

DO CONTRATO DE UTILIZAÇÃO DE LOJA EM CENTRO COMERCIAL

Miguel Quental

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

I

A Figura do Centro Comercial

Os centros comerciais – ou como têm vindo a ser internacionalmente conhecidos, os “Shopping Centers” – são uma “inovação do génio mercantil norte-americano”¹, o mesmo é dizer, são fruto do “engenho criador do homem de negócios”², que surgiram e se desenvolveram, por altura do termo da 2ª Guerra Mundial, e que a partir daí rapidamente se espalharam por todo o mundo e, em especial, pelo continente europeu.

Inicialmente, procuraram localizar-se em redor das grandes vias de comunicação que uniam grandes centros populacionais; posteriormente, foram manifestando uma tendência no sentido da sua instalação ser feita em locais estratégicos dentro dos centros ou aglomerados urbanos³.

¹ Na expressão de Pinto Furtado, *Os Centros Comerciais e o seu Regime Jurídico*, 2ª Ed. Almedina, 1998, pág. 11.

² A expressão é de Antunes Varela, *Os Centros Comerciais (shopping centers)*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem do Prof. Doutor A. Ferrer Correia, v. II, Coimbra, 1988.

³ Cfr. Silveira, Pedro Malta da, *A Empresa nos Centros Comerciais e a Pluralidade de Estabelecimentos*, Almedina, 1999, pág. 73.



Os centros comerciais constituem, em regra, conjuntos de estabelecimentos comerciais rigorosamente seleccionados e distribuídos de uma maneira criteriosa, que possibilitam aos interessados (utentes), sem sair de um mesmo espaço físico, a possibilidade de aquisição de uma diversidade enorme de bens e serviços, nos mais distintos tipos de lojas e estabelecimentos, tendo ainda à sua disposição grandes parques de estacionamento para as suas viaturas⁴.

A fórmula do Centro respeita, mais ou menos em regra, ao seguinte: a um grupo de lojas que formam um conjunto comercial integrado⁵, facilmente acessível, concebido como um todo, gerido por uma única direcção e com grandes parques de estacionamento⁶. Assim, “a ideia directriz que anima a construção funcional do centro é a de reunir num vasto espaço, atraentemente decorado, com arquitectura interior atraente, distribuído por um grande edifício ou por vários edifícios devidamente articulados entre si, pequenas e grandes lojas, abrangendo ramos de actividade complementares, com as denominadas lojas âncora nos pólos estratégicos das novas instalações, a fim de facilitar a vida do cliente, dando-lhe a possibilidade de com uma só deslocação adquirir muitos dos artigos e produtos que até então só com grande dispêndio de tempo conseguia comprar nos estabelecimentos dispersos pelos vários bairros da cidade”⁷.

O próprio conjunto, em si, deve localizar-se e estruturar-se de forma que constitua um atraente local de cómodo acesso, que convide a breves períodos de lazer, num ambiente em que até pode haver animação, mas que será sempre envolvido por tudo ou quase tudo o que o visitante possa desejar, desde os artigos de alimentação ou vestuário e até aos serviços de restauração, de espectáculo ou outros⁸.

O sucesso do empreendimento dependerá da variedade e a complementaridade dos ramos do comércio oferecidos ao público o que obriga à selecção e distribuição dos estabelecimentos integrados no centro comercial e que obedecem à regra do

4 Em sentido próximo, vd. Rui Rangel, *Espaços Comerciais, Natureza e regime Jurídico dos contratos de Utilização*, Edição Cosmos, Lisboa, 1998, pág. 15.

5 Segundo Galvão Telles, in, “*Contratos de Utilização de espaços nos Centros Comerciais*”, O Direito, ano 123º, 1991, pág. 532 “os centros comerciais têm como força inspiradora a ideia de concentração do consumo, traduzindo-se fundamentalmente na reunião, no mesmo edifício ou em edifícios interligados, de estabelecimentos mercantis diversificados e complementares, estando o todo sujeito a uma unidade de gestão, que será assegurada pelo proprietário ou proprietários dos respectivos imóveis ou partes de imóveis, nos termos de direito, e nomeadamente segundo as regras da propriedade horizontal, aplicadas com as necessárias adaptações, se as unidades prediais se encontrarem sujeitas a tal regime”.

6 Cfr. Neves, Arnaldo Gabriel Costa, *Arrendamento Comercial, Locação e Trespasse do Estabelecimento Comercial – o caso das lojas dos centros comerciais* – Lusíada - Revista de Ciência e Cultura da Universidade Lusíada do Porto, Coimbra Editora, 1998, pág. 172.

7 Cfr. Varela, Antunes, *Os Centros Comerciais (shopping centers)*.

8 Cfr. Furtado, Jorge Pinto, *ob. cit.*, pág. 13.

“*tenant mix*”⁹ (mistura de locatários)¹⁰⁻¹¹.

Do mesmo modo, a prosperidade de toda a organização faz com que os promotores dos centros sejam, obviamente, sensíveis à variedade do gosto do público interessado e ao poder económico diferenciado das várias camadas populacionais que se encontram enquadradas na classe média que frequenta, habitualmente, estas novas realidades comerciais¹².

Do que se disse, resulta que a filosofia do denominado “Centro Comercial” é muito simples, não se apresentando como sendo uma figura nova, mas antes, e tão só, como uma associação de elementos já conhecidos numa distribuição susceptível de despertar as sinergias que, afinal, são a chave do seu êxito¹³.

Em Portugal estes fenómenos de concentração comercial surgiram nos finais da década de 60, início da década de 70, do século passado, apontando-se o “Sol a Sol” como sendo o primeiro Centro Comercial a abrir as suas portas, no ano de 1970¹⁴.

O êxito da inovação espalhou-se depois rapidamente mais ou menos por todo o território português, existindo actualmente mais de 65 Centros inscritos na Associação Portuguesa de Centros Comerciais, número considerado bastante positivo no contexto internacional desse sector de actividade¹⁵.

II

Do Conceito Jurídico de Centro Comercial

Não existe, até à data, no ordenamento português uma qualquer definição legal sobre o conceito: “Centro Comercial”.

Isso mesmo é reconhecido por Rui Rangel, quando refere que “este novo tipo de organização empresarial pode ainda dizer-se ser do verdadeiro e completo desconhecimento da lei”¹⁶. Também Antunes Varela reconhece que “a lei desconhece

⁹ Assim, Neves, Arnaldo Gabriel Costa, *ob. cit.*, pág. 174.

¹⁰ O “*tenant mix*” típico compreende: Unidade de venda de géneros alimentícios em auto-serviço; unidades para a venda de artigos de vestuário e sapatarias; unidades de venda de artigos para o lar; unidades de venda de artigos de distração ou diversos; serviços. Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.*, pág. 13.

¹¹ Pedro Malta da Silveira, *ob. cit.*, pág. 78, define “*tenant mix*” como “a fórmula técnica de escolha e localização das lojas que vão instalar-se nas unidades relativamente autónomas de que é dotado o imóvel”.

¹² Neste sentido, Rui Rangel, *ob. cit.*, pág. 16.

¹³ Cfr. Furtado, Jorge Pinto, *ob. cit.*, pág. 11.

¹⁴ Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.*, pág. 14.

¹⁵ Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.*, pág. 15.

¹⁶ Cfr. Rui Rangel, *ob. cit.*, pág. 18.

a realidade do novo tipo de organização comercial; e a regulamentação comercial das novas unidades tem-se processado de forma caótica, desordenada e bastante arbitrária, por exclusiva inspiração das entidades privadas” concluindo desta forma que neste caso “o direito foi ultrapassado pela vida”¹⁷.

Isso dito, será, certamente, difícil avançar com uma definição legal daquela figura. Não obstante, é no entanto possível avançar-se com algumas definições que têm vindo a ser apresentadas por associações estrangeiras responsáveis pelo sector dos centros comerciais e, bem assim, com definições avançadas por alguns autores portugueses que, ao longo dos últimos anos se têm dedicado ao estudo e análise desta nova realidade empresarial.

Assim, e de acordo com a *International Commercial of Shopping Centers* (ICSC) entende-se por “Shopping Center” “um grupo de estabelecimentos comerciais unificados arquitectonicamente e construído em terreno planeado e desenvolvido para o efeito. O Shopping Center deverá ser administrado como uma unidade operacional, sendo o tamanho e o tipo de lojas existentes relacionados directamente com a área de influência comercial a que esta unidade serve. Deverá ainda oferecer estacionamento compatível com o número de lojas existentes no projecto”¹⁸.

Também de acordo com a Associação Brasileira de *Shopping Centers* (ABRASCE) – por *Shopping Centers* pode entender-se “um centro comercial planeado sob administração única e centralizada, e que: seja composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio e prestação de serviços, e que permaneçam em sua maior parte, objecto de locação; estejam os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas, visando à manutenção do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objecto básico a convivência integrada; varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com a facturação permanente e tecnicamente bastante”¹⁹.

Ora, não obstante se ter dito que na actual legislação portuguesa não é possível encontrar-se uma definição para Centro Comercial, a verdade é que, quer no revogado Decreto-Lei n.º 417/83, de 25 de Novembro, quer na Portaria n.º 424/85, de 25 de Julho (embora, tão só, para efeitos de horário de abertura e de encerramento) era possível colher uma série de requisitos de verificação obrigatória para se estar em presença de um espaço designado por Centro Comercial. Com efeito, aí se dispunha, vg. que os Centros deveriam possuir uma área bruta mínima de 500 metros quadrados e um número mínimo de 12 lojas de venda a retalho e de prestação de serviços; um edifício único ou edifícios contíguos interligados, com zonas comuns privativas que permitam o acesso de público às lojas nele implementadas; unidade de gestão,

¹⁷ Cfr. Antunes Varela, *ob. cit.*, pág. 47.

¹⁸ Cfr. Neves, Arnaldo Costa, *ob. cit.*, pág. 174.

¹⁹ Dados colhidos em, Neves, Arnaldo Costa, *ob. cit.*, pág. 174.

garantindo a implementação, direcção e coordenação dos serviços comuns e a fiscalização do regulamento interno; unidade de horário de funcionamento das várias lojas, com excepção das que pela sua especificidade se afastem do funcionamento usual das outras actividades instaladas²⁰.

Como vemos, em Portugal e apesar da conveniência ou mesmo necessidade da existência de uma definição legal para o conceito - Centro Comercial - certo é que esta não existe, levando mesmo Pinto Furtado a concluir que “em vez de se progredir e de aperfeiçoar o conhecimento acerca desta importante realidade mercantil dos nossos dias, o legislador se apresenta cada vez mais alheado dela, no aconchego dos conceitos vagos, não sabendo ao certo do que se trata - e impondo ao interprete dobrado trabalho na precisão dos elementos técnicos que a prática comercial vai criando e revelando, para desde modo poder iluminar mais poderosa e conscientemente o seu regime jurídico”²¹.

De acordo com o mesmo Autor, o Centro Comercial pode ser definido enquanto “o lugar de comércio integrado, de dimensão relevante no seu funcionamento em obediência a uma ordem unitária, com insígnia e nome de estabelecimento próprios, dotado de parque de estacionamento de viaturas, de preferência coberto, e composto de um ou vários estabelecimentos de grande superfície e capacidade de atracção de clientela (lojas âncora), clientela que deverá só poder chegar a eles por uma ou várias alamedas (*mall*) cercadas de galarias compostas de lojas de artigos complementares do mesmo ramo e de estabelecimentos de prestação de serviços (*tenant mix*), uns e outros sem acesso directo para a rua”²².

III

Natureza e Regime Jurídico dos Contratos de Exploração de Loja em Centro Comercial

1- Identificação do Problema

Como referimos, sendo a actual legislação portuguesa, claramente omissa no

²⁰ Actualmente, os diplomas reguladores do horário de funcionamento das grandes superfícies (Decreto-Lei n.º 48/96 e Portaria n.º 153/96, ambos de 15 de Maio), desinteressaram-se da específica figura do Centro Comercial que deixou assim de ter uma qualquer definição legal, mesmo que imperfeita. Neste sentido, Pinto Furtado, *ob. cit.*, pág. 20.

²¹ No mesmo sentido, Galvão Telles, *ob. cit.*, pág. 533, refere que “é aconselhável a publicação de legislação sobre centros comerciais, onde melhor se esclareçam as adaptações a fazer no regime (...)”.

²² Cfr. Furtado, Jorge Pinto, *ob. cit.*, pág. 21.

que respeita à definição de Centro Comercial, igualmente se mostra lacunosa quanto à questão de saber que concreto regime jurídico será aplicável às relações que se estabelecem entre o organizador (gestor/promotor) do Centro Comercial e os vários lojistas que lá se encontram instalados. Por essa razão, e como facilmente se compreende, têm-se suscitado complexos e controvertidos problemas que deram já origem a interessantes *querelas* (entre os nossos mais iminentes juristas) e que igualmente têm animado a jurisprudência portuguesa.

2- Qualificação Jurídica do Contrato de Utilização de Loja em Centro Comercial

Não existindo um concreto regime para disciplinar os contratos celebrados entre o promotor do Centro Comercial e os vários lojistas, é natural que se coloque, desde já, a seguinte interrogação: que regime legal será o mais apropriado para oferecer disciplina normativa para esses “modernos” tipos de contratos?

Como se sabe, a qualificação de um certo contrato como sendo de um ou de outro tipo, ou de uma ou outra espécie, é fundamental para determinar, pelo menos, nos seus traços essenciais, o regime jurídico aplicável, tendo consequências fundamentais no que respeita à vigência da disciplina constitutiva e reguladora do tipo²³.

Constitui, todavia, doutrina pacífica que a natureza de um contrato não corresponde necessariamente à designação, isto é, à qualificação que ao mesmo venha a ser feita pelas partes; outras vezes, “a não adequação da designação adoptada pelas partes à real natureza do contrato pode resultar de circunstâncias várias: ou de equívoco ou ignorância ou do objectivo de defraudar a lei, procurando enquadrar o negócio num modelo que não é o seu, para através do uso da denominação específica de outro e a confusão assim estabelecida, tentar extrair daí consequências jurídicas favoráveis às partes ou a uma delas”²⁴.

Ora, a instalação dos lojistas no aglomerado de estabelecimentos comerciais, seleccionados e distribuídos num complexo de instalações e serviços que é o Centro Comercial coloca, desde logo, o problema de saber se o conteúdo dos respectivos contratos, se reconduz ao tipo legal de arrendamento, ou antes se trata de um novo tipo contratual não subsumível naquele²⁵.

²³ Cfr. Rui Rangel, *ob. cit.*, pág. 34.

²⁴ Cfr. Galvão Telles, Parecer – *utilização de espaços nos “shopping centers”*, CJ ano XV, Tomo II, 1990, pág. 26 e 27.

²⁵ Vd. Ac. STJ 28/09/2000, CJ STJ, Ano VIII, Tomo III, 2000, pág. 50.

No fundo, o problema está em saber se quando determinadas cláusulas contratuais são incluídas pelas partes num determinado contrato tipificado na lei civil – respeitam ainda o modelo (*ie.*, o *nomen* e a sua disciplina fundamental) desse contrato, e a partir de que momento é que a inclusão das mesmas cláusulas poderá determinar a criação de um novo contrato (dito *atípico* ou *inominado*), diferente do regime tipificado na lei²⁶.

Ora, a resposta à questão de saber que regime se aplica aos contratos de utilização de loja em Centro Comercial depende, desde logo, da posição que se tome acerca da qualificação jurídica do mesmo.

3- Dos Regimes Jurídicos em Discussão

Basicamente têm sido avançadas três teses/possibilidades no que respeita à qualificação jurídica do regime de utilização de loja em Centro Comercial: *arrendamento*, *locação de estabelecimento comercial* e *contrato atípico*²⁷.

Com efeito, em diversas decisões jurisprudências avançou-se com a ideia de que as relações entre o organizador do centro e o lojista deveriam ser disciplinadas pelo regime que disciplina a *locação de estabelecimentos comerciais*²⁸; todavia, para certa doutrina, entre a qual se incluem Galvão Telles²⁹, Coutinho de Abreu³⁰, Pinto Furtado³¹, Marcelo Rebelo de Sousa³², Rui Rangel³³ e Arnaldo Gabriel Costa Neves³⁴, as relações entre o organizador do centro e o lojista deverão ser disciplinadas pelo regime do *arrendamento comercial*; para outros, entre os quais se contam Antunes

²⁶ Cfr. Antunes Varela, *Contrato de Arrendamento – Terraço para instalação de publicidade luminosa*, Parecer do Professor Antunes Varela, CJ XV, Tomo II, 1990, pág. 6 e seg.

²⁷ Sobre cada uma estas possibilidades *vd.* Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade – as empresas no direito* – Almedina, 1996, pág. 321.

²⁸ Assim, Ac. STJ de 26/04/1993, in, RLJ, ano 122, pág. 61 e Ac do STJ de 04/05/1993, in CJ, 1993, Tomo II, pág. 86.

²⁹ Cfr. *Contratos de utilização de loja em centros comerciais*, in, O Direito, ano 123, pág. 521 e seg.; *Utilização de espaços nos shopping centers*, Parecer, CJ 1990, Tomo II, pág. 23 e seg.

³⁰ Cfr. *Da Empresarialidade- as empresas no direito*, Almedina, 1996, pág. 320 e Seg.

³¹ Cfr. *Os centros Comerciais e o seu regime jurídico*, Almedina, 1998.

³² *Vd.* Parecer inédito, de 20 de Janeiro de 1991, sobre o caso Mundicer S.A./TAI Import Export, Lda., que correu no 3º Juízo Cível da Comarca de Lisboa (Centro Comercial Amoreiras).

³³ Cfr. *Espaços Comerciais, Natureza e Regime Jurídico dos Contratos de Utilização*, Edição Cosmos, Lisboa, 1998.

³⁴ Cfr. *Arrendamento Comercial, Locação e Trespasse do Estabelecimento Comercial – o caso das lojas dos centros comerciais-* Lusíada- Revista de Ciência e Cultura da Universidade Lusíada do Porto, Coimbra Editora, 1998.

Varela³⁵, Oliveira Ascensão³⁶, Lebre de Freitas³⁷, Pedro Pais de Vasconcelos³⁸, Pedro Malta da Silveira³⁹, não existirá no ordenamento português um regime capaz de se aplicar em concreto àquelas relações, pelo que se está perante verdadeiros *contratos atípicos*.

3.1- A Tese do Arrendamento

De acordo com os defensores desta tese, inicialmente adoptada pela jurisprudência portuguesa⁴⁰, como por via do contrato de instalação é proporcionado ou concedido ao lojista o gozo temporário da loja (entendida como local onde o estabelecimento vai ser instalado), então estar-se-á perante uma realidade que se enquadra perfeitamente no esquema essencial do contrato de arrendamento, já que partilha dos seus elementos caracterizadores e obedece à sua causa específica, entendida esta, como uma função económico-social⁴¹.

Neste sentido e de acordo com Galvão Telles “o que o dono da loja faz é, pura e simplesmente, proporcionar ou conceder ao comerciante o gozo temporário da loja, mediante retribuição, e isto, por mais voltas que se dê, ajusta-se como uma luva ao figurino do arrendamento”; deste modo, “nenhuma dialéctica, por mais ponderosa, poderá invalidar este raciocínio e esta conclusão, baseados na própria realidade ou substância das coisas”⁴².

No mesmo sentido para Pinto Furtado “os novos elementos introduzidos pelos centros comerciais não descaracterizavam a *facti species* do *arrendamento mercantil* e que, por isso, seria extremamente injusta a recusa aos fruidores das lojas dos centros comerciais recebidas em regime de “só” paredes do estatuto de arrendatários

³⁵ Cfr *Os Centros Comerciais (shopping centers)*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Ferrer Correia, Vol. II, Coimbra, 1989; Anotações na RLJ anos 122º, pág. 62 e seg.; 127º, pág. 174 e seg.; 128º, pág. 315 e seg.; 129º, pág. 49 e seg. e 131º, pág. 143.

³⁶ Cfr. *Integração empresarial e centros comerciais*, RFDL, 1991, pág. 29 e seg.; *Integração empresarial*, ROA, ano 54, 1994, pág. 835.

³⁷ Cfr. *Da impenhorabilidade do direito do lojista de centro comercial*, ROA, ano 59, 1999, pág. 47.

³⁸ Cfr. *Contratos de utilização de loja em centros comerciais: qualificação e forma*, ROA, 1992, II, pág. 535 e segs.

³⁹ Cfr. *A Empresa nos Centros Comerciais e a Pluralidade de Estabelecimentos*, Almedina, 1999.

⁴⁰ Vd., entre outros, Ac. STJ de 24/06/84, in. BMJ n.º 336, pág. 406 e seg.; Ac. STJ de 26/11/92, in. BNP, n.º 421, pág. 435.

⁴¹ Cfr. Pedro Malta da Silveira, *ob. cit.*, pág. 169.

⁴² Cfr. Galvão Telles, *ob. cit.*, pág. 527. Assim, “os contratos pelos quais se facultava essa utilização configuram-se como arrendamentos, pois obedecem à respectiva definição legal, uma vez que se traduzem na cedência de uma coisa imóvel, mediante retribuição”, pág. 533.

comerciais, garantido pela lei geral”. O autor vai ainda mais longe, proclamando serem “extremamente condenáveis certas situações de autêntico *capitalismo selvagem* a que, em certos destes casos temos vindo a assistir, a coberto da figura do contrato inominado mas, efectivamente, à revelia do direito constituído”⁴³.

Ainda em reforço da posição exposta, Arnaldo Costa Neves, é de opinião de que “não tendo a legislação sobre centros comerciais optado por impor um modelo contratual no que respeita às relações entre o lojista e o administrador do centro comercial julga-se a hipótese do contrato misto ou da coligação de contratos perfeitamente adequada ao problema em causa, pois sempre se verifica a cedência do gozo temporário de uma coisa imóvel, e a procurar uma solução no sistema jurídico vigente essa solução corresponde ao contrato típico de arrendamento que se combina ou se coliga a um contrato de prestação de serviços (ou outros)”⁴⁴. O mesmo autor conclui pois que “sendo certo que o intérprete, no caso de ausência de lei, tem a tarefa de encontrar a disciplina que resulta da ordem jurídica para a situação em causa, esta não poderá ser outra senão aplicar a disciplina do arrendamento comercial no que respeita à cedência temporária do gozo do espaço para lojas nos centros comerciais”⁴⁵.

Para Marcelo Rebelo de Sousa “o arrendamento regula satisfatoriamente os interesses económicos em jogo – a obtenção do espaço físico com determinadas características, para explorar o estabelecimento comercial e a consecução da contrapartida lucrativa pela cedência de tal local específico – não implicando a conjugação em qualquer das modalidades possíveis de tipos contratuais diversos”⁴⁶.

Quanto à jurisprudência, a primeira decisão dos tribunais superiores que se debruçou sobre esta problemática – dos centros comerciais e do seu regime jurídico –, foi o Ac. do STJ, de 26 de Abril de 1984⁴⁷, onde se entendeu que “o arrendamento para comércio, de um local urbano, nu, desprovido de instalações, utensílios e

⁴³ Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.*, pág. 24. À mesma conclusão chega, Rui Rangel, quando refere que “é nossa convicção que é, manifestamente injusto a recusa aos fundadores das lojas dos centros comerciais recebidas em regime de só paredes do estatuto de arrendatário comerciais garantido pela lei em geral”.

⁴⁴ No mesmo sentido, Coutinho de Abreu, *ob. cit.*, pág. 333, é de opinião de que “consoante a retribuição dos serviços complementares esteja ou não incorporada na renda, teremos contratos mistos ou contratos coligados – assegurada estando em ambos os casos a aplicabilidade das regras do arrendamento urbano”.

⁴⁵ Arnaldo Costa Neves, *ob. cit.*, pág. 185. O autor refere ainda que “o contrato típico de arrendamento, ainda que sendo um dos contratos coligados ou um contrato misto de arrendamento e serviços é não só perfeitamente adequado aos centros comerciais como até a solução mais indicada (na hipótese dos lojistas não serem os proprietários das lojas)”, *ob. cit.*, pág. 186.

⁴⁶ Marcelo Rebelo de Sousa, Parecer, *ob. cit.*, pág. 26 e segs.

⁴⁷ Publicado no BMJ, n.º 336º, pág. 406.

mercadorias, sem actividade mercantil e clientela, isto é, desprovido de quaisquer elementos integradores de uma existente unidade económica complexa, e caracterizadora da universalidade designada juridicamente por estabelecimento comercial, integrava a figura de arrendamento para o comércio”.

Em suma e de acordo com o que temos vindo a dizer, a possibilidade de aplicação do contrato de arrendamento ao regime do contrato de utilização de loja em Centro Comercial, funda-se no facto de tais contratos conterem todos os elementos essenciais definidores do contrato de arrendamento; por outro lado, a sua localização no complexo do centro comercial não lhe altera a sua natureza.

3.2 - A Tese da Locação

Em muitas decisões jurisprudências tem sido avançada a ideia de que as relações entre o organizador do centro e o lojista deverem ser disciplinadas pelo regime jurídico da *locação de estabelecimentos comerciais*⁴⁸.

A ser assim levanta-se, desde logo, a questão de saber se a cedência do gozo temporário do espaço destinado a cada loja, dentro do centro comercial, constitui um simples contrato de arrendamento para o exercício do comércio ou se integra já no conceito de locação de estabelecimento comercial?

Como se sabe, a legislação portuguesa que disciplina a matéria o arrendamento comercial oferece um regime dualista: quando seja o locatário a arrendar o imóvel para nele explorar uma actividade comercial, sendo ele quem cria o seu estabelecimento comercial, a lei considera-o como sendo um arrendatário comercial (art. 110º Regime do Arrendamento Urbano – “RAU”); por outro lado, não sendo o estabelecimento explorado pelo arrendatário, mas antes sendo temporariamente explorado por outrem, o contrato já será de locação de estabelecimento comercial (art. 111º RAU) e como tal já não lhe são aplicadas as regras do arrendamento comercial, com todas as limitações que isto acarreta.

Assim, a delimitação da figura da locação do estabelecimento face ao arrendamento comercial, não deverá apresentar grandes dificuldades, sendo critério determinante a existência do estabelecimento comercial aquando do contrato, cabendo posteriormente ao interprete a missão de averiguar se foi respeitado o âmbito de entrega mínimo necessário para a existência de uma verdadeira transmissão⁴⁹⁻⁵⁰.

Na doutrina brasileira, esta tese tem sido defendida por Caio Mário, para

⁴⁸ Assim, Ac. do STJ de 26/04/1993, in, RLJ, ano 122, pág. 61 e Ac. do STJ de 04/05/1993, in CJ, 1993, tomo II, pág. 86.

⁴⁹ Arnaldo Costa Neves, conclui que, “face ao exposto o contrato pelo qual a entidade que explora o centro comercial cede o espaço das lojas vazias (em tosco, despidas) nunca poderá ser qualificado de locação de estabelecimento comercial por faltar o âmbito mínimo ou necessário para que se possa

quem “a relação contratual entre o órgão do *Shopping Center*, ou a organização do *Shopping Center* e o usuário é um contrato de locação. É contudo um contrato de locação diferente, em que penetram injunções especiais, mas que não desfiguram a essência de contrato de locação”⁵¹.

3.3 - A Tese do Contrato Atípico

Outros autores sustentam que a inserção de cláusulas aditadas nos contratos de utilização de espaço em Centro Comercial não respeita os limites próprios do contrato de arrendamento e, como tal, atendendo à especificidade própria do Centro Comercial e das suas consequências na relação entre o lojista e o organizador do centro terá de se concluir tratar-se de um contrato *atípico* – de uma nova espécie negocial desconhecida da realidade legal portuguesa.

Assim, e de acordo com Pedro Malta da Silveira “pelo que respeita ao juízo de tipicidade legal, face ao objecto, ao fim, à causa e ao sentido que lhe encontramos, não vemos como subsumir o contrato de instalação dos lojistas nalgum dos vários tipos legais existentes”; “impõe-se, pois, concluir e aderir à posição que vê nos contratos de instalação dos lojistas nos centros comerciais um contrato socialmente típico *mas legalmente atípico*: realiza uma específica fórmula de integração empresarial que, até ao momento, não foi objecto de regulação legal”⁵².

Esta nova espécie contratual encontraria os seus alicerces no princípio da liberdade contratual, com a importante consequência de se sujeitarem estes novos modelos contratuais aos princípios e disposições gerais dos contratos e deste modo, afastando-se inevitavelmente do regime dito vinculístico caracterizador do regime do arrendamento comercial.

Nestes termos e de acordo com Antunes Varela “por um lado, no conjunto das vantagens patrimoniais normalmente proporcionadas ao lojista pelo fundador, criador ou organizador do centro cabem a cada passo elementos que embora de incontestável expressão económica, não cabem nem no simples gozo do imóvel

considerar que foi transmitido um estabelecimento comercial”, *ob. cit.*, pág. 201.

⁵⁰ Para Coutinho de Abreu “a tese da locação de estabelecimento é improcedente”; Arnaldo Costa Neves, põe em evidência o facto de “face a esta dualidade de regimes jurídicos, adivinha-se a conveniência do proprietário (ou meramente arrendatário) do espaço das lojas nos centros comerciais pretender qualificar o respectivo contrato como locação de estabelecimento comercial: tal qualificação teria como consequência o afastamento do regime vinculístico que é próprio do arrendamento comercial (...)”, *ob. cit.*, pág.191

⁵¹ Cfr. Caio, Mário, apud Antunes Varela, *ob. cit.*, pág. 176, nota 1º rodapé. Refira-se, todavia, por informação colhida em Rui Rangel, *ob. cit.*, pág. 44, que o Prof. Caio Mário, posteriormente alterou a sua posição deixando-se vencer pela tese do contrato atípico.

⁵² Cfr. Pedro Malta da Silveira, *ob. cit.*, pág. 187 e 188.

onde a loja se situa, nem no simples esquema dos serviços relativamente aos quais o lojista dispõe de um verdadeiro direito de crédito. Por outro lado, a instalação do comerciante na loja do centro tem como escopo principal a integração do lojista no conjunto organizado de actividades comerciais que constituem o *tenant mix* específico de cada nova unidade global, inteiramente estranha ao contrato de locação, mesmo de locação do estabelecimento comercial”⁵³.

Oliveira Ascensão, por seu turno, entende que o elemento caracterizador do contrato de utilização de loja em Centro Comercial consiste na integração empresarial do lojista em relação ao Centro Comercial. Segundo este autor “o fulcro do contrato não está no gozo da loja ou na exploração isolada do estabelecimento, mas na integração dinâmica da empresa do lojista na empresa global gerida pela entidade exploradora do Centro Comercial”⁵⁴.

Numa palavra, a tese do contrato atípico⁵⁵ funda-se na ideia de que no contrato de instalação do lojista em centro comercial o elemento essencial da operação reside na inserção do estabelecimento do lojista dentro de um conjunto criteriosamente seleccionado de lojas, impondo ao proprietário da loja o dever de exercer certo ramo de comércio em termos devidamente definidos.

Deste modo e de acordo com Antunes Varela, nunca poderá apelidar-se o contrato de utilização de loja em centro comercial como um contrato misto de arrendamento e prestação de serviços, porquanto a prestação do organizador do centro envolve certas vantagens ou atribuições de carácter patrimonial (embelezamento do recinto, instalação de parques de estacionamento, vizinhança de lojas com poder de atracção sobre a clientela, zonas de lazer) que não correspondem à realização de serviços sobre que o lojista tenha pessoalmente um direito de crédito. Destes traços marcantes resulta que tratando-se de um contrato atípico, o regime jurídico é o determinado pelas estipulações das partes, no exercício da sua autonomia, e não por recurso às normas vinculísticas do arrendamento⁵⁶.

⁵³ Anotação ao Ac. do STJ de 12 de Julho de 1994, RLJ, ano 127, pág. 186.

⁵⁴ Cfr. Ascensão, Oliveira, *ob. cit.*, pág. 29.

⁵⁵ Em tese, e de harmonia com o exposto, Lebre de Freitas, *ob. cit.*, pág. 53 e 54, refere que “o contrato celebrado entre o gestor e o lojista não pode mais ser reduzido aos esquemas clássicos dos contratos que a lei tipifica: não é arrendamento; não é uma locação; não é uma figura mista resultante da combinação de qualquer destes contratos como um contrato de prestação de serviços; consiste sim, num contrato inominado ou atípico, livremente regulado pelas partes no exercício da sua autonomia”.

