



Instituto Mackenzie  
Biblioteca George Alexander  
Direito

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tulio Ascarelli  
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,  
respectivamente anexos aos  
Departamentos de Direito Comercial e de  
Direito Econômico e Financeiro da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da  
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PIILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FÁBIO KONDER COMPARATO

*Coordenador:*

WALDÍRIO BULGARELLI

*Redatores:*

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES  
GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA,  
NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

*Edição e distribuição da*

**EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.**

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802  
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

*Diretor Presidente:*

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

*Diretor Superintendente:*

ANTONIO BELLINELLO

*Diretor Editorial:*

AFRO MARCONDES DOS SANTOS

*Diretor de Produção:*

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

**MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO**

*Diretor:*

ROBERTO GALVANE

*Gerente:* KUNJI TANAKA

*Assistente:* MELISSA TREVIZAN CHIBANE

**CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433**

*Digitização e diagramação eletrônica:* CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2  
— Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA  
PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

# SUMÁRIO

---

## DOCTRINA

- **Minority withdrawal rights and the illiquidity problem; a comparative study between New York and Brazilian law on close corporations** — Flávio R. Bettega ..... 5
- **As cláusulas de não-concorrência nos “shopping centers”** — Fábio Konder Comparato ..... 23
- **Execução específica de cláusula arbitral** — Celso Barbi Filho ..... 29
- **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária** — Luiz Alfredo Paulin ..... 39
- **O direito de recesso na incorporação, fusão ou cisão de sociedades** — Norma Jonssen Parente ..... 67
- **As cláusulas de força maior e de “hardship” nos contratos internacionais** — José Augusto Fontoura Costa e Ana Maria de Oliveira Nusdeo ..... 76
- **Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar** — Fábio Konder Comparato ..... 104

## ATUALIDADES

- **Alguns aspectos heréticos da Lei antitruste (Lei 8.884/94)** — João Luiz Coelho da Rocha ..... 108
- **A cédula de produto rural** — Waldirio Bulgarelli ..... 114

## JURISPRUDÊNCIA

- **Sigilo bancário — Informações bancárias requisitadas pelo Ministério Público** — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa ..... 119

## **CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO**

### **ANA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO**

Advogada em São Paulo, Pós-Graduanda da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Econômico.

### **CELSO BARBI FILHO**

Professor Assistente e Mestre em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG; Procurador do Estado de Minas Gerais.

### **FÁBIO KONDER COMPARATO**

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

### **FLÁVIO R. BETTEGA**

Advogado em Curitiba; Mestre em Direito pela Tulane University, EUA.

### **HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA**

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

### **JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA**

Advogado no Rio de Janeiro.

### **JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA**

Pós-Graduando da Faculdade de Direito da USP, na área de Direito Internacional Privado.

### **LUIZ ALFREDO PAULIN**

Advogado em São Paulo.

### **NORMA JONSSSEN PARENTE**

Prof.<sup>a</sup> da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Procuradora do Estado do Rio de Janeiro; Advogada.

### **WALDIRIO BULGARELLI**

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

# DOCTRINA

---

## AS CLÁUSULAS DE NÃO-CONCORRÊNCIA NOS "SHOPPING CENTERS"

FÁBIO KONDER COMPARATO

1. Qualificação Jurídica dos Centros Comerciais — 2. Os Centros Comerciais e a Cláusula de Não-Concorrência.

As reflexões que se seguem visam a encaminhar uma solução para um problema que tem perturbado as relações de locação de espaço nos centros comerciais. Trata-se de saber da validade e eficácia das cláusulas contratuais ou disposições regulamentares que estabelecem restrições ao exercício do comércio, pelos locatários, nas proximidades do *Shopping Center*.

A essência do problema diz respeito à compatibilidade jurídica entre os princípios de *autonomia contratual* e de *liberdade de concorrência*. Se as partes, nos referidos contratos de locação, são livres de regular suas relações locatícias segundo seus próprios interesses (princípio do auto-regramento da vontade, próprio do negócio jurídico), a cláusula de não-concorrência, representaria ou não um cerceamento à liberdade de concorrência, que constitui princípio fundamental da ordem econômica (CF, art. 170)?

Antes, porém, de discutir a questão cujo âmbito é assim definido, importa precisar se o *shopping center* constitui efetivamente, em si mesmo, ou seja, como entidade distinta dos sujeitos que o compõem, um centro de interesses a ser legitimamente defendido em uma relação concorrencial.

