AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 181.699 - SP (2012/0103198-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
AGRAVANTE	:	CONDOMÍNIO SHOPPING D E OUTROS
ADVOGADOS	:	EDUARDO BRAGA TAVARES PAES E OUTRO(S) - RJ063376 SYLVIA BRAGA TAVARES PAES E OUTRO(S) - RJ077583 FLAVIA DOS SANTOS BARCELLOS UCHÔA - RJ173261
AGRAVADO	:	CENTER NORTE S/A CONSTRUÇÃO EMPREENDIMENTO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO
ADVOGADO	:	DANIELA BIAZZO MELIS KAUFFMANN E OUTRO(S) - SP148747

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

> Ação de inexigibilidade de cláusula contratual, cumulada com indenização por perdas e danos. Cerceamento de defesa. Suficiência da prova documental encartada aos autos à solução da controvérsia. Aplicação do disposto no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Alegação de negativa da prestação jurisdicional. Afastamento. Sentença que apresentou os fundamentos para o afastamento da pretensão deduzida pela inicial. Suficiência. Validade reconhecida. Cláusula de exclusividade territorial, também chamada 'cláusula de raio', estipulada entre o shopping recorrido e os seus locatários (lojistas). Exigência de cumprimento da cláusula que visa impedir o desenvolvimento dos recorrentes. Recorrentes, no entanto, que não tomaram parte na contratação, falecendo-lhes legitimidade para o questionamento da validade, da referida cláusula. Exigibilidade de cumprimento da cláusula pelo recorrido que encerra simples exercício regular de um direito, apartando, em princípio, a alegação de ilicitude da sua conduta. Incidência do disposto no artigo 188, inciso I, do código civil. Decisão administrativa da SDE e do CADE reconhecendo que a cláusula em comento encerra prática abusiva. Questionamento judicial da decisão do CADE, não servindo de lastro para o pronto reconhecimento da ilicitude da cláusula. Independência, ademais, das instâncias administrativa e judicial. Ausência, ademais, de reconhecimento judicial da invalidade cláusula de raio. Dano. moral. Ausência e indicativo de que a cláusula em questão tisnou o conceito das recorrentes junto ao

> mercado. Dano material. Singela presunção de prejuízo. Ausência de demonstração concreta do dano alegado. Improcedência da demanda preservada. APELO IMPROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos para sanar omissão, sem efeitos modificativos.

Nas razões do especial, alega o ora agravante violação dos artigos 6º, 128, 130, 165, 283, 330, I, 332, 396, 397, 458 e 535 do Código de Processo Civil de 1973; 3º, 20, I, II e IV, 21, IV e V, 29, 50, 60 e 65 da Lei 8.884/1994; e 122, 186, 187, 188, 212, IV, e 402 do Código Civil.

Não merece reforma a decisão agravada, a qual foi publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 desta Corte.

De início, verifico que o Tribunal de origem manifestou-se de forma suficiente e motivada sobre o tema, o que afasta a apontada violação dos artigos 128, 165, 458 e 535 do Código de Processo Civil de 1973. Ressalto que, embora da petição inicial se extraia a alegação de conduta anticoncorrencial, depreende-se da sua leitura, também, o escopo de ver anulada a cláusula de raio estabelecida pelo réu, tese devidamente examinada pelas instâncias de origem.

Anoto, depois, que o Tribunal de origem entendeu dispensável a produção de provas e consignou que o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento de defesa. Transcrevo, por oportuno, a seguinte passagem da sentença, confirmada, no ponto, pelo acórdão recorrido (fls. 3.342-3.343/e-STJ):

> O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 330 inciso I do Código de Processo Civil, não sendo pertinente a instrução probatória neste feito. Os autores pretendem produção de prova documental 'suplementar' que não é cabível, na nossa sistemática processual, já que eventuais documentos pertinentes já deveriam ter sido juntado aos autos. A prova testemunhal, por outro lado, requerida pelo réu, não acrescentaria ao feito, porque não há questões fáticas controvertidas no feito.

Registro que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça orienta

que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade, ou não, de dilação probatória, dada sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, sendo certo que o julgamento da matéria depende do reexame de tais circunstâncias, o que é inviável em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

Ademais, como destinatário final, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da prova necessária à formação do seu convencimento, entendimento do qual não se distanciou a Corte estadual.

