

PROCESSO ADMINISTRATIVO**Nº 08012.002841/2001-13**

Representante: Condomínio Shopping D.

Advogados: Bolívar Moura Rocha, Aurélio Marchini Santos, Bruno Dário Werneck e outros.

Representada: Center Norte S.A. – Construção, Empreendimento, Administração e Participação.

Advogados : Ana Paola Sene Mercadante, Rodrigo Martins, Cristiano Matsuo Azevedo Tsuka mo to e outros.

Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castel lanos Pfeiffer

Data de publicação do Acórdão: 08.03.2005.

EMENTA

Processo Administrativo – Conduta: imposição de cláusula de exclusividade territorial (Cláusula de Raio) nos contratos de locação do Shopping Center Norte – Conteúdo da cláusula: proibição dos lojistas de explorar o mesmo ramo de comércio por eles exercidos em um raio de mil metros do shopping, excepcionando-se as lojas pré-existentes à data de assinatura do contrato e as lojas expressamente autorizadas pela representada – 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 médio padrão nas regiões norte e centro da cidade de São Paulo – Poder de mercado: constatado a partir de sua elevada participação no mercado relevante definido, pela capacidade de restringir concorrentes reais e potenciais e pela existência de barreiras à entrada, que exige altos custos iniciais e, em se tratando do mercado relevante em questão, com alto grau de saturação locacional, além da capacidade de cobrar aluguel substancialmente superior à média de mercado – Cláusula de Raio: não é ilícita per se – Validade da Cláusula do ponto de vista concorrencial: quando adstrita a razoavelmente prevenir comportamentos oportunistas e garantir o retorno do investimento sem impor limites não razoáveis à concorrência no mercado relevante – Razoabilidade da cláusula a ser analisada em cada caso concreto – Inexistência de justificativas econômicas para o presente caso – Efeitos anticoncorrenciais da cláusula de exclusividade territorial caracterizados pela aplicação por tempo indeterminado, pelo modo de implementação e abrangência da cláusula, pelo fechamento de mercado e pela sua utilização para bloquear a diferenciação do concorrente – Infração tipificada pelo artigo 20, incisos I e IV c/c o artigo 21, inciso IV e V, da Lei nº 8.884/94 – Aplicação de multa equivalente a 1% do faturamento bruto da Representada no ano anterior à prática da conduta – Determinação da imediata cessação da conduta infrativa, retirando-se a cláusula de raio dos contratos que a contenha para os lojistas estabelecidos no Center Norte – Outras determinações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, condenar a Representada como incurso no art. 20, incisos I e IV, combinado com o art. 21, incisos IV e V da Lei nº 8.884/94, nos termos do voto do Conselheiro-Relator, determinando à Representada, por unanimidade, o pagamento de multa equivalente a 1% (um por cento) do faturamento bruto anual da Representada no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, descontados os impostos, nos termos do art. 23, inciso I, da Lei nº 8.884/94, combinado com o art. 11, da Lei nº 9.021/95. O Plenário, por maioria, entendeu que a Representada (i) ficará obrigada à imediata cessação da infração, devendo, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação do acórdão, comprovar ao CADE a notificação de todos os seus locatários a respeito da decisão do CADE e da necessidade de alteração da cláusula e, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação do acórdão, comprovar que procedeu à modificação de todos os contratos de locação em curso a fim de retirar dos referidos contratos a cláusula de raio e de teor semelhante à analisada nos presentes autos; (ii) deverá publicar, em meia página e às suas expensas, em um dos dois jornais diários de maior circulação na cidade de São Paulo, extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, por uma semana, devendo esta obrigação ser cumprida no prazo de 15 (quinze) dias a contar da publicação do acórdão e o referido extrato deverá reproduzir a ementa e o acórdão publicados; (iii) estará sujeita à aplicação de multa diária no valor de R\$ 31.923,00 (trinta e um mil, novecentos e vinte e três reais), equivalentes a 30.000 (trinta mil) Ufirs, nos termos do voto da Presidente Elizabeth Farina e do Conselheiro-Relator, reformulado, vencido o Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe, apenas no que tange os itens (i), (ii) e (iii) acima. O Plenário, por maioria, determinou ainda a inscrição da Representada no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, vencidos o Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e a Presidente Elizabeth Farina. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci. Ausente justificadamente o Conselheiro Luiz Alberto Esteves Scaloppe na sessão do dia 19 de janeiro, tendo, porém comparecido na sessão do dia 15 de dezembro de 2004, ocasião em que proferiu seu voto.

Brasília – DF, 19 de janeiro de 2005, data do julgamento da 338ª Sessão Ordinária de Julgamento.

ROBERTO AUGUSTO C. PFEIFFER

Conselheiro

ELIZABETH M. M. Q. FARINA

Presidente do Conselho

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**I – DESCRIÇÃO DA CONDUTA**

Versa o presente processo administrativo sobre representação protocolizada pelo Condomínio Shopping D perante a Secretaria de Direito Econômico, em 02.05.2001 contra Center Norte S.A. – Construção, Empreendimento, Administração e Participação. A Representante o acusa de inserir nos contratos de locação cláusula proibindo os lojistas/locatários de explorar o mesmo ramo de atividade comercial, num raio de mil metros, excetuando-se as lojas já instaladas na data da assinatura de tal contrato, ou as que tiverem autorização expressa da Representada.

De acordo com o alegado pela Representante, a infração à ordem econômica e conseqüente violação aos artigos da Lei Concorrencial Brasileira mencionados dá-se porque a cláusula aludida possui o efeito de limitação da concorrência, pelo impedimento do ingresso e do desenvolvimento de empreendimentos concorrentes. Assim, segundo a Representante, tal fato representaria um desestímulo ao investimento na criação de novos serviços e produtos e na melhoria dos que já são oferecidos no mercado relevante, reduzindo a utilidade e restringindo as opções de escolha dos consumidores e, ademais, fixando em patamares altos os alugueres pagos pelos lojistas à Representada.

Com o fito de apoiar a denúncia trazida aos autos, a Representante anexou o contrato de locação celebrado entre Center Norte (Locador) e Panashop Comercial Ltda. (Locatária), assinado em 31 de julho de 1997. O parágrafo quarto da cláusula terceira estabelece que:

“A LOCATÁRIA, bem como seus sócios, quotistas ou acionistas não poderão ter outro estabelecimento explorando o mesmo ramo de comércio por ela exercido no Salão de Uso Comercial que lhe é alugado, num raio de mil metros do Shopping Center Norte, salvo aqueles já existentes na data da assinatura deste, ou se para tanto, forem expressamente autorizados pela LOCADORA” (1).

Nota:

(1) Fls. 33 dos autos.

A Secretaria de Direito Econômico - SDE, através do Despacho do D. Secretário Paulo de Tarso Ramos Ribeiro(2), decidiu pela instauração de Processo Administrativo em desfavor dos Representados, face a existência de prováveis infrações à ordem econômica, com base no art. 21, incisos IV e V, que tipificam a conduta prevista no at. 20, inciso IV, todos da Lei nº 8.884/94, por vislumbrar nos fatos narrados na representação indícios suficientes para a instauração do processo.

Nota:

(2) Fls. 12 dos autos.

A própria Representada informa praticar cláusula de exclusividade territorial (Cláusula de Raio) na maioria dos contratos de locação como pode ser observado através do trecho abaixo:

“A cláusula de raio (mil metros) está contida na maioria dos contratos de locação celebrados entre o Center Norte e seus inquilinos, pois se trata de cláusula usual e corriqueira em todos os contratos de locação de Shopping Centers, no Brasil e no mundo, *sendo inclusive recomendada pela ABRASCE como forma de proteção do tenant mix*”.

Face ao exposto, não resta dúvida quanto à prática da conduta, pois, além de existirem provas documentais da conduta objeto de investigação, é admitida pela própria Representada que em nenhum momento deste processo administrativo negou adotar tal cláusula.

II – DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

Entende-se como mercado relevante como o produto e a região em que o poder de mercado possa, por hipótese, ser exercido. Segundo a Resolução CADE nº 15 de 1998, o mercado relevante do produto e geográfico, representam, respectivamente, in verbis:

“todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor, devido às suas características, preço e utilização”.

“a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente

homogêneas em termos de preços, preferências do consumidores, características dos produtos/serviços”.

Para se balizar um mercado relevante é necessário um exercício que procura, por meio de aproximações sucessivas, estabelecer um grupo de produtos e uma área geográfica na qual, vis-à-vis tais produtos, um hipotético monopolista possa elevar preços e auferir maiores lucros com tal situação. Assim sendo, observa-se a reação da demanda à hipotética majoração de preços, já que esta provavelmente não será compensadora no caso de os consumidores terem condições no mínimo razoáveis de procurarem outros produtos e/ou outros lugares. Portanto, facilidades de locomoção, número de ofertantes e grau de substitutibilidade dos produtos são fatores delimitadores do mercado relevante.

A princípio, para o caso em tela, o mercado relevante poderia ser:

- a) espaços para locação comercial (rua e shopping center) – sob a ótica do produto; e
- b) área de, aproximadamente, 3,14 km² (três vírgula quatorze) quilômetros quadrados(3) em torno do Center Norte – sob a ótica geográfica.

Nota:

(3) Essa área está de acordo com a cláusula de exclusividade territorial que determina o parâmetro de mil metros e com a fórmula de obtenção da área de um círculo que é igual ao raio multiplicado pelo valor π (letra grega pi), que corresponde a cerca de 3,14.

No entanto, há motivos plausíveis para defini-lo de forma distinta. Assevere-se, contudo, que mesmo que fosse adotado o mercado relevante acima destacado as conclusões acerca do poder de mercado e dos efeitos da cláusula no mercado relevante em questão não seriam significativamente alteradas.

Vejam, então, os motivos verossímeis para, no caso concreto em questão, definirmos o mercado relevante de maneira distinta da acima exposta. E o paradigma para a fixação do mercado relevante a partir da análise dos efeitos perpetrados pela conduta objeto de averiguação.

No caso subjudice nota-se que: a) cláusula em questão somente foi colocada em prática em relação ao Shopping D, não havendo notícia nos autos da aplicação da cláusula em relação à instalação de lojista em qualquer outro local situado no raio um quilômetro; b) da mesma forma, não consta nos autos de notícias de comércio de rua de significativa importância no mesmo perfil do tenant mix do Shopping Center Norte no raio efetivado e que estivesse dentro de uma estratégia natural de expansão dos lojistas; e c) ainda que houvesse tal comércio de rua, a observância da cláusula somente surtiu efeitos em relação ao Representante, pois somente nesse caso houve dupla instalação de lojistas no raio em exame.

Assim, os efeitos da Cláusula repercutem em relação ao mercado de shopping center. Aliás, não bastassem argumentos até então ponderados, dois outros podem ser adicionados.

Em primeiro lugar, o fato de que a Representada passou a exigir a observância da Cláusula de Raio em relação aos lojistas lá instalados apenas após visualizar o Shopping D como um efetivo concorrente, o que demonstra nitidamente que a sua estratégia estava voltada a obstaculizar a diferenciação e expansão de um agente econômico que passou a identificar como concorrente.

Em segundo lugar, identificado que os efeitos da Cláusula, no caso concreto analisado, dirigiam-se à concorrência entre shopping centers, cumpre ressaltar que as peculiaridades de tal negócio, para reforçar a assertiva de que pode ser considerado um mercado apartado.

Vale frisar o mesmo entendimento que tive anteriormente quanto à definição de mercado relevante em casos de conduta, que difere, mesmo que sutilmente, da definição de mercado relevante concernente aos 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 técnica indica um método direcionado para possíveis e potenciais efeitos no futuro. Assim se deduz dos termos do seguinte trecho da “Relevant Market Notice” (4), adotada pela Comissão Européia desde 1997:

Nota:

(4) 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” (5).

Nota:

(5) 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”.

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.

Existe inclusive uma corrente doutrinária defensora da tese de que o mercado relevante, nas hipóteses de conduta, nada mais é que um componente meramente de apoio à obrigação de se sustentar a política colimada pela lei de defesa da concorrência. 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, pois, funciona apenas como um mecanismo para indagar se é adequado separar uma área de atividade econômica onde a aplicação das leis antitruste incidirá. A esse mister, transcrevo os ensinamentos de HARRY FIRST(6):

Nota:

(6) Free Enterprise and Economic Organization – Antitruste. 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, prático 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.”

II.1 – MERCADO RELEVANTE DO PRODUTO

O shopping center é, sem dúvida nenhuma, um local de compras e serviços diferenciado, não podendo assim ser comparado com as tradicionais lojas de rua ou quaisquer outros pontos de vendas no varejo e de prestações de serviços tidos como tradicionais. No próprio projeto de construção do shopping center, fica definida uma série de fatores diferenciais como estacionamento, seguranças contratados, ar condicionado, centros comerciais, sem falar nas variedades de lojas que são estrategicamente escolhidas para formar o *tenant mix* do shopping. Todos esses fatores, em conjunto, proporcionam ao consumidor final conforto, diversidade, segurança, comodidade e praticidade.

De acordo com a definição da ABRASCE(7), 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 o preço de locação varie, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários. Ademais, deve oferecer aos usuários estacionamento permanente e tecnicamente adequado.

Nota:

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

Não obstante, existem, ainda, subdivisões dentro do ramo de shopping centers onde podemos sopesar tanto o tipo como o público freqüentador, determinado o padrão do shopping e, por conseguinte, realizando a apreciação com maior detalhamento e precisão. Segundo a ABRASCE, existe uma segmentação por tipo, dos shopping centers associados a ela, a saber: regionais (58,9% do total), comunitários (27,61%), de vizinhança (6,75%), especializados (4,91%), festival centers (1,84%)(8). Tal segmentação é a mesma adotada em estudo denominado “Análise Setorial – Shopping Centers”, publicado pela Gazeta Mercantil, p. 95.

Nota:

(8) Fonte: sítio da ABRASCE na internet. <www.abrasce.com.br>

De acordo com o conceito dado pela ABRASCE, o shopping regional é “tipo de shopping que fornece mercadorias em geral (uma boa porcentagem de vestuário) e serviços completos e variados. Suas atrações principais são âncoras tradicionais, lojas de departamento de desconto ou hipermercados. Um shopping regional típico é geralmente fechado, com as lojas voltadas para um mall interno” (9).

Nota:

(9) Idem ao item 14.

Ademais, no mercado em questão, é pertinente a idéia de uma segmentação de shopping centers. A configuração de um sub-mercado (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 incluem-se: (i) o reconhecimento público ou da própria indústria de que há um sub-mercado 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(10).

Nota:

(10) 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 médio padrão.

É pacífico o reconhecimento da existência de diferenciações entre os próprios shopping centers quanto ao nível sócio-econômico dos freqüentadores, ou seja, o público-alvo que cada um deseja atingir. Dependendo de qual o nível de gasto médio dos freqüentadores o próprio empreendimento se adapta para receber tais consumidores.

Segundo a coleção da Gazeta Mercantil “Análise Setorial – Shopping Centers”, na página 95, o público freqüentador da Representada é composto, em sua maioria, por pessoas pertencentes às classes B e C. D e maneira geral, em média, esse é o mesmo público abrangido pela Representante. E mesmo que os shopping centers considerados de alto padrão tenham alguma participação de consumidores provenientes dessas classes, o fato é que a predominância de pessoas das classes A e B é notória, corroboradas pela média de gasto, muito superior a observada pelas partes interessadas nos autos. Portanto, existe uma segmentação nesse sentido, baseada no poder aquisitivo e nos diferenciados interesses de consumo do público que se pretende atrair.

Em vista disso e por todo exposto anteriormente, o mercado relevante fica definido como o mercado de shopping center regional de médio padrão, seguindo o entendimento da D. SDE.

Vale frisar, contudo, que essa definição de mercado relevante não traduz a inclusão de “locação de espaços comerciais em shopping center”, mas sim o reconhecimento da exploração do negócio do shopping em si, que envolve, como já ressaltado, atividades mais complexas do que a simples locação de espaço. Dessa forma 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.

Para corroborar a assertiva de ser o shopping center um mercado autônomo, transcrevo as seguintes considerações já efetivadas em meu voto no Processo Administrativo nº 08012.9991/98-82:

“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(11).

Nota:

(11) 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.99:483-499, 1991.

Analisemos, por exemplo, as considerações efetivadas por Hanson(12):

Nota:

(12) 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.”

(...)

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.

(...)

A literatura econômica tem estudado esse tipo muito particular de mercado, chamando-o de mercado de dois-lados (two-sided markets)(13). 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 bordo” dois tipos de “clientes”, de forma a agir como uma espécie de matchmaker.

Nota:

(13) Na verdade, esses mercados podem ser tanto de dois lados, quanto multilados (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 <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(14), 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 inability 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:

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

(...)

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 aufer 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”.

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.” (15)

Nota:

(15) Processo Administrativo nº 08012.009991/1998-82 – Representante: Participações Morro Vermelho Ltda. e Representado: Condomínio Shopping Center Iguatemi e outro.

II.1.1 – DA FORMA DE REMUNERAÇÃO ESPECÍFICA: ALUGUEL MÍNIMO E ALUGUEL VARIÁVEL

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. Há entendimentos que essa diferenciação se dá que em face de toda a infra-estrutura que o

empreendimento coloca à disposição do lojista, gerando, um plus adicional no aluguel mínimo.

Fortalecendo esse entendimento, vale citar os ensinamentos de Rubens Requião(16):

Nota:

(16) Considerações sobre os centros comerciais (Shopping Centers) no Brasil, RT, v. 571, maio de 1993, p. 12. 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”.

“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 percentagem do resultado das vendas da loja locada. Nisso reside a idéia original da organização.”

Ainda nessa linha de pensamento, Orlando Gomes(17) tece suas considerações sobre a remuneração do empreendedor shopping center.

Nota:

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

“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.”

II.1.2 – DOS 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. O shopping tem o seu fundo de comércio consubstanciado na própria concepção do empreendimento, na distribuição inteligente e eficaz dos vários ramos de negócio (tenant mix), na estrutura organizacional, na administração, na idealização constante de campanhas promocionais. O comerciante lojista detém a boa imagem do seu nome, marca e sinal distintivo, a especialização no ramo de negócio, o saber promover e vender aqueles produtos, o que lhe proporciona faturamento adequado, do qual o empreendedor participará. Novamente remeto-me às considerações de Rubens Requião(18).

Nota:

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

“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.”

Como já tive a oportunidade de assentar:

“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.”

II.2 – MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

Como já ressaltamos, a princípio, a intuição demandaria a fixação correspondente ao raio de um quilômetro em torno do Shopping Center Norte. Todavia, caso fosse adotado tal mercado relevante haveria uma sensível distorção em prejuízo da Representada. Com efeito, há que se analisar se há uma limitação à concorrência não apenas no raio em questão, mas sobre a área completa em relação à qual trava-se a concorrência entre o Shopping Center Norte e seus efetivos competidores.

Assim, há que se ampliar a abrangência geográfica para toda a área de influência do Shopping Representado, a fim de que seja averiguado o real impacto concorrencial da cláusula de raio, o que fatalmente seria distorcido em desfavor do Center Norte caso fosse adotada a dimensão geográfica restrita ao raio descrito na Cláusula em análise. Passo então a descrever os critérios para a definição da abrangência espacial do mercado relevante.

No que tange à acepção do mercado relevante geográfico, temos que levar em consideração fatores como tipo de produto, tecnologia, custo de transporte, barreiras, sejam quais forem, preferência dos consumidores, contestabilidade do mercado, dentre outros⁽¹⁹⁾.

Nota:

(19) Vale, também, refletir sobre a doutrina da i. ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado In O conceito de mercado relevante, Revista de Direito Econômico, nº 26, ago./dez. 1997, p. 37. “(...) 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”.

Apropriado, também, transcrever os ensinamentos de Paula Forgioni⁽²⁰⁾ acerca da definição espacial do mercado relevante em análises de condutas anticoncorrenciais: “o mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva”.

Nota:

(20) Forgioni, Paula A. Os Fundamentos Antitrustes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 201.

É de suma importância a correta delimitação geográfica do mercado relevante, já que é através dessa apurada demarcação hipotética que podemos auferir participações percentuais nesse mercado e, a partir disso, identificar a relevância da alegada conduta e seus efeitos reais e potenciais nesse mercado.

Segundo a ABRASCE⁽²¹⁾, usualmente, considera-se que o shopping center exerce especial atração sobre consumidores localizados a uma distância que lhes permita chegar a esse destino 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. Por se tratar da cidade de São Paulo, cujos problemas e dificuldades de transporte e locomoção são inquestionáveis, é certo e justo não levarmos em consideração regiões da cidade muito distantes à zona norte, a qual pertence o bairro de Santana, nas proximidades onde está localizado o shopping center objeto de representação. Assim, exclui-se de plano a zona sul e o extremo-leste da mesma cidade.

Nota:

(21) Fls. 337 e 338 dos autos.

Em seu parecer, a SDE, verificando a malha de transporte da região norte, com suas conexões com outras regiões, definiu como mercado relevante para fins geográficos a região delimitada pelas zonas norte, centro-leste e centro da cidade de São Paulo(22). Entretanto, não consta nos autos nada que possa provar ou indicar esta excessiva abrangência e não há porque entrever nesse sentido. Senão vejamos.

Nota:

(22) Fls. 234 dos autos.

Segundo consta na obra “Análise Setorial – Shopping Centers”, da Gazeta Mercantil, na página 95, a área de influência da Representada é configurada como toda a região norte da capital paulista. Ademais, na análise do mapa de vias metropolitanas da cidade de São Paulo, é comprovada a carência de opções de deslocamento da população residente na região norte de São Paulo para outras regiões. Já os consumidores possuidores de automóvel e os usuários de transporte coletivo enfrentam sérias dificuldades em se deslocar para a região centro-leste do município devido ao tráfego intenso, especialmente nas marginais do rio Tietê. Nesse sentido, tal deslocamento ultrapassaria, demasiadamente, os parâmetros de influência dos shoppings apontados pela ABRASCE, ou seja, os 15 minutos ou os 2 quilômetros percorridos(23).

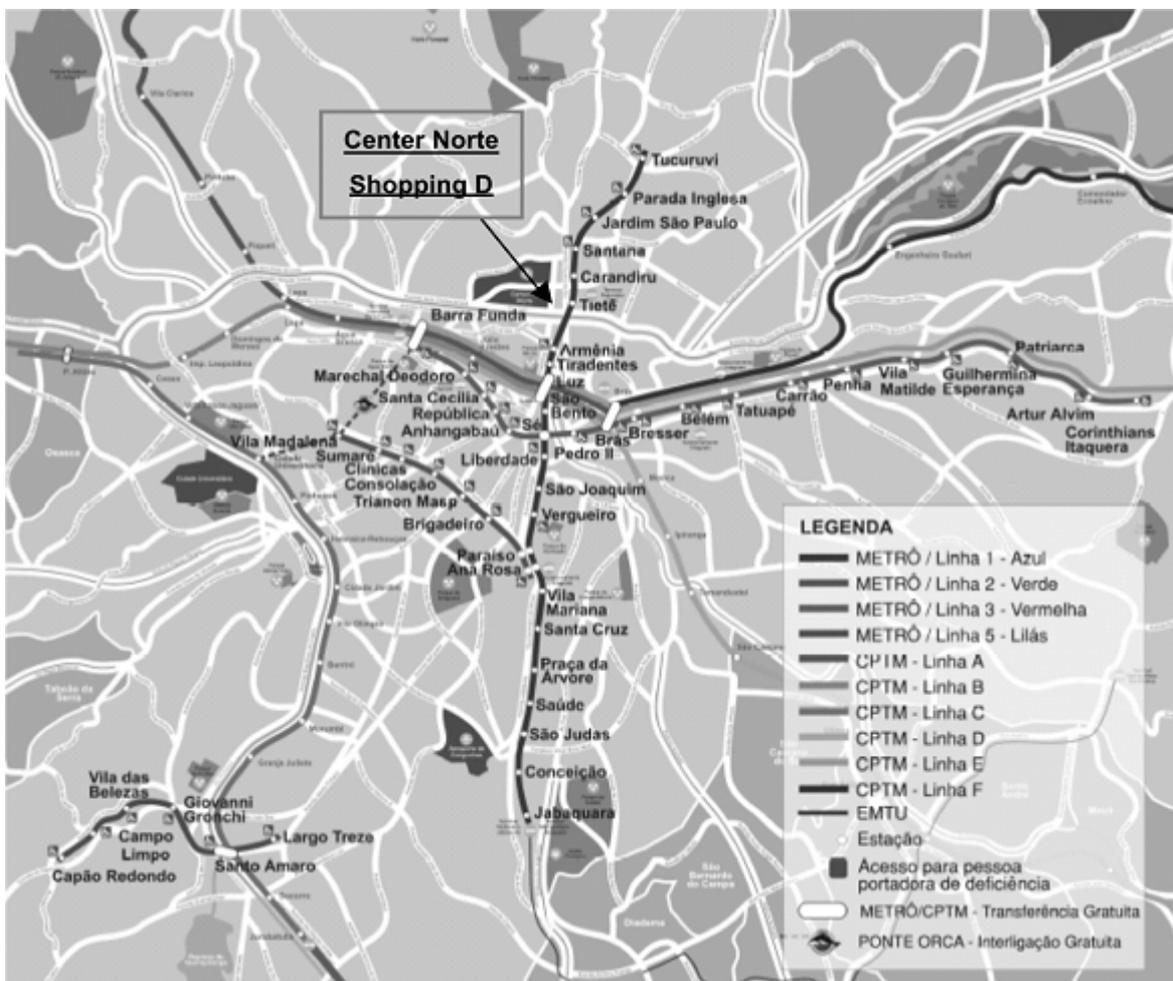
Nota:

(23) A distância do Shopping D até o Shopping Metro Tatuapé é de, aproximadamente, 7 (sete) km. Vide sítios da internet com rotas, como <www.apontador.com.br>, <www.bol.com.br/mapas>, <www.mapas.terra.com.br> e <www.maplink.com.br>.

Complementarmente, conforme mapa abaixo e melhor demonstrado nos próximos itens, os dois shoppings foco de análise desse voto estão situados numa área quase que limítrofe da região norte, no extremo sul de tal região. As melhores e mais prováveis alternativas de lazer em shopping center para os moradores da região norte estão representadas nas figuras dos shoppings representante e representado.

Mapa I

Malha Metropolitana da Cidade de São Paulo



Fonte: Sítio do Metrô São Paulo. <www.metro.sp.gov.br>.

Parece óbvio que as regiões centro-sul-leste estão mais bem atendidas pelo transporte metropolitano. Assim considero pouco criteriosa a inclusão da região centro-leste, pela dificuldade dos moradores da região norte, sobretudo os residentes na parte extremo-norte, deslocarem-se para a região centro-leste. A região central da cidade, por seu turno, sendo um ponto de conexão para outras regiões, como ilustrado no mapa acima, de fácil escoamento de pessoas, sendo a destinação menos onerosa e mais célere inclusive para os consumidores da região norte, é factível sua inclusão na área de abrangência para consumidores freqüentes dos dois shoppings em estudo. Não podemos esquecer a questão do tráfego, mormente em se tratando do acesso via marginal do Tietê e da circunstância de que a linha do metrô que atende a zona norte é distinta da que atende a zona leste.

Pelo exposto, defino o mercado relevante geográfico como sendo a área abrangendo as regiões norte e centro da cidade de São Paulo, o que corresponde, inclusive aos parâmetros de estudo específico sobre o setor (a análise setorial dos shopping centers da Gazeta Mercantil) e ao posicionamento da própria Representada (fls. 09/11).

III – DA EXISTÊNCIA DE PODER DE MERCADO E DA APTIDÃO PARA AFETAR A CONCORRÊNCIA

Inferimos que uma empresa detém poder de mercado quando ela possui a capacidade de restringir a produção⁽²⁴⁾ e aumentar preços de modo a, não atraindo novos competidores, obter lucros acima do normal.

Nota:

(24) Nesse caso poderíamos concluir como espaços com viabilidade para locação em shopping.

Contudo, o método de avaliar o poder de mercado via preço deve ser encarado com cautela uma vez que um participante que possui o poder de mercado, alternativamente, poderia fazer exatamente o contrário, isto é, baixar preços ocasionando a saída das concorrentes num momento posterior. Assim, as condutas consideradas anticompetitivas não ocorrem via preço necessariamente, apesar desse fator ser levado em consideração para a decisão.

III.1 – DA IDENTIFICAÇÃO DOS PARTICIPANTES NO MERCADO RELEVANTE E DA SUBSTANCIAL PARTICIPAÇÃO DA REPRESENTADA

A maneira mais tradicional de aludir poder de mercado a uma empresa é por meio da observação de sua participação no mercado relevante (*market share*). Friso que, isoladamente, essa avaliação não tem importância decisiva uma vez que é imprescindível assinalar a existência de barreiras à entrada, de competidores em potencial e a dinâmica concorrencial. A lei brasileira denomina o poder de mercado como posição dominante e determina que uma empresa é possuidora de tal posição quando sua parcela no mercado relevante ultrapassa o patamar de 20% do total(25). Porém, esse percentual gera apenas uma presunção, o que admite prova em contrário.

Nota:

25 Art. 20 da Lei nº 8.884/84: “§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa”.

“§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”.

No caso em tela, tendo em vista o mercado relevante definido, no que tange a determinação do market share, será considerado qualquer shopping center de médio padrão localizado na região delimitada pela área correspondente à região norte e centro da capital paulista. Assim, foram identificados nessa demarcação os seguintes shopping centers: Shopping Center Norte e Shopping D(26), ambos localizados na zona norte, na parte limítrofe com a área central. O Shopping Metro Tatuapé, citado pela SDE como um concorrente real, situado numa área que abrange a região centro-leste, está, portanto, fora do mercado relevante geográfico. Para conhecer a participação de cada uma delas no mercado relevante considerado podem-se utilizar os critérios proferidos nas tabelas a seguir:

TABELA I

PARTICIPAÇÕES NO MERCADO RELEVANTE COM BASE NO FATURAMENTO NO ANO DE 2001

Nota:

(26) Inicialmente, a SDE emitira um parecer incluindo o Shopping Santana e o Shopping Light no rol de concorrentes em potencial. Contudo, isso foi descartado pela própria Secretaria em razão do tamanho e categoria do mesmo, incomparavelmente menor que o Center Norte. Ainda que se considerasse a inclusão do Shopping Santana, em nada alteraria a elevada participação da Representada, uma vez que a participação percentual do Santana é insignificante.

| SHOPPING CENTER | FATURAMENTO 2001 | PARTICIPAÇÃO NO MERCADO RELEVANTE (%) |
|-----------------------|-------------------|---------------------------------------|
| Shopping Center Norte | CONFIDENCIAL | CONFIDENCIAL |
| Shopping D | R\$ 83.502.432,00 | CONFIDENCIAL |

Fonte: Shopping Center Norte (fls. 29 em apartado confidencial), Shopping D (fls. 665).

TABELA II

PARTICIPAÇÕES NO MERCADO RELEVANTE COM BASE NA ÁREA BRUTA LOCÁVEL

| SHOPPING CENTER | ÁREA BRUTA LOCÁVEL (M²) | PARTICIPAÇÃO NO MERCADO RELEVANTE (%) |
|-----------------------|-------------------------|---------------------------------------|
| Shopping Center Norte | 64.000 | 69,57 |
| Shopping D | 28.000 | 30,43 |

Fonte: ABRASCE.

TABELA III PARTICIPAÇÕES NO MERCADO RELEVANTE COM BASE NO NÚMERO DE VAGAS NO ESTACIONAMENTO

| SHOPPING CENTER | NÚMERO DE VAGAS NO ESTACIONAMENTO | PARTICIPAÇÃO NO MERCADO RELEVANTE (%) |
|-----------------------|-----------------------------------|---------------------------------------|
| Shopping Center Norte | 12.000 | 86,96 |
| Shopping D | 1.800 | 13,04 |

Fonte: ABRASCE.

A mais importante das participações é a que toma em consideração o faturamento, sendo reproduzidas as demais tabelas apenas para reforçar o grau de posição dominante do Center Norte. Feitas essas considerações, torna-se possível, agora, fazer um paralelo com as informações contidas nos autos deste processo em análise.

Conforme informações contidas nos autos, a representada possui, em todas as vertentes analisadas quanto à participação, posição dominante. Mesmo que, por hipótese, fosse admitida a inclusão do Shopping Metro Tatuapé como possível competidor em potencial, a Representada apresentaria, ainda assim, posição dominante(27).

Nota:

(27) Ressalta-se que, mesmo havendo a inclusão do Shopping Metro Tatuapé dentre as componentes do mercado relevante, a participação do Shopping Center Norte seria bastante significativa, a saber: CONFIDENCIAL em termos de faturamento, 49,82 % em área bruta locável e 75,81% de vagas de estacionamento.

Aliás, a própria Representada reconheceu sua posição dominante(28) e área relevante geográfica delimitada pela zona norte, desconsiderando, portanto, a região centro-leste(29).

Nota:

(28) Fls. 486 dos autos.

(29) Fls. 479 e 480 dos autos.

“O Shopping Center Norte possui hoje posição dominante e liderança absoluta no mercado relevante em questão, porque de forma pioneira e corajosa, há quase vinte anos, quando a região era praticamente deserta, arriscou-se a desenvolver um empreendimento de grande porte, com o aporte de grande volume de recursos”.

“Como se pode concluir que, em um mercado relevante geográfico que abrange 289 km² de área, uma cláusula de raio de mil metros vá limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado?”

“Dessa forma, resta caracterizada a área que compõe o mercado relevante geográfico”.

III.2 – DAS BARREIRAS À ENTRADA

Existem posições diferenciadas para uma definição de barreira à entrada. De maneira geral, qualquer fator que impossibilite ou dificulte a entrada de concorrentes potenciais num mercado relevante pode ser considerada como uma

barreira à entrada(30).

Nota:

(30) Essa definição é atribuída a Joe S. Bain, pioneiro e principal formulador teórico dessa corrente. Bain, J. Barriers to New Competition. Cambridge : Harvard University Press, 1956.

No ramo de mercado objeto de análise, nota-se elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes. Os empreendimentos relacionados à construção de shopping centers demandam um investimento inicial muito alto, com custos elevados na aquisição do terreno, nas edificações quase sempre vultuosas, nas estratégias de promoção, dentre vários outros. Ademais, os custos “irrecuperáveis” dessa operação são muito elevados, e não se esgotam com o tempo, porquanto geram desdobramentos, isto é, são custos que fazem parte essencial do processo produtivo, como por exemplo, os investimentos em propaganda. O custo de oportunidade (econômico) de sua utilização é igual ou próximo a zero. É difícil conceber a idéia de que outra atividade sem ser a de shopping center, com suas peculiaridades de formato, possa se instalar numa área tão considerável quanto essa. Isso implica dizer que, se o negócio não der certo, a possibilidade de partir para outra alternativa de comércio é muito remota, ou seja, todo, ou quase todo, o dinheiro investido estará perdido.

Nessa seara, vale ponderar os ensinamentos de J. Stigler, em sua assertiva da existência de barreiras à entrada condicionada à verificação de custos incorridos pelas empresas entrantes que não foram despendidos pelas empresas estabelecidas no momento de sua implantação. Assim, para Stigler(31) 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(32).

Nota:

(31) Stigler, George J., The Organization of Industry. Chicago : The University of Chicago Press, 1968.

(32) Stigler, George J., Ob. cit., p. 70. “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”.

Apesar de, num primeiro momento, esses dois conceitos deduzirem contradição, note-se que o conceito de ambos é de grande valia para a análise antitruste. Entrementes, na medida que 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. Desse feito, parece-me que a teoria de Stigler poderia melhor caracterizar a existência de barreiras à entrada no mercado de shopping center, uma vez que a existência de preços acima de custos marginais é uma particularidade desse mercado, em função da diferenciação de produtos, e não existem grandes assimetrias de custos de diferenciação entre os entrantes e as firmas estabelecidas(33). Assim, faz-se necessária a identificação de fatores conclusivos e descobrir o que faz com que outros shoppings não entrem nesse mercado.

Nota:

(33) 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. Não confundir com a presença de sunk cost, já que uma vez o empreendimento já finalizado, a possibilidade de vender essa construção para utilização em outra atividade é muito remota. 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.

Se atentarmos para o fato de o mercado relevante estar localizado numa região altamente povoada e populosa(34), já saturada em termos de construções(35) poderemos ver esse fator conclusivo e peremptório para a assimilação de barreira à entrada. A questão é encontrar um terreno que esteja disponível para uma edificação desse porte, ainda mais que tradicionalmente e estrategicamente os shopping centers têm uma estrutura horizontal e não vertical.

Nota:

(34) No sítio da internet da prefeitura de São Paulo consta, para o ano 2000, ou seja, há mais de quatro anos atrás uma densidade demográfica para esse município de cerca de 7.000 pessoas por km², mais de 300 vezes superior à densidade demográfica atual do Brasil.

(35) Segundo o Sr. Francisco José de Toledo, Diretor Geral da Toledo & Associados, que atestou nos autos do Ato de Concentração nº 08012.009991/98-82: “não há mais espaço de mercado em São Paulo para novos Shoppings Centres 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.”

Ratificando o entendimento, temos que a representada iniciou suas atividades dez anos antes da representante, ainda que com perfis diferentes. Isso, na literatura econômica, denomina-se como “vantagem da primeira empresa a se mover” (*first-mover advantage*)(36), ou ainda, “vantagem de ser a primeira” que decorre de ganhos de aprendizado ou da ocupação de uma posição estratégica(37). Tal circunstância caracteriza uma espécie de “prêmio pela existência”, com público já fiel à marca, com experiência no ramo, com a possibilidade de agir estrategicamente perante prováveis entrantes etc.

Nota:

(36) Essa seria uma terceira linha de pensamento sobre Barreiras à Entrada, proposta por R. Gilbert, onde ele tece a tese de que só há barreiras à entrada quando há um diferencial econômico entre as empresas estabelecidas e entrantes simplesmente porque as primeiras já existem e as outras não. Gilbert, R. *Mobility Barriers and the Value of Incumbency*. Schmalensee, R. and Willig, R. (eds). *Handbook of Industrial Organization*. V. I, Elsevier. B. V. Capítulo 8, 1989.

(37) A própria Representada reconhece que essa antecipação estratégica teve como efeito o surgimento de posição dominante. Fls. 486 dos autos.

A própria cláusula contratual objeto de representação constitui-se uma barreira à entrada. Basta a reminiscência dos conceitos gerais de barreiras à entrada para a sustentação da consideração acenada. Praticamente todas as lojas presentes no Shopping Center Norte estão atreladas ao “Instrumento Declaratório de Normas Gerais Regedoras do Funcionamento do Shopping Center Norte”, que, segundo a Representante, sujeita a todos os contratos de locação à cláusula de raio, com exceção da rede de *fast food* Mac Donald’s. Essa exceção advém do grande poder de barganha que a lanchonete estadunidense possui em seus contratos de locação.

Pode-se concluir, de maneira irrefutável, que existem incisivas barreiras à entrada de novos shopping centers no mercado relevante em questão.

III.4 – DA DINÂMICA CONCORRENCIAL

Ao contrário do que alega a Representada(38), apesar da área geográfica do mercado relevante representar uma pequena parcela da cláusula objeto de investigação, outros shopping centers não podem se instalar livremente, sem qualquer restrição. Essa afirmação, no entanto, não encontra evidências nos autos. Ora, é notório o adensamento de prédios e edifícios no município de São Paulo, incluindo as zonas norte e centro da capital paulista. Mais ainda, não é tão simples a construção de um shopping center. Tal empreendimento requer tempo, capital, incentivos, planejamento e audácia(39). O que concretiza a idéia de que não é tão evidente a instalação, sem qualquer restrição, como alega a Representada, é o fato de o projeto de shopping center necessitar de linhas de financiamento de médio e longo prazo, o que, certamente, é mais árduo no Brasil, vis-à-vis, Europa e Estados Unidos, que possuem taxas de financiamentos muito mais atrativas e linhas de crédito que para o setor alongadas para até 30 anos(40). Bastante significativo, aliás, a circunstância de não haver a instalação de nenhum shopping center regional de relevo na zona norte da cidade de São Paulo nos últimos anos.

Nota:

(38) Nas fls. 490 dos autos a Representada pondera que outro shopping center podem instalar-se livremente na zona norte de São Paulo, sem qualquer restrição.

(39) Na publicação “Panorama Setorial – Shopping Center” da Gazeta Mercantil, na página 80, diz o seguinte: “A incorporação e a expansão de

shopping centers demandam um elevado volume de recursos para financiar gastos com consultorias, compra de terrenos, construção, implantação, promoção e operação”.

(40) Veja “Panorama Setorial – Shopping Center” da Gazeta Mercantil, p. 80.

Novamente destaco que a própria Representada reconhece que exerce poder de mercado, conforme evidenciado nos autos do processo que, além de não negar em nenhum momento, afirma textualmente exercer referida posição dominante, conforme já explicitado no voto. Os aluguéis cobrados pelo Center Norte aos lojistas são substancialmente superiores(41) – quase três vezes superior – aos cobrados pelo Shopping D, o que é mais uma prova da presença de poder de mercado. Conforme apresentada pela própria Representada em sua petição que informa através de revista especializada no ramo que o valor cobrado pelo Center Norte é de R\$ 170,00/m² e o cobrado pelo Shopping D é de R\$ 60,00/m².

Nota:

(41) Fls. 550 dos autos.

Além disso, o comportamento do Center Norte de cobrar preços muito acima de seu concorrente 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(42): “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.”

Nota:

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

A esse mister, conclui-se pela existência de poder de mercado, ou posição dominante por parte da Representada e pela possibilidade de gerar efeitos que impactem o ambiente concorrencial no mercado relevante em que se insere.

IV – DA ANÁLISE DOS EFEITOS DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL (CLÁUSULA DE RAIO) – DO ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE

Como já foi ilustrado anteriormente, a simples compleição de poder de mercado, no cômputo do mercado relevante, não configura ilicitude à luz da análise antitruste. A detecção dessa posição dominante é uma requisição necessária, porém não determinante. Um agente econômico, ainda que detentor de posição dominante, não será considerado transgressor da ordem econômica enquanto não praticante de atos que tenham como efeito, real ou potencial, a restrição ao processo concorrencial: cumpre-se a lei enquanto não se prejudica o processo concorrencial.

Cabe, assim, analisar os efeitos que a conduta da Representada causa sobre a concorrência no mercado relevante em questão para concluir se ela configura ou não infração contra a ordem econômica.

IV.1 – DA TUTELA CONCORRENCIAL VERSUS TUTELA CONTRATUAL

Segundo a Representada(43), é corriqueira a inclusão de cláusulas restritivas em contratos de locação em Shopping Center, por meio das quais o locatário fica impedido de possuir outros estabelecimentos, sendo matriz ou filial, no mesmo ramo de atividade em que atua na loja do Shopping locador, dentro do raio de dois mil metros.

Nota:

(43) Fls. 729 dos autos.

Exalta o princípio pacta sunt servanda(44), afirmando que a liberdade contratual é um princípio fundamental no direito

civil moderno, enfatizando que quem exercita o próprio direito não prejudica ninguém.

Nota:
(44) Fls. 68 e 69 dos autos.

Mais ainda, pronuncia-se no sentido de que os contratos acertados nos shopping centers são celebrados sob o princípio do mais amplo livre-arbítrio, tendo os contratantes totais condições e oportunidades de defender seus interesses.

Inicialmente, cabe ressaltar que mesmo no âmbito do direito privado o princípio da autonomia da vontade, embora ainda guarde relevo, vem sendo relativizado, permitindo-se a declaração de inúmeras hipóteses de nulidades, mormente quando se trata de contratos de adesão ou contratos estabelecidos entre partes intrinsecamente desiguais.

Ressalte-se que nos contratos de locação em shopping centers o locador 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(45).

Nota:
(45) Como sabiamente pondera o insigne jurista Cerveira Filho, Mário. Shopping Centers – Direito dos Lojistas. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 17:
“Sob o manto da palavra ‘atípico’ se praticam os maiores abusos em matéria de locação em shopping. Essa expressão bem traduz a voracidade e concentração de poder nas mãos dos empreendedores”.
“As cláusulas são de tal forma leoninas, que sufocam o locatário e não lhes assegura qualquer discordância. Ou se adere ou se está fora. O prato já está pronto, sem direito a reclamação dos ingredientes e do tempero”.

Nessa seara, Guilherme Araujo Drago(46) pondera da seguinte forma sobre o contrato de locação em shopping center:

Nota:
(46) Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Direito da UERJ, em artigo feito para o sítio jurídico JusNavigandi. <www.jusnavigandi.com.br>.

“É um contrato de adesão no qual, na prática, o lojista é obrigado a entrar como sujeito, assim como é obrigado a aderir à associação de lojista, espécie de condomínio, responsável, dentre outras coisas, por amparar os interesses dos seus sócios no trato com autoridades públicas ou entidades privadas no que tange o normal funcionamento do shopping e estatuir normas disciplinando a atuação dos associados nas atividades comerciais”.

No presente caso, a autonomia da vontade não pode sobrepujar-se ao interesse da coletividade. Assim, há interesse público em investigarem-se cláusulas contratuais que possam causar impactos anticoncorrenciais, principalmente tendo-se em vista que o art. 170, IV, da Constituição Federal eleva a livre concorrência ao status de princípio conformador da Ordem Econômica e o art. 173, § 4º, da CF determina que a repressão ao abuso do poder econômico que resultar na eliminação da concorrência, dominação de mercado ou aumento arbitrário dos lucros.

Cumpra, neste contexto, destacar as seguintes observações de Luiz Gastão Paes de Barros Leães(47):

Nota:
(47) 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.”

Essas premissas da autonomia da vontade, provenientes da liberdade contratual, ponderavam apenas a concepção de igualdade e da livre disposição dos contratantes, deixando de sopesar outras condições, notadamente de ordem econômica ou social.

Ora, não se pode olvidar que a concorrência é benéfica para todos, seja empreendedores, sejam consumidores, não podendo ser rechaçada por vias excessivas. A esse mister, faz-se necessária a distinção da tutela contratual, que se atém a aspectos meramente privados, da tutela concorrencial, que defende textualmente direitos difusos. Ademais, ao contrário do que aludiu a Representada, o consumidor é afetado, em última instância, pela aplicação da cláusula de exclusividade territorial. É pacífico o entendimento da preeminência dos interesses públicos face aos interesses privados. O parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.884/94 é taxativo, *in verbis*: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

É certo que os lojistas têm o alvedrio de escolher se querem ou não aceitar as condições e cláusulas propostas pelo Center Norte. Entretanto, acabam ficando num impasse ou trade off no linguajar econômico. É dizer, ou aceitam as cláusulas que, seguramente, a Representada não abrirá mão, ou simplesmente não se estabelecem no empreendimento. Considerando que praticamente a totalidade das lojas partícipes do atual tenant mix do Center Norte estão sujeitas a tal cláusula, alvitra-se que esta não é passível de negociação entre as partes do contrato, e sim uma injunção requerida pelo shopping. Se isso não fosse verdade haveria um número maior de exceções e não apenas aquelas elencadas pela Representada(48).

Nota:

(48) As lojas são Banco Itaú, Carrefour, Pizza Hut, Viena, Correios e Detran. Fls. 745 dos autos.

Por fim, contrariando a legitimidade ora alegada pela Representada, basta observar o parágrafo único, do artigo 170 da Constituição Federal e o artigo 20, *caput*, da Lei nº 8.884/94 que determinam, respectivamente, *in verbis*:

“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. (grifos meus)

Não há porque titubear em afirmar que quaisquer cláusulas de contratos comerciais estariam incluídas nesse vasto entendimento sobre atos sob qualquer forma manifestados.

IV.2 – DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE E DOS ACORDOS DE NÃO CONCORRÊNCIA

As cláusulas ou acordos de exclusividade configuram-se como uma prática restritiva vertical, onde há um compromisso de revendedores/distribuidores no sentido de adquirir bens/serviços de determinado produtor (ou vice-versa) com exclusividade, ficando proibidos de comercializar produtos de rivais.

Esses tipos de procedimentos consistem em restrições em que um agente econômico que atua em determinado mercado de origem afeta verticalmente um mercado-alvo. Conjetura-se que existe poder de mercado no mercado de origem e que as prováveis implicações anticompetitivas serão ou poderão ser sentidas nos dois mercados acima mencionados. Define-se aqui como mercado de origem o negócio shopping center e como mercado-alvo o comércio lojista em shopping center.

Quanto aos acordos de não concorrência, é necessário frisar que tais acordos, quando respeitadores dos limites suficientes para obter os desígnios visados e quando ancilares a acordos legítimos podem não ser considerados ilícitos, vis-à-vis, a legislação antitruste brasileira. Além disso, deve-se aplicar o princípio da razoabilidade (rule of reason) com o intento de analisar possíveis efeitos compensatórios no mercado relevante. O que importa, enfim, são os efeitos líquidos sobre a eficiência econômica. A lei não deverá coibir atos ou condutas que gerem efeitos líquidos de eficiência, pois assim, provocaria ineficiências tão ou mais expressivas do que as visadas a condenar. Portanto, essas condutas não são ilícitas per se.

A autoridade antitruste vem comumente aceitando referidos acordos nos casos de contratos de compra e venda de um negócio ou segmento de negócio e a junção de esforços em uma empresa como, como por exemplo, uma joint venture.

Não obstante, os motivos para a aceitação em alguns casos dos acordos de não concorrência não podem ser confundidos com as cláusulas de exclusividade, já que são distintos em alguns aspectos. Senão vejamos:

Existe uma relação vertical entre a administradora do shopping center e os lojistas, o que lhes retira o caráter clássico de parceria, de comunhão de interesses. Muito embora existam interesses congêneres no negócio, não se tratando de uma simples relação locatícia, não se pode pôr em paralelo com uma joint venture, cujos aspectos jurídico-econômicos são consideravelmente distintos, principalmente no que tange a duração, já que esse tipo de cooperação faz parte de um determinado projeto, com começo, meio e fim, ao passo que Shopping Center preza pela continuidade, sem limitação de tempo.

Além do mais, vale frisar a característica do mercado shopping center como sendo um mercado de dois lados, atinente ao fato do lojista ser um dos clientes do produto “shopping center”. Independentemente de subsistir uma espécie de “parceria tácita”, já que ao lojista é oportuno o shopping estabelecer um ambiente favorável às compras, verifica-se que tal “parceria” encerra-se nesse escopo. A partir disso, considerando as condições oferecidas, a relação é típica: o lojista, como um dos clientes do empreendimento, adquire ou não o espaço no produto “shopping center”.

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 jurisprudência estabelece 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(49).

Nota:

(49) Voto do Conselheiro-Relator Marcelo Procópio Calliari, no Ato de Concentração nº 179/97, de 24 de junho de 1998, cujas Requerentes eram Companhia Brasileira de Poliestireno – CBP e BASF S.A. “A Cláusula de não-concorrência, enquanto objeto meramente secundário da avença principal, insere-se no âmbito de aplicação da regra da razão. Assim, adstrita temporal e territorialmente ao tempo necessário para a efetiva transferência das atividades objeto principal, é a mesma de ser admitida”.

Voto do Conselheiro-Relator Marcelo Procópio Calliari no Ato de Concentração nº 1639/97, de 2 de dezembro de 1998, cujas Requerentes eram Praxair Comércio e Participações Ltda. e Rolmaster Indústria Ltda. “A lógica do raciocínio parece-me algo semelhante a das patentes, caso em que se aceita uma restrição à concorrência na medida em que ela tem outro efeito economicamente desejado que é o de estimar o investimento em pesquisa e desenvolvimento e a adoção de inovações tecnológicas. No caso da cláusula de não-concorrência, valorizam-se os negócios, os fundos de comércio, o goodwill das empresas, estimulando o investimento tanto no próprio negócio quanto sua aquisição. Assim como no caso das patentes, porém, a partir de um certo ponto, a restrição passa a ter um peso anticompetitivo maior do que o benefício que dela se auferem. Assim é que a concessão de patentes tem sempre um prazo delimitado e que a aceitação das cláusulas de não concorrência tem sido sempre vinculada à sua razoabilidade.”

Voto do Conselheiro-Relator Mércio Felsky no Ato de Concentração nº 08012.003279/99-23, de 8 de setembro de 1999, cujas Requerentes eram Matiello Participações S.A., Narva Indústria e Comércio Ltda. e Reyco Ltda. “Pacífico é o entendimento de que a cláusula de não-concorrência tem o intuito de preservar as relações comerciais entre as partes contratantes e só se revela restritiva à concorrência quando estipulada para ter duração superior a cinco anos.”

Voto da Conselheira-Relatora Hebe Romano no Ato de Concentração nº 08012.000317/99-12, de 27 de outubro de 1999, cujas Requerentes eram Dyno Industries ASA e Placas do Paraná S.A. “Salvo justificativa adequada, as cláusulas de não-concorrência devem ter prazo de vigência limitado a cinco anos”.

A Representada, por seu turno, alega que existe sim um tempo determinado para a aplicação da cláusula de raio(50), que seria o prazo dos contratos que são, comumente, de cinco anos. Noutra oportunidade, a Representada alega que nenhum lojista é obrigado a manter-se no Center Norte(51).

Nota:

(50) Fls. 505 dos autos. “Esclareça-se, ainda, que o limite temporal à restrição do direito de concorrer é o da própria limitação temporal de vigência do contrato de locação, prevalecendo, neste sentido a compatibilidade jurídica entre os princípios de autonomia contratual e de liberdade de concorrência”.

(51) Fls. 503 dos autos. “Nenhum contrato obriga, e nem haveria como, um comerciante a manter-se para sempre instalado no Shopping Center Norte. Nem tampouco veda o exercício da mesma atividade em qualquer lugar, sem limites territoriais ou temporais, quando cessadas as atividades dentro das dependências do shopping”.

Uma vez findados os contratos de locação entre o Center Norte e os lojistas, esses últimos têm duas opções: acatar as cláusulas impostas pela administração do shopping, incluindo a cláusula de raio, e renovar por mais cinco anos o contrato; ou

não renová-lo para não se submeter às convenções prescrevidas pela Representada, tendo, pois, que se retirar do Shopping Center Norte.

Ora, o Shopping Center Norte é um dos maiores faturamentos do setor no Brasil, com o segundo maior aluguel de São Paulo, atuando de forma monopolística durante 10 anos na região delimitada pelo mercado relevante, com seu público já totalmente definido e fiel. Intuitivo dizer que não seria economicamente razoável que um agente retire sua loja de um shopping desse vulto. Desta maneira, fica patente que a renovação de contratos de locação, prevendo a cláusula raio confere-lhe caráter de prazo indeterminado. Neste contexto, é essencial que haja uma efetiva limitação da cláusula no tempo a partir da instalação da loja no Shopping Center(52).

Nota:

(52) Ademais, nota-se que a multicita cláusula de raio é excessivamente abrangente quanto ao objeto, já que proíbe inclusive, que sócios, quotistas ou acionistas não poderão ter outro estabelecimento explorando o mesmo ramo de comércio no Shopping D, o qual fica situado dentro do raio estipulado no contrato. Ou seja, se um sócio de determinado ramo de negócio presente no Center Norte, mesmo com participação insignificante, desejar investir num negócio do mesmo ramo, porém com nome, característica, estilo desiguais, ficará este contratualmente impedido de tal realização.

Vale apontar a lição de Luiz Gastão Paes de Barros Leães em seu Parecer intitulado “Convenção Impediente de Novo Estabelecimento”:

“Com efeito, algumas convenções impeditivas ou restritivas da liberdade econômica individual, pactuadas entre empresários, com o objeto de preservação da clientela, vêm sendo admitidas pela doutrina e pela jurisprudência, tanto aqui quanto alhures, desde que preencham duas condições, uma positiva e outra negativa: (a) que corresponda a um interesse legítimo da parte credora da obrigação de não-concorrência, via de regra a proteção direta ou indireta de uma clientela e de um fundo de comércio, e (b) que a liberdade individual da parte devedora não seja de todo suprimida, mas sujeita a limites precisos de objeto, de tempo e de espaço, a saber:

(1º) que a obrigação não imponha ao devedor uma abstenção permanente de concorrência a ponto de configurar renúncia definitiva do direito de exercer determinada atividade econômica (limitação no tempo);

(2º) que a obrigação de não-concorrer se limite à zona em que se travar a concorrência, não valendo fora do âmbito de influência dos estabelecimentos concorrentes (limitação de espaço); e

(3º) que a restrição se refira sempre ao ramo de atividade desenvolvida pelo estabelecimento titular da clientela, e não a outro tipo de atividade empresarial (limitação de objeto).

Essas limitações são cumulativas, sendo necessária, para validade das convenções de não-concorrência, a existência de todas as três limitações acima identificadas (de objeto, de tempo e de espaço), ou, ao menos, como sustentam outros, da limitação temporal, complementada pela presença alternativa do limite espacial ou de ramo de atividade.

Pois o limite temporal deve estar sempre presente nessas restrições, constituindo condição de validade sine qua non de todo e qualquer pacto de abstenção de concorrência empresarial, sob a pena de este vir a ser considerado írrito e nulo, por consubstanciar renúncia abdicativa de um direito irrenunciável por excelência: o direito-garantia de exercer qualquer atividade econômica, constitucionalmente declarado (CF art. 170, par. Único).

Na Itália, as regras legais que dispõem sobre a matéria reputam imprescindível a presença da limitação temporal na interdição convencional da liberdade empresarial, exigindo ainda a concorrência ao menos de uma das duas outras limitações. Basta a leitura sistemática dos artigos 2.596, 2.125m 2.557, parágrafos 2 e 3, do Codice Civile, e 222 de suas disposições transitórias.

No Brasil, onde inexistente regulamentação legal a respeito, coube à doutrina e à jurisprudência elaborar teoria da obrigação de não-concorrência, restringindo-se ao caso de trespasse do estabelecimento. Nessa hipótese específica, firmou-se a orientação de que a interdição é lícita, mas não pode ser a um tempo permanente (ilimitada quanto à duração) e geral (ilimitada quanto ao espaço e quanto ao objeto), sob pena comprometer o direito, a todos assegurado a nível constitucional, ao “livre exercício de qualquer atividade econômica”.

Mesmo que se considerasse convencionalmente uma relação balizada nos aspectos da não concorrência, a cláusula de exclusividade territorial (cláusula de raio) possui suas peculiaridades, as quais serão explanadas a seguir.

IV.3 – DAS CLÁUSULAS DE RAIOS

A cláusula de raio em shopping center proíbe que um lojista estabelecido no shopping impositor abra outra loja do mesmo ramo de atividade em outros shopping centers numa determinada distância de raio, que nesse caso é de mil metros. Vale trasladar outra vez a cláusula constante nos contratos de locação do Shopping Center Norte:

“A LOCATÁRIA, bem como seus sócios, quotistas ou acionistas não poderão ter outro estabelecimento explorando o mesmo ramo de comércio por ela exercido no Salão de Uso Comercial que lhe é alugado, num raio de mil metros do Shopping Center Norte, salvo aqueles já existentes na data da assinatura deste, ou se para tanto, forem expressamente autorizados pela LOCADORA”.

Como já foi assentado pela jurisprudência norte-americana(53), as cláusulas de raio não são ilícitas *per se* ; opostamente, serão válidas na medida em que se encontrem adstritas aos limites necessários para atingir seus fins. Primordialmente respeitando as fronteiras de tempo, espaço e objeto e que tenham justificativa econômica, não restringindo de modo não razoável a concorrência no mercado relevante.

Nota:

(53) "The Supreme Court of Connecticut held that a restrictive covenant in a shopping center lease is not illegal 'per se' under the state antitrust act, but its legality must be reviewed in terms of its reasonableness" (Elida, Inc. v. Harmor Raelty Corporation, 177, Conn. 218, 413 A . 2d 1226, 1979).

Feitas essas reflexões, cumpre-nos examinar com maior detalhe a cláusula adotada, no escopo de apurar sua legalidade e compatibilidade, levando, inclusive, em consideração os momentos e ocasiões em que foi firmada e exigida pela Representada.

De fato, a relevância da cláusula de raio não pode ser afastada de plano para se decretar a sua ilegalidade sem antes apurar-se a finalidade que determinou a sua adoção e implementação, já que ela pode ser útil pra a defesa dos interesses globais da organização jurídica constituída tanto por empreendedores quanto por locatários, ou seja, da entidade jurídica designada shopping center.

Um fator importante no exame da legalidade das cláusulas de raio é a questão do investimento que é despendido inicialmente nesses tipos de empreendimentos. Ora, nenhum empresário ou investidor irá entrar num negócio desse porte sem as devidas garantias esclarecidas. Considere-se esse fator ainda mais presente em investimentos cujo cerne se encontra na escolha do correto *tenant mix* que os comporão e nas facilidades que ofertarão aos consumidores. Assim, razoável que se imponha garantia inicial de exclusividade por um período inicial, como forma de garantir o retorno do investimento e a fixação da imagem da marca. Tal garantia, no entanto, não pode ser indeterminada, sob pena de fugir à razoabilidade.

Observo, ainda, que 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 por existirem, como será analisado no tópico a seguir, outras salvaguardas contratuais que podem preservar o retorno de investimento. No entanto, não nego que em determinadas hipóteses absolutamente excepcionais, a exclusividade pode vir a ser concebida como uma garantia suplementar do retorno de investimento, na 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.

Daí o não assentimento da ilicitude *per se* das cláusulas de raio. Efetivamente, o argumento econômico no caso em tela é o mais forte para justificar a aposição de uma cláusula de raio nos contratos entre lojistas e um shopping center em criação. E é justamente com fulcro nele que entendo não serem ilegais, *per se*, todas as disposições avençadas nesse sendeiro(54).

Nota:

(54) E este respeito, impende trazer à baila o seguinte extrato de *leading case* dos Estados Unidos que apreciou o tema, e no qual faz expressa menção ao caráter econômico ora mencionado: "The restrictive provision was declared not illegal *per se* under either the Sherman Act or Ohio's anti-trust statute (...). Economic justification is often the reason why such restrictions are not *per se* illegal". (Child Worth, Inc. v. South Towne Centre, Ltd. 634 F . Supp. 1121 – S.D. Ohio 1986).

Uma vez ultrapassada a barreira que justificou a aceitação momentânea da cláusula de raio, não resta razão a embasar a sua permanência *ad infinitum* nos contratos de locação em shopping center. Assevere-se que deve haver uma comprovação da relação entre o lapso de exclusividade imposto e o investimento realizado. 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 tanto a inauguração do empreendimento como a instalação da loja no Shopping Center. A proteção posterior ao empreendimento deve ser feita por métodos correntes de técnica de mercado, mas jamais por vias que limitam, injustificadamente, a ação benéfica dos concorrentes.

Expus tais reflexões apenas para deixar claro que haverá situações em que um conjunto de condições pode conduzir, dependendo da natureza do caso concreto, a uma percepção mais favorável de eventual cláusula de exclusividade territorial. Deste modo, não há como tratar a cláusula de raio como lícita ou ilícita *per se*. Em outras palavras, será de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto que se poderá concluir se referida cláusula é compatível com a legislação de defesa da concorrência, não havendo, assim, como estabelecer um critério absoluto.

A sua validade do ponto de vista concorrencial dar-se-á nas situações que os seus efeitos estiverem adstritos a prevenir comportamento oportunista dos lojistas, consistente no indevido aproveitamento das externalidades geradas (em especial a infra-estrutura) que pudessem ser indevidamente apropriadas em razão da instalação em local próximo. No entanto, tal imposição deverá dar-se de modo razoável, a fim de não gerar efeitos que tragam, sem justificativa, efetiva limitação no

mercado relevante. A averiguação da razoabilidade dependerá, assim, da análise do raio imposto, do tempo de duração da cláusula, do modo como ela foi prevista e implementada, além, obviamente, dos efeitos gerados no mercado relevante como um todo (e não apenas no raio).

Cabe observar, aliás, que tanto a jurisprudência internacional como a nacional aportam justamente para uma análise da cláusula de raio tomando em consideração a sua razoabilidade e os impactos peculiares em cada caso concreto.

Início destacando a seguinte decisão da autoridade antitruste chilena (a Fiscalía Nacional Económica) na qual houve a determinação a Shopping Center de retirar cláusula de raio, por entender que no caso concreto ela gerava efeitos líquidos anticoncorrenciais, como se observa do seguinte trecho:

“La justificación de la cláusula radial en los contratos es evitar la autocompetencia de los arrendatários con sul local del centro comercial, desviando la clientela fuera de él, compitiendo deslealmente pues con ello lograrían pagar una menor renta, por lo que dicha cláusula importa una aplicación del principio del cumplimiento de buena fe de los contratos. Que estas cláusulas tienen en su aplicación (multas) un efecto anticompetitivo del momento que limitan la capacidad de un competidor de Plaza Vespucio de ofrecer sus servicios y el arriendo de sus locales a empresas que deseen instalarse con otra sucursal en un centro comercial distinto a Plaza Vespucio, dentro del radio de exclusividad pactado.

Acogiendo en parte el requerimiento, se ordenó que a contar de la notificación de la resolución, quedan sin efecto todas aquellas disposiciones convenidas en las cláusulas denominadas Definición de Mercado Geográfico Natural – la cláusula radial- contenidas en los contratos suscritos entre Plaza Vespucio con sus arrendatários, en la parte que dispongan multas u otra erogación por el incumplimiento de la señalada cláusula radial, sean estas de carácter compensatorio, moratorio o de otra naturaleza.

Haya una prevención de los integrantes Sergio Espejo Yaksic y Patricio Roja Ramos, quienes estuvieron por eliminar íntegramente dichas cláusulas, por considerar, únicamente, que los instrumentos utilizados para la defensa de la rentabilidad de un negocio, deben enmarcarse dentro de parámetros económicos, donde la eficiencia, costos de entrada y de operación deben ser los argumentos centrales que deberá evaluar un entrante al negocio. La existencia de una cláusula radial no permite que el entrante pueda competir con argumentos económicos en el concurso de los locatarios, por cuanto las sanciones por el incumplimiento de dicha cláusula hacen no viable la negociación entre aquel y los locatarios. En la práctica, cláusulas de este tipo no permitirían que entrantes más eficientes pudieran participar del negocio, posibilidad que pasa por la no existencia de barreras artificiales, no económicas, que impidan la competencia entre los distintos agentes involucrados”.(55)

Nota:

(55) Resolución nº 681, de 12 de março de 2003.

Cumpra também reiterar que os julgados dos Estados Unidos da América realçam considerações em torno da razoabilidade econômica das cláusulas.

Destaco, também um precedente jurisprudencial interessante, da lavra do Superior Tribunal de Justiça, cuja menção, no entanto, merece ser precedida de algumas ressalvas. Em primeiro lugar cabe observar que a matéria foi analisada em sede de ação judicial na qual litigavam lojista e Shopping Center, ou seja, sob a ótica de um conflito privado, sem que o impacto da cláusula no mercado como um todo fosse avaliado. Em segundo lugar que o Shopping Center envolvido na ação não é o representado. Em terceiro lugar, que a legalidade da cláusula não foi analisada pelo STJ, que não conheceu do recurso por entender que isto envolveria interpretação de cláusula contratual, o que é vedado pela Súmula nº 5 da aludida Corte Superior, como se extrai do seguinte trecho da ementa:

“A alegação de nulidade de clausula inserta em escritura de normas gerais de locação, na qual se proíbe ao lojista locatário abrir novo estabelecimento comercial do mesmo ramo de atividade nas proximidades do shopping, não pode ser objeto de análise em sede de recurso especial, por importar em exame de clausula contratual (Sum. 5/STJ)”.

No entanto, cumpre transcrever as seguintes considerações efetivadas pelo Ministro Vicente Cernichiaro:

“O poder econômico, ainda que não caia, por exemplo, na figura do trust e da concorrência impossível, todavia, condiciona, faz com que a contraparte capitule e aceite as condições. Sou terminantemente contrário à afirmação de se colocar essa avenca de cessão de espaço no sentido clássico ou romano que se manifestaram. É clássico no direito das obrigações que as cláusulas leoninas são decorrentes, exatamente, da impossibilidade de equiparação de paridades de forças entre os contratantes.

No caso concreto, e essa é a razão que me leva a aderir ao douto voto do Eminent Relator, há particularidade relevante. Sabido, o empreendimento, repetindo, além de ceder o espaço, enseja complexo de prestação de serviços. No direito comercial, chamando a criação do ponto. Todos os locatários se aproveitam da prestação de serviços, da área de alimentação, das comemorações, de lançamentos de prêmios para estimular as vendas. O recorrente, no caso dos autos, se obrigara a não abrir o estabelecimento em determinada área. Ora, tendo aberto esse novo estabelecimento em uma área próxima, é evidente, passa a fazer concorrência para os demais. Somente por isso, porque se houvesse que proibisse a distância que não fosse razoável, dúvida não seria de leonina, ou meramente potestativa. Daria pela ilegalidade. Mas tendo em vista ser de dois mil metros, numa área de população conhecida onde está situado o Shopping Morumbi, em São Paulo, de acesso fácil, de procura, a outra loja irá estabelecer a concorrência.

Em face dessas considerações é que acompanho o Eminent Relator, não conhecendo do recurso especial”.

IV.4 – DA INEXISTÊNCIA DE RAZOABILIDADE ECONÔMICA

Em sua defesa, a Representada alega que a Cláusula de Raio por ela imposta aos seus lojistas teria justificativa econômica e empresarial, tendo como escopo central a proteção do fundo de comércio do Shopping Center e dos lojistas. Assim, não teria tal cláusula qualquer efeito, intencional ou não, de lesar a livre concorrência. Pelo contrário, seria uma forma de impedir que a Representante se apropriasse do fundo de comércio formado e desenvolvido pela Representada(56).

Nota:

(56) Fls. 480 e 487.

Ademais, afirma a representada que, apesar de reconhecer explicitamente sua posição dominante no mercado relevante em questão, não a utiliza para tirar vantagens concorrenciais e não a usufrui abusivamente, o que caracterizaria infração à ordem econômica. Ainda como argumento de defesa, a representada alude que a área geográfica objeto de restrição, ou seja, aproximadamente 3,14 km², é insignificante face ao tamanho do mercado relevante geográfico que é de 289 km² (zona norte da cidade de São Paulo)(57).

Nota:

(57) Corroborando o que foi supramencionado, são apresentados fragmentos dos textos trazidos aos autos pela Representada: “Como se pode concluir que, em um mercado relevante geográfico que abrange 289 Km² de área, uma cláusula de raio de mil metros vá limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado?”. Fls. 479 dos autos.

(...)

“Atribui-se à Representada a posição dominante no mercado relevante em que atua, em virtude de seu market share, superior aos demais concorrentes”. Fls. 481 dos autos.

(...)

“Nesse âmbito, a cláusula de raio contida nos contratos de alguns lojistas, não significa abuso de sua posição dominante, pois ela não impede nem dificulta a atuação de concorrentes no mesmo mercado relevante”. Fls. 487 dos autos.

Conforme consolidado na doutrina e na jurisprudência a exclusividade justifica-se apenas para proteção de investimentos contra apropriação por terceiros sem contraprestação – o free-riding (efeito carona). O free-riding versa no ato de valer-se dos serviços de um ativo de propriedade de terceiros sem incorrer nos custos correspondentes. Uma empresa que adota essa conduta terá custos (e preços) inferiores aos da empresa concorrente e provedora do ativo, tendendo, por isso, a usurpar-se de parte significativa da demanda que a concorrente gera através da disponibilidade desses ativos. Porém, um determinado investimento só poderá ser apropriado por agente oportunista – o free-rider – quando gerar externalidades positivas numa conjuntura assaz abrangente para beneficiar concorrentes.

Como já ressaltado, e de difícil concepção a figura do “efeito carona” para o presente caso. Em primeiro lugar porque todo o investimento feito pelo Center Norte para fins de melhoria, como estacionamento, segurança ou outros serviços e lazer será internalizado, oferecendo retorno primordialmente para o próprio investidor. É desairosa a conjectura de que os lojistas do Shopping D – por meio de consumidores finais – possam usufruir os investimentos realizados pelos empreendedores da Representada. Imaginem por exemplo, se é factível um comprador que pretende fazer compras no Shopping D, estacione no Center Norte e vá andando ou de táxi para o Shopping D fazer suas compras! Isto é absolutamente impossível, tendo em vista que o rio Tietê separa os dois shoppings objetos de análise. Não vejo nesse caso a possibilidade que a Representante possa, mesmo que involuntariamente, apropriar-se de investimentos realizados pela Representada. Se a alegação fosse coerente, a recíproca seria válida. Ou seja, em tese, o Center Norte também poderia se apropriar de investimentos realizados pelo Shopping D. Contudo, esse último não utiliza a cláusula de restrição territorial em nenhum de seus contratos de locação. Vide que, após a Representada ter inaugurado a rede de cinemas Cinemark em seus estabelecimentos – tido como marco da mudança estrutural para mudança de perfil do Shopping D – algum tempo depois a Representante, observando o sucesso da operação, seguiu o mesmo caminho, inaugurando referida rede de cinemas, o que pondero ser justo, legal e benéfico para a concorrência, o que não seria possível se o Shopping D incluísse nos seus contratos a cláusula de raio. E mais, existem 24 lojas, dos mais variados segmentos, que abriram as portas no Center Norte após terem se estabelecido no Shopping D. Dentre elas, marcas famosas como “O Boticário”, “Bob’s”, “Casa do Pão de Queijo”, “Colombo”, “Claro” e “Tim” (58). Ora, a Representada está cerceando o direito de diferenciação e de diversificação que ela própria busca, acarretando, por conseguinte, numa manutenção artificial de sua posição dominante.

Nota:
(58) Fls. 795 dos autos.

Além disso, deve ser ponderado o argumento de que a abertura ou a manutenção de duas lojas do mesmo ramo nos dois shoppings em análise é prejudicial ao negócio shopping center, através do aluguel percentual, ora afetado pela suposta redução no faturamento das lojas fixadas no Center Norte(59).

Nota:
(59) Fls. 470 dos autos.

Primeiramente, não seria racional do ponto de vista econômico que o lojista se expandisse à custa de seu próprio faturamento. Depois, ainda que o fizesse, o Shopping Center Norte prevê em seus contratos um valor mínimo de aluguel, que lhe remuneraria adequadamente. A esse respeito, cumpre reproduzir os seguintes ensinamentos do ilustre professor Luis Gastão de Barros Leães(60):

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

“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”.

Cumpre atentar para dois aspectos já ventilados nessa apreciação. Em primeiro lugar, que a circunstância do aluguel ser previsto em dois patamares, fixo e variável, serve de salvaguarda contratual ao locador. Ou seja, que ainda que shopping center 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. Vale recordar que a Representada cobra o segundo maior aluguel de São Paulo. 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. Temos então que a utilização constante e ilimitada de restrições ao desenvolvimento comercial não é benéfica para a concorrência e, por conseguinte, aos consumidores. Observe-se que, no caso em pauta, a Representada já se encontra com todo o seu *mix* de lojas formado, possuindo alto poder de mercado, fato este que denota a sua consolidação no meio comercial.

Afirma a Representada que os lojistas presentes no Center Norte, quando convidados a iniciar atividades no Shopping D, não o fizeram, não exclusivamente pela imposição da cláusula de raio, mas pelo fato da instalação da mesma loja em dois locais próximos iria dividir a clientela, aumento custos e dividindo a receita a ser auferida(61). Se o Center Norte, dada sua consolidação no meio comercial, notadamente na região em análise, alude que os lojistas recusaram a proposta de instalarem-se no Shopping D, qual o supedâneo da utilização, indeterminada, de uma cláusula contratual que, de forma artificial, impede que esses mesmos lojistas possam afluir para o shopping concorrente. Se realmente esses lojistas analisarem que seu faturamento será afetado e que seus custos serão majorados, certamente permanecerão com suas atividades, exclusivamente, no Shopping Representado, aproveitando as grandes vantagens que tal estabelecimento proporciona. Assim, o argumento da própria Representada reforça a assertiva de que o aluguel mínimo confere proteção à remuneração adequada da administradora do shopping center.