### 1. Qualificação Jurídica dos Centros Comerciais

A doutrina jurídica tem encontrado compreensível dificuldade em analisar e qualificar a instituição *shopping center* no quadro das categorias tradicionais. Predomina, de um lado, a consideração atomística do conjunto das relações locatícias, procurando-se ressaltar a especificidade dessas locações em relação ao direito comum. Salienta-se, de outro lado, o aspecto puramente imobiliário, buscando-se assimilar o instituto ao condomínio especial *pro diviso*.

Sob o aspecto subjetivo, parece evidente que o centro comercial não se confunde com a figura do promotor, ou do proprietário do conjunto imobiliário. Para o público consumidor, o *shopping center* aparece, sempre, como um centro de compras e prestação de serviços, cujo conjunto exerce — pela sua localização e organização interna — uma atração comercial muito diversa da que resultaria da soma das clientela respectivas de cada um dos estabelecimentos nele situados. Vale dizer, o centro comercial tem a sua clientela própria, atraída pelo agrupamento de lojas e não por esta ou aquela em particular. }

Analisado sob o ângulo exclusivamente imobiliário, o centro comercial

pode ser objeto de propriedade unipessoal ou de condomínio *pro indiviso*, de um lado, ou então constituir um condomínio por unidades autônomas, com partes próprias e partes comuns.

Na primeira hipótese — que é o caso configurado na consulta — o proprietário único, ou os condôminos do conjunto imobiliário, não exploram comercialmente os estabelecimentos instalados no *shopping center*, mas locam a diferentes empresários as respectivas dependências. Nessa modalidade de organização, é óbvio que o *shopping center* só passa a existir, como conjunto comercial distinto dos estabelecimentos que o compõem, quando a maior parte das dependências estiver sendo ocupada e os respectivos fundos de comércio, nelas instalados e em funcionamento. A exploração conjunta do centro comercial é condição indispensável para o êxito do empreendimento.

Estamos, portanto, diante de uma autêntica universalidade de relações jurídicas, unificadas pelo escopo comum da exploração conjunta do centro comercial.

O instrumento de constituição dessa universalidade de direito é o contrato grupal, figura nova no conjunto das categorias jurídicas. Não se trata, como no contrato plurilateral, de uma única relação englobando duas ou mais partes, reunidas em torno de um escopo comum. O contrato de grupo tem uma estrutura bilateral e até sinalagmática, comportando o intercâmbio de duas prestações. Mas ele só existe coligado a outros contratos da mesma espécie, nos quais aparece sempre a mesma parte, como elemento unificador do conjunto. O agrupamento contratual é, portanto, condição de realização do interesse econômico de cada um dos contratantes agrupados.

O exemplo clássico é o seguro em grupo ou coletivo. Cada componente do chamado “grupo segurado” celebra um

contrato independente com o mesmo segurador; mas a totalidade desses contratos individuais é organizada ou coligada por intermédio de um “estipulante”, que atua meramente como parte em sentido formal, pois ele é elemento integrante da relação contratual, sem ser o titular do interesse segurado.<sup>1</sup>

O mesmo esquema contratual, em meu parecer, ocorre na constituição de um centro comercial em que os proprietários do conjunto imobiliário não exercem o comércio em suas dependências.

Importa considerar que esse contrato grupal, tal como os contratos plurilaterais, cria uma organização ou instituição, isto é, um conjunto objetivo de relações jurídicas, comportando elementos subjetivos e reais: um relacionamento estruturado entre, de um lado, as pessoas contratantes e, de outro, um acervo de bens instrumentais.<sup>2</sup>

Uma certa doutrina germânica elaborou o conceito de contrato de organização (*Organisationsvertrag*), a partir da reflexão sobre o fenômeno jurídico societário ou associativo.<sup>3</sup> A caracterís-

1. Discuti a figura do estipulante do seguro em grupo, em comentário a acórdão, publicado na *RDM* 10/123.

2. O conceito de organização tem tido um largo uso no campo das ciências sociais não-normativas. Segundo consta, foi ele forjado pela primeira vez na ciência política, com os ensaios de Moisei Ostrogorki (*La Démocratie et les Partis Politiques*, 1908) e de Robert Michels (*Zur Soziologie des Parteiswesens in der modernen Demokratie*, 1911). Em sociologia geral, assentou-se logo em seguida com J. Plenge (*Organisationslehre*, 1919) e Max Weber, no cap. IX, 3 de *Economia e Sociedade*. James G. March e Herbert A. Simon desenvolveram-no num contexto sistemático em *Organizations*, 1958.

3. Cf. Hans Würdinger, *Aktien — und Konzernrecht*, 3.ª ed., Karlsruhe (C.F. Müller), 1973, pp. 90, 210/211; Josef Esser, *Schuldrecht — Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2.ª ed., Karlsruhe (C.F. Müller), 1960, § 173.2; Ludwig

tica própria de tais contratos consiste, justamente, no fato de que eles não têm por objeto, tão-só, prestações determinadas, devidas por cada parte, mas também e sobretudo a criação de uma organização instrumental ao exercício de certa atividade. As prestações devidas pelas partes — a contribuição de capital e a colaboração pessoal — são os meios indispensáveis à criação e ao funcionamento da organização.

Paralelamente, elaborava-se no direito público, por obra de Maurice Hauriou na França e Santi Romano da Itália, o conceito de instituição, recobrando a mesma idéia de organização, como conjunto objetivo e permanente de relações sociais.<sup>4</sup>

Ora, as organizações sociais podem ser personalizadas ou não. As sociedades ditas, justamente, “em organização” não têm (ainda) personalidade jurídica, tal como as sociedades irregulares ou de fato. Por outro lado, as organizações que estão na base das pessoas jurídicas podem acentuar, alternativamente, o elemento pessoal ou o elemento real. Os centros comerciais aparecem, vistos sob esse ângulo, como organizações de natureza mais real do que pessoal, assemelhando-se assim às fundações ou às sociedades de capitais, sem personalidade jurídica.

Mas essa ausência de personalidade não significa, obviamente, que os *shopping centers* não possam ser reconhecidos como autênticos centros de interesse, diversos dos sujeitos proprietários das instalações, ou neles estabelecidos como comerciantes.

A noção de interesse, como salientou Carnelutti, está na base do conceito de

parte; de onde a equivalência semântica, na linguagem jurídica, entre as palavras parte e interessado.<sup>5</sup> Chama-se centro de interesses um foco de imputabilidade de direitos e de responsabilidade por obrigações,<sup>6</sup> o qual pode ou não ser reconhecido pela lei como parte, negocial ou processual.

No processo judicial, os centros não personalizados são reconhecidos como partes apenas nos casos taxativamente declarados em lei. É o caso do espólio, da massa falida, da herança jacente, das sociedades não personalizadas e do condomínio (CPC, art. 12).

Nos negócios jurídicos, é preciso distinguir as partes em sentido meramente formal das partes em sentido material. As primeiras são as que manifestam a vontade negocial; as segundas, os titulares do interesse juridicamente protegido. Normalmente, ambas as partes confundem-se no mesmo sujeito.

Nos negócios jurídicos envolvendo centros de interesse não personalizados, porém, ocorre sempre uma duplicidade de partes, pela figura do mandato sem representação (*rectius*, sem procuração); ou, se se preferir, pela representação de interesses e não de vontades. O síndico contrata no interesse da massa falida, o síndico do condomínio no interesse do conjunto dos condôminos, o inventariante no interesse no espólio. Em nenhuma dessas hipóteses, o titular ou os titulares do interesse juridicamente protegido outorgaram poderes ao agente.

Com os centros comerciais sucede o mesmo fenômeno. Eles constituem organizações jurídicas com interesses globais, comuns a todos os sujeitos neles envolvidos e, por conseguinte, nitidamente distintos dos interesses próprios

Enneccerus e Heinrich Lehmann, *Derecho de Obligaciones*, v. 2.º, 2.ª parte, 3.ª ed., Barcelona (Bosch), s/d, § 175.

4. Cf. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2.ª ed., Paris (Recueil Sirey), 1929, pp. 71 e ss.; *L'Ordinamento Giuridico*, Florença (G.C. Sansoni), 1977, §§ 10, 11 e 13.

5. *Teoria Generale del Diritto*, 3.ª ed., Roma (Foro Italiano), 1951, p. 123.

6. *Il Contratto in Genere*, t. 1, Milão (Giuffrè), 1973, p. 101.

ou particulares destes últimos. Entre os interesses globais do *shopping center* e um interesse particular de lojista do centro, pode haver conflito, que deve ser resolvido, normalmente, pela submissão do interesse particular ao interesse comum, como nas organizações associativas ou societárias. |

Para instrumentalizar a defesa dos interesses comuns do centro comercial, quer sejam os lojistas condôminos, quer simplesmente locatários, costuma-se reuni-los em uma associação, de forma a personalizar a organização. É essa associação que assume a posição de parte negocial ou processual, na qualidade de titular dos interesses do *shopping center* como um todo.