A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL - AÇÃO SECURITÁRIA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO FCVS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - DANOS PROGRESSIVOS - APLICAÇÃO DA SÚMULA 07 DO STJ - PRECEDENTES. INCONFORMISMO DA SEGURADORA. (...)
> 3. O julgamento antecipado da lide (artigo 330, inciso I, parte final, do CPC) não configura cerceamento de defesa, quando constatada a existência de provas suficientes para o convencimento do magistrado.
> (...)
> 6. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no REsp 1079494/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 17/11/2015)
>
> AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. ART. 130 DO CPC. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. FACULDADE DO JUIZ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.
> 1. Compete ao magistrado zelar pela necessidade e utilidade da produção das provas requeridas, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, de sorte que inexiste nulidade quando o julgamento antecipado da lide decorre, justamente, do entendimento do Juízo *a quo* de que o feito encontrava-se devidamente instruído.
> 2. Agravo interno a que se nega provimento.
> (AgRg no Ag 1366988/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 25/11/2015)

Incidência, pois, da Súmula 83/STJ.

Quanto ao mais, anoto que seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos - o que é vedado pelas Súmulas 5 e 7/STJ - para infirmar as conclusões do Tribunal de origem, que transcrevo (fls. 3.444-3.446/e-STJ):

> (...)
> Centra-se o eixo da discussão no alegado mau uso pelo "shopping" recorrido da chamada cláusula de exclusividade territorial, também conhecida como "cláusula de raio", que impede que uma empresa, já estabelecida no réu, abra outra loja em outro "shopping" próximo (mil metros do Shopping Center Norte).
> A referida cláusula, conforme se extrai dos autos, foi estabelecida nos contratos de locação firmados entre o "shopping" recorrido e os seus lojistas (locatários). Sustenta-se a ilegalidade da exigência de cumprimento da cláusula em questão pelo apelado, com o desabrido intuito de frustrar o desenvolvimento de seu único concorrente na região, ou seja, os apelantes.
> Inviável, no entanto, que se imponha, nestes autos, ao recorrido, a abstenção da exigibilidade de cumprimento da Cláusula em exame (fls. 31, item b.1). Aos recorrentes, que não tomaram parte na relação contratual que estipulou a chamada "cláusula de raio", falece legitimidade ao seu questionamento, delimitado o debate exclusivamente aos contratantes ("shopping" requerido e lojistas). A exigência de cumprimento da cláusula de raio pelo recorrido, por outro lado, encerra em príncipio o exercício regular de um direito, circunstância que, à luz do disposto no artigo 188, inciso I, do Código Civil, afasta a ilicitude exigida para acolhimento da pretensão indenizatória deduzida na petição inicial.
> Não impressiona, de outra parte, a alegação no sentido de que a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) já reconheceram que a cláusula de raio encerra prática abusiva, que afronta a livre concorrência (fls. 09). A decisão administrativa editada, notadamente aquela emanada do CADE, consoante aclarado às fls. 3.131, é alvo de questionamento perante a 24ª Vara Federal de São Paulo, não servindo de lastro para o pronto reconhecimento de qualquer prática abusiva por parte do requerido. Independente, ademais, conforme destacado pela r. sentença às fls.3.086, as instâncias judicial e administrativa, de modo que a decisão do CADE não produz em Juízo os efeitos pretendidos pelos apelantes, sem dizer, ainda,

> ausência de qualquer pronunciamento judicial acerca da invalidade da cláusula raio, providência, como visto, impossível de ser adotada nestes autos, vez que os recorrentes, repita-se, não ostentam legitimidade para tanto.
>
> De outra banda, ainda que reconhecida a alegada prática abusiva recorrido no que toca a exigibilidade da cláusula em foco, não se entrevê, concretamente, qualquer dano, quer material ou moral, passível da reparação pretendida. Quanto ao dano moral, nada indica que a cláusula em exame tenha tisnado o conceito dos apelantes no mercado; se prejuízo houve, esse, sem dúvida alguma, seria apenas de cunho material. E também não se vislumbra a ocorrência de qualquer dano material. A pretensão reparatória está calcada em singela presunção, isto é, de que a cláusula em questão teria frustrado o desenvolvimento e os lucros do apelante o sucesso de um empreendimento comercial, no entanto, depende de inúmeros fatores, não se entrevendo, num plano concreto, qual o dano experimentado pelos recorrentes, descabendo a invocação de prejuízo abstrato, imaginário.

Sobre o tema, ademais, destaco que o entendimento do Tribunal de origem não destoa do desta Corte Superior, conforme se pode conferir no seguinte precedente:

> RECURSOS ESPECIAIS DOS DEMANDADOS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE CONTRATUAL AJUIZADA POR SINDICATO DE LOJISTAS OBJETIVANDO O AFASTAMENTO DA CLÁUSULA DE RAIO UTILIZADA NA LOCAÇÃO DE ESPAÇOS EM SHOPPING CENTER - TRIBUNAL A QUO QUE CONSIDEROU ABUSIVA A PRÁTICA POR VIOLAÇÃO À LIVRE CONCORRÊNCIA E INICIATIVA PRIVADA, MODIFICAÇÃO UNILATERAL DO PERÍMETRO DE ABRANGÊNCIA DA LIMITAÇÃO TERRITORIAL E PREJUÍZO AO CONSUMIDOR.
>
> IRRESIGNAÇÃO DAS RÉS.
>
> Hipótese: Controvérsia acerca da ilegalidade/abusividade de "cláusula de raio" inserta em Escritura Declaratória de Normas Gerais Complementares regedoras das locações e outras avenças dos espaços comerciais situados no Shopping Center Iguatemi Porto Alegre. Estatuto disciplinador da circulação interna, do funcionamento do estabelecimento, da natureza e finalidade das atividades comerciais/empresariais, não se imiscuindo nos contratos locativos de outro modo que não para nortear a observância dos

limites imprescindíveis ao pleno êxito do empreendimento.

1. Preliminar. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Tribunal a quo que se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, analisando pontuadamente as questões ditas omissas.

2. Inviável o acolhimento da alegada violação ao artigo 46 do CPC/73, relativamente à nulidade do processo por ausência de citação dos interessados na demanda, porquanto tal tema constitui inovação recursal somente arguida nesta etapa processual.

3. A legitimação do ente sindical decorre de expressa previsão constitucional (artigo 8º, inciso III). O sindicato, na qualidade de substituto processual detém legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representa, sendo prescindível a relação nominal dos filiados e suas respectivas autorizações, nos termos da Súmula 629/STF.

4. Não há falar em julgamento extra petita em virtude de o Tribunal de origem ter considerado como razões de decidir argumento atinente à mudança unilateral da abrangência territorial da cláusula de raio ocorrida em 2002, porquanto o julgador, para formar seu convencimento, não está adstrito à "causa petendi" remota (fundamento jurídico), mas sim à causa de pedir próxima ou imediata, ou seja, a todo o arcabouço fático-probatório que permeia a demanda.

5. A análise estabelecida perante esta Corte Superior tem cunho eminentemente jurídico, com fundamento na lei e nos ditames jurisprudenciais, não tendo o objetivo de averiguar eventual violação a vetores econômicos, valores de mercado ou temas afetos à livre concorrência e formação de cartéis e monopólios, visto que a investigação desses pontos fica à cargo de órgãos estatais político-administrativos de defesa da ordem econômica e desenvolvimentista do país.

6. Na hipótese, a "cláusula de raio" inserta em contratos de locação de espaço em shopping center ou normas gerais do empreendimento não é abusiva, pois o shopping center constitui uma estrutura comercial híbrida e peculiar e as diversas cláusulas extravagantes insertas nos ajustes locatícios servem para justificar e garantir o fim econômico do empreendimento.

7. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos de cunho empresarial é restrito, face a concretude do princípio da autonomia privada e, ainda, em decorrência de prevalência da livre iniciativa, do pacta sunt servanda, da função

social da empresa e da livre concorrência de mercado.

8. Inaplicabilidade do diploma consumerista à espécie, pois não se vislumbra o alegado prejuízo genérico aos consumidores delineado pelo Tribunal a quo, uma vez que, o simples fato de não encontrar em todos os shopping centers que frequenta determinadas lojas não implica em efetivo prejuízo, pois a instalação dos lojistas em tais ou quais empreendimentos depende, categoricamente, de inúmeros fatores sociais, econômicos.

9. Inviável a imposição de limitações aos ajustes quando consideradas situações hipotéticas e genéricas envolvendo lojistas (de forma ampla) e empreendedor, com caracterização em abstrato da abusividade face o alegado abuso de posição dominante para prejudicar concorrência potencial, sendo imprescindível a análise da alegada abusividade considerado um específico e pontual caso concreto, o que não ocorre no presente caso.

10. Os ajustes locatícios, notadamente aqueles firmados para locação de espaço em shopping center, não constituem mero contratos de adesão, pois são de livre estipulação/comutativo entre os contratantes, sem a preponderância de um sobre outro, onde tanto locador como locatário estão livres para pactuarem as cláusulas contratuais que melhor assistam às suas necessidades.

11. A aventada modificação unilateral das normas gerais complementares do empreendimento de 2.000 (dois mil) para 3.000 (três mil) metros de raio, desde que não tenha sido imposta unilateralmente para os contratos de locação em curso quando da modificação estatutária, não apresenta qualquer ilegalidade, pois, o dono do negócio pode impor limitações e condições para o uso de sua propriedade por terceiros.

12. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza qualquer ilícito, visto que prevista como excludente, nos exatos termos do estabelecido no § 1º do artigo 36 da Lei 12.529/11.

13. Recursos especiais parcialmente providos para julgar improcedente a demanda.

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

Em face do exposto, nego provimento ao agravo.

Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora