-Administração apurar ilícitos administrativos para, em sendo o caso, reprimir as condutas tipificadas - na Lei nº 8.884/94 - como infrativas à ordem concorrencial.

Em busca, portanto, da verdade substancial, o processo administrativo segue um formulário simplificado, um iter procedimental estribado no informalismo, de forma bastante diversa, portanto, do processo judicial. Nessa linha, estabelece a Lei nº 9.784/99 que o processo deverá ser conduzido com “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” (art. 2º, parágrafo único, inciso VIII) e “visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da administração” (art. 1º, caput).

Nesse contexto, é imperativo assentar que o representante não defende direito seu. O representante não é parte no processo, não pode transacionar ou renunciar a direitos, e sequer tem sua atuação regulada pela lei antitruste. Ele apenas colabora com a função estatal a partir de um impulso inicial que se traduz no oferecimento da representação, a partir da qual o Estado assume a titularidade da apuração, persecução e decisão sobre as condutas alegadamente infrativas à ordem econômica.

Dado que é a coletividade a titular dos bens jurídicos tutelados pela Lei nº 8.884/94 (art. 1º, parágrafo único), o que evidencia a natureza de direito difuso dos processos submetidos a este Conselho, forçoso é reconhecer que o representante não titulariza nenhum direito na seara concorrencial, ou, conforme sublinhei acima, não defende direito seu. Interessante notar, ainda, que nessa linha já se manifestou este Conselho (voto proferido no Processo Administrativo nº 08000.012720/1994-74):

“A denúncia é apenas o veículo de comunicação à autoridade de ilícitos concorrenciais. O representante não é parte e só participa do processo enquanto informante. A solução buscada pelo CADE deverá satisfazer diretamente a concorrência, beneficiando-se os agentes econômicos de seus efeitos. Nem a SDE nem o CADE se veiculam à representação, que é mero ponto de partida, e não de chegada”.

Neste quadro, considero que falece legitimidade à representante Participações Morro Vermelho (ainda que nulidade houvesse, o que não é o caso conforme se verá adiante) para pleitear o reconhecimento de qualquer vício procedimental em seu favor, posto que o Código de Processo Civil exige, primeiro que tudo, a demonstração da legitimidade de quem vem a juízo (ainda que no caso seja um juízo administrativo), sendo certo que tal requisito, da legitimidade, não se mostra presente no caso dado que nenhum direito dela representante foi violado. É dizer, se nulidade houvesse (e não houve neste caso concreto, consoante se demonstrará), não seria o Representante o titular de nenhum direito violado, nem mesmo o do contraditório - conforme alegado pelo Representante - dado que não é parte na acepção técnico-científica do termo.

Se é certo, conforme assinalei precedentemente, que o Representante impulsionou o processo no início, e se no caso concreto o Representante foi além do mero direito de representação, oferecendo petições, documentos e pareceres e até mesmo participando de audiências, não é menos certo que este acompanhamento do processo, em todos os seus termos, não desnatura a posição do Representante como colaborador da administração, e não titular dos direitos em debate (salvo se decerrar a natureza privada da controvérsia que insiste em conduzir neste foco de direitos metaindividuais).

Em que pese a ausência de legitimidade, no entanto, mesmo que superada esta questão preliminar, tenho que, em realidade, não procedem quaisquer das objeções levantadas pelo Representante nestes autos.

Como visto, não há falar em violação ao contraditório, porque o Representante não é parte. Mas, ainda assim, não há como reconhecer vulneração ao contraditório em sede de memoriais apresentados pelo Representado, que é PARTE, dado que o oferecimento de peças de informação aos julgadores do Colegiado, mesmo que acompanhada no caso concreto de parecer da lavra do Prof. Celso Campilongo, não é peça imprescindível à formação da convicção do julgador, sendo, na realidade, mera peça de síntese, suplementar, que não inovou as questões trazidas ao debate, e que se destinou a concatenar os fundamentos anteriormente alinhados pelos peticionários.

Como dito no voto-vista, “a apresentação de memoriais funda-se em praxe forense, no costume, dada a inexistência de disciplina específica no Código de Processo Civil, que silencia a propósito, também assim o fazendo as leis de organização judiciária da União e dos Estados”.

Ademais, todos os interessados no feito têm rigorosamente o mesmo tratamento isonômico e a mesma liberdade de abordagem de temas em seus articulados, que devem ser oferecidos de forma independente, não sendo cabível instaurar o contraditório para oferecimento de contra-razões aos memoriais.

Repito que o Representante teve a mesma oportunidade e liberdade de, se assim o quisesse, oferecer os memoriais e os pareceres que bem entendesse, e assim não o fez. Tampouco vinga a insinuação do Representante de que teriam sido impedidas de oferecer memoriais ou pareceres em vista do deliberado na primeira sessão de julgamento, na qual pedi vista dos autos e exortei aos advogados, todos presentes, que não fosse reaberta a instrução.

Disse naquela oportunidade e reafirmo que a instrução paralela, a cada pedido de vista dos autos, com a vinda alegação de novos fatos, novos ofícios e diligências complementares depõe contra a celeridade do julgamento e anarquiza o processo.

Todavia, os memoriais e pareceres trazidos aos autos pelo Representado e pelo Representante não veiculam absolutamente nenhum fato novo, de forma que o compromisso assumido naquele então continua hígido: a instrução (fase da atividade judicante destinada a apurar e comprovar fatos) foi encerrada. Naturalmente, tal não impede que razões ditas pelo interesse público determinem a apreciação de fatos novos em prestígio ao princípio da verdade real, de forma que mesmo com aquele compromisso de encerramento da instrução, fatos novos poderiam ter sido argüidos pelos interessados, o que não ocorreu na espécie.

E a prevalecer o entendimento do Representante, de todo inadmissível a meu sentir, de que o Conselheiro poderia lançar mão de memoriais e pareceres para subsidiar seu convencimento, mas não os poderia utilizar como razão de decidir, então é de ser oficiada a Ordem dos Advogados do Brasil para que regulamente, por intermédio de provimento, a proibição de oferecimento de memoriais no exercício da Advocacia, que num tal contexto seriam peças totalmente inúteis ao julgador e remuneradas pelo cliente, para o qual não traria nenhum proveito, posto que o julgador não poderia valer-se daqueles fundamentos para decidir.

Por outro lado, é bem de ver que o único interesse concreto e individual em debate nestes autos é o direito das Representadas. Elas, sim, são titulares de direitos de ordem privada que podem ser atingidos pela decisão deste Conselho (ao contrário do Representante que não defende direito individual se, salvo se revelar natureza privada em foco metaindividual).

Nesse diapasão, toda a atividade judicante deste CADE, consubstanciada na marcha processual que nestes autos se desenvolveu, deve pautar-se em buscar “a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”.

Mas, indago, quais direitos dos administrados devem ser preservados? E passo à resposta, que soa tão literal quanto evidente: os direitos próprios, ou seja, aqueles diretamente titularizados pelos administrados. E essa a noção mesma que permeia o devido processo administrativo, vale dizer, os limites ao exercício do poder estatal em face do administrado, ou melhor, as garantias que o administrado tem, na defesa de seu patrimônio jurídico (liberdade, bens e direitos), para exercer sua defesa em face do Estado.

Essa a consagração do Estado de Direito, pleno de sentido, conforme se vê da evolução de nosso direito constitucional, desde o exame da Carta Imperial de 1824 – que não permitia a responsabilização do Estado, mantendo ainda noções herdadas do ancien régime –, passando pelo primeiro texto republicano de 1891, e que, ao cabo de hesitações durante os períodos de crise institucional – Constituições de 1937, 1967 e Emenda Constitucional de 1969 –, finalmente vingou com máxima eficácia na Carta de 1988.

É o que ocorre, mutatis mutandi, com o direito processual penal, todo ele voltado e precipuamente focado na preservação dos direitos do acusado em face da persecução penal do Estado. Lá, em relação à defesa, como aqui, em relação ao representado, busca-se garantir que a liberdade ou o patrimônio não sejam atingidos senão após o devido processo legal, garantindo-se aos acusados a plena defesa.

Destarte, ainda que em linha de princípio filosófico, se nulidade houvesse a ser pronunciada nestes autos – e não há –,

ainda assim, entendo que somente seria o caso de pronunciá-la se não se houvesse assegurado ao Representado todos os meios para bem defender-se.

Superadas todas as ordens de razões anteriormente declinadas, passo a demonstrar, conforme já afirmado precedentemente, que não existe rigorosamente nenhuma nulidade neste feito.

Abstenho-me de incursionar, como o faz o Representante, pelos caminhos poucos seguros e improfícuos da divagação quanto ao momento exato da chegada do parecer a meu gabinete, qual a petição que o encaminhou, a que dia e hora foi registrada no sistema interno do CADE e disponibilizada na internet. E assim o faço por dever de transparência e porque nada disto interessa ao processo.

O fato concreto é que, ainda com o feito em vista no gabinete, recebi das Representadas um memorial acompanhado de parecer do Prof. Celso Campilongo, e o fiz de modo transparente, ao contrário das insinuações deselegantes da Representante.

E em homenagem a essa lisura de procedimento, que sempre e sempre busco preservar, determinei a juntada do memorial e parecer em apartado, a fim de que não ficassem vagando pelo Conselho como almas à procura da redenção no paraíso. E também com franca transparência, entendi apropriado citar – com o devido crédito – as passagens dos textos que me pareceram mais relevantes.

Aliás, se o Representante hoje tem assegurada a oportunidade de impugnar o que lhe parece de direito, é por obra da juntada por mim determinada – o que fiz em acatamento à transparência, embora nenhum dispositivo legal me obrigasse a fazê-lo.

A corroborar o entendimento ora esposado, trago à colação o seguinte aresto do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça, que bem evidencia o equívoco em que laborou a Requerente no particular:

“Os memoriais, por não constituírem peça essencial à defesa, mas apenas um subsídio a ela, especialmente em face dos julgadores vogais que participam do julgamento colegiado, não são objeto de disciplina processual no tocante a sua juntada aos autos, o que implicaria, inclusive, a intimação da parte adversa para manifestar-se sobre eles, em respeito ao princípio do contraditório”. (HC 70.708, RS, STF, Relator: Min. Moreira Alves, DJ 04.03.94).

Nem se diga, a partir do excerto supra, que a juntada exigiria a instauração do contraditório, posto que no caso concreto a juntada foi procedida depois do voto, para mera documentação, e não antes. Aliás, o procedimento de juntada posterior está correto (pois do contrário não teria o julgador o que fazer com o material recebido), conforme já proclamou o E. Superior Tribunal de Justiça “não viola o art. 398 do Código de Processo Civil a juntada de memorial em data posterior ao julgamento”. (RESP 434668 MT, 3ª Turma, Relator: Min. Menezes Direito).

No mesmo sentido prossegue a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

“Alegação de cerceamento de defesa, por falta de intimação da Defesa do Réu, sobre documentos apresentados, com memorial, pelo assistente da acusação. Alegação repelida”. (HC 72710, MG, 1ª Turma, Relator: Min. Sidney Sanches, DJ 27.10.95).

“Outrossim, incorreu a falta com alusão ao artigo 398 do código citado, eis que as peças anexadas na audiência foram meros pareceres opinativos, os quais não se equiparam a documentos”. (RE 92343, BA, 1ª Turma, Relator: Min. Thompson Flores, DJ 05.12.80).

A questão do prejuízo ao contraditório há que ser analisada na perspectiva do conceito mesmo de parecer, sob o prisma processual. E nisso há relevante distinção, posto que o parecer não é documento para fins de contraditório, conforme disciplina o artigo 398 do Código de Processo Civil, que determina ao juiz a audiência da parte contrária sempre que alguém requerer a juntada de documento aos autos.

Sucede, como dito, que um parecer – opinião escrita firmada sob a responsabilidade de um jurista – não se enquadra no conceito de documento, conforme afirma mansa e pacificamente a doutrina pátria, valendo citar, por todos, o eminente Prof. Humberto Theodoro Júnior: “Na definição de Carnelutti, documento é ‘uma coisa capaz de representar um fato’. É o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de um acontecimento. Contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem”.

Ora, o parecer do Prof. Celso Campilongo não retratou nenhum FATO novo capaz de influenciar o deslinde da questão. Não é função do parecerista trazer fatos ao debate, mas sim trazer uma apreciação pessoal de aspectos econômicos e jurídicos do caso concreto, postos na perspectiva do subscritor do parecer, mercê da notória expertise de seu autor na matéria.

Por fim, apenas para que não parem mais dúvidas e se suscitem questões aleatórias ao mérito do processo em voga, considero que o Prof. Celso Campilongo, ex-Conselheiro deste Conselho, ao contrário do que busca afirmar a Representante, não participou e, tampouco, instruiu o presente feito, haja vista que, conforme se pode notar do que consta dos autos, o mesmo esteve presente apenas a uma audiência pública, da qual poderia haver participado qualquer cidadão interessado e, ainda, da qual não se pode dizer, com certeza clara e absoluta, que não houvessem participado até futuros pareceristas contratados pela própria Representante. De qualquer sorte, não se deve aqui dar margem a eventuais divagações e insinuações que, sem fundamentos e documentos comprobatórios, possam macular e atrapalhar o bom andamento do feito.

Se está no campo do debate – e debate fecundo que se travou no processo –, cabia à Representante, se assim quisesse, trazer também seus argumentos, seus fundamentos, sua releitura dos dados econômicos ou de novas luzes jurídicas sobre o tema, até mesmo com pareceres se lhes aprouvesse. Todavia, não o fazendo, não é possível já a este tempo fazer o processo retroceder para que a interessada possa rebater fundamentos contrários aos seus.

Era o que cumpria aditar, em razão do que mantenho o voto anteriormente proferido por seus próprios fundamentos.

Brasília, 03 de março de 2004.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES
Conselheiro do CADE

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO CLEVELAND PRATES TEIXEIRA(1)

Nota:

(1) Agradeço a colaboração dos intercambistas Fabrício Pasquot Polido e Livia Gabriela Sato, participantes do XVII PINCADE.

Pedi vista dos autos deste Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82 na 309ª Sessão Ordinária deste Conselho, realizada no dia 17 de dezembro de 2003, devido à divergência dos argumentos e conclusões contidas nos votos do Relator, Conselheiro Roberto Pfeiffer, que foi seguido pelo Conselheiro Miguel Tebar, e do voto de vista do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, justamente com o objetivo de melhor analisar as posições então sustentadas.

1 - DAS PRINCIPAIS DIVERGÊNCIAS

Em primeiro lugar, considero útil apontar e delinear as principais divergências entre os votos dos Conselheiros, de forma a facilitar a compreensão do caso em tela e o desenvolvimento do meu voto.

Em relação à delimitação do mercado relevante, não houve divergência no que toca à dimensão geográfica. Entretanto quanto à dimensão produto o Conselheiro-Relator considerou o negócio de shopping centers regionais de alto padrão enquanto que o Conselheiro Fernando Marques, por sua vez, delimitou-o como sendo o tenant mix de alto padrão.

O Conselheiro-Relator apontou a presença de posição dominante do Shopping Iguatemi por meio do cálculo de market share e da análise de outras variáveis relevantes, como, por exemplo, a existência de fortes barreiras à entrada, sendo que a conduta reforçaria tal situação. Em relação aos problemas que podem advir da cláusula de exclusividade identificada, o Conselheiro Pfeiffer apontou existência de forte probabilidade de fechamento de mercado relevante, na medida em que o regime adotado pelo Shopping tende a restringir o acesso dos concorrentes às oportunidades de diferenciação vertical e traz prejuízo direto aos lojistas que vêem reduzida a possibilidade de expansão de seus empreendimentos em outros shoppings. Concluiu que inexistente “racionalidade econômica” para a imposição da exclusividade, salientando que o Shopping teria outros meios e salvaguardas contratuais pelos quais pudesse recuperar investimento e proteger o mix, servindo a exclusividade excepcionalmente como uma garantia suplementar para tal finalidade(2). Entendeu que a conduta praticada pelas Representadas é “perfeitamente passível de enquadramento nos tipos descritos no art. 20, incisos I e II da Lei nº 8.884/94”, aplicando multa ao Shopping Center Iguatemi de 1% de seu faturamento bruto anual e multa ao Shopping centers Reunidos do Brasil Ltda., equivalente também a 1% de seu faturamento bruto anual. Determinou ainda a imediata cessação da infração e a publicação do extrato descritivo da decisão condenatória(3).

Nota:

(2) Voto, fls. 2.068 e ss; fl. 2.080.

(3) Sobre o enquadramento da conduta praticada pelas Representadas, cf. Voto do Conselheiro-Relator à fl. 2.087.

O Conselheiro Fernando Marques, por sua vez, sustentou que as lojas localizadas no Shopping Iguatemi atingidas pela cláusula de exclusividade não são insubstituíveis, de modo que não haveria como ser verificado exercício de poder de mercado por parte das Representadas. Argumentou pela impossibilidade de constituição de posição dominante, concluindo que as chances de dano à concorrência seriam mínimas(4). Concluiu que “não há que se falar em barreiras à entrada advindas da utilização do regime de exclusividade nas contratações entre lojas e shopping centers”, tendo em vista o vigoroso crescimento da área bruta locável e do aumento do número de novos empreendimentos na cidade de São Paulo.

Nota:

(4) Cf. fls. 2.125-26. Assim expôs preliminarmente o Conselheiro Fernando Marques, considerando os aspectos relacionados aos danos concorrenciais:“(…) adicionalmente, é necessário que se constate a existência de posição dominante pelo agente que opere restrição vertical, para que possa se avaliar num crivo de razoabilidade o balanço das perdas e ganhos (gerais econômicos e sociais) advindos da empreitada. Inexistindo posição dominante as chances de dano à concorrência aproximam-se de zero”. (grifos constantes no Voto de Vista)

Afirmou que a finalidade específica para o regime de exclusividade é “a fixação de um comprometimento entre lojista e administrador e vice-versa pra o desenvolvimento do tenant mix e seu conseqüente aproveitamento (externalidades positivas) por todos os contratantes, coibindo-se assim atitudes oportunistas” (5). Assim, considerou não haver como se caracterizar a existência de posição dominante detida pelo Shopping Iguatemi e que, ademais, haveria supostamente intensificação da rivalidade intermarcas. Por fim, afirmou que a cláusula intensificaria a concorrência, na medida em que “estimula a operação eficiente por parte dos administradores de shoppings na colheita de lojistas à configuração de seu mix”. O Conselheiro sustentou também que se trata de uma questão pertinente ao crivo exclusivamente de escopo privado, aquém da tutela concorrencial.

Nota:

(5) Cf. Voto de Vista, fl. 2.126

Em relação às eficiências, afirmou, citando o parecer do Professor Celso Fernandes Campilongo colacionado aos autos (6), que as exclusividades geram eficiências alocativas para o Shopping como um todo e que, sem a garantia da exclusividade, “o Shopping Iguatemi seria, nessas circunstâncias, a ‘escada’ ideal para o oportunismo dos concorrentes” (7). Além disso, sustentou que a exclusividade tem o condão de ampliar a opção dos consumidores no aspecto de acesso a produtos/marcas diversificadas e dá oportunidade a novos lojistas de explorar esse nicho em outros shopping centers que não o Iguatemi. Conclui, assim, pelo afastamento da incidência da Lei nº 8.884/94 e arquivamento do presente Processo Administrativo.

Nota:

(6) Cf. fls. 2.137 e ss.

(7) Cf. Voto de Vista, fl. 2.130.

2 - CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA

2.1 - Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal

Trata-se de cláusula de exclusividade inserida em contratos de locação do Shopping Iguatemi, por meio da qual lojistas-locatários ficam impedidos de se estabelecer em determinados shopping centers nominalmente indicados, restrição que se estende igualmente às empresas das quais os locatários participem ou venham participar como quotistas, acionistas, ou que com elas tenham qualquer vínculo comercial. Nesses contratos, as Representadas indicam, com combinações variadas, especificamente os shoppings Morumbi, Higienópolis, Eldorado, Villa-Lobos, Garden Mall e o Jardim Sul, todos eles localizados na cidade de São Paulo. Alegam que esse expediente é utilizado para garantir e preservar o conceito diferenciado do Shopping Iguatemi, refletido e assegurado pela composição de seu tenant mix, além de evitar o risco de imitação por parte dos concorrentes(8).

Nota:

(8) Cf. fls. 60, 106 e ss.; 287 e ss.; 1.006 e ss., e 1.959/60.

A Representante, por sua vez, sustenta que a cláusula em questão é anticoncorrencial por implicar limitação à livre-concorrência no mercado de locação dos espaços comerciais em shopping centers e que ela alteraria a capacidade de

concorrência no mercado. Sustenta que a cláusula cria dificuldades para a formação de um tenant mix adequado, especialmente por conta dos seus efeitos restritivos em relação aos lojistas instalados no Shopping Iguatemi. Por fim afirma que a prática levada a cabo pelas Representantes enquadrar-se-ia no artigo 20 e artigo 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94 (9).

Nota:

(9) Cf. alegações das Representantes, especialmente fls. 26 e ss.; 1.349 e ss.; e fls. 1.541 e ss.

2.2 - Verificação da existência de evidências suficientes da conduta dos autos

A análise dos autos permite reunir evidências suficientes para o enquadramento da conduta praticada pelas Representadas, tendo sido juntados contratos de locação concluídos pelo Shopping Iguatemi com inúmeras lojas que se instalaram em seus espaços comerciais. Em seu voto, o Conselheiro-Relator identifica muito bem que “a prática da conduta constitui-se em fato incontroverso, na medida em que as próprias Representadas expressamente confessam a inserção da cláusula em seus contratos” (10). Os contratos estabelecidos pelo Shopping Iguatemi confirmam a concretude do ato praticado pelas Representadas, não restando dúvidas sobre a conduta em exame.

Nota:

(10) Cf. Voto, fl. 2.015.

Vale ressaltar que não há, em momento algum, questionamento a respeito da existência e utilização da cláusula em comento. O que é discutido durante o presente processo são os efeitos anticoncorrenciais, atuais e potenciais, que essa cláusula vem a gerar, e é justamente esse aspecto que vem sendo analisado nos votos anteriormente proferidos e sobre ele que pretendo me concentrar.

3 - ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE MERCADO

3.1 - Delimitação do Mercado Relevante. Dimensão do produto e dimensão geográfica

Ao analisar as condições que permitem a uma empresa praticar condutas anticompetitivas, é necessário, em primeiro lugar, delimitar o mercado relevante. Para tanto, são analisados dois aspectos absolutamente complementares e indissociáveis: o mercado relevante do produto e o mercado relevante geográfico. O Conselheiro Fernando Marques ressaltou muito bem a dificuldade desse exercício: “(...) relevante é a dificuldade no exame das controvérsias técnicas ali envolvidas, ainda mais em se tratando de mercados de produtos diferenciados inseridos em arranjo comercial relativamente complexo, como no caso em análise” (11). A meu ver, são absolutamente compreensíveis as diferentes delimitações de mercado relevante (das Representadas, da Secretaria de Direito Econômico, do Conselheiro Roberto Pfeiffer e do Conselheiro Fernando Marques) que se verificam no presente caso(12).

Nota:

(11) Cf. Voto de vista, fl. 2.107.

(12) Cf. fls. 106 e ss.; 947 e ss.; 2.019 e ss.; e 2.107 e ss.

As Representadas sustentam como mercado relevante do produto o espaço para locação comercial nos ramos do comércio, tanto os localizados em via pública como os situados em shopping centers. Em seu parecer, a Secretaria de Direito Econômico afastou essa pretensão das Representadas, delimitando o mercado como sendo o espaço para locação comercial em shopping centers de alto padrão.

Num primeiro momento, a análise da SDE foi fundamental para reconhecer a inexistência de efetiva substitutibilidade entre os espaços de locação na rua e aqueles situados nos shopping centers. E com toda razão o fez, pois o desenvolvimento do presente processo e sua importante fase instrutória revelaram a especificidade do negócio relacionado aos shoppings centers, desqualificando o comércio de rua como parte integrante deste mercado relevante. Assim também, muitos dos

pareceres presentes nos autos foram de suma importância para assentar tal delimitação, em que foram enfatizadas características relacionadas ao empreendimento dos shoppings, tais como o conjunto de comodidades oferecidas (e.g estacionamento, praça de alimentação, serviços de beleza, cinema e lazer em geral), a disposição espacial dos centros, os efeitos sobre o padrão do público freqüentador e consumidor final, os mixes de lojas que os tornam altamente diferenciados, o potencial maximizador de vendas efetuadas sob o teto do estabelecimento do shopping, dentre muitos outros. Todos esse aspectos auxiliaram a análise do mercado em tela, até que esse fosse razoavelmente delimitado.

Em segundo lugar, a SDE levantou o argumento da segmentação do mercado relevante, tomando os shoppings centers envolvidos como apenas aqueles de alto padrão. Efetivamente concordo que esse critério seja pertinente, tendo em vista a constatação de segmentos diferenciados que se destacam no caso em tela, mesmo porque o mercado relevante será sempre aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cuja conduta está sendo analisada(13). Mais especificamente, na delimitação de mercado relevante deve ser considerado o locus onde as relações de concorrência são mais intensas. O Shopping Iguatemi, conforme as próprias Representadas deixaram claro em várias passagens, caracteriza-se inegavelmente pelo alto grau de diferenciação, por seu requinte, sofisticação e plena identidade com o público freqüentador. Ele, o Shopping, concorre por esse e nesse mercado de alto padrão(14).

Nota:

(13) Cf. P. A. Forgioni. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: RT, 1998. 200 p.

(14) Vale ressaltar que a justificativa de segmentação em mercados diferenciados foi muito bem apresentada na análise do caso Philips Morris/Souza Cruz (PA nº 08012.003303/98-25), em que ficou demonstrada a importância de se considerar, nos mercados relevantes de cigarros, inúmeras variáveis determinantes, tais como a diferenciação dos bens, a correlação entre as classes de renda dos consumidores (tão importante em vista das desigualdades sociais no país) e as faixas preços compreendidas. No caso dos shopping centers de alto padrão, parece-me muito evidente que haja tal segmentação, tanto pela diferenciação dos mixes, pelo padrão de renda do consumidor, como pelos atributos que os concorrentes nesse segmento vêm conquistar. Não seria adequado pensar numa categoria ampla de shoppings ou reduzi-la a concorrência com comércio varejista de rua, argumentos estes que foram muito bem refutados nos presentes autos. Sobre a questão da segmentação no contexto dos mercados de cigarros, ver importante estudo de O. Canuto e J. M. Silveira, "Contratos de exclusividade e fatores de competitividade no mercado de cigarros no Brasil", in C. Mattos (org), A Revolução Antitruste no Brasil. São Paulo: Singular, 2003. p. 289 e ss.

Nessa linha ainda, o voto de vista do Conselheiro Fernando Marques, no que tange à delimitação do mercado relevante na dimensão do produto, também não incluiu o comércio varejista de rua, e restringiu a demanda buscada pelo Shopping como sendo a de alto padrão ou "revestida de alto poder aquisitivo em termos de disposição ao consumo" (fl. 2.109). Entretanto, estabeleceu o Conselheiro que o mercado relevante sob a ótica do produto atém-se ao tenant mix de alto padrão (15).

Nota:

(15) Cf. Voto de Vista, especialmente fls. 2.109 e 2.111.

Tendo em conta essa controvertida questão, em que se busca identificar se o mercado deve ser o de espaço para locação comercial em shopping centers de alto padrão, como definiu a SDE, ou se deve ser o tenant mix de alto padrão, como identificado no voto de vista do Conselheiro Fernando Marques, apresenta-se, ainda, o posicionamento do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, segundo o qual o mercado relevante do produto é o de shopping centers regionais de alto padrão (16). Devido à consistência dos argumentos trazidos no Voto do Relator, tendo a concordar com sua orientação, pois o mercado em questão não diz respeito apenas à ótica da composição do mix de lojas do shopping. Em seu voto, o Conselheiro-Relator expôs, com razão, a natureza concorrencial do negócio shopping center, ao analisá-lo sobre a ótica da teoria do mercado de dois lados (two sided market), segundo o qual o empreendedor atende a dois clientes simultaneamente – os lojistas e os freqüentadores/consumidores. É de seu interesse não apenas atrair meros locatários, daí porque o critério dos "espaços para locação comercial" se tornou insuficiente na delimitação do mercado em tela. É também do interesse do shopping atrair o consumidor final, especialmente porque sua remuneração é fundamentalmente baseada no faturamento do lojista. Assim, o sucesso na atração dos consumidores proporciona maiores receitas para as lojas e faz do shopping um espaço de ampla mobilidade, de produtos, serviços e pessoas. Este parece ser um dos pontos de partida para a análise, o que invalida a delimitação unicamente pelo tenant mix. O negócio shopping center, ao meu ver, é o que define o mercado relevante.

Nota:
(16) Cf. Voto, fl. 2.039.

No que concerne à delimitação do mercado geográfico, o voto do Conselheiro-Relator e o voto de vista do Conselheiro Fernando Marques caminham no mesmo sentido, determinando-o como aquele composto pelas regiões (i) Zona oeste, (ii) norte da Zona Sul e (iii) oeste da Zona Central do município de São Paulo, não abrangendo o comércio varejista de rua. Considero adequada essa delimitação e acredito que os motivos e argumentos expostos nos votos proferidos pelos Conselheiros são razoáveis e pertinentes, sendo desnecessário alongar-me neste tocante.

3.2 - Identificação dos Participantes, Cálculo das Participações e Inferências sobre a Presença de Posição Dominante

O Conselheiro Fernando Marques sustentou que as lojas são facilmente substituíveis, e que, por isso, nesse setor dificilmente há que se falar em presença de posição dominante. Entretanto, considero que a melhor orientação seja aquela que se justifica no negócio shopping center de alto padrão, de tal forma que a descaracterização da posição dominante sustentada pelo Conselheiro Fernando Marques deve, ao meu ver, ser no mínimo relativizada.

Um primeiro passo na verificação da existência de posição dominante é identificar os participantes do mercado previamente definido. O Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer partiu inicialmente da própria cláusula de exclusividade, enfatizando a avaliação dos efeitos da conduta examinada, de forma que o mercado relevante compreenderia os shoppings que sofrem a limitação expressa nos contratos de locação do Shopping Iguatemi, além do próprio Shopping Iguatemi. Em seu voto, ressaltou que as próprias Representadas reconhecem tais shoppings como competidores do Iguatemi no nicho diferenciado em que este se encontra, especialmente na medida em que impuseram nominalmente tal restrição a eles(17). Concordo com tal critério, pois, conforme muito bem apontado pelo Conselheiro-Relator, são exatamente os shoppings, citados nas cláusulas de exclusividade, que as representadas reconhecem como concorrentes do Iguatemi:

Nota:
(17) Cf. Voto, fl. 2.040.

“(…) a cláusula em questão somente inclui aqueles shoppings cujo perfil seja voltado ao mesmo apelo de marketing do Iguatemi, qual seja: requinte e diferenciação. É por isso, que vários dos shoppings elencados no quadro de fl. 980 (mais próximos ao Iguatemi) não foram contemplados na cláusula em tela (esses shoppings são: D&D, Ibirapuera, Paulista, Butantã, Market Place, Matarazzo, Sílvio Romero, West Plaza, Center Lapa, Off Price, Continental e Plaza Sul)”.

“Como visto, não há necessidade de estender a cláusula de exclusividade a shoppings que não se valham do mesmo apelo de marketing do Iguatemi” (18).

Nota:
(18) Cf. Petição das Representadas, de 20 de abril de 2001, fls. 1.011/12.

Além disso, devem ser consideradas as opções dos lojistas no que tange às formas alternativas para a instalação de novas lojas, tal como enfatizou o Conselheiro Pfeiffer(19). Nesse ponto em especial estão embutidas preferências dos consumidores, as variáveis relacionadas ao padrão de renda, características de diferenciação e de formação do tenant mix, e atração do público - critérios fundamentais para delimitar o mercado relevante de shopping centers de alto padrão e os integrantes do mesmo(20).

Nota:
(19) Cf. Voto, fl. 2.041 e Estudo desenvolvido pela consultoria Toledo & Associados, de julho de 2002, Doc I, p. 44, sobre pesquisa com lojistas.

(20) Cf. item 2.1 supra, em que são especificadas as variáveis para

delimitação do mercado relevante e sua segmentação.

A partir daí, a participação do Shopping Iguatemi foi calculada segundo dois critérios: (i) o faturamento anual de vendas no ano de 2000 e (ii) as receitas auferidas com aluguel dos espaços comerciais dos shoppings do mercado relevante. Chegou-se ao resultado da participação como sendo a de 29,0%, conforme o primeiro critério, e a de 30,9%, conforme o segundo critério, ou seja, superior aos 20% suficientes para presumir a presença de posição dominante, conforme expresso no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.884/94(21). Vale ressaltar que, mesmo que a participação do Shopping Iguatemi fosse reduzida no mercado, ainda sim seria possível constatar sua posição dominante. Reduzidas participações em mercados de produtos diferenciados não permitem atestar inexistência de poder de mercado, e, no caso do Iguatemi, isso se verifica. O Conselheiro Pfeiffer apontou muito bem para tal constatação, ao enfatizar que o Iguatemi atua com singularidade/representatividade no mercado em análise, dentro de um locus em que devem ser considerados os fatores da diferenciação como padrão de concorrência, as significativas barreiras à entrada identificadas, a necessidade de conquistas de mixes competitivos e de complexa formação(22).

Nota:

(21) Voto, fl. 2.042.

(22) Voto, fl. 2.059.

Note-se que além do cálculo da participação no mercado relevante, o Conselheiro-Relator apresentou uma série de variáveis econômicas indicando a presença de poder de mercado. O Conselheiro Pfeiffer salientou a alta capacidade de diferenciação, os preços elevados cobrados pelo aluguel dos espaços comerciais (muito acima daqueles praticados pelos concorrentes), e a imposição da cláusula de exclusividade. De acordo com a tabela apresentada em seu voto, o valor médio do aluguel por m2 do Shopping Iguatemi é substancialmente superior ao dos demais shoppings, situação que permite a ele elevar significativamente o faturamento(23). Ainda segundo o Conselheiro-Relator, outra importante evidência que leva à conclusão de poder de mercado é o resultado de pesquisa trazida pela Representante(24), por meio da qual se verificou que a cláusula é tida como prejudicial por 73% dos lojistas entrevistados, os quais, mesmo assim, sujeitam-se a ela para não perderem o espaço comercial no Iguatemi(25).

Nota:

(23) Voto, fls. 2.044/45.

(24) Cf. Estudo da Toledo & Associados, (nota 18 supra), p. 104.

(25) Sobre a questão da autonomia de vontade, contratos de locação e limites impostos pelos objetivos constitucionais de proteção à livre concorrência e livre iniciativa, o Conselheiro Pfeiffer (fls. 2.053 e ss) foi extremamente claro e trouxe importantes reflexões. Sobre esses pontos, gostaria apenas de voltar no item 3.1 do presente Voto de Vista.

As Representadas, por sua vez, tentaram desconsiderar tais aspectos, primeiramente argumentando pela incorreta delimitação do mercado relevante e conseqüente impossibilidade de se inferir a posição dominante ocupada pelo Shopping Iguatemi. Posteriormente, alegaram a suposta desatualização dos valores dos aluguéis. Presumem, ainda, que não haja relação entre a existência de poder de mercado do Iguatemi a partir da imposição de cláusula de exclusividade, sustentando que a concorrência teria aumentado significativamente no setor e que as cláusulas coincidiriam com o “boom de novos entrantes no mercado relevante” (26).

Nota:

(26) Cf. Memorial, 14 de outubro de 2003, fls. 30 e 65. (Apartado em Versão Pública). Sobre essa suposta relação entre boom de empreendimentos e cláusula de exclusividade, ver item 2.3.3.

A meu ver, todavia, a presença de posição dominante detida pelo Shopping Iguatemi não deve ser ignorada como pretendem as Representadas. O voto do Conselheiro Pfeiffer, apoiado nas evidentes informações apresentadas nos autos,

deixou fundamentados os argumentos aqui expostos, sem margem para que eu possa discordar de suas considerações. Efetivamente, como visto, o padrão de diferenciação do mercado de shopping centers de alto padrão traduz-se, dentre vários fatores, por faixas distintas de valores de aluguéis dos espaços comerciais, pelo potencial de atração de lojistas e consumidores/freqüentadores, enfim pela aptidão de se diferenciar na atividade. Como bem expôs o Professor P. F. Azevedo, em parecer colacionado aos autos(27), o Shopping Iguatemi, por ser o agente mais diferenciado verticalmente, tem condições de cobrar valores mais elevados pelo aluguel dos espaços. Em suas palavras, "O conjunto de lojas é o elemento distintivo de um shopping em relação aos demais concorrentes, constituindo o principal instrumento de diferenciação vertical. Neste caso a diferenciação permite a prática de preços mais altos, sendo a composição do produto (composição do conjunto de lojas e serviços de apoio) voltada ao público de maior poder aquisitivo, cuja demanda é menos sensível à variação de preços".

Nota:

(27) Contratos de exclusividade em Shopping Centers , maio de 2003, fls. 1.399 e ss.