## 2. Os Centros Comerciais e a Cláusula de Não-Concorrência

| Como acabamos de ver, cada *shopping center* constitui um centro global de interesses, econômica e juridicamente distinto das empresas nele estabelecidas. Daí decorre que o centro comercial é, em si mesmo, objeto de proteção do direito concorrencial, não só em relação a terceiros, mas também nas relações entre os próprios comerciantes com estabelecimentos nele localizados.

Essa nítida distinção de interesses, entre o *shopping center* como um todo e os comerciantes reunidos na organização mercantil, foi bem marcada pela Lei francesa 72.651, de 11.7.72, que regulou pioneiramente a instituição, por ela denominada *magasin collectif de commerçants indépendants*.

Determinou essa lei que a conjugação dos interesses particulares de cada empresa mercantil, estabelecida no centro comercial para a formação do todo organizado, deveria fazer-se com o recurso alternativo a duas técnicas do direito societário ou associativo: o consórcio (*groupement d'intérêt économique*) ou a sociedade anônima de capital

variável (art. 2.º). É essa pessoa jurídica que “define e realiza a política comum”, bem como organiza e gere os interesses comuns.

As regras definidoras da política comercial comum devem constar do regulamento interno, sendo que, justamente em função dessa política comercial comum e com obediência às regras legais pertinentes, o mesmo regulamento interno pode fixar normas disciplinadoras das atividades concorrentes (*l'aménagement des activités concurrentes*), assim como “a determinação das atividades anexas que podem ser exercidas por cada membro em concorrência com as dos demais membros do centro comercial” (art. 10).

Ora, é exatamente esse esquema, resultante da prática universal dos *shopping centers*, que é aplicado no Brasil, mesmo na ausência de lei específica. Aqui, como em quase todas as atividades que constituem a matéria própria do direito empresarial, a legislação limita-se a sancionar ou consagrar a experiência criadora dos próprios comerciantes.

As regras de não-concorrência, estabelecidas nos regimentos internos dos centros comerciais, correspondem a uma limitação convencional indireta de concorrência,<sup>7</sup> isto é, uma obrigação acessória em contrato que não tem por objeto principal a regulação da concorrência. Os lojistas estipulam entre si, ou entre eles e o proprietário do conjunto imobiliário, um contrato de exploração do *shopping center*, prevendo a utilização ordenada das áreas comuns.

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

7. Sic, Giuseppe Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 5.ª ed., Turim (Utet), 1984, n. 91.

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

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

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

A concorrência proibida, quer por estipulação convencional, quer por disposição legal, nada tem a ver com a concorrência desleal.<sup>8</sup>

8. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XVII, 3.<sup>a</sup> ed., §§ 2.101 e 2.102; Giuseppe Ferri, op. cit., n. 90.

Esta última só existe quando a atividade concorrencial se desenvolve de modo malicioso, visando a iludir ou desviar a clientela. A prova da culpa do agente é, portanto, indispensável para se poder pleitear a condenação da parte contrária. A ação judicial é de responsabilidade por dano antijurídico (CC, art. 159).

Nos casos de violação de proibições legais ou convencionais de concorrência, diversamente, a responsabilidade é objetiva. A parte prejudicada não tem que provar a culpa do agente que praticou o ato proibido: a responsabilidade existe *re ipsa*, acarretando o dever de indenizar e outras sanções convencionadas.

Nas hipóteses de restrições convencionais de concorrência, a jurisprudência, tanto aqui quanto alhures,<sup>9</sup> firmou-se no sentido de enquadrar a licitude de tais estipulações dentro de limites precisos de objeto, de tempo e de espaço, tendo em vista o princípio da liberdade de concorrência, que entre nós, como sabido, tem assento constitucional (CF, art. 170). |

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

|Não basta, porém, que se defina o objeto dessa obrigação de não-concor-

9. Cf., p. ex., para o direito francês, a informação dada pelo *Traité de Droit Commercial*, de Georges Ripert e René Roblot, t. I, 14.<sup>a</sup> ed., Paris (Librairie Générale de Droit et Jurisprudence), 1991, n. 474.

rer. Importa, ainda, que ela seja limitada no tempo, ou no espaço. Estas duas últimas restrições podem ser cumuladas, mas é indispensável que exista pelo menos uma. Quando a causa da interdição de concorrência prende-se, sobretudo, à pessoa do empresário, é normal que se estabeleça uma limitação no

tempo, pois a clientela pessoal tende a se dispersar no curso dos anos. Mas se a razão de ser da estipulação é a concorrência espacial entre estabelecimentos, o que importa é a fixação de uma distância mínima de separação entre eles, a prevalecer sem limitação de tempo.