⁵⁶ A esta qualificação dos contratos como atípico, pronunciou-se criticamente Galão Telles, ao sublinhar que em primeiro lugar, os contratos atípicos não podem ser criados pela doutrina ou pela jurisprudência, mas só pelas partes e em segundo lugar, não é legítimo falar de contrato atípico, nem mesmo por obra dos interessados, quando o acordo por eles celebrado se amolde ao esquema essencial de determinado contrato típico “(...), nunca se poderá apelidar-se de atípico um acordo através do qual se proporciona a outrem o gozo temporário e remunerado de uma coisa (vg. uma loja) visto que tal

4- Conclusão

Como se fez ver, primeiramente a doutrina e jurisprudência portuguesas tenderam a qualificar a relação entre o promotor/gestor do centro comercial e os vários lojistas como uma relação de natureza, basicamente, locatícia ou arrendatária.

Posteriormente, vozes discordantes surgiram, dando origem a uma oposta maneira de pensar e de encarar o problema da natureza jurídica dos referidos contratos. Estes autores criticaram a submissão da figura a um regime extremamente proteccionista do arrendatário e à inconveniência das soluções para que tendia. Reclamaram assim que o contrato de utilização de loja em centro comercial não se funda em qualquer contrato tipificado na lei civil, antes trata de uma nova realidade, de um novo tipo contratual e, como tal, o seu concreto regime jurídico deverá ser o determinado pelas estipulações das partes, no exercício da sua autonomia contratual, e não pelo recurso às normas vinculativas do arrendamento.

5 - Nossa Posição

Se a tese defensora da aplicação do regime do arrendamento aos contratos de utilização de loja em centro comercial poderá ser considerada excessivamente proteccionista do lojista, sempre se pode defender que a tese adepta da qualificação do contrato como atípico, redundou no extremo oposto ao apresentar uma total e completa desconsideração pelos mais básicos e elementares interesses/direitos do titular do estabelecimento inserido num centro comercial, colocando, não raras vezes, os lojistas nas mãos do promotor/gestor, isto é, na inteira dependência do mesmo.

É por isso ser nossa convicção que reconhecendo-se e aceitando-se que os denominados contratos de exploração de loja em centro comercial não encontram consagração legal expressa no ordenamento jurídico português, sempre se poderá avançar com a ideia da possível aplicação a esta espécie de contratos do regime típico dos contratos que dele sejam mais próximos; por outras palavras, mesmo que se considere o contrato de utilização de loja em centro comercial como atípico, tal não obsta, só por si, à possibilidade de aplicação, ainda que por via analógica, das normas que disciplinam o contrato de arrendamento, por ser este o contrato típico que lhe é mais próximo! Será, todavia, necessário apurar relativamente a cada questão e em cada caso concreto, se pode afirmar-se uma analogia de situações que justifique a aplicação a um contrato de normas estabelecidas para outro.

acordo possui os elementos específicos da locação e pertence a uma espécie legalmente consagrada (...) uma locação ou um arrendamento se o objecto é imóvel (...)"

Como já deixamos dito, é nossa convicção entender ser o regime jurídico do arrendamento, aquele que à partida se mostra mais vocacionado para se aplicar aos contratos de utilização de loja em centros comerciais. Todavia, e a não se entender que a questão possa ser solucionada pelo recurso à analogia, então estamos convencidos que hoje, mais do que nunca, se reclama uma intervenção legislativa que consagrando disposições específicas para o concreto regime dos contratos de utilização de loja em centros comerciais, ponha definitivamente fim, à já longa divergência doutrinal e jurisprudencial que, de quando em vez, anima o cenário jurídico português, ora defendendo tratar-se de um contrato de arrendamento, ora defendendo o regime oposto e classificando-o como sendo um contrato atípico.

IV

Da Possibilidade de Aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais) ao Contrato de Utilização de Loja em Centro Comercial

1 – Apresentação do Problema

Enquanto se aguarda, pacientemente, por uma intervenção legislativa, sempre se poderá avançar com uma outra possibilidade que, a nosso ver, nem sempre tem sido devidamente considerada ou chamada à discussão, tanto pela doutrina como pela jurisprudência portuguesas: referimo-nos à possibilidade de aos contratos de utilização de loja em centro comercial, independentemente da qualificação que em concreto mereçam, ficarem sujeitos à disciplina do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, diploma que regula as chamadas cláusulas contratuais gerais.

Assim, e porque, salvo casos excepcionais, os contratos celebrados entre o gestor/promotor do Centro Comercial e cada um dos lojistas, configuram contratos-tipo⁵⁷, *ie*, contratos que são celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais⁵⁸,

57 “Este modo de contratar caracteriza-se num primeiro momento, pela prévia estipulação em forma geral e abstracta, de cláusulas com vista à sua futura incorporação no conteúdo de uma série de contratos do mesmo tipo. Num segundo momento, o da conclusão de cada um desses contratos singulares, a aplicação uniforme dessas cláusulas é assegurada através da recusa do seu predisponente (ou de quem deles se utiliza) em negociá-las”. Cfr. Sousa Ribeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*, Coimbra, 1990, pág. 39.

58 Entendidas como “cláusulas pré-formuladas com vista à disciplina uniforme de uma série, em regra indeterminada, de contratos de certo tipo a celebrar pelo predisponente ou por terceiro”. Assim, Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, pág. 173.

e como tal, verdadeiros contratos de adesão⁵⁹⁻⁶⁰, estamos em crer ser uma consequência possível, a sujeição do seu conteúdo ao regime especial de controlo daquele diploma e, em particular, ao controlo da conformidade das suas cláusulas com o princípio da boa fé, enquanto princípio reitor do controlo do conteúdo⁶¹, ou perante o qual, tendo em conta as circunstâncias, toda e qualquer cláusula terá de justificar-se⁶².

Como há muito vem sendo afirmado pela doutrina portuguesa, estarmos perante cláusulas contratuais gerais⁶³, significa, estarmos perante uma “manifestação jurídica da moderna vida económica”⁶⁴, perante um novo modo de contratar típico da sociedade industrial moderna⁶⁵, funcionalmente ajustado às actuais estruturas de produção económica e à distribuição de bens e serviços. São necessidades de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia que levam as empresas a recorrer a este modo de contratar, eliminando ou esvaziando consideravelmente as negociações prévias entre as partes⁶⁶.

⁵⁹ A sua especificidade denotativa faz ressaltar a situação em que uma das partes é colocada numa situação de não poder participar na modelação do conteúdo contratual. Deparando-se com um ordenamento contratual já rigidamente fixado, de antemão, sem intervenção alguma sua, a essa parte mais não resta do que prestar ou recusar o seu consentimento. Cfr. Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, pág. 135.

⁶⁰ De acordo com Pinto Monteiro, a fórmula contratos de adesão traduz a posição da contraparte e realça o significado da aceitação: mera adesão a cláusulas pré-formuladas por outrem. Avultam, nesta noção, três características essenciais: a pré-disposição, a unilateralidade e a rigidez. Cfr. Pinto Monteiro, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problema e Soluções*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, STUDIA IURIDICA n.º 61, Coimbra Editora, 2001, pág. 1106.

⁶¹ Cfr. Almeno de Sá, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas*, 2ª Ed., Almedina, 2001, pág. 261.

⁶² Cfr. Pinto Monteiro, *ob. cit.*, pág. 1116.

⁶³ Em termos sintéticos, pode dizer-se que as cláusulas gerais surgem como estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares. Pré-formulação, generalidade e imodificabilidade aparecem, assim, como as características essenciais do conceito. Cfr. Almeno de Sá, *ob. cit.*, pág. 212.

⁶⁴ Cfr. Mota Pinto, *Contrato de Adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, RDES, XX (1973), pág. 119 e seg.

⁶⁵ Como sabiamente refere Sousa Ribeiro, *As Cláusulas...*, cit., pág. 17, “a ascensão económica do capitalismo, o incremento da produção, a comercialização e consumos em massa, frutos de uma sociedade industrializada, aliados à crescente desmaterialização da riqueza e universalização do mercado forçaram o contrato a adaptar-se lentamente às exigências da empresa e aos novos desafios económicos”.

⁶⁶ Cfr. Pinto Monteiro, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problema e Soluções*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, STUDIA IURIDICA n.º 61, Coimbra Editora, 2001, pág. 1105.

Como refere Almeida Costa “as condições gerais dos contratos caracterizam-se pelo facto de serem organizadas de antemão e unilateralmente por uma das partes, que oferece ao público um modelo negocial uniforme e padronizado de sorte que as pessoas que com ela queiram contratar ficam confinadas a uma aceitação ou rejeição pura e simples e em bloco, sem sequer possibilidade de debate”⁶⁷.

Seguindo de perto os ensinamentos de Sousa Ribeiro, podemos referir ser a primeira vantagem apontada a esta forma de contratação, a “notória simplificação e aceleração do processo de celebração do contrato: munindo-se previamente de uma regulamentação exaustiva e invariável a empresa pode concluir de forma rápida e fácil um número incontável de contratos”⁶⁸. Por outro lado, furtando-se à negociação, eventualmente morosa, de todos os detalhes conformadores – já fixados de antemão⁶⁹ e que constituem disciplina imutável – a empresa obtém, logo aí, ganhos consideráveis em termos de economia de gestão.

Neste tipo de contratação, o predisponente, explorando *ex uno latere* a natureza dispositiva da maior parte de normas contratuais, ou o vazio de regulamentação legal, manifesta uma vontade geral, que o leva a estabelecer o ordenamento uniforme de todos os contratos integrados numa determinada actividade económica⁷⁰, e deste modo, só resta ao aderente⁷¹ limitar-se a aquiescer⁷² resignadamente às condições pré-estabelecidas⁷³, para as quais remete, sem concessões⁷⁴, o utilizador das c.c.g.,

⁶⁷ Cfr. Almeida Costa, *Noções de Direito Civil*, 1980, pág. 36.

⁶⁸ Vd. Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, pág. 51 e seg.

⁶⁹ “O utilizador das c.c.g. toma a iniciativa de as apresentar, e de as apresentar não como uma comum proposta contratual, sujeita a discussão, mas sim como um quadro de referência modificável, fechado a qualquer negociação”. Cfr. Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, pág. 176.

⁷⁰ Cfr. Sousa Ribeiro, *ob. cit.*, pág. 40.

⁷¹ “A qualidade de aderente realça como é óbvio o comportamento quase insignificante do contraente que é obrigado a aceitar aquele modo de contratação, desprovido de qualquer fase de negociação”, Assim, António Almeida, *Cláusulas Contratuais Gerais e o Postulado da Liberdade Contratual*, Lusíada, Revista de Ciência e Cultura, n.º 2, Coimbra Editora, 1998, pág. 190.

⁷² “Em regra, o conteúdo destes contratos é imposto pela parte economicamente mais forte, limitando-se o consumidor – aderente ou parte mais fraca – a aceitar sem reservas, mediante uma adesão mecânica e passiva ao esquema rígido apresentado” Mota Pinto, *Contrato de Adesão – Uma manifestação...*, *cit.*, pág. 119.

⁷³ Significando que “a utilização de c.c.g., por si só, independentemente das posições de poder, globalmente consideradas, das partes em presença, inibe o aderente de defender os seus interesses, colocando-o, por isso, numa posição negocial desvantajosa. Cfr. Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato, As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, 1999, pág. 342.

⁷⁴ Isto é, “confrontado no momento da conclusão do contrato, com essas c.c.g., o aderente, não só não tem qualquer possibilidade de contrapor um acabado projecto contratual próprio, como se vê inibido de ponderar e valorar, em todo o seu exacto alcance, o conteúdo das condições que lhe são apresentadas”. Cfr. Sousa Ribeiro, *O Problema...*, *cit.*, pág. 344.

e assim, paradoxalmente, está excluída toda e qualquer ideia de negociação entre os sujeitos contratuais⁷⁵.

Como sintomaticamente refere Almeno de Sá, “no domínio da contratação baseada em condições negociais gerais, ocorre tipicamente uma perturbação do equilíbrio negociatório, já que as cláusulas aparecem como unilateralmente predispostas para uma série de contratos, acabando por integrar-se no contrato singular sem que a contraparte do utilizador tenha qualquer possibilidade de influir nos respectivos termos”⁷⁶.

Como já se deixou adivinhar, estas especificidades implicam riscos ou perigos acrescidos para o aderente, isto é, para o parceiro contratual que celebra o contrato aderindo às condições gerais utilizadas pela outra parte, pelo chamado predisponente. Tradicionalmente são apontados três tipos de riscos ou perigos que se podem manifestar em três planos: no plano da formação do contrato (aumentam consideravelmente o risco do aderente desconhecer cláusulas que vão fazer parte do contrato), no do conteúdo ou da justiça contratual das cláusulas (favorecem a inserção de cláusulas abusivas) e nos modos de reacção jurídica, isto é, no plano processual (mostram a inadequação e a insuficiência do normal controlo judiciário, que actua *a posteriori*, depende da iniciativa processual do lesado e tem os seus efeitos circunscritos ao caso concreto)⁷⁷.

2 – Da possibilidade de Subsumir os Contratos de Utilização de Loja em Centro Comercial ao Regime do art. 2º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro

O regime jurídico do diploma regulador das cláusulas contratuais gerais sofreu em 1999 uma importante alteração – com o intuito de adequar aos compromissos do Estado Português junto da União Europeia⁷⁸ – passando agora a aplicar-se o diploma a todo e qualquer contrato que tenha sido previamente elaborado por um dos contraentes e cujo conteúdo não foi negociado (art. 1º, n.º 2 DL n.º 446/85).

⁷⁵ O que distingue os contratos em que inserem c.c.g., se atentarmos na configuração dos seus traços exteriores, é o próprio modo de contratar, o processo formativo do vínculo contratual: a adesão a cláusulas previamente elaboradas para inclusão numa série de contratos. Assim, Sousa Ribeiro, *O Problema...*, cit., pág. 267.

⁷⁶ Cfr. Almeno de Sá, *ob. cit.*, pág. 208.

⁷⁷ Cfr. Pinto Monteiro, *ob. cit.*, pág. 1106 e 1110.

⁷⁸ Por força da Directiva 93/13/CE, de 5 de Abril.

V

Breve Apreciação de um Concreto Contrato de Utilização de Loja em Centro Comercial e Consequências da sua Sujeição ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro

O contrato que agora se aprecia é idêntico a muitos outros contratos que vêm sendo celebrados desde o surgimento em Portugal dos denominados Centros Comerciais ou *Shopping Centers*. Trata-se de um contrato “baptizado” pelo predisponente sob a denominação tornada já socialmente típica como: “contrato de utilização de loja em centro comercial”.

Estamos perante um concreto contrato que foi prévia e unilateralmente redigido por apenas umas das partes (pelo promotor/gestor do centro), com base em cláusulas elaboradas para a generalidade de contratos similares já realizados ou a realizar e cujo o seu conteúdo a outra parte (o lojista) não negociou ou sequer participou na sua concreta redacção. A ser assim, fácil será concluir pela aplicação do regime do diploma regulador das cláusulas contratuais gerais ao concreto contrato *sub judice*, mormente por força do n.º 2 do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 249/99 de, 7 de Julho.

Assente que foi, a imprescindibilidade de convocar para a análise do caso vertente o diploma regulador das cláusulas contratuais gerais, importa agora determinar que refacções daí advêm na resolução dos problemas seguidamente identificados.

Será conveniente frisar que a lei portuguesa submete as condições gerais do contrato a um apertado sistema de controlo, que funciona a vários níveis: em primeiro lugar, ao nível da inclusão das cláusulas no contrato singular; depois, ao nível da interpretação; finalmente, ao nível do próprio conteúdo das condições gerais⁷⁹. No que respeita ao nível do controlo do conteúdo, está consagrado na ordem jurídica portuguesa um pormenorizado sistema de fiscalização, que conjuga o recurso a uma cláusula geral de controlo (boa fé) acompanhado por um diversificado elenco de cláusulas proibidas, composto por quatro listas de proibições. O eixo fulcral do sistema é constituído pelo princípio da boa fé⁸⁰, que funciona como uma espécie de

⁷⁹ Sobre a matéria, ver, entre muitos outros autores, Almeno de Sá, *ob. cit.*, pág. 59 e seg.

⁸⁰ Princípio esse concretizado no art. 16.º, numa dupla vertente: ora significando a consciência ou convicção justificada de o sujeito ter um comportamento conforme ao direito – a boa fé subjectiva – ora traduzindo uma regra de boa conduta – boa fé objectiva. Assim, Menezes Cordeiro, Almeida Costa, *Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1995, pág. 38 e 39.

“última rede” em relação a qualquer tipo de cláusulas, incluindo aquelas que não estão de todo abrangidas pelo catálogo de proibições⁸¹.

Posto isto, há que encarar quais as consequências da aplicação do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, sobre as cláusulas contratuais do contrato *sub judice*.

O contrato objecto da nossa apreciação é composto por um corpo de 28 cláusulas e antecedido por uma série de “considerandos”.

Ora, na alínea a) do considerando, define-se Centro Comercial como “*um estabelecimento comercial integrado por lojas e espaços distribuídos de acordo com uma cuidada planificação técnica e espaços comuns de circulação e lazer, com todas as infra-estruturas de apoio, nomeadamente, serviços de limpeza, manutenção, segurança e promoção, com o objectivo de assegurar a exploração integrada das diversas actividades comerciais, nas lojas e espaços, de harmonia com uma gestão centralizada*”.

Trata-se de uma definição que não se afasta muito das definições por nós anteriormente apresentadas, e onde se faz referência à existência de uma cuidada planificação técnica e “gestão centralizada”.

Na alínea n) dos considerandos, determina-se que “*os contraentes reconhecem que a especificidade inerente à exploração, gestão, funcionamento e utilização do centro e das lojas e espaços que o integram, designadamente as decorrentes das características próprias do comércio integrado que se desenvolve no Centro Comercial, e que a integral satisfação dos diversos interesses que se conjugam, estão presentes e são determinantes da vontade de contratar, não se compadecem com a disciplina própria dos contratos tipificados na lei portuguesa e só podem ser prosseguidos no âmbito das cláusulas que por comum acordo aqui se estabelecem, como manifestação pura da real vontade dos contraentes, e que dão corpo a um contrato, por natureza e essência, atípico*”.

De forma demasiado simplista, podíamos ser tentados a reduzir a qualificação do contrato em análise a um contrato atípico, tal-qualmente ele parece ser designado pelas partes. Não nos parece, contudo, o melhor nem o caminho mais seguro e por tal justifica-se um breve comentário.

Assim, dizer-se que estamos perante um contrato cujo teor só pode ser prosseguido no âmbito das cláusulas que por comum acordo nele se estabelecem, como manifestação da pura e real vontade dos contraentes, significa que se trata de um negócio jurídico bilateral, composto por duas declarações de vontade, e cujo teor e/ou redacção pertenceu a ambos os contraentes, ou, embora redigido apenas por um deles, o outro sempre pôde livremente interferir no seu conteúdo de modo a

⁸¹ Cfr. Almeno de Sá, *ob. cit.*, pág. 69.

atingir-se a mais pura e real vontade de ambos. A observação é pertinente e exige a seguinte interrogação: será que no caso em análise, existiu de facto esta “tão aclamada participação” na redacção do conteúdo do contrato por aparte dos dois sujeitos contratuais, e deste modo estamos perante um contrato celebrado livremente e de boa fé?

Como se referiu de início, no presente caso, foi apresentada ao lojista uma minuta de proposta de adesão, a ser preenchida de acordo com as especificidades da loja em causa, não susceptível de negociação e semelhante a todas as outras propostas que aquele predisponente (promotor/gestor) venha a celebrar com futuros lojistas.

O promotor/gestor do centro não admitiu a negociação do teor do contrato, antes impôs o respectivo texto (cujo o teor os lojistas desconheciam) sem permitir qualquer alteração. Face ao exposto, será no mínimo duvidoso fazer constar do corpo do contrato que este corresponde “a uma manifestação pura e real da vontade dos contraentes”, visto que, apenas o predisponente (gestor/promotor do centro) o redigiu e o apresentou para simples aceitação por parte do lojista (aderente)!

Nos termos do n.º 5 da cláusula 2ª, diz-se que, “*a segunda contraente, na exploração da loja, na utilização comum do Centro comercial e em todos os aspectos relacionados com a loja e o Centro Comercial obriga-se, por si, pelos seus empregados e pelos utentes da sua loja, a cumprir integralmente o disposto no presente contrato e no regulamento*”.

Ora, prever-se que o lojista (segunda contraente) na exploração da sua loja se responsabilize por si e pelos actos dos seus empregados, é a nosso ver perfeitamente aceitável e razoável (desde logo nos termos de uma relação de comissão); todavia, ser a segunda contraente (lojista) responsável pelos actos levados a cabo pelos utentes da sua loja e à sua revelia, será a nosso ver demasiado e, como tal, excessivo!

A aceitar-se sem mais esta cláusula, o promotor consagraria no contrato uma espécie de responsabilidade pelo risco entre o lojista e os seus clientes (utentes da loja), onde o primeiro seria responsável, independentemente de culpa, pelos actos praticados pelos segundos na utilização das áreas comuns do centro e em todos os aspectos relacionados com a loja e o centro comercial.

Nos termos do n.º 1 da cláusula 3ª, consagra-se que “*o direito de utilização da loja tem o início na data fixada nos termos da cláusula 7ª infra para a entrega da loja, e termo 6 (seis) anos após a data estabelecida na mesma cláusula 7ª para a abertura da loja ao público, não assistindo em caso algum e a qualquer das partes, no decorrer daquele período o direito de unilateralmente revogar o presente contrato, por este ser celebrado por prazo certo, de período único e sem renovações*”.

Não ser admissível a revogação do contrato, por este ser celebrado por prazo certo, de período único e sem renovações, será, a nosso ver, excessivo!

Como se sabe, a revogação é uma figura jurídica através da qual as partes ou

apenas uma dela, pretende por fim ao contrato e o facto de o contrato ser celebrado por prazo certo nada retira ao direito de revogação pertencente a cada um dos contraentes.

Nos termos do n.º 3 da cláusula 5ª, “*a segunda contraente obriga-se a permitir uma adequada fiscalização, do valor das vendas por si efectuadas, pela primeira contraente, e conseqüentemente a permitir a esta que, por si ou através de pessoa por si indicada e no seu interesse, desenvolva, nomeadamente, as seguintes acções:*

- manter no interior da loja, nos locais que a primeira contraente entender conveniente, e designadamente junto à caixa registadora ou em qualquer outro local onde sejam preenchidos documentos de venda ou outros equivalentes, representantes seus, com a incumbência de anotar todos os registos de caixa e demais elementos que entender necessários;

- *de fiscalização e verificação, a todo o tempo e em qualquer local em que se encontrem, de todos os elementos, registos e/ou livros de escrita comercial e fiscal susceptíveis de, directa ou indirectamente, lhe permitir averiguar a exactidão dos valores apresentados pela Segunda contraente como correspondentes ao valor das vendas”.*

O teor desta cláusula não pode, também, deixar de ser considerado excessivo! Permitir um controlo a este nível é aceitar uma total “nudez” do lojista face ao gestor/promotor do centro, é aceitar uma espécie de actuação “à cobrador de fraque”; será violar todo o direito de reserva e sigilo que deve nortear a pratica comercial, será violar todo o direito que o lojista deve ter à confidencialidade dos seus dados contabilísticos e da sua vida económico-financeira. Sobre este tipo de cláusulas, pronunciou-se Pinto Furtado⁸² referindo não ter conhecimento de estipulação semelhante no direito estrangeiro, “afigurando-se-me extremamente violenta e ofensiva dos bons costumes”. Na perspectiva do autor, semelhante cláusula será, pois, “certamente nula”.

Em outras duas cláusulas, 7ª, n.º 3 e 15ª, n.º 2, consagra-se que “*o silêncio tem valor de recusa de consentimento ou de não aprovação*”. Na verdade, em ambos os casos, a este mesmo comportamento silente por parte do responsável do centro deveria ser atribuído, sem mais, o valor de consentimento ou aprovação, visto em ambas as situações existir um dever de pronúncia (em qualquer sentido) por parte do responsável do centro.

Nos termos do n.º 2 da cláusula 13ª, “*a Segunda contraente não pode, salvo consentimento prévio e por escrito da primeira contraente:*

- ceder a sua posição no presente contrato;
- permitir a outrem o uso, total ou parcial da loja, a qualquer título e para qualquer finalidade;

⁸² Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.*, pág. 44.