A descrição desse problema dá-se pelo nítido contraste entre a posição ocupada pelo Iguatemi e a situação oposta, isto é, a de um shopping center não diferenciado, cujas tentativas de diferenciação vertical serão cada vez mais difíceis e custosas, tanto pelo fato de os lojistas adequados para atrair o perfil de alto padrão darem preferência aos shoppings já estabelecidos neste segmento, como pela dificuldade de atração dos consumidores. No caso em específico, o Shopping Iguatemi mantém uma espécie de vantagem sustentável, fundada num mecanismo que reafirma constantemente sua posição privilegiada.

4 - CONDIÇÕES CONCORRENCIAIS, EFETIVAS E POTENCIAIS, NO MERCADO RELEVANTE

4.1 - Padronização da conduta no mercado relevante

É importante verificar se a cláusula de exclusividade analisada no presente caso é comum a todos os agentes compreendidos no mercado relevante, vale dizer, se os shopping centers de alto padrão utilizam cláusulas restritivas em contratos de locação visando impedir seus lojistas de se instalarem em shoppings por ele nominalmente indicados.

Com base nas informações dos autos, pode-se perceber que apenas as Representadas se utilizam dessa cláusula de exclusividade específica. É importante ressaltar que esta não é característica do padrão de concorrência identificado nesse mercado, o que revela claramente que o regime adotado nada condiz com a normalidade da conduta pretendida pelo Shopping Iguatemi. Além disso, a prática examinada não tem a ver com a imposição de cláusula de raio, freqüentemente empregada em contratos de locação de espaços comerciais em shopping centers, por meio da qual o lojista se obriga a não atuar em determinada área ou vizinhança do shopping contratante(28).

Nota:

(28) Sobre as questões concorrenciais decorrentes da cláusula de raio imposta por shopping centers, ver especialmente J. Lentzner, *The Antitrust Implications of Radius Clauses in Shopping Center Leases*, in *Real Estate Law Handbook Series*, in Practising Law Institute, 1993, p. 487 e ss. J. R. Hall, "Radius Clauses", in *Commercial Real Estate Leases: Selected Issues in Drafting and Negotiating in Current Markets*. American Law Institute: Berkley, 2002. p. 485 e ss.

Vale ressaltar que não estamos lidando com simples contratos de locação em shopping centers. São negociações que irradiam efeitos além da esfera privada, e que vêm tocar a garantia de adequado funcionamento da ordem concorrencial nos mercados. A esse respeito, a experiência norte-americana tem verificado exemplos problemáticos de contratos de locação, que estabelecem regimes de exclusividade e que resultam em restrições à concorrência, muito coincidentemente com uma série de fatores, como o crescimento do setor, as fortes estratégias de marketing e a especulação que lhes são inerentes(29). Nesta linha, a análise concorrencial torna-se indispensável, primeiro porque permite identificar os efeitos anticompetitivos dos regimes de exclusividade, e, assim, proporcionar o exato alcance para repressão dos comportamentos contrários à livre concorrência. Só a partir daí é possível se chegar à correta aplicação da legislação antitruste.

Nota:

(29) São casos bastante variados nas locações em shopping centers, como aqueles em que o empreendedor estabelece imposições sobre o volume das

vendas pelos lojistas, variação dos preços em função da necessidade de manutenção de faturamento mínimo, não estabelecimento e não concorrência (not to compete clauses) etc. Em alguns casos essas práticas são interpretadas, do ponto de vista antitruste, dentro das condutas relacionadas à fixação de preços, criação de dificuldades ao estabelecimento das empresas e de influência prejudicial sobre o comportamento dos concorrentes no mercado. Há também aquelas práticas relacionadas à exclusão, quando o shopping pactua com exclusividade com seus locatários, a fim de garantir pra si prerrogativa unilateral de veto sobre lojistas concorrentes e cativar lojas âncoras e de departamentos. Nesse sentido, ver KW. Pearson, "The Texas And Federal Antitrust Implications of Restrictive Covenants Not To Compete In Shopping Center Leases", in Texas Tech Law Review, n. 20, 1989, p. 1194 e ss., acerca dos avanços e retrocessos nas questões jurisprudenciais envolvidas; cf ainda anotações em "The Antitrust Implications Of Restrictive Covenants In Shopping Center Leases, in Harvard Law Review, n. 86, 1973, p. 1.201 e ss.

4.2 - Avaliação das condições de entrada no mercado

Quanto à avaliação das condições de entrada no mercado relevante de shopping centers de alto padrão, foram divergentes o voto do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer e o voto de vista do Conselheiro Fernando Marques, pelo menos no que diz respeito aos critérios utilizados pelos Conselheiros para identificar quais seriam as barreiras existentes e como elas poderiam ser acentuadas ou minimizadas. Vale lembrar que o esboço de um quadro amplo no qual se constroem as variáveis determinantes das condições de entrada em um dado mercado é instrumento indispensável na análise antitruste, especialmente em se tratando de controle dos comportamentos anticoncorrenciais.

Para identificar as barreiras à entrada no mercado de shopping center de alto padrão, o Conselheiro-Relator assumiu variáveis gerais, tais como a escassez dos espaços de locação, first mover advantage, conquista de lojas de grife, diferenciação do shopping e custos elevados para atração de lojas, e variáveis específicas, tais como o ambiente criado, a capacidade de atração de lojistas, facilidade/dificuldade de formação de tenant mix diferenciado, implementação de estratégias e capacidade de se fazer perceber pelos lojistas e consumidores nesse segmento(30). A combinação dessas variáveis, especialmente em função da diferenciação que o shopping center deve alcançar para competir no mercado de shopping centers de alto padrão, foi fundamental para identificar as condições de entrada nesse segmento. Daí porque o Conselheiro Roberto Pfeiffer deixou bem evidente como se dá o acesso às lojas de que o shopping center precisa para poder se diferenciar e como essa diferenciação é alcançada. Chegou à conclusão de que a restrição ao acesso às lojas pode ser concebida como barreira artificial à entrada, no caso provocada pelo Iguatemi, e, a partir daí, remeteu a discussão, muito oportunamente, para o tópico sobre a questão do fechamento do mercado, já que este se apresenta como um dos efeitos da conduta de exclusividade.

Nota:

(30) Cf. fls. 2050/51. O Conselheiro-Relator considerou as variáveis que determinam a decisão do empreendedor ao pretender a entrada no mercado em tela, tais como: (i) interesse, (ii) instalações apropriadas, (iii) adoção e implementação de uma estratégia de diferenciação, e (iv) ser percebido pelos consumidores e lojistas. Essas variáveis foram também muito bem consideradas no voto, especialmente no que diz respeito à conclusão de que nem todos shopping centers regionais localizados na área compreendida pelo mercado geográfico sejam potenciais concorrentes dos shoppings que atuam no mercado relevante de shopping centers de alto padrão.

Seguindo orientação diversa, o Conselheiro Fernando Marques procurou, sobretudo, verificar se a exclusividade adotada pelo Shopping Iguatemi geraria barreiras à entrada e ao desenvolvimento da concorrência no setor de tenant mix em shopping centers de alto padrão. O Conselheiro observou as conclusões do Professor Ruy Santacruz, em parecer colacionado aos autos, considerando que as barreiras à entrada não seriam elevadas, e que competição no setor teria se intensificado com a introdução das cláusulas de exclusividade a partir de meados de 1992. Além disso, mencionou a inauguração de shoppings centers no mercado por ele definido (tenant mix de shopping centers de alto padrão) como exemplos para não se falar em barreiras à entrada geradas pelo regime de exclusividade do Iguatemi(31), (32).

Nota:

(31) Voto de vista, fl. 2.122.

(32) São citados, no voto de vista do Conselheiro Fernando Marques, os seguintes shoppings: Shopping Pátio Higienópolis, Shopping Anália Franco, Shopping Villa-Lobos, Frei Caneca Shopping e Convention Center.

Como o tema das condições de entrada merece atenção especial na análise de comportamentos anticoncorrenciais e, tendo sido considerada no caso em tela a especificidade do mercado relevante de shopping centers de alto padrão, devo concordar com a orientação do Conselheiro Pfeiffer. Como observado, foram abordadas as variáveis determinantes das condições nesse mercado, especialmente com relação à escassez de espaços para locação, o grau de diferenciação existente, as condições de acesso às lojas e a formação do mix.

Quanto à questão específica de saber se o regime de exclusividade peculiar adotado pelo Iguatemi no mercado relevante em tela geraria barreira artificial à entrada de novos concorrentes, entendo que a orientação proposta no Voto do Conselheiro Pfeiffer seja a que realmente desata o problema. O que deve ficar bem salientado no argumento sobre as condições de entrada é a idéia de que, com restrições ao acesso às lojas de que precisa para se diferenciar, o potencial concorrente ou aquele já existente não têm como competir, em situação paritária e saudável, no mercado de shopping centers de alto padrão. Quando ainda tiver que superar determinadas barreiras artificiais (no caso aquelas geradas por regimes de exclusividade), encontrará o concorrente dificuldades substanciais para conseguir alcançar, também, reputação e sofisticação exigidas nesse mercado para a diferenciação, atributos de que dispõe, em grande vantagem, o Shopping Iguatemi, e que são, eficazmente, mantidos por seu regime sui generis de exclusividade supostamente pró-competitiva(33).

Nota:

(33) Todas essas particularidades foram muito bem explicadas pelo Conselheiro Pfeiffer em seu voto: "(...) como a diferenciação é feita com base no ambiente que o shopping cria e nas lojas que atrai, o acesso às lojas de que precisa para se diferenciar é questão crucial. Sem acesso às lojas que deseja, o shopping não pode se diferenciar e conseqüentemente, não tem como concorrer com o Iguatemi no que se refere à reputação de sofisticação de que este dispõe". (fl. 2.052)

Por outro lado, o fato da construção de novos empreendimentos na cidade de São Paulo não indica necessariamente uma relação direta com a introdução da cláusula de exclusividade e acirramento da competição no mercado. O dado, tal qual apresentado no voto de vista do Conselheiro Fernando Marques(34), não traz informações suficientes para corroborar tal correlação. Parece-me muito mais razoável que o aumento de shopping centers na cidade de São Paulo, como um todo, tenha mais a ver com o processo de evolução do mercado de empreendimentos comerciais e com o crescimento dos grandes centros urbanos no Brasil.

Nota:

(34) Cf. Pedido de Vista, fl. 2.125.

Esses indicadores foram verificados nas informações constantes dos autos e em estudos setoriais realizados pelo BNDES. Já a partir de meados da década de 80 eram feitas projeções para o crescimento do número de lojas e da Área Bruta Locável ("ABL") relacionada aos centros comerciais, tudo isso impulsionado por vários fatores, dentre os quais a demanda comercial (bens e serviços) nas grandes metrópoles, especialmente São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Salvador(35).

Nota:

(35) Cf. A. Martins Santos et alli, O Crescimento dos Shopping Centers no Brasil, BNDES, Setembro de 1996, p. 4, disponível online no endereço <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/Bnset/shopping.pdf>>. Entre 1997 e 2002, houve crescimento de 12,4% ao ano, período em que a área bruta locável (ABL) elevou-se em 14% ao ano, indicando também que houve aumento no tamanho médio. Nesse sentido, ver estudo setorial de M. L. F. Lemos e SE. S. Rosa, Segmento de Shopping Centers no Brasil e o BNDES, in BNDES Setorial, Rio de Janeiro n. 17, março de 2003, p. 171-186, também disponível online no seguinte endereço: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/bnset/set1705.pdf>>.

Mantenho, pois, meu entendimento, seguindo o Conselheiro-Relator Pfeiffer, de que o mercado em tela apresenta substanciais barreiras, todas elas bem salientadas acima. Nesse sentido, é importante analisar como o acesso às lojas e a capacidade de diferenciação e de formação de mixes competitivos estão sendo restringidos no segmento de shopping centers de alto padrão.

5 - ANÁLISE DOS EFEITOS DA CONDUTA PRATICADA

5.1 - Avaliação dos danos anticoncorrenciais causados pela cláusula de exclusividade imposta pelas Representadas

Em seu voto de vista, o Conselheiro Fernando Marques sustentou que a questão suscitada pelas Representantes não passaria de uma relação estritamente privada, que não requer do direito antitruste a repressão pretendida em processo de averiguação de condutas, e que, mesmo que se tratasse de uma questão a ser analisada do ponto de vista concorrencial, os danos gerados não existiriam. Partindo dessa premissa, o Conselheiro não identificou a ocorrência de prejuízos à concorrência, buscando salientar a admissibilidade da cláusula de exclusividade e a inexistência de posição dominante ocupada pelas Representadas. Com isso, seria possível esgotar a análise da conduta examinada, concluindo por sua legalidade(36).

Nota:

(36) Cf. Voto de vista, especialmente fls. 2.123/26 e 2.129.

Ao meu ver, todavia, a elevação das barreiras à entrada no mercado de shopping centers de alto padrão, as restrições efetivas criadas pela cláusula de exclusividade quanto ao acesso à formação de mixes competitivos e o potencial fechamento do mercado relevante foram muito bem estabelecidos e delineados pelo Conselheiro-Relator(37). Verificou-se que o Iguatemi goza de posição não desprezível no mercado considerado, por todas as características já demonstradas nos autos, seguindo-se a indicação da participação de 29%, em termos de faturamentos de vendas, e 31% quanto à receita auferida com a locação dos espaços para os lojistas, bem como pela diferenciação vertical obtida com o regime peculiar de exclusividade e demais singularidades do Shopping Iguatemi no mercado em questão. De fato, chega-se à constatação de que o emprego contínuo e indiscriminado dessas cláusulas de exclusividade específicas adotadas pelo Iguatemi só tende a reforçar unilateralmente seu poder de mercado, dificultando a atuação de concorrentes, potenciais ou já existentes(38).

Nota:

(37) Cf. Voto do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, especialmente fls. 2056 e ss.

(38) Cf. fls. 2.058/59. Para resgatar o argumento contrário, o Conselheiro Fernando Marques (fls. 2.119/20) não admitiu a hipótese de que o Shopping Iguatemi venha ocupar posição dominante no mercado considerado no seu voto – tenant mix de alto padrão -, considerando não haver “tangência aos ideários de dependência econômica e insubstituíbilidade dos insumos”.

Ao fazer a análise dos danos à concorrência, o Conselheiro-Relator verificou que a exclusividade de que se valem as Representadas para bloquear o acesso de lojistas aos demais shoppings que ela identifica como concorrentes vem criar dificuldade para que esses agentes formem um mix diferenciado no mercado relevante em tela.

Acredito ser interessante apenas enfatizar os efeitos gerados pela imposição de cláusulas de exclusividade no que diz respeito ao possível fechamento, mesmo que parcial, de mercado. É fato que, em se tratando de práticas restritivas à concorrência em mercados de produtos/serviços diferenciados, o fechamento revela-se de difícil apuração. O voto do Conselheiro-Relator, amparado na orientação do direito norte-americano e europeu, considerou muito bem tal dado e complexidade, tendo sido ressaltado que, além de um cálculo do grau do fechamento de mercado em relação a cada um dos shoppings centers indicados nas cláusulas de exclusividade, seria necessário verificar o exato grau de diferenciação alcançado pelo Shopping Iguatemi e por ele mantido com auxílio de tais cláusulas.

Tendo em vista as informações apontadas nos autos quanto às estimativas de fechamento do mercado relevante, dificilmente será possível alcançar certeza numérica sobre o exato grau de como ele ocorre, muito distante do que pretenderam tanto as Representantes como as Representadas em suas estimativas. Daí porque a existência de potencialidade de fechamento, conforme detectada pelo Conselheiro Pfeiffer, revela-se um dos dados fundamentais na análise para se identificar como as condições de acesso, ou de diferenciação, pretendidas para entrada no mercado em tela, podem ser restringidas em relação aos concorrentes potenciais ou já existentes(39). Com razão, ressaltou o Conselheiro que: “(...) dado que o shopping tem que montar um mix de lojas com diferentes ramos de atividade, o fato de a cláusula de exclusividade estar destinada a apenas algumas lojas de cada ramo e que, dessas lojas, uma ou duas podem ser vistas como

únicas pelos consumidores, por si só implicaria na potencialidade dos shoppings centers serem incapazes de atingir o nível de diferenciação do Iguatemi e, conseqüentemente, não poderem atrair os clientes que gostariam” (40).

Nota:

(39) Cf. Voto, fl. 2.067.

(40) idem, fl. 2.063.

Chega-se à conclusão de que o fechamento potencial é existente, especialmente porque seriam suficientes poucas lojas afetadas pela cláusula de exclusividade para que os shoppings concorrentes tivessem dificuldade de montar um mix competitivo em relação aquele mantido pelo Shopping Iguatemi. A mensuração de fechamento nesse mercado traduz-se efetivamente pela intensidade pela qual se dá o bloqueio em relação à capacidade de diferenciação dos concorrentes potenciais e existentes(41).

Nota:

(41) A doutrina econômica analisa os efeitos gerais do fechamento ou bloqueio, salientando aspectos relacionados à dificuldade de acesso das concorrentes potenciais ou já existentes ao mercado relevante considerado, à elevação de barreiras à entrada e ao impedimento de acesso dos consumidores aos produtos dos concorrentes (bloqueio à distribuição dos bens). Nesse sentido, ver estudo sobre os acordos de exclusividade de M. Possas et alli, in C. Mattos (org). A Revolução Antitruste no Brasil. São Paulo: Singular, 2003. p. 315 e ss.

Foi justamente nesse aspecto que concordei com o Conselheiro Pfeiffer, entendendo ser bastante peculiar a situação do fechamento no mercado de shopping centers de alto padrão e desnecessário se promover cálculos exatos ou fixar percentuais mínimos para verificação de danos à concorrência nesse mercado, o que seria muito questionável e que poderia desconsiderar o adequado controle antitruste de comportamentos. Mais uma vez, tal contraponto deve ser feito com relação à jurisprudência internacional, que há muito tempo discute os efeitos anticoncorrenciais da cláusula de exclusividade, que se baseia na potencialidade da exclusão de agentes econômicos já existentes ou que venham a entrar num dado mercado.

Nos Estados Unidos, como também muito bem apontado pelo Conselheiro-Relator(42), a orientação do problema foi sempre divergente na doutrina e na jurisprudência, sendo que recentemente têm sido adotados testes mais maleáveis acerca de graus de fechamento. Na verdade, quando se tratar da análise das restrições verticais envolvendo exclusividade, como também seria com relação à venda casada, são considerados muito mais relevantes os impactos relacionados aos fechamentos parciais mínimos e fechamentos potenciais de um dado mercado relevante. Também a experiência mostrou que, nesse campo em especial, o direito norte-americano transitou da conturbada questão da fixação de percentuais de fechamento de mercado suficientes para causar danos concorrenciais até as reflexões sobre a adequada aplicação da regra da razão nos casos envolvendo exclusividade, buscando maior amplitude de análise casuística e correções das falhas expostas pelas teorias mais antigas a respeito das ilicitudes das condutas anticoncorrenciais(43).

Nota:

(42) Cf. especialmente fls. 2.057 e 2.059.

(43) Para uma análise da evolução jurisprudencial sobre casos paradigmáticos envolvendo cláusulas de exclusividade e venda casada, cf. W. E. Kovacic, “Exclusive Dealing, Full Line Forcing, And Tie-Ins” in Corporate Law and Practice Course Handbook Series. Practising Law Institute, n. 1.163, p. 79 e ss.

A jurisprudência da Suprema Corte, pelo menos em dois casos paradigmáticos, hesitou entre a admissão e não admissão de percentuais mínimos para fechamento como variáveis suficientes para aferição de prejuízos à concorrência. Nas discussões exploradas nos casos Standard Stations (1949) e Jefferson Parish v. Hyde (1984)(44), chegou-se à conclusão, respectivamente, de que: (i) um percentual superior a 7% de fechamento já seria suficiente para gerar danos concorrenciais, quando se tratasse de um mercado com barreiras substanciais e no qual fosse exercido poder de mercado por poucos agentes, e (ii) um percentual superior à 30% de fechamento, em mercados com participações diluídas, produtos homogêneos,

mas com potencial exercício de poder de mercado, já seria preocupante do ponto de vista da análise das condutas exclusividades. De uma maneira geral, esses números sempre foram alvo de ataques pela doutrina, que corretamente questionava a inclinação da Suprema Corte em analisar condutas privilegiando a regra da ilicitude per se e não a existência de danos à concorrência. Daí por que se valorizava muito mais a exata aplicação da regra da razão dentro da casuística envolvida(45).

Nota:

(44) Cf., respectivamente, *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 U.S. 293 (1949) e *Jefferson Parish Hospital District n. 2, v. Hyde*, 466 US 2 (1984).

(45) Ver, nesse sentido, antigas e importantes reflexões doutrinárias sobre o problema das cláusulas de exclusividade, em H. Marvel, "Exclusive Dealing", in *Journal of Law & Economics*, n. 25 (1982), p. 4 e ss. O autor deixa muito bem equacionada as questões associadas as eficiências e danos concorrenciais.

No campo das exclusividades o ideal seria alcançar uma análise que se descolasse do argumento da hipersuficiência do fechamento completo do mercado como única hipótese de geração de danos concorrenciais e que encontrasse também, diante desses casos envolvendo exclusividade, uma maneira de evitar a aplicação desvirtuada das eficiências como critérios de exclusão da ilicitude das condutas praticadas.

De fato, a discussão sobre percentuais de fechamento não foi apenas o que se aproveitou naqueles casos paradigmáticos, mas sim o fato de que, em se tratando de fechamento/estrangulamento mediante regimes de exclusividade, não apenas os números de lojas ou parcelas do mercado bloqueadas seriam relevantes para determinar os efeitos da conduta, mas também a questão de saber como esses efeitos e o fechamento se associam às relações formais/institucionais entre os agentes no mercado, como seria, por exemplo, a duração de contratos e conseqüente susceptibilidade destes a desencadear, acelerar ou desacelerar, o fechamento de um dado mercado relevante(46). Até hoje, a doutrina norte-americana não está a vontade com o vaivém da jurisprudência, principalmente por temer que o controle repressivo das condutas seja reduzido a uma verificação automática de ilícitos per se. Daí porque advogam pela casuística dessas situações envolvendo exclusividade e demais restrições verticais(47).

Nota:

(46) Cf. W. E. Kovacic, op. cit. (nota 43 supra), p. 86 e ss.

(47) Cf. também C. Salomão Filho, *Condutas tendentes à dominação dos mercados – Análise Jurídica*, Tese apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Comercial junto à FDUSP, São Paulo, 2001, p. 288 e ss., ao abordar a visão dos neoclássicos sobre o emprego das eficiências econômicas e sua relação com a admissão das cláusulas de exclusividade

No caso específico da questão do fechamento, sua análise serve de instrumento para apuração dos danos gerados pelas condutas anticoncorrenciais envolvendo práticas verticais, pois o objetivo mais importante do direito antitruste, em qualquer nível que se trate, é verificar a aplicação da lei para defesa da concorrência e não das empresas no mercado(48). A análise dos comportamentos anticoncorrenciais relacionados às práticas restritivas envolvendo exclusividade deve considerar as variáveis que relacionem fechamento parcial/potencialidade de fechamento do mercado à ocorrência de danos concorrenciais, e não simplesmente a fixação de percentuais de fechamento completo do mercado. Aliás, a esse respeito, novamente o Professor Paulo Furquim de Azevedo muito bem enfatizou as dificuldades de sua determinação:

Nota:

(48) Ver fundamentalmente a preocupação acerca do controle de condutas, objetivos de proteção da concorrência e sua importância institucional em interessantes estudos de W. Möschel, "Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht", in *Festschrift für Gerd Pfeiffer, Köln-Berlin-Bonn-München*, C. Heymann, 1988, p. 707-725, e "Funktionen einer Eigentumsordnung", in *ORDO*, n. 53, 2002, p. 145-154, nos quais o autor reflete sobre as premissas da escola ordoliberal alemã e busca uma revisão destas para construção dos objetivos do direito concorrencial.

“Não há nenhum exemplo na literatura consultada – teórico ou real – de um problema de fechamento de mercado em que aquele que realiza o contrato de exclusividade controla a totalidade do mercado. Se houvesse, seria tratado como caso de monopólio e não de fechamento de mercado. Ao contrário, Viscusi et alli (1995, p. 239) citam o caso da Brown Shoe, de 1962, em que o fechamento de mercado correspondeu a apenas 1% do total, e mesmo assim, foi considerada uma prática ilegal. Este é um caso extremo, mas tem a função de mostrar que o fechamento certamente não implica monopolização” (49).

Nota:

(49) Contratos de Exclusividade em Shopping Centers , maio de 2002, fl. 1.416.

Examinadas as relações estabelecidas entre as Representadas e os lojistas, bem como as condições de entrada no mercado relevante em tela, é importante não perder de vista que um fechamento potencial ou parcial, alcançado pela utilização de cláusulas de exclusividade, é suficiente para considerar que existem efeitos anticoncorrenciais, como dentre vários, o impedimento de formação, pelos concorrentes, de um mix diferenciado. Igualmente, esse fechamento resulta em obstáculos aos agentes que pretendem entrar no mercado (potenciais entrantes), reduzindo possibilidades/escolhas para se que estes se diferenciem tanto quanto aquele agente que se vale da exclusividade é diferenciado.

Como bem apontado pelo Conselheiro-Relator, a dificuldade de acesso às lojas é uma concreta restrição à escolha dos shoppings quanto à constituição de um tenant mix plenamente competitivo, razão pela qual o fechamento/estrangulamento do mercado relevante vai sendo alcançado. O fato de a cláusula ser firmada com algumas (e não todas) lojas estabelecidas sob o teto do Shopping Iguatemi, e sendo estas exclusivas/singulares nos ramos que atuam, já seria suficiente para dificultar o alcance, pelos concorrentes no mercado em tela, do nível de diferenciação exigido(50).

Nota:

(50) Cf. Voto, fls. 2.063/64.

Daí porque volto ao argumento explorado no voto do Conselheiro Pfeiffer de que, em vista da extrema diferenciação do mercado de shopping centers de alto padrão, bastam poucas lojas afetadas pela cláusula de exclusividade para que os concorrentes potenciais tenham restringida sua capacidade de montar um mix competitivo à altura daquele necessário à entrada no mercado. Não são capazes de se diferenciar tanto quanto é diferenciado o agente econômico que se vale da exclusividade injustificada e, com isso, a concorrência nesse mercado passa a ficar prejudicada. É como se chances dos players tivessem sido retiradas, num jogo em que as regras se tornaram desvirtuadas e incentivadoras de regimes de exclusividade dotados de supostas eficiências.

Levado esse argumento ao extremo, corre-se o risco, como já mencionado, de que todos os concorrentes passem a se valer de uma estratégia de verticalização/diferenciação que seja prejudicial à concorrência no mercado, seguindo tal padrão implantado pelas Representadas(51). E sem razão estas alegaram que o regime de exclusividade aqui discutido poderia servir de estímulo à concorrência e não de restrição à mesma. Não acredito que a conduta praticada pelo Shopping Iguatemi possa ser equiparada, como buscou sustentar o nobre Pareceirista das representadas, a uma “ferramenta decisiva e essencial para assegurar o ingresso de um novo concorrente no mercado” (52). Parece-me muito mais uma fórmula inadequada e dispensável, que se seguida por todos os agentes, poderia gerar efeitos contrários ao sugerido.

Nota:

(51) Cf. nesse sentido, também, as considerações de C. Salomão Filho, op. cit. (nota 47 supra), p. 290-94 sobre os riscos de estímulo aos comportamentos paralelos em casos envolvendo exclusividade, especialmente em situações de intensa integração e diferenciação vertical. O autor ressalta que “(...) Assim, passa a ser estratégico para os concorrentes, uma vez iniciado o processo de verticalização, a ele aderir, com a maior agressividade possível. Pode-se afirmar então que, em um mercado dotado de um certo grau de concentração, é muito comum e até mesmo necessário que ao primeiro processo de integração vertical se sigam outros, por parte dos principais concorrentes, até que grande parte, se não a totalidade do mercado esteja verticalmente integrado. Esse processo se constitui uma real ameaça para os pequenos produtores independentes e potenciais entrantes, para os quais restarão pequenas alternativas para o fornecimento e/ou distribuição em condições concorrenciais”. No caso do mercado relevante ora adotado – o de shoppings centers de alto padrão – poderiam existir mais prejuízos à concorrência ainda, se todos os agentes passassem a se valer do mesmo

regime de exclusividade que o Shopping Iguatemi utiliza para manutenção de posição dominante em seu mix altamente diferenciado. O risco de imitação da prática empregada pelas Representadas no mercado em tela pode ser fator de preocupação, principalmente se esse tipo de exclusividade for indiscriminadamente adotado e seguido pelas concorrentes com justificativas na eficiência econômica e dotadas de fraco apelo concorrencial.

(52) Cf. Parecer, p. 45. A orientação do Professor Campilongo restou um pouco vaga, especialmente quando ele afirma que as práticas de exclusividade, ainda que introduzam “elementos de imperfeição no mercado relevante” em curto prazo, podem se mostrar indispensáveis para o incremento da concorrência no futuro. No entanto, não indica o parecerista quais seriam esses elementos de imperfeição.

Também devem ser mencionados, tanto quanto o presente processo de averiguação de condutas veio explicitar, os prejuízos impostos aos lojistas e aos consumidores freqüentadores do Shopping Iguatemi.

No caso dos lojistas, os efeitos da exclusividade (e conseqüente fechamento /estrangulamento do mercado relevante) restringem a opção de estabelecimento em outros shoppings (“bloqueados”) e criam vínculos intensos entre as partes no contrato de locação inteligentemente adotado pelas Representadas para fomentar a exclusividade. Tanto é assim, que o Conselheiror-Relator identificou tal situação como sendo um “círculo vicioso de modo voluntário”, criado por conta de necessidades estratégicas, receio de perda localização privilegiada, lucratividade e destaque, todas estas situações das quais as Representadas souberam muito se utilizar(53).

Nota:

(53) Cf. Voto, fls. 2.067/68. Para uma discussão acerca relações contratuais e vínculos de dependência, catividade, necessidade e estratégias, ver estudo de R. Porto Maceedo Jr. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 147 e ss.

Dai porque penso também ser extremamente questionável o argumento de que se o lojista não estiver contente com seu estabelecimento no Shopping Iguatemi, então ele é que deve se mudar para outro. Com freqüência, são utilizadas, nas relações comerciais, instrumentos legais, eventualmente questionáveis, para induzir a manutenção dos lojistas-locatários em shoppings (e.g. multas rescisórias, propositura de ações de despejo por conta de violação positiva das obrigações estabelecidas etc.), mas que expõem a típica situação de assimetria contratual a que as lojistas têm de se submeter, caso pretendam se fixar em um determinado shopping, sem possibilidade de acesso a outros. No caso em tela, se observarmos a questão em suas nuances contratuais, seria possível verificar que o regime sui generis de exclusividade criado pelo Shopping Iguatemi e a proibição de não estabelecimento resultaram numa injustificada restrição (por meio de negócio jurídico) de contratar com terceiro empreendedor nominalmente indicado pelo locador. Essa situação é apenas o ponto de partida para os efeitos anticoncorrenciais decorrentes do regime de exclusividade adotado. A saída mais adequada e pacífica para as relações entre os contratantes será justamente a de garantir que as livres escolhas lhes sejam mantidas, sem recurso a instrumentos pouco saudáveis para disseminar restrições, e, no caso analisado, prejuízos à concorrência. Daí porque o Conselheiro Pffeifer foi muito sensato ao enfatizar o círculo vicioso em que se encontram os lojistas-locatários, aproximando os aspectos concretos da análise concorrencial aos efeitos restritivos gerados pelos negócios de exclusividade, também questionáveis do ponto de vista contratual(54).

Nota:

(54) Sobre o problema do abuso de poder contratual analisado em relações verticais entre empresas de fornecimento e distribuição, ver reflexões de A. Tomasetti Jr., “Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual”, in *Revista dos Tribunais*, n. 715, 1995, p. 87 e ss. Interessante é notar que a ótica contratualista, sobre a qual repousou muitas vezes a análise das locações do Iguatemi, foi articulada nos presentes autos de modo a pretender desviar a análise concorrencial da conduta de exclusividade praticada pelas Representadas. Em relação ao cuidado antitruste com que as regras de direito contratual deve ser tratadas, especialmente em relação à intervenção das autoridades sobre contratos entre empresas, ver importante estudo de E. Steindorff, “Kartellrechtliche Anpassungspflichten für langfristige Verträge”, in *Festschrift für Gerd Pfeiffer*, Köln-Berlin-Bonn-München, C. Heymann, 1988, p. 798 e ss., em que o autor analisa muito bem hipóteses de exercício cumulativo e isolado, pelos agentes econômicos de posição dominante, poder contratual e situações de abuso decorrentes.

No caso do Shopping Iguatemi, de tudo o que foi visto nos autos, os lojistas são cada vez mais afetados, tanto quanto maior for a resistência em manter como estão tais cláusulas de exclusividade. E isso também ocorre em relação a potenciais lojistas contratantes, os quais simplesmente deverão aderir a um contrato de locação com esse tipo de cláusula, caso pretendam se instalar no Shopping. Novamente, e gostaria de voltar a este aspecto, a concepção acerca do círculo vicioso voluntário criado entre o Shopping e os lojistas, como salientada pelo Conselheiro Pfeifer, parece expor muito bem a dimensão dos prejuízos trazidos aos lojistas. Não me parece ser razoável da parte das Representadas a alegação de que as lojas não se sentem incomodadas com a cláusula, além de buscarem, de todas as maneiras, sustentar que esta é pró-competitiva e geradora de eficiências(55).

Nota:

(55) Cf. Pesquisa Toledo & Associados (nota 19 supra), p. 104 e manifestação da ALSHOP - Associação Brasileira de Lojistas de Shopping centers -, fl. 1.867, na qual há afirmação sobre os prejuízos trazidos à categoria de lojistas pela imposição da cláusula de exclusividade e as limitações às possibilidades de expansão das atividades comerciais.

Quanto aos consumidores, observa-se uma indiscutível indução à catividade em relação ao Shopping Iguatemi, não porque este tenha se tornado um ambiente irresistível e atraente (como tantas vezes reiterado pelas Representadas), mas pelo fato de que eles passam a dispor de quase nenhuma opção que não a de encontrar, nesse Shopping, as lojas exclusivas em que pretendem realizar suas compras.

A possibilidade de deixar o consumidor sem opção, (porquanto no caso examinado ele esteja cativo à exclusividade arquitetada pelo Shopping Iguatemi), é uma das principais externalidades negativas que os objetivos de política antitruste visam combater em sua amplitude institucional, independentemente que se trate de uma classe consumidora de alto padrão aquisitivo, como é no mercado em tela. Muito simplista seria admitir que essa classe não se sente contrariada ao percorrer quaisquer distâncias que sejam para chegar ao Shopping Iguatemi e ali fazer suas compras em lojas de grife ou exclusivas. Mas é perfeitamente razoável pensar que esse consumidor deva ter plenas condições para fazer compras em outros shoppings, sem que seja preciso se deslocar até o Shopping Iguatemi.

Esse raciocínio é bem claro e próximo: em matéria de relações de consumo, a amplitude das escolhas deve ser ao máximo estendida e não restringida, com o que é possível verificar, quanto e como, o bem-estar pleno é alcançado. Não há como se pensar exclusivamente nas vantagens que o shopping venha oferecer, ou de quais estratégias ele deva se valer para evitar que seus concorrentes se diferenciem como ele. Nesse momento, o interesse do consumidor, como classe geral tutelada pela lei, deve ser protegido, o que também se faz pela correta aplicação do direito concorrencial(56).

Nota:

(56) Nesse aspecto, as Representadas não estabeleceram efetivamente a correlação entre a eficiência econômica proporcionada pelas cláusulas e os supostos benefícios para a concorrência e para o consumidor. Assim, deixaram transparecer: "É claro que o processo de busca de diferenciação freqüentemente traz riscos para o negócio, mas isso não pode ser considerado uma anomalia no processo competitivo. Anomalia é tentar conquistar vantagens comparativas sem risco sem investimento. O incentivo à diferenciação que venha gerar benefícios aos consumidores, na forma de aumento de opções de compra, é da própria lógica da concorrência". "A cláusula é, assim, benéfica para o consumidor na medida em que evita uma excessiva padronização das marcas ou grifes, aumentando as opções e a variedade da oferta, pelo estímulo que confere aos investimentos em diferenciação, evitando com isso a criação de barreiras à entrada de novas marcas ou lojas". (cf. fl. 1.959)

Ademais, vale lembrar que os efeitos da restrição da concorrência, seja qual for o mercado afetado pela conduta, de luxo ou de produtos essenciais, também se propagam ao longo de sua cadeia produtiva ou de distribuição, podendo inclusive gerar restrição da oferta e, eventualmente, desemprego(57).

Nota:

(57) A esse respeito já me manifestei mais detalhadamente em voto vogal no caso Nestlé-Garato (AC nº 08012.001697/2002-89).

De tudo isso, parece-me que a tática levada a cabo pelas Representadas - a de reduzir as opções de consumo e livre acesso por meio de exclusividades anticoncorrenciais estabelecidas com lojistas-locatários "singulares" – possa ser uma postura absolutamente injustificada, também não tolerável do ponto de vista da proteção ao consumidor e da livre iniciativa (58).

Nota:

(58) Cf. R. Porto Macedo Jr., *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, op. cit. (nota 53 supra), p. 299-302. O autor explica que o objetivo de proteção do consumidor, dentro de qualquer disciplina jurídica que se trate (e.g. seguridade, concorrência, contratos etc.), não pode ser inserido em uma relação de custo benefício, mas sim dentro de um projeto de sociedade que se pretenda construir. O impedimento de acesso e a indução e manutenção de catividade são contrários a esse objetivo, daí porque se mostram, a todo tempo, comportamentos absolutamente injustificáveis, não podendo ser padrão normal de relação de consumo.

Por todas essas razões, venho mais uma vez concordar com as considerações do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer sobre os danos à concorrência trazidos pela imposição do regime de exclusividade das Representadas e que embasaram a minha fundamentação até agora.

5.2 - Exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta examinada

Embora a cláusula em análise venha desencadear restrições à concorrência, conforme analisado no tópico anterior, poder-se-ia também alegar existência de eficiências econômicas compensatórias.

A análise criteriosa e bem argumentada feita pelo Conselheiro Pfeiffer, refutando as alegações da Representada, levou-o a concluir pela inexistência de racionalidade econômica para a exclusividade. Adotando entendimento diverso, o Conselheiro Fernando Marques identificou eficiências econômicas na cláusula de exclusividade. Em relação às eficiências apontadas no Parecer do Professor Ruy Santacruz e acolhidas no voto de vista, acredito que já haviam sido afastadas pelo Conselheiro-Relator de forma bastante consistente. Ao meu ver tais eficiências não podem ser verificadas como pretenderam as Representadas, a saber, (i) a manutenção do equilíbrio da relação contratual, e conseqüente redução das possibilidades de um eventual comportamento oportunista por parte do lojista de privilegiar um ponto de venda em empreendimento concorrente; e (ii) evitar que os lojistas mudem o conceito de "exclusivo" para "popular".

Em relação ao primeiro ponto, não me parece haver um desequilíbrio da relação contratual entre o shopping center e o lojista, de forma a favorecer este último. Ao contrário do sustentado pelo Professor Ruy Santacruz, o Professor Paulo Furquim de Azevedo expôs que, "do ponto de vista jurídico, a rescisão antes do prazo é facultada a qualquer das partes igualmente, não configurando qualquer assimetria" (59). Portanto, entendo que a cláusula ora em comento não se justifica.

Nota:

(59) Cf. P. F. Azevedo, *Contratos de Exclusividade em Shopping Centers*, fl. 1.414.

No caso da segunda hipótese, a de evitar que os lojistas mudem "sua estratégia de 'exclusivo' para 'popular' e como têm direito ao ponto comercial, levaria o shopping a perder o 'conceito' que estabeleceu para si como meta estratégica" (60), para mim, resta claro também que tal argumento não se sustenta, tendo em vista que os shoppings expressamente nomeados na cláusula de exclusividade são de alto padrão. Conforme muito bem argumentado pelo Professor Furquim de Azevedo: "A motivação para a adoção da exclusividade é explícita em dois momentos. Ao discriminar somente shoppings de 'alto padrão' ou que almejem atuar nesse segmento, o próprio contrato revela que sua motivação não é o risco de depreciação do 'conceito', pela popularização de lojas estabelecidas no Iguatemi. A cláusula tem endereço bem definido, ou seja, os shoppings que o Iguatemi vê como concorrentes potenciais em seu segmento de mercado altamente diferenciado" (61). (grifos no original)

Nota:

(60) Cf. R. Santacruz, p. 5, transcrito no Voto do Conselheiro Fernando Marques, fl. 2.131.

(61) Cf. Contratos de Exclusividade em Shopping Centers , fl. 1.417.

O Conselheiro Fernando Marques também sustentou, citando o parecer do Professor Celso Campilongo, que “sem as exclusividades, os efeitos econômicos internos da restrição, no plano dos custos de transação seriam, no mínimo os seguintes: aumento dos gastos com propaganda para atrair a clientela, elevação das despesas com decoração; incorporação, ao custo do metro quadrado, dos ônus de um turnover frenético das lojas”. Afirmou, ainda, que “a eficiência gerada pelo Iguatemi é resultado de uma estratégia organizacional e cooperativa concebida exatamente para racionalizar a distribuição de transação” 62. Ademais, ao meu ver, os custos supracitados não podem ser considerados custos de transação. Na realidade, são custos inerentes à prestação de serviço do shopping e não específicos da transação com cada lojista. Além disso, as imposições da cláusula de exclusividade não evitariam que as partes incorressem nesses custos, já que os lojistas podem sair do shopping a qualquer momento. De fato, a existência de custos de transação poderia ser um argumento importante em favor das cláusulas de exclusividade, uma vez que sua eliminação leva a um aumento de eficiência locativa. Entretanto, seria necessário que houvesse ativos específicos envolvidos na relação entre lojistas e shopping center⁶³. O Professor Paulo Furquim de Azevedo mostra, em seu parecer, que não há ativos específicos envolvidos, mas sim ativos especializados, “(...) os quais por si só, não têm quaisquer conseqüências sobre os custos de transação e, portanto, sobre a opção contratual. (...) Um ativo específico não se confunde (...) com um ativo especializado, cujo retorno depende de um determinado uso (ao qual ele é especializado), mas não necessariamente de uma mesma transação”.

Adicionalmente em voto proferido pelo ex-Conselheiro Celso Fernandes Campilongo na Averiguação Preliminar nº 05012.006504/97-11b, foram apresentados quatro requisitos baseados na jurisprudência européia que, se atendidos, justificariam a utilização de uma cláusula de exclusividade. São eles: “1) o acordo deve contribuir para a melhoria da produção ou da distribuição ou implicar promoção do progresso técnico ou econômico; 2) as vantagens realizadas em proveito do consumidor devem ser razoáveis; 3) a restrição deve ser indispensável à realização dos objetivos perseguidos; 4) o acordo não deve permitir às empresas contratantes a possibilidade de excluir uma parte importante do mercado”. A seguir são analisados os quatro critérios.

Com relação ao primeiro, não vejo como a cláusula de exclusividade contribua para a melhoria do produto do shopping center, isto é, o comércio varejista. De fato, quando o shopping investe em sua imagem, amplia a capacidade de atração das lojas nele localizadas. Nesse sentido, a relação entre shoppings e lojas pode implicar ganhos mútuos a partir do investimento na busca de novos consumidores. No entanto, a cláusula de exclusividade, aqui analisada, não é condição necessária para a diferenciação criada ocorra de maneira eficiente e lucrativa. Isto é, o fato de uma loja do Iguatemi se instalar em outro shopping de alto padrão – ou seja, um daqueles citados nos contratos de exclusividade – em nada reduz o diferencial produzido pelo investimento em imagem.

O segundo critério poderia ser defendido pelo argumento salientado pelo Conselheiro Fernando Marques de que a cláusula de exclusividade seria pró-competitiva, ampliando a opção dos consumidores e aumentando a oportunidade de concretização da livre iniciativa por parte dos lojistas. Buscando justificar seu ponto o Conselheiro enfatizou que as exclusividades forçam o desenvolvimento de novos mixes, facilitando a entrada de novos lojistas e, como conseqüência, ampliando o leque de opções dos consumidores. Não vejo como isso possa ser comprovado. Em primeiro porque não observei ao longo dos autos gastos suficientes que implicassem melhoria de desenvolvimentos nessas lojas. Ao contrário, uma vez que a cláusula impede que lojas se estabeleçam em mais de um shopping do mercado relevante gera-se redução do bem-estar do consumidor, pois ele é obrigado a internalizar o custo de deslocamento de um shopping a outro. Afinal, não faz sentido assumir que o consumidor fará uso apenas de um mix.

O terceiro critério é o mais difícil de ser defendido. O fato de contratos de exclusividade não constituírem parte do padrão de concorrência do mercado relevante em questão, qual seja, de shopping centers de alto padrão, como observa o Professor Paulo Furquim de Azevedo, demonstra que a cláusula não é condição necessária à operação apesar do aumento de dificuldade.

O quarto e último critério, que impõe que o acordo não deve permitir às empresas contratantes a possibilidade de excluir uma parte importante do mercado, remete à questão do efeito de fechamento do mercado, já exaustivamente tratado nesse voto e no voto do Conselheiro-Relator. Como observa o Professor Paulo Furquim de Azevedo, tal estratégia, na realidade, restringe as oportunidades de diferenciação vertical de empreendimentos concorrentes.

6 - CONCLUSÕES

Por tudo o que foi verificado no presente voto de vista e extraído do exame das divergências contidas nos votos dos Conselheiros, entendo que seja esta a oportunidade de enfatizar, mais uma vez, os efeitos da cláusula de exclusividade, aqui analisada, e os danos à concorrência por ela gerados:

- (i) a prática de exclusividade adotada pelas Representadas vem restringir o acesso de concorrentes (potenciais/entrantes ou já existentes) ao mercado relevante, os quais vêm a apresentar dificuldades de constituição de tenant mixes de alto padrão e de acesso direto a lojas diferenciadas e de grife sobre as quais recaiam as cláusulas (efeito anticoncorrencial imediato);
- (ii) a exclusividade analisada aumenta significativamente as barreiras à entrada, especialmente em se tratando da imposição de uma espécie de diferenciação vertical atípica (nesse mercado de dois lados, a conduta é suficientemente poderosa para irradiar efeitos tanto nas relações shopping/lojista, como entre shopping/consumidores finais e lojistas/consumidores finais), levando à formação de cadeias de exclusividade e de catividade; e
- (iii) a possibilidade de ampliação progressiva da prática examinada não está descartada, tal como seria em relação à imitação da mesma pelos agentes no mercado relevante de shopping centers de alto padrão, segundo a forma de que se valerão as Representadas em seus contratos de locação. Na esteira do que foi suscitado pelo Conselheiro-Relator, não se pode falar com certeza sobre a atuação do Shopping Iguatemi nos próximos anos, de saber se as

exclusividades serão reduzidas ou ampliadas. O Shopping desfruta de posição dominante para, em face de potencial entrada de concorrentes no mercado relevante de shopping centers de alto padrão, utilizar novas cláusulas com seus lojistas ou com aqueles que estiverem dispostos a locar um espaço em seu estabelecimento. Já tendo indicado shoppings que considerou como sendo seus concorrentes em cláusulas de exclusividade, não teria mais dificuldades em retomar a prática aqui examinada, e intensificar, com isso, o fechamento do mercado(64).

Nota:

(64) Cf. fl. 2.064. Nesse sentido, vale examinar, ainda, as hipóteses das estratégias de verticalização e indução à verticalização compulsória no mercado relevante afetados por regimes de exclusividade, como verificado por C. Salomão Filho, op. cit (nota 47 supra), p. 293 e por mim referidas acima (nota 51 supra).

(iv) não restaram demonstradas as eficiências alegadas ao longo dos autos.

(v) como ocorre em muitos casos relacionados às restrições verticais e acordos de exclusividade, a aplicação da regra da razão não significa afirmar que as condutas a eles relacionadas sejam lícitas. Em se tratando de um agente com significativo poder de mercado, o mais adequado é evitar a disseminação indiscriminada de situações envolvendo exclusividade ou acordos individuais ou em conjunto que tenham como escopo amarrar uma série de lojas ao agente que estabelece a exclusividade. Existirão outros meios para assegurar as eficiências pretendidas pelo agente, as quais nunca se confundem com eficiências distributivas relacionadas ao consumidor. A exclusividade, enquanto artifício para tal objetivo, deve ser vista com muita parcimônia(65).

Nota:

(65) A esse respeito, valem as boas referências sobre acordos de exclusividade levantadas por R. M. Steuer, "Customer-Instigated Exclusive Dealing", in *Antitrust Law Journal*, n. 68, 2000, p. 248 e ss., também nas notas em <<http://profs.lp.findlaw.com/antitrust/index.html>>.

Portanto, entendo que ficou bem explicitada a existência de danos à concorrência, de forma que é justificável e legalmente permitida a intervenção antitruste. Afasto, pois a pretensão das Representadas de que o presente caso seja uma questão estritamente privada, de livre negociação das partes. Em se tratando da tutela da livre concorrência, a atuação do Estado é uma garantia institucional, daí porque, até o momento, muito bem fez o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em atuar no presente caso de averiguação de prática lesiva à ordem concorrencial. Assim, acompanhando integralmente, nos argumentos e nas conclusões, o voto proferido pelo Conselheiro-Relator.

Por fim, gostaria de ressaltar que a Representada requereu o desentranhamento da petição protocolada pela Representante em 18 de fevereiro de 2004, tendo como anexo a Ata da 35ª Assembléia Geral Ordinária do Condomínio Shopping Center Iguatemi, realizada em 30 de abril de 2001. Para tanto, foi alegado, inicialmente, que tendo sido publicada há quase três anos a ata não se configuraria como documento novo para ser admitida nos autos. Ademais, argumentou a Representada que, ainda que a ata fosse considerada documento novo, não poderia ter sido juntada depois de iniciado o julgamento do processo.

No entanto, tendo em vista que se trata de documento que apenas reitera o entendimento de que a cláusula de exclusividade é prejudicial à concorrência, posicionamento este já defendido pelo Conselheiro-Relator e seguido pelo Conselheiro Miguel Tebar, não vejo impedimento legal à sua juntada aos autos, com base no art. 17, § 2º do Regimento Interno. Nesse sentido, o documento não traz qualquer elemento novo, como ressaltado pela própria Representada.

É o voto.

Brasília, 03 de março de 2004.

CLEVELAND PRATES TEIXEIRA
Conselheiro do CADE

VOTO ORAL DO CONSELHEIRO LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros:

Venho e de modo atento acompanhando os ilustrados, e porque não dizer, requintados votos de meus pares.

Quero, antes de manifestar-me sobre o mérito, registrar posição processual sempre respeitando fortemente as oposições que a enfrente.

Previamente, precavendo interpretações açodadas, deixo claro que compreendo e defendo que todo Conselheiro pode livremente escolher seus argumentos, mais ou menos refinados, para acompanhar ou não o voto lançado pelo Conselheiro-Relator, mesmo porque, a decisão deste Plenário será fixada nos termos do voto do Relator. Do contrário, se este for vencido, aí sim, será exigido do relator do voto vencedor uma construção mais elaborada, porque esta se constituirá na própria decisão plenária, ou seja, aquela que expressa a ação jurídico-política do Estado.

Isto porém, não quer dizer que possa qualquer conselheiro que não seja o conselheiro-relator, produzir atos de instrução, mesmo que na sua interpretação façam falta para a formação do seu juízo. A uma, porque a ordem processual existe exatamente para que não se prorogue indefinidamente ou mais que o necessário à ação estatal da qual prescinde uma empresa ou um cidadão. A duas, porque após a leitura do voto pelo relator, de forma definitiva, a instrução está encerrada, ou seja, estaremos neste caso em processo de votação. A três, porque o presidente do feito é o conselheiro-relator, o qual, detém com exclusividade as competências definidas pelo art. 9º da Lei nº 8.884/94, postergável apenas no ato da redistribuição a outro conselheiro. A quatro, porque a preservação do processo de votação é a preservação da integridade da decisão plenária, em seu sentido prático e em seu sentido ético.

Estas são considerações de ordem primária, pois há outras de ordem secundária, tais como a preocupação com a real possibilidade, a meu ver, da processualmente indevida e involuntária criação de expedientes anulatórios, e a inserção de fato novo, após o voto do Relator.

Lembro que faço duas distinções básicas para elaboração deste raciocínio: a distinção entre as figuras do Conselheiro-Relator e do Conselheiro-Vogal; a outra é a distinção entre instrução e julgamento, o que não é nada gracioso.

Entendo, data máxima vênia das opiniões mais ilustradas, que ao ser lançado o voto do conselheiro-relator, qualquer parecer, documento, petição ou assemelhado, mesmo que protocolizados, não podem por ele ser recebidos e inseridos nos autos, muito menos poderá outro conselheiro. Por esta razão, não toco na questão da ausência de contraditório, pois trato de situação que precede esta.

Em palavras mais econômicas, digo que qualquer conselheiro é livre para fazer citações, cópias ou ilações que sua consciência determinar, porém, outra coisa é pretender instruir o feito, ou mesmo permitir que as partes, depois de iniciado o processo de votação, façam inserir documentos e argumentos.

Por tudo isto, de plano, eliminei das minhas apreciações qualquer documento ou outra manifestação que aportaram aos autos após o Conselheiro-Relator proferir o seu voto.

No mérito, acompanho a definição do mercado relevante como sendo o de shoppings centers de alto padrão, quanto ao produto, abrangendo a região das zonas oeste, norte da zona sul e oeste da zona central da cidade de São Paulo, quanto à dimensão geográfica.

Uma vez delimitados o mercado do produto e o mercado geográfico, na questão em tela é válido analisar que as empresas sujeitas a um sistema concorrencial no ramo de shopping, especificamente de alto padrão, devem obedecer a condicionante de substituíbilidade ao nível da procura e da oferta, ou seja, o mercado é concorrencial se o cliente dispõe da possibilidade de escolher entre uma gama mais ou menos vasta de produtos com características semelhantes num determinado mercado.

No presente caso, apesar da especificidade “alto padrão” que envolve empresas renomadas e clientela pertencente à classe social mais elevada, as opções de escolha no mercado geográfico, definido especificamente para esse consumidor, ficam bastante reduzidas com a imposição, pela Representada, das cláusulas de exclusividade aos lojistas-locatários, objeto do processo em questão.

Essa imposição aos lojistas limita-os no mercado, pois, ficam impedidos de ampliar a margem de oferta no mercado geográfico definido.

Além da limitação concorrencial, gerada pela imposição de exclusividade, ficou bastante evidente, que tal cláusula aumenta significativamente as barreiras à entrada, especialmente em se tratando da imposição de uma espécie de diferenciação vertical.

Disso decorre que, no mercado apreciado, a conduta adotada pela Representada é bastante para acarretar efeitos nocivos às relações entre shopping/lojistas e entre shopping/consumidores e, por conseqüência, entre lojistas/consumidores.

A imposição de exclusividade é um potencial meio lesivo à concorrência, tendo em vista a constatação da existência de posição dominante detida pelas Representadas, especificamente no que concerne ao grau de diferenciação do Shopping (Representada), à cobrança de valores elevados dos aluguéis, à imposição da cláusula de exclusividade e pela forte atração de lojistas e consumidores em potencial.

Considerando, portanto, que basta a potencialidade de um ato para a determinação de ilícito à concorrência, em conformidade com o art. 20 da Lei nº 8.884/94, acompanho o voto do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

É o voto.

Brasília (DF), 03 de março de 2004.

LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE

Conselheiro do CADE

VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO THOMPSON ANDRADE

O exame da questão do uso do instrumento da exclusividade pelo shopping Iguatemi leva-me a fazer as seguintes considerações para efeito de voto no presente processo. Li todos os pareceres, memoriais e os votos escritos apresentados e

sinto-me seguro para emitir o meu voto, com amplo conhecimento das teses apresentadas. Para emitir o meu voto vou ter que recorrer ao conhecimento econômico, ao custo inevitável de ser taxado de técnico demais e de ser acadêmico.

1 - O funcionamento de um mercado, com interação entre a demanda e o a oferta, tem um papel importantíssimo na alocação de recursos em uma economia. O equilíbrio do mercado se faz por esta interação, resolvendo o que vai ser produzido, onde, quanto e a que preços e demais variáveis relevantes.

2 - O mercado relevante no presente caso é o mercado de locação de espaço em shopping centers para a operação de estabelecimentos comerciais. Os proprietários de shopping centers são os ofertantes deste espaço e os demandantes são as pessoas interessadas em ocupar aquele espaço com finalidade comerciais, sinteticamente chamados de lojistas. A função oferta em cada shopping é o vetor de atributos do que está sendo oferecido, em que condições e a que preço. A função demanda também é um vetor de atributos desejados pelos demandantes, ou seja, os preços que estão dispostos a pagar, qual o espaço desejado e demais características desejadas por eles. O confronto de demanda e oferta vai gerar um resultado em termos de quem ocupa qual espaço, a que preço e outras condições determinadas pelo equilíbrio a que se chegou.

3 - Para o propósito do presente processo, vamos imaginar n shopping centers, portanto com n ofertantes de espaço locável e um número de demandantes que procuram se localizar em um ou mais destes n shoppings. Dadas as demandas e as ofertas, o equilíbrio do mercado determina qual demandante fica onde e a qual preço de locação, ou seja, o mercado resolve este problema complexo de alocar os espaços entre os demandas do mesmo.

4 - Para continuar neste meu voto, terei que usar um recurso usado pelos economistas para fazer as suas análises. Vou usar o método de estática comparativa. Este método permite visualizar os efeitos de uma dada alteração no equilíbrio do mercado. Assim, no momento 1 temos o equilíbrio de mercado, o qual é alterado ou não por uma modificação estrutural no mercado, e então observa-se em um momento 2 qual é o equilíbrio do mercado, o qual pode ser o mesmo ou um outro. Assim, a estática comparativa é um exercício de antes e depois no equilíbrio de mercado, dada uma alteração estrutural neste mercado.

5 - A alteração que vai ser considerada no presente caso é a implementação da exigência de exclusividade por parte do enésimo shopping center. Esta exigência altera a sua função oferta porque a sua oferta de espaço locável fica condicionada à aceitação da exclusividade. A exigência também afeta as funções demandas dos n-1 shopping centers, porque o problema colocado pela introdução da cláusula de exclusividade é a de que alguns lojistas que estiverem interessados em se candidatarem a locar espaços no shopping n não demandarão espaço nos outros shoppings. Haverá menos demandantes em cada um dos demais shoppings. O efeito disso será um equilíbrio de mercado diferente, ou seja, a introdução da exclusividade provoca o surgimento de um novo equilíbrio de mercado em alguns dos n-1 shoppings. Nestes shoppings, a alteração da demanda, puxando para baixo implicará em uma redução do preço de equilíbrio da locação, o que afetará o faturamento dos seus proprietários, diminuindo-lhes a rentabilidade. Em outras palavras, o fato do shopping center n ter introduzido a cláusula de exclusividade, produzirá um efeito desejado ou não, de nível maior ou menor, sobre a rentabilidade dos demais shoppings center.

6 - Como a introdução da exclusividade pode não ser generalizada em termos de quais lojistas ela se aplica, mas sim orientada para alguns tipos de lojistas, como no presente caso, algumas grifes famosas, este efeito pode ser importante porque a cláusula de exclusividade estará retirando da função demanda dos demais shoppings exatamente os demandantes que justamente por sua fama e possivelmente por seu porte econômico estariam dispostos a pagar preços mais altos pelos espaços disponibilizados pela oferta, afetando decisivamente o preço de equilíbrio para um nível bem inferior ao que existiria sem a cláusula de exclusividade, limitando-lhes a possibilidade de participar isonomicamente deste mercado.

7 - Ressalte-se que a análise de estática comparativa não é suficiente para reunir todos os resultados possíveis advindos da cláusula de exclusividade. Também devem ser considerados os elementos dinâmicos na análise. Conforme foi visto, a exclusividade gera efeitos no equilíbrio de mercado por causa das alterações nas funções demanda dos n-1 shopping centers, alterando-lhes a sua rentabilidade financeira para baixo, o que certamente no médio e longo prazo afetará os vetores componentes das suas funções ofertas. Em outras palavras, isto também terá consequências sobre a disponibilidade destes shoppings em relação aos atributos básicos demandados pelos potenciais demandantes lojistas no que diz respeito aos equipamentos de lazer, de segurança, qualidade das facilidades e outros atributos. As diferenças de rentabilidade produzirão capacidades diferenciadas de atrair para o seu shopping aqueles lojistas com estabelecimentos mais sofisticados, os quais demandam características mais aprimoradas destes centros comerciais, inclusive no que diz respeito ao próprio mix de lojas disponíveis no shopping, como forma de dar-lhes mais reputação.

8 - Em termos comparativos, serão claras as desigualdades na oferta destes atributos, fazendo com que a competição existente entres os shoppings para atrair os lojistas para o seu shopping se enfraqueça. E esses efeitos serão reforçados e permanentes na medida em que as vantagens competitivas propiciadas justamente e compreensivelmente pela experiência acumulada do shopping n, pela know-how desenvolvido por ele, se adicionem às vantagens trazidas por sua possibilidade magnificada de imposição de uma cláusula de exclusividade.

9- Uma manifestação desta possibilidade de alterar as ofertas dos n-1 shopping centers e a sua própria, ou seja, do shopping n, reside no fato de ter um mix determinado de lojas, não-reproduzível pelos n-1 outros shoppings.

10 - Em função destes comentários, acompanho o voto do Conselheiro-Relator, Roberto Pfeiffer, e o voto de vista do Conselheiro Cleveland Prates, os quais aprofundam ainda mais outros pontos que mostram que o uso da cláusula de exclusividade tem consequências anti-concorrenciais no mercado de shopping centers.

É como voto, Sr. Presidente.

Brasília, 03 de março de 2004

THOMPSON ALMEIDA ANDRADE
Conselheiro do CADE