Nota:
(61) Fls. 470 dos autos. “A recusa dos lojistas, entretanto, não tem causa exclusivamente na cláusula de raio adotada no contrato de locação, ora em

voga. O fato de a mesma empresa instalar-se em dois locais tão próximos e que dividem sua clientela acarreta, por óbvio, aumento demasiado de custos, enquanto haverá divisão natural da receita a ser auferida, excetuando-se hipóteses isoladas, como, por exemplo, a Rede Mc Donald's".

Assim, as administradoras de shopping centers detêm instrumentos lícitos e efetivos para se prevenirem quanto à queda do faturamento, sobretudo o aluguel mínimo, o condomínio e a verba do fundo de promoções. Não nego, no entanto que, principalmente quando da inauguração do empreendimento (dada a necessidade de retorno do investimento) ou quando da entrada da loja no shopping center (em razão do retorno de investimentos eventualmente efetivados pela administradora para atrair ou alavancar a marca do lojista ou, ao menos, para uma maior experiência até mesmo no dimensionamento do aluguel mínimo) possa haver um nexos entre a cláusula de exclusividade e a preservação do faturamento.

Todavia, pelas razões já expostas e – especialmente – por dispor a administradora de instrumentos aptos à preservação da remuneração adequada pelas externalidades criadas (em especial o aluguel mínimo) não entendo ser a questão do faturamento uma justificativa adequada para uma cláusula de exclusividade sem limitação temporal.

Outro ponto relevante a destacar é a alusão da Representada concernente à possibilidade do Shopping Center Norte vir a falir caso o Shopping D “copie” todas as lojas presentes em suas acomodações(62). Primeiramente, há de se convir que, dificilmente, a Representada consiga obter em seu tenant mix a totalidade das lojas presentes no Center Norte, até mesmo porque esse último possui uma quantidade de lojas a maior em face ao Shopping D(63). Ademais, nem todos os lojistas necessariamente tem intenção de instalar-se no Shopping D e há espaços ocupados por outros lojistas que não permitiriam tal migração em bloco.

Nota:

(62) Fls. 505 dos autos.

(63) Segundo consta no sítio da ABRASCE, atualmente o Shopping Center Norte possui 479 lojas, ao passo que o Shopping D possui 300 lojas.

Outra vez remeto às ponderações que fiz no Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82, o qual também ponderei sobre a possibilidade acima esposada que, por esse motivo, é relacionada ao presente caso:

“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 (64). 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:

(64) FREEMAN, Christopher. The economics of industrial innovation. Cambridge: MIT Press, 2. Ed., 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.

(...)

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.”

Finalmente deve ser reiterado que diversos empreendimentos localizados no Shopping Center D, posteriormente, também se estabeleceram no Shopping Center Norte, sem que isto acarretasse a falência do primeiro.

De todo o exposto, resta claro que a proteção ao faturamento não pode ser tida como um fator de licitude per se da cláusula de raio.

IV.5 – DO MODO DE EXECUÇÃO DA CLÁUSULA

O Shopping Center Norte foi inaugurado em 1984, data de início de vigência das cláusulas em questão. Dez anos depois, ou seja, no ano de 1994, foi inaugurado o Shopping D, com uma proposta diferenciada de shopping center, onde primava pelas vendas com descontos, além de varejistas “off-price”. Somente a partir do ano de 2000 é que o Center Norte iniciou a execução da cláusula de raio, momento no qual principiaram as notificações obrigando os lojistas que possuíam lojas do mesmo ramo tanto no Center Norte quanto no shopping D, a encerrarem suas atividades nesse último sob pena de terem seus contratos rescindidos com os primeiros.

Vale frisar que a partir do ano de 1998, a Representante começou a pôr em prática uma reformulação no perfil do empreendimento, tornando-o gradativamente, em shopping regional, surgindo-se como concorrente potencial da Representada.

Este modo de implementação da cláusula infirma a sua legalidade, uma vez que sua utilização transcende ao espírito unicamente protecionista de seu negócio, na medida em que apenas após alguns anos de sua suposta violação por parte das lojas e mais de 15 anos do princípio da vigência dos contratos.

É dizer, não foi após a primeira loja descumprir, em tese, o contrato locatício firmado com a Representada que esta a notificou(65), mas apenas, e tão somente, após o Shopping D representar certa “ameaça” a seu mercado, passando da modalidade outlet para ser um shopping regional. Uma questão que transparece o sentido anticoncorrencial da conduta levada a efeito pela Representada encontra-se no fato de que somente após o shopping Representante ter logrado instalar em suas dependências a rede de cinemas Cinemark(66), o que levaria a um aumento de 30% no número de visitantes(67), é que a Representada iniciou a série de notificações para cumprimento da cláusula de raio(68).

Nota:

(65) Por exemplo, lojas como Le Postiche e Pontal estavam presentes no Shopping D desde 1994, ano de sua inauguração. Fls. 387 dos autos.

(66) A rede de cinemas Cinemark foi inaugurada em 23 de fevereiro de 2001.

(67) Estimativa própria do Representante.

(68) A Representante informa que as lojas Le Postiche, Pontal, Barred's, Fotóptica, Decorambiente, Panashop e Ricktel foram notificadas entre os dias 12 e 20 de fevereiro de 2001, fls. 17 dos autos. Já as Representadas informam que tais notificações se deram entre os anos de 1999 e 2000, fls. 750 dos autos. De qualquer forma, é certo que essas notificações ocorreram logo após a mudança de perfil do Shopping D, ocorrida em 1998.

V.6 – DA AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL

Além disso, com relação à questão temporal que envolve o tema em apreço, tem-se que a Representada adota cláusula de raio por período indeterminado, sujeitando os lojistas que nele visavam a instalar-se a aderir, de forma incontestada, às condições que lhe eram impostas.

Contudo, como já enfatizado, a par das pretensões iniciais do investimento demandarem a adoção da citada cláusula, é certo que tal finalidade não se justifica ilimitadamente, devendo ser impostas restrições à sua validade. De fato, deve-se observar que a estipulação de uma cláusula dessa natureza não pode deixar de vir acompanhada de um termo final, sob pena

de transparecer possuir fito anticompetitivo.

Vale destacar o fato de que não se trata aqui de uma disputa por um novo mercado, entre Representante e Representada, concomitantemente. Trata-se de uma empresa estabelecida que, após mais de quinze anos de sua inauguração, está se valendo de dispositivos contratuais com o desígnio de dificultar ou impedir um concorrente em potencial, ou seja, uma empresa entrante. A pretendida proteção à sua posição de dominância no mercado relevante deve ser feita por métodos outros que não notificando os proprietários das lojas retirarem seus estabelecimentos de shopping concorrentes.

V.7 – DA EXCESSIVA ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA

Necessário, ainda, salientar que a vedação de estabelecer relação contratual com o Shopping D, único concorrente do mesmo padrão, não é imposta apenas à específica loja instalada no Shopping Center Norte, mas a toda e qualquer marca e toda e qualquer atividade desempenhada pelo lojista no mesmo ramo de comércio desenvolvido no Shopping Center Norte. Dessa forma, a falta de relação de causalidade tira novamente validade do argumento de proteção contra conduta oportunista (69).

Nota:

(69) 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 no 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 impediendo de novo estabelecimento. Revista de Direito Imobiliário, v. 38, p. 7-17.

Atente-se, ainda, que a cláusula em questão abarca a quase totalidade das lojas, não sendo crível (além de não estar sequer mencionado, quanto mais provado) que todas elas tiveram intensos investimentos efetivados pela Representada 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.

V.8 – DA DEFESA INSTITUCIONAL DA CLÁUSULA DE RAIO FEITA PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO SHOPPING CENTERS (ABRASCE)

A Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE – às folhas 334 a 358 dos autos fez, com muita propriedade, a defesa da validade e da legalidade de chamada cláusula de raio. Concordo, como já salientado, com a assertiva de que não se pode condenar de modo *per se* a utilização pontual desse instrumento jurídico que, razoavelmente imposta, pode desempenhar papel importante na preservação dos interesses globais do shopping center, sempre analisando cada caso concreto sob a luz da razoabilidade. Apesar disso, discordo em alguns pontos e faço a seguir elucidações acerca de outros aspectos sopesados no parecer dessa Associação.

Nota:

(70) Fls. 337 dos autos.

A ABRASCE(70) discorre que o *tenant mix* adequado para tornar o empreendimento o mais rentável possível varia em função de diversos fatores e do tipo de shopping concebido. Para isso, são feitos estudos sobre a localização do shopping, do potencial de consumo das populações vizinhas, das condições de tráfego nos arredores nas diversas horas do dia etc.

Apreciando o presente caso, nota-se que o Center Norte foi criado há vinte anos atrás. Certamente, todas as variáveis acima destacadas foram totalmente ou parcialmente alteradas com o passar do tempo. O Shopping D, inclusive, só iniciou suas atividades após dez anos da existência do shopping representado, e sob a forma de shopping de descontos (outlet) não se tendo notícias de notificações contra as lojas presentes no shopping representante no interregno de sua instalação até sua mudança de perfil para shopping regional. Tampouco é sabido algum caso de exigência contratual de algum lojista presente

nas ruas ao redor. O que pretendo aludir é que os investimentos realizados, a eficiência dos estudos de tenant mix e as justificativas de exclusividade, dado os parâmetros da época, foram tempestivamente logrados pela Representada, não havendo nos autos nenhuma justificativa técnica que prove que, dado os parâmetros atuais de consumo, população, tráfego e concorrência na região, a simples existência de uma idêntica loja nas proximidades do Center Norte possa afetar a atratividade de seu mix.

A ABRASCE faz referência a artigo de Carlos Geraldo Langoni(71), afirmando que a criação e a manutenção de todo o sistema chamado “shopping center” só é possível graças ao desenvolvimento de certa “tecnologia jurídica”, aplicada em todos contratos locatícios nesses estabelecimentos.

Nota:

(71) Fls. 339 dos autos. O referido artigo é o “Shopping Centers no Brasil”, in Shopping Centers – Aspectos Jurídicos, vários, Coordenação José Soares Arruda e Carlos Augusto da Silveira Lobo, ed, RT, 1984, p. 56.

Porém, o que se observa na análise do artigo de Langoni é que ele formaliza uma distinção na relação contratual entre os empreendedores do shopping center e os comerciantes, vis-à-vis as relações contratuais tradicionais, nada além disso. Não se pode afirmar, independentemente da validade pontual da cláusula de raio, que sua utilização – muito menos *ad eternum* – está incluída nesse arsenal jurídico ilustrado por esse conspícuo economista(72). Na verdade, o que Langoni pondera como “inovador” nas relações contratuais é a participação dos investidores na faturamento das atividades do shopping(73).

Nota:

(72) Fls. 339 dos autos, no artigo acima citado. “ O que caracteriza, entretanto, a revolução tecnológica é a forma como foi estruturada a combinação dos interesses dos investidores no shopping center e dos comerciantes, permitindo a exploração adequada de economias de escala e a internação de externalidades, especialmente aquelas relacionadas com os gastos de propaganda e promoção. Neste sentido, a peculiaridade dos shopping centers não reside na reunião em um espaço físico de um conjunto de atividades comerciais. O aspecto distinto – e que se constitui na base de todo o seu dinamismo e eficiência – é exatamente a relação contratual existente entre o empreendedor do shopping center e os comerciantes”.

(73) Pág. 37 da obra citada.

Nessa seara, a própria estrutura organizacional do shopping center propicia a internalização dos esforços de investimentos, principalmente de propaganda e marketing, favorecendo toda a estrutura, inclusive as lojas de pequeno porte que, isoladamente, não poderiam galgar grandes resultados advindos de estratégias de marketing(74). Assim, a própria forma de ser do shopping center já enfraquece as possibilidades de condutas oportunistas.

Nota:

(74) Fls. 353 e 354 dos autos, em referência ao trecho do artigo de Langoni. “Os shopping centers viabilizam economicamente, através de esforços integrados, a participação de pequenas unidades em esquemas agressivos e modernos de divulgação, simplesmente inacessíveis através de uma ação isolada. Além do mais, já foi ressaltado anteriormente, a estrutura organizacional facilita a internalização por qualquer unidade de uma parcela de esforço de promoção feito por terceiros (em geral grandes unidades). Em outras palavras, há uma transferência implícita de recursos reais com elevado valor de mercado das grandes unidades para as menores, com óbvios benefícios sociais”.

No que tange às críticas da ABRASCE feitas à SDE(75) sobre a qualificação dessa Secretaria da cláusula em questão como “cláusula de exclusividade territorial” cabem algumas ponderações. Em que pese a caracterização do shopping center como sendo um “núcleo unitário de interesses” (76) ou como um “centro de interesses” (77), e o fato do lojista não ser um mero “adquirente” do insumo imóvel, a verdade é que não se pode refutar que existe uma relação vertical entre empreendedor e locatário. É dizer, o empreendedor não é um mero provedor de imóveis para o mercado, mas não deixa de também o ser. Tanto isto é verdade que a relação jurídica estabelecida entre o lojista e o proprietário do shopping center é o contrato de locação e não um contrato societário.

Nota:

(75) Fls. 341 dos autos.

(76) Fábio Konder Comparato, "As Cláusulas de Não-Concorrência nos 'Shopping Centers'", in Revista de Direito Mercantil, n. 97, p. 23 e seguintes.

(77) Idem item 82, página 25.

Continuando no exame do parecer da ABRASCE, essa associação faz uma comparação da cláusula em questão com as cláusulas de não concorrência(78). Reitero as considerações já efetivadas quanto à impossibilidade de equivaler a cláusula de raio à cláusula de não concorrência(79).

Nota:

(78) Fls. 344 dos autos.

(79) Fls. 350 dos autos.

Verifica-se, ademais, que mesmo as situações normalmente contempladas para admitir-se as cláusulas de não concorrência, quando anclares à acordos legítimos não estão presentes no caso concreto. Não se trata aqui de contrato de compra e venda de um negócio e nem de junção de esforços em uma empresa comum. A própria ABRASCE admite não se tratar o presente caso como um joint venture(80).

Nota:

(80) Fls. 342 dos autos. "Logo essa comparação (da característica orgânica dos shoppings com joint ventures) se mostrou imperfeita. O próprio Caio Mário, assim como outros juristas, concluiu pela impossibilidade de se enquadrar os shoppings no conceito de joint venture, em razão de algumas distinções importantes: não há entre os diversos componentes do shopping, lojistas e empreendedores, 'o propósito de dividere i profitti e le perdite'; a joint venture 'é parceria por um tempo determinado, somente para um projeto específico, que tem início, meio e fim', enquanto o shopping 'é um empreendimento de duração ilimitada', etc".

Entretantes, ainda que se considerasse como uma convenção de não concorrência, a jurisprudência do CADE vem, sucessivamente, estabelecendo um limite temporal de cinco anos, como já demonstrado nesse voto.

Oportuno considerar que o próprio parecer da ABRASCE(81) alude a necessidade de se estabelecer limites necessários para atingir os fins legítimos da cláusula de raio, que vão depender das condições do mercado relevante, analisando a posição relativa dos agentes econômicos nele envolvido e os efeitos do ato praticado nesse mercado.

Nota:

(81) Fls. 354 dos autos.

No caso concreto, o mercado relevante foi definido como as regiões norte e centro de São Paulo. A participação do Center Norte nessa área definida é sobremaneira elevado, sobre todos os aspectos examinados e o ato praticado impacta de modo efetivo a concorrência desse mercado relevante.

Outro ponto relevante, controverso, sopesado pela ABRASCE refere-se ao patamar de abrangência da cláusula de raio, uma vez que, pela regra da razão, tal prática não é ilícita *per se*. Entretanto, referida cláusula não deveria ser estendida além das atividades exercidas pelos lojistas naquele shopping(82). Ou seja, o alvo da restrição estaria adstrito ao ramo de comércio ou à marca e não ao lojista, como se observa no caso concreto.

Nota:

(82) Fls. 355 dos autos.

Pelas considerações tecidas, sob todas as vertentes, entendo haver uma excessiva abrangência da cláusula de raio no caso em tela, inexistindo quaisquer justificativas econômicas que possam balizar e servir de alicerce para sua validade nas condições apresentadas.

IV.9 – DO FECHAMENTO DE MERCADO

Resta investigar se há fechamento de mercado. No escopo do direito comparado, devo trazer à baila que no Merger Guidelines dos Estados Unidos da América não existe qualquer particularização concernente à parcela de mercado que seria satisfatória para distinguir 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(83) afirmam que após a decisão nos EUA, no caso Brown Shoe, em 1966, 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:

(83) GELLHORN, Ernest e KOVACIC, William E. Antitrust Law and Economics in a Nutshell. 4th edition. St. Paul: West Publishing Co., 1994, p. 346/7.

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

Nesse contexto, cumpre ressaltar que o padrão de concorrência no mercado de shopping centers está baseado na diferenciação de produtos, e neste caso tal diferenciação é feita levando em conta não só a localização (diferenciação horizontal), como também o tenant mix do shopping. O conjunto de lojas de um shopping (o tenant mix) é o mais importante instrumento de diferenciação vertical(84). 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. Dessa forma, qualquer fator que venha a afetar a formação de um tenant mix necessariamente impacta a dinâmica concorrencial desse mercado.

Nota:

(84) A ABRASCE às fls. 453 dos autos, ratifica a importância do tenant mix: “O tenant mix é o elemento essencial para que o shopping center, mais que um conjunto de lojas independentes, constitua-se uma organização, um “núcleo de interesses”, um “complexo mercadológico” capaz de produzir “o chamado ‘efeito de escala’, isto é, ganhos de renda real associados à elevação da produtividade”. Citando Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira. Fls. 453 e 454 dos autos.

Como já aludido anteriormente, o mercado de shopping center é uma espécie de mercado de dois-lados (two-sided market). Nesse sentido, seu negócio está relacionado a dois tipos de “clientes” para que estes alcancem uma ligação reciprocamente benéfica. Nesse escopo, a administradora do shopping visa à atração tanto de lojistas quanto de consumidores para que esses lojistas, visto que quanto mais consumidores um shopping atrai, mais lojas irão querer lá se instalar, e quanto mais lojas tiver, mais consumidores o shopping irá atrair, gerando uma espécie de externalidade positiva. Destarte, os lojistas acabam por perder o interesse de se estabelecer num shopping center que não tenha apelo de público.

Como aduzi em meu voto no Processo Administrativo nº 08012.9991/98-82, substanciando o raciocínio retro:

“(…), 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(85), 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:

(85) 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.

Daí nota-se a importância da Teoria da Concorrência Schumpeteriana(86), que incorpora aos agentes a busca permanentemente pela diferenciação, por meio de estratégias deliberadas, visando à aquisição de vantagens competitivas. Logo, quando aplicadas de forma justa e competitiva, as estratégias de inovação não são ilícitas, ainda que proporcionem lucros de monopólio.

Nota:

(86) Ver Schumpeter, J. *Teoria do Desenvolvimento Econômico*. Ed. Abril Cultural, coleção “Os Economistas”, 1982.

O fato é que, durante muitos anos, o Shopping Center Norte atuou livremente na região, sem sofrer concorrência de nenhum shopping. Assim, adquiriu freguesia certa e constante, teve e tem sua marca respeitada e consolidada e obteve o retorno do investimento realizado, uma vez que dificilmente alguém se aventuraria num negócio que tivesse nas projeções iniciais um payback de mais de 10 anos.

Contudo, o Center Norte não pode valer-se da multicitada cláusula para abarcar o comércio na região, impedindo ou dificultando que outros empreendimentos atuem e beneficiem, em última instância, os consumidores finais.

Face o exposto ao longo do voto, a cláusula de exclusividade – nesse caso territorial – pode inibir as possibilidades de diferenciação vertical por parte dos concorrentes da Representada, ao impedir o ingresso de um número expressivo de lojistas. Segundo a Representada, existem atualmente mais de 450 lojistas, potenciais entrantes no Shopping D, que são impedidos de se instalar no único concorrente efetivo existente no mercado relevante.

Outro ponto importante a ser frisado quanto às argumentações da Representada no amplo e difundido exercício de seu direito ao contraditório é concernente à quantidade de lojas e marcas existentes em condições de se instalar em shopping centers(87).

Nota:

(87) Fls. 490 dos autos. “... existem hoje no Brasil dezenas ou até centenas de lojas e marcas, em todos os segmentos, com condições de se instalar em shopping centers. Nem se fale, ainda, da imensa quantidade de lojas estrangeiras que hoje desembarcam no Brasil, ávidas pelos consumidores brasileiros e pelas boas oportunidades de negócios, principalmente com a relação cambial vigente”.

Aqui cabem algumas considerações. Mesmo que houvesse “centenas” de lojas e marcas e “imensa” quantidade de lojas estrangeiras em condições de se instalarem em shopping centers no Brasil, existe um número bem mais limitado que o esposado pela Representada de marcas que atendem ao mesmo público-alvo da Representada e da Representante. E mais, as lojas estrangeiras(88) que desembarcam no Brasil, oferecendo produtos diferenciados e de alto padrão, certamente não

estariam interessadas em se estabelecer numa região cujo poder aquisitivo não é compatível com o preço de suas mercadorias. Vide o número reduzido de lojas de marcas internacionais, principalmente no Shopping D.

Nota:

(88) Referem-se a lojas de marcas e grifes de outros países, provenientes, em sua maioria, dos Estados Unidos e da Europa.

Por derradeiro, irei ater-me nesse momento aos casos concretos de delimitações feitas aos lojistas e à população com o fulcro de revalidar os efeitos deletérios, não da cláusula em si, mas de seu uso inadequado e abusivo.

A cláusula imposta pela Representada atinge a, aproximadamente, 470 lojistas dos mais variados setores e perfis. Dessas, cerca de 83 lojas(89) estão presentes na grande maioria dos outros shoppings regionais da cidade de São Paulo, oferecendo diversidade e opção de escolha à população atendida por esses shopping centers.

Nota:

(89) Fls. 788 a 790 dos autos.

Importantes lojas e grifes famosas estão impedidas de se estabelecer no Shopping D, acarretando séria restrição a esses lojistas de expandirem seu mercado e, mais grave, cerceando o direito do consumidor dessa região em poder adquirir seus itens em qualquer um dos dois grandes shoppings da região. Esse fator é agravado pela pesquisa realizada com os freqüentadores do Shopping D(90), informando que referidos freqüentadores desejavam a presença de diversas lojas não estabelecidas no Shopping D, as quais, mormente atingidas pela cláusula de exclusividade territorial prescrevidas pelo Shopping Center Norte. A relação é vasta, porém elucidativa para com os efeitos já ocasionados ou que possam advir.

Nota:

(90) Fls. 792 dos autos.

TABELA VII

LOJAS QUE FALTAM NO SHOPPING D E QUE ESTÃO ESTABELECIDAS NO CENTER NORTE(91)

| SEGMENTO | NOME |
|--|--------------|
| Âncoras | C&A |
| | Renner |
| | Riachuelo |
| | Hipermercado |
| Griffes | M. Officer |
| | Zoomp |
| | Levi's |
| | Forum |
| | Brookfield |
| | Lacoste |
| | Ellus |
| | Ópera Rock |
| Eletrodomésticos/ Eletroeletrônicos | Casas Bahia |
| | Ponto Frio |

| | |
|------------------------------|-----------------------------------|
| Moda Masculina | Garbo |
| Moda Casual | TNG |
| Moda Jovem | Khelf Hand Book |
| Moda Surf Wear | Central Surf |
| Calçados e Acessórios | Arezzo Corello World Tennis |
| Cama/Mesa/Banho | Zelo |
| Livraria | Saraiva |

Nota:
(91) Respostas Múltiplas. Base 621 entrevistados.

Fonte: Representante. Medida Certa Estratégica de Gestão – Abril 2002. (fls. 792 dos autos).

Face ao apresentado, o ambiente concorrencial, conclusivamente, está sendo afetado pela aplicação da cláusula de raio, já que a Representada não está se valendo de meios legítimos de competitividade para manter sua liderança no mercado, tais como inovação, mudanças no *tenant mix* e melhorias de maneira geral, e sim, está restringindo as possibilidades de inovação, melhorias e mudanças no *tenant mix* de seus concorrentes, sintetizados na figura do Shopping D, único potencialmente apto a criar uma atmosfera competitiva no mercado relevante.

Logicamente que não existe um total fechamento do mercado em exame. Mas a Lei nº 8.884/94 foi criada justamente com o fulcro de se evitar que tal fato ocorra. Basta que determinada conduta tenha como efeito, mesmo que potencialmente e parcialmente, o fechamento de um mercado para que se comprove a ilicitude e que se configure a infração contra a Ordem Econômica.

V – TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA PRATICADA PELA REPRESENTADA COMO INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Por todo o exposto, julgo que a conduta praticada pelos Representados é perfeitamente passível de enquadramento nos tipos descritos no art. 20, incisos I e IV da Lei nº 8.884/94. São eles, *in verbis* :

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- (...)
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

V.1 – DO ENQUADRAMENTO NO TIPO DO ART. 20, I DA LEI Nº 8.884/94

O enquadramento no art. 20, I da Lei antitruste Brasileira está, sistematicamente, ilustrado nos argumentos desse voto e comprovado nos autos, através da conduta da Representada com efetivo potencial de produzir os efeitos previstos nesse artigo. De fato, ao limitar por tempo indeterminado que os lojistas presentes em seu estabelecimento abrissem lojas num raio de mil metros, afetando a consolidação e a expansão do Shopping D, único concorrente capaz agir competitivamente, o Center Norte subverteu a lógica inerente à autonomia da vontade típica das economias de mercado, impedindo que os lojistas possam voluntariamente instalar-se no Shopping Representante, repito, concorrente unitário da Representada no mercado relevante definido.

Com isto, além de prejudicar os lojistas, que vêem a sua possibilidade de expansão limitada, ela também trouxe limitações e prejuízos a concorrência, uma vez que impede que o único shopping center com a possibilidade de fazer frente na região contrate uma série de lojistas para compor um *tenant mix* mais diversificado. Reitero o fato do Center Norte só valer-se dessa prerrogativa contratual no momento que estava sendo criado um ambiente concorrencial na região.

Passo a expor os fatores, de forma sumarizada, que determinaram significativamente a ilicitude da utilização da cláusula de raio no presente caso, além dos já expostos:

- a) o fato dela não possuir qualquer limitação temporal, o que lhe retira o caráter de mera proteção do investimento efetivado (seja na construção e implementação do shopping center, seja na consolidação e alavancamento de marcas);
- b) a circunstância dela somente ter sido implementada após o interregno de tempo de mais de 15 (quinze) anos da

construção do Shopping Center Norte e mais de 6 anos após as lojas terem se instalado no Shopping D, ou seja, apenas depois que esta passou a se um concorrente efetivo no mercado relevante, o que retira a força do argumento de proteção contra condutas oportunistas (free-riding);

c) o fato da cláusula não se limitar à imposição de exclusividade da marca específica instalado no shopping representado, mas endereçar-se à pessoa do lojista, que fica proibido de explorar o mesmo ramo do negócio, ainda que sob outra marca ou denominação; e

d) as características específicas do mercado relevante em questão e a maneira como foi implementada a cláusula, que deixa claro que seu efeito foi o de limitar a capacidade de diversificação do único concorrente efetivo, não se comprovando a prática de conduta oportunista (até mesmo pela impossibilidade de aproveitamento recíproco das facilidades oferecidas pela instalação física, dado o obstáculo físico e o geográfico que separam os dois concorrentes).

Assim, irrefutavelmente, o que se observa no caso concreto é que:

1) cerca de 470 lojistas presentes no Center Norte, que estão submetidos às restrições contratuais da cláusula de raio, estão com seu direito da livre-iniciativa cerceado ad infinitum uma vez que mesmos os locatários estabelecidos há muitos anos no shopping representado não tiveram em suas seguidas renovações contratuais quaisquer alterações a respeito da cláusula multicitada. O efeito prático desse ato é o aumento do custo de oportunidade desses lojistas que ficam impedidos de majorarem seus faturamentos e expandirem seus negócios por tempo indeterminado.

2) a livre-concorrência fica prejudicada pois o único shopping concorrente no mercado relevante fica obstruído de contratar com quase a totalidade das lojas atuantes do Center Norte, um universo de praticamente 500 lojistas. Ou seja, o principal player capaz de oferecer a efetiva concorrência tem seu tenant mix, primordial elemento de diferenciação em shoppings, atado.

3) os consumidores finais têm sua liberdade de escolha e sua alternativa de diversificação prejudicada, como bem comprovadas nos autos através das inúmeras lojas que os freqüentadores do Shopping D gostariam que ali fossem instaladas e que não as foram, pois a conduta em questão é impeditiva. O resultado é cristalino: menor atratividade e séria restrição ao oferecimento de maior bem-estar aos consumidores freqüentadores desse mercado relevante.

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 pela Representada em patamar substancialmente superior ao da concorrente são circunstâncias que, se por um lado, não podem ser indicadas como hipótese efetivadas apenas em decorrência da cláusula em questão, por outro, não podem deixar de ser mencionados como fatores cujos efeitos são agravados em função da cláusula.

V.2 – DO ENQUADRAMENTO NO TIPO DO ART. 20, IV

Entendo que também encontra-se demonstrada a existência de abuso de posição dominante. A posição dominante do Center Norte é evidenciada claramente nos autos:

i) pela sua elevada participação no mercado relevante definido;

ii) pela sua atuação monopolística durante dez anos na região norte da cidade de São Paulo, com seu público freqüentador já fidelizado e a marca do shopping já consolidada, tendo, assim, a “vantagem de ser o primeiro” (*first-mover advantage*);

iii) pela existência de elevadas barreiras à entrada de novos shopping centers, ocasionadas, inclusive pela conduta em estudo;

iv) pela sua capacidade de cobrar alugueres muito acima dos shopping centers do mesmo padrão e com o mesmo público freqüentador, incluindo, nesse sentido, o Shopping D;

v) pelo seu posicionamento de somente assinar o contrato de locação caso os lojistas concordem com inclusão/permanência da cláusula de raio (incidindo, assim, autêntico contrato de adesão); e

vi) pelo reconhecimento da própria Representada.

É obvio que o simples fato de ter posição dominante não é ilícito, como estatui, inclusive, o artigo 20º, § 1º da Lei nº 8.884/94. No entanto, no caso concreto, por todas as razões expostas ao longo do voto, restou configurado o abuso de posição dominante.

Desse modo, pondero que a Representada está valendo-se dessa sua posição dominante no mercado relevante para cercear a conjuntura concorrencial, ao impor, nos moldes e forma descrita nos autos, cláusula de exclusividade territorial que impacta a atuação da concorrência no mercado relevante. 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.

V.3 – DO ENCAIXE EM EXEMPLOS DESCRITOS NO ART. 21 DA LEI Nº 8.884/94

Por derradeiro, 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, *in verbis*:

“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.”

VI – DAS SANÇÕES

VI.1 – DAS SANÇÕES PECUNIÁRIAS

Com fundamento no art. 23, I, da Lei nº 8.884/94 imponho ao Center Norte S.A. – Construção, Empreendimento, Administração e Participação multa equivalente a 1% (um por cento) de seu faturamento bruto anual descontados os impostos. Nos termos do art. 11 da Lei nº 9.021/95 será considerado o faturamento do estabelecimento 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.

Quanto à recomendação da SDE de aplicação de multa por omissão da Representada(92), esclareço que conforme o disposto no art. 26, § 3º da Lei nº 8.884/94 compete à autoridade requisitante a aplicação da multa prevista no caput de mesmo artigo. Portanto, cabe à SDE a aplicação da multa, já que o CADE, enquanto autoridade requisitante, foi atendido tempestivamente em todas as informações solicitadas à Representada.

Nota:

(92) Fls. 246 dos autos.

VI.2 – DEMAIS SANÇÕES E DETERMINAÇÕES

Adicionalmente, nos termos do art. 24, inciso III da Lei nº 8.884/94, determino que a Representada seja inscrita no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

Determino, ainda, a imediata cessação da infração, devendo a Representada, no prazo de trinta dias a contar da publicação do presente acórdão, comprovar:

- a) que procedeu à modificação de todos os contratos de locação em curso a fim de retirar deles a cláusula de raio de teor semelhante à analisada nos presentes autos, ou
- b) na hipótese de enfrentarem problemas na aceitação da modificação do contrato, que prestou declaração unilateral endereçada a cada um dos locatários cujo contrato contenha esta espécie de cláusula, na qual deixe expresse que, por força da presente decisão, não irá exigir o seu cumprimento.

Deverá, 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 territorial.

Determino a publicação, em meia página e às expensas da Representada, no primeiro caderno do jornal diário de maior circulação na cidade de São Paulo, por um período de dois dias consecutivos, por uma semana, 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 a ementa e o 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 a Representada 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 da representada, 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 o voto.

Brasília, 15 de dezembro de 2004.

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Conselheiro-Relator

ADITAMENTO DE VOTO

CONSELHEIRO-RELATOR ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Trata-se de aditamento do meu voto no presente processo administrativo, onde, acompanhando parcialmente os termos do voto vista da Presidente do CADE, reformulo, no que tange às sanções, os seguintes itens:

1. Determino a publicação, em meia página e às expensas da Representada, em um dos dois jornais diários de maior circulação na cidade de São Paulo, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, por uma semana, 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 a ementa e acórdão publicados.

2. Tendo em vista a tipificação da conduta, a Representada fica obrigada à imediata cessação da infração, devendo, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação do acórdão, comprovar ao CADE a notificação de todos os seus locatários a respeito da decisão do CADE e da necessidade de alteração da cláusula e, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação do acórdão, comprovar que procedeu a modificação de todos os contratos de locação em curso a fim de retirar deles a cláusula de raio e de teor semelhante à analisada nos presentes autos. Fica mantida a determinação de, imediatamente, deixar de exigir o cumprimento de tal cláusula nos contratos de locação em vigor.

3. Com fundamento no art. 25 da Lei nº 8.884/94 estipulo que o descumprimento de qualquer uma das obrigações acima determinadas sujeitará a Representada ao pagamento de multa diária equivalente a R\$ 31.923,00 (trinta e um mil, novecentos e vinte e três reais), equivalentes a 30.000 (trinta mil) Ufir's, 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\$ 31.923,00 tomou por base a situação econômica da representada, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94.

4. Ficam mantidas todas as demais determinações contidas em meu voto.

É o aditamento.

Brasília, 25 de janeiro de 2005.

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Conselheiro-Relator

VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO LUIZ CARLOS THADEU DELORME PRADO

Trata o presente processo de Representação ofertada pelo Shopping D, acerca de conduta do Shopping Center Norte de inserir em seus contratos de locação cláusula de exclusividade a qual obstará seus condôminos de explorarem o mesmo negócio em um raio de 1 km da área de seu Shopping.

Adoto como mercado relevante de análise da referida conduta o entendimento da nota técnica do DPDE, qual seja: "espaços para locação comercial em shopping centers de médio padrão, localizados nas Regiões Norte, Centro-leste e Centro da cidade de São Paulo".

Se adotada a definição de área bruta locável, a Representada detém 65% do mercado relevante. Se adotado o faturamento como definição, detém 88%. Sendo assim, concluo pela existência de posição dominante da Representada neste mercado. Dessa forma, a partir de sua posição dominante, a Representada possui meios de, através de condutas anticoncorrenciais, provocar os efeitos descritos no artigo 20 da Lei nº 8.884/94. Sigo, nesse sentido, o voto do Conselheiro-Relator, que assim se exprime:

"Inferimos que a empresa detém poder de mercado quando ela possui a capacidade de restringir a produção e aumentar preços de modo a, não atraindo novos competidores, obter lucro acima do normal".

A conduta trazida para a análise deste Conselho, a imposição de cláusula de exclusividade territorial, não é anticoncorrencial per se. No contexto em que se insere é que acarreta danos à concorrência. A cláusula de raio pode ser justificada, em determinados casos, para evitar o comportamento "free rider" dos agentes econômicos. Pode ser admitida para proteger investimentos e infra-estrutura oferecidos pelo shopping, como uso por concorrentes dessas facilidades, sem que estes tenham custos correspondentes.

O "free rider" caracteriza-se por um agente econômico que se aproveita de facilidades pelas quais ele não paga, tirando proveito delas gratuitamente. No caso de Shoppings, pode-se utilizar o exemplo de um lojista com uma pequena loja dentro do Shopping, utilizada para atrair clientela e oferecer facilidades como estacionamento, e que decide abrir uma outra loja, muito maior e onde efetue suas maiores vendas, perto do Shopping, a uma distância que seus clientes possam utilizar-se das facilidades do shopping. Não é o caso do processo em tela. O Shopping D não atua como um "free rider". Seus investimentos e estrutura possuem o mesmo vulto do Shopping Center Norte.

Além disso, a pequena distância em linha reta, menos de um quilômetro, não pode ser tida como distância real a ser percorrida para se chegar de um Shopping a outro. Os dois ficam separados pela Marginal Tietê e leva-se um tempo razoável para se percorrer os quilômetros de vias de acesso de um ponto a outro. Ou seja, é impraticável que um Shopping se aproveite das facilidades do outro.

Demonstrado que a cláusula não se justifica no caso concreto, passo a analisar os danos à concorrência. Tais danos se evidenciam na configuração do mercado de locação comercial em Shoppings Centers do mercado relevante geográfico definido. Assim, prevalecendo a cláusula de exclusividade territorial, a concorrência neste mercado seria seriamente afetada.

Ressalte-se que inexistem áreas disponíveis no mercado relevante para o estabelecimento de outros shoppings centers, o que configura uma importante barreira à entrada adicional, além do elevado investimento necessário para executar tal empreendimento.

Entendo que a referida conduta consubstancia-se em uma nova barreira à entrada, artificial e que independe do mérito empresarial. Nenhum shopping center conseguiria concorrer com o Shopping Center Norte sem a possibilidade de acesso às lojas que já se encontram instaladas neste shopping.

Note-se que esta cláusula sempre existiu nos contratos do Shopping Center Norte, mas só foram invocadas a partir do

momento que o Shopping D decidiu mudar de perfil de shopping “outlet” para um Shopping comum, fato não contestado pela Representada. Ou seja, a cláusula estaria sendo efetivamente usada para restringir a concorrência. O que, a meu juízo, foi confirmado pela representante legal do Shopping Center Norte na sua sustentação oral, quando afirmou que a retirada da cláusula de raio implicaria em aumento de competição “exclusivamente em preços” (in verbis).

A alegação da Representada de que o Shopping D estaria oferecendo espaços para locação com preços mais baixos que os praticados anteriormente neste mercado só corrobora a tese de que a presença deste “player” aumenta a concorrência. Se a Representada entende que tais preços são muito baixos e caracterizam “preços predatórios”, esta análise supera o escopo deste processo, podendo, tal alegação, ser objeto de outro processo administrativo.

Apesar do mercado relevante definido ser o de locação comercial, a concorrência entre os Shoppings traz benefício aos consumidores finais, ou seja, a retirada da referida cláusula opera efeito pró-competitivo no mercado à jusante, ou seja, no mercado de vendas à varejo. Os consumidores finais se beneficiam desta concorrência por meio dos benefícios oferecidos como diferencial por cada shopping, além da óbvia diminuição dos preços de locação que são repassados para o preço final das mercadorias.

Diante do acima exposto, entendo estarem presentes os efeitos descritos no artigo 20, quais sejam: (i) prejuízo à livre concorrência, caracterizado pela dificuldade gerada ao outro concorrente pela imposição de cláusula de exclusividade territorial; (ii) dominação de mercado relevante, feita por meio de conduta anticoncorrencial e (iii) abuso de posição dominante, sendo a posição dominante anteriormente caracterizada, a imposição da referida cláusula caracteriza o abuso, conluo pela caracterização de infração à ordem econômica nos termos do art. 20, I, II, IV cumulado com o art. 21, IV e V, da Lei nº 8.884/94.

A Representada fica obrigada à imediata cessação da infração, devendo, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação do acórdão, comprovar ao CADE a notificação de todos os seus locatários a respeito da decisão do CADE e da necessidade de alteração da cláusula e, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação do acórdão, comprovar que procedeu à modificação de todos os contratos de locação em curso a fim de retirar deles a cláusula de raio e de teor semelhante à analisada nos presentes autos.

Deverá a Representada, ainda, imediatamente após a publicação do acórdão, abster-se de exigir o cumprimento da aludida cláusula de exclusividade territorial ou proceder a qualquer medida punitiva em relação a locatários que tenham descumprido a referida cláusula.

No que tange à multa pecuniária, o art. 23, em seu inciso I, da Lei nº 8.884/94 prevê a possibilidade de aplicação, no caso de empresa, de “multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”. O art. 11, da Lei nº 9.021/95, esclarece que, para os fins previstos no artigo supramencionado “será considerado o faturamento da empresa 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”. Considerando os artigos supra mencionados, condeno a Representada à multa de 1% (um por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica Center Norte S.A. – Construção, Empreendimento, Administração e Participação, no ano 2000, tendo em vista se tratar do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, realizada em 18 de junho de 2001, excluídos os impostos, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data de recolhimento da respectiva multa. A Representada deverá informar ao CADE, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação do acórdão, o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica supra mencionada no ano 2000.

Adicionalmente, a Lei nº 8.884/94, em seu art. 24, permite, sem prejuízo das penas de multa determinadas no artigo 23 da mesma lei, impor outras penalidades, como, por exemplo, “a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas”. No presente caso, determino a publicação, em meia página e às expensas da Representada, em um dos dois jornais diários de maior circulação na cidade de São Paulo, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, por uma semana. Esta obrigação deverá ser cumprida no prazo de 15 (quinze) dias a contar da publicação do acórdão e o referido extrato deverá reproduzir a ementa e o acórdão publicados.

O art. 25 da Lei nº 8.884/94 possibilita a aplicação de “multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir) (...) podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração” nos casos de continuidade de atos que configurem infração à ordem econômica, após decisão do CADE determinando sua cessação. Desta feita, em razão da situação econômica da Representada e a gravidade da infração, determino a aplicação de multa diária no valor de R\$ 31.923,00 (trinta e um mil, novecentos e vinte e três reais), equivalentes a 30.000 (trinta mil) Ufir’s.

É o voto.

Brasília, 15 de dezembro de 2004.

LUIZ CARLOS THADEU DELORME PRADO

Conselheiro-Relator

**VOTO-VISTA DA PRESIDENTE
ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA**

Pedi vistas dos presentes autos para analisar detidamente os critérios de dosimetria da pena, posto que, após o voto do Conselheiro-Relator, senti-me inteiramente convencida quanto à caracterização da conduta da Representada como lesiva à ordem econômica, enquadrada nos tipos descritos nos incisos IV e V do art. 21, cumulada com os incisos I e IV do art. 20, ambos da Lei nº 8.884/94. Desta feita, reafirmo meu entendimento de tipificação da prática, utilizando como fundamento os termos do voto do Conselheiro Relator. Passo, portanto, às considerações quanto às penas.

Tendo em vista a tipificação da conduta, a Representada fica obrigada à imediata cessação da infração, devendo, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação do acórdão, comprovar ao CADE a notificação de todos os seus locatários a respeito da decisão do CADE e da necessidade de alteração da cláusula e, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação do acórdão, comprovar que procedeu à modificação de todos os contratos de locação em curso a fim de retirar deles a cláusula de raio e de teor semelhante à analisada nos presentes autos.

Deverá a Representada, ainda, imediatamente após a publicação do acórdão, abster-se de exigir o cumprimento da aludida cláusula de exclusividade territorial ou proceder a qualquer medida punitiva em relação a locatários que tenham descumprido a referida cláusula.

No que tange à multa pecuniária, o art. 23, em seu inciso I, da Lei nº 8.884/94 prevê a possibilidade de aplicação, no caso de empresa, de “multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”. O art. 11, da Lei nº 9.021/95, esclarece que, para os fins previstos no artigo supra mencionado “será considerado o faturamento da empresa 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”. Considerando os artigos supra mencionados, condeno à Representada à multa de 1% (um por cento) do faturamento bruto da pessoa jurídica Center Norte S.A. – Construção, Empreendimento, Administração e Participação, no ano 2000, tendo em vista se tratar do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, realizada em 18 de junho de 2001, excluídos os impostos, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data de recolhimento da respectiva multa. A Representada deverá informar ao CADE, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da publicação do acórdão, o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica supra mencionada no ano 2000.

Adicionalmente, a Lei nº 8.884/94, em seu art. 24, permite, sem prejuízo das penas de multa determinadas no artigo 23 da mesma lei, impor outras penalidades, como, por exemplo, “a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas”. No presente caso, determino a publicação, em meia página e às expensas da Representada, em um dos dois jornais diários de maior circulação na cidade de São Paulo, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, por uma semana. Esta obrigação deverá ser cumprida no prazo de 15 (quinze) dias a contar da publicação do acórdão e o referido extrato deverá reproduzir a ementa e o acórdão publicados.

O art. 25 da Lei nº 8.884/94 possibilita a aplicação de “multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir) (...) podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração” nos casos de continuidade de atos que configurem infração à ordem econômica, após decisão do CADE determinando sua cessação. Desta feita, em razão da situação econômica da Representada e a gravidade da infração, determino a aplicação de multa diária no valor de R\$ 31.923,00 (trinta e um mil, novecentos e vinte e três reais), equivalentes a 30.000 (trinta mil) Ufir's.

É como voto.

Brasília, 19 de janeiro de 2005.

ELIZABETH MARIA MERCIER QUERIDO FARINA

Presidente