- ceder, qualquer dos elementos integrantes ou na sua totalidade, e temporária ou definitivamente, o estabelecimento instalado na Loja nos termos do presente contrato.

3 – *A Segunda contraente e os terceiros contraentes obrigam-se a não transmitir as respectivas participações sociais, bem como a não consentir na entrada de novos sócios, sem previamente comunicar esse facto à primeira contraente, e a obter o consentimento prévio e por escrito desta sempre que das referidas alterações resulte que a maioria do capital social (51%) deixará de ser detido pelos actuais sócios ou que o actual sócio maioritário perca essa sua qualidade*”.

De acordo com o teor da cláusula, ao lojista não é permitido ceder, trespassar, permitir usar, o seu estabelecimento comercial; proíbe-se ainda a transmissão das participações sociais, bem como à entrada de novos sócios, tudo em nome da natureza *intuitu personae* do contrato.

Sobre a proibição do trespasse, pronunciou-se Pinto Furtado⁸³ que defende que “pretender afastá-la circunscritamente aos lojistas dos centros comerciais, mesmo fugindo à qualificação dos seus contratos como contratos de arrendamento, envolverá ter de se demonstrar que o aviamento destas lojas é exclusivamente criado pelo gestor do centro”. Será assim “questionável a legalidade de uma cláusula que põe no poder discricionário e absoluto do gestor o direito de impedir a negociação de uma riqueza em parte também criada pelo lojista”.

O número três exige também a comunicação da entrada de novos sócios para a sociedade proprietária do estabelecimento instalado na loja; também aqui e de acordo com Pinto Furtado, “não levantará nenhuma dúvida consistente – e mesmo a prévia autorização para a transmissão de uma participação maioritária – o que já suscitará, obviamente, fundadas reservas”⁸⁴.

O disposto na cláusula 14ª atribui um direito de preferência ao gestor/promotor do centro em caso de cedência da loja nas seguintes condições: “*Se a primeira contraente optar por exercer o seu direito de preferência fá-lo-á em igualdade de condições com o terceiro indicado como interessado adquirente, com excepção das relativas ao montante do preço proposto, ao qual será deduzido montante equivalente a 3 vezes o valor da remuneração mínima*”.

Assumir-se um compromisso de igualdade de condições com excepção das relativas ao montante do preço, não parece a melhor solução para o obrigado à preferência! O que poderá justificar essa redução do preço a favor do promotor/gestor?

Mas, nos termos do n.º 3 da cláusula 15ª “*a primeira contraente se consentir na celebração do negócio e não exercer o seu direito de preferência terá direito, com*

⁸³ Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.*, pág. 38.

⁸⁴ Cfr. Pinto Furtado, *ob. cit.*, pág. 39

a concretização deste e a título de remuneração compensatória pela modificação subjectiva do contrato, a um montante equivalente a 3 vezes o valor da remuneração mínima”.

O regime normativo estabelecido pela anteriores cláusulas é, quer no seu todo, quer nas suas diversas componentes ofensivo da justiça no que esta tem de mais elementar, contrariando os valores fundamentais que o ordenamento jurídico globalmente pretende salvaguardar.

De acordo com a cláusula 16ª *“a Segunda contraente tem o direito e assume o compromisso de se associar na Associação de Lojistas do Centro, constituída na forma da minuta dos seus estatutos que constitui o Anexo II ao presente contrato”.*

Mais do que um direito, esta cláusula consagra um verdadeiro dever! O lojista vê-se assim, submetido a uma associação de lojistas cujos estatutos lhe são impostos pelo predisponente, que desta forma assegura o controle de facto da associação e do seu regular funcionamento.

A cláusula 17ª consagra um vasto conjunto de sanções pecuniárias, que não são mais do que verdadeiras cláusulas penais, sendo muitas vezes desproporcionadas em relação aos danos a ressarcir e como tal, poderá existir um exercício abusivo do direito à pena e, conseqüentemente, uma violação à alínea c) do art. 19º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, sendo como tal nulas, nos termos do art. 12º do mesmo diploma.

Dito de outro modo, esta cláusula poderá revelar-se um bom exemplo de que, em função da produção de prova num determinado caso e para uma determinada situação concreta, sendo o teor da cláusula considerado desconforme com aquilo que deverá entender-se ser o padrão dos contratos do sector comercial em causa (isto é, se, sem justificação, a cláusula constante do contrato em análise contiver uma regulamentação de interesses divergente do que é considerado típico ou comum nos contratos celebrados neste específico sector de actividade (utilização de lojas em centros comerciais) e se por este motivo se revelar desproporcionada relativamente ao montante dos danos a ressarcir, deverá deste modo ser considerada proibida por se subsumir na hipótese da alínea c) do art. 19º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

A cláusula 20ª regula o plano de distribuição do centro comercial, permitindo à *“primeira contraente o direito de (...) com vista ao aperfeiçoamento do Centro e a uma melhor planificação e diversificação das actividades nele exercidas alterar, na vigência do contrato, a seu critério, o plano de distribuição das lojas, dividir ou reunir quaisquer lojas, alterar o seu arranjo exterior, bem como alterar as partes de utilização comum do Centro, independentemente do consentimento da Segunda contraente e sem que tal confira a esta qualquer direito”.*

Pela redacção dessa cláusula, salta à vista as diferenças de regime entre as cláusulas que prevêem direitos e obrigações para o lojista/aderente, das cláusulas

que prevêem direitos e regalias para o predisponente/gestor do centro!

A cláusula 24ª disciplina o regime do foro convencional, determinando que “em caso de litígio emergente da interpretação e/ou da aplicação do presente contrato será competente o Tribunal Cível da Comarca de Lisboa, com expressa renúncia a quaisquer outros que por lei fossem, em razão do território, competentes”. No n.º 2, estipula-se que “quando a primeira tenha que recorrer aos meios judiciais para obter o cumprimento pela Segunda do presente contrato, será responsável pelas custas judiciais, honorários dos advogados e encargos administrativos cujo pagamento a primeira contraente tenha de suportar por efeitos da acção ou da sua preparação”.

A consagração de um foro competente, com expressa renúncia a qualquer outro, ainda que territorialmente competente, poderá desde logo envolver graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem e, por esta razão, violam o disposto na al. g) do art. 19º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro.

A última cláusula objecto do nosso estudo é a 26ª que regula a substituição da posição contratual a favor da primeira contraente. Do corpo da cláusula pode ler-se que “a primeira tem o direito de por qualquer título ou negócio transmitir ou ceder, parcial ou totalmente, a sua posição no presente contrato, ou os direitos e/ou obrigações do mesmo para com ela decorrentes, independentemente do conhecimento prévio e do consentimento da Segunda (...)”. A mesma ideia já resultava do n.º 2.1 da cláusula 3ª.

Não será necessário um grande esforço hermenêutico para concluir da invalidade e conseqüente nulidade do teor de toda esta cláusula, por violação directa e manifesta da al. l) do art. 18º do regime das cláusulas contratuais gerais.

Conclusão

1. Todo o conteúdo do contrato, ou grande parte dele, revela uma única preocupação: tutelar ao máximo os interesses do predisponente (promotor/gestor do centro), em desfavor e sem a mais leve consideração pelos interesses do lojista (aderente)⁸⁵;

2. O lojista constrói e paga o seu estabelecimento em todos os seus contornos, suporta e paga todos os serviços prestados pelo promotor/gestor, ao preço por este definido, não ficando sequer com a garantia que o seu estabelecimento, fruto do seu investimento, valha o que quer que seja;

⁸⁵ E deste modo, divergências para lá do razoável, prejudicando inadequadamente e desmedidamente a contraparte do utilizador, não podem ser feitas valer através de c.c.g., conduzindo à nulidade das estipulações onde elas se manifestam. Sousa Ribeiro, *O Problema...*, cit., pág. 570.

3. É por demais evidente que inúmeras cláusulas constantes do corpo do contrato devem sem mais ser declaradas nulas, e ou, terem-se por não escritas por violação e desconformidade manifesta com a cláusula da boa fé, tal como foi definida anteriormente;

4. Noutras situações, o conteúdo e teor das cláusulas é de tal modo “agressivo” e ilícito, não restando senão serem consideradas contrárias à ordem pública desta forma contrário ao princípio geral de direito consagrado no art. 280º do Código Civil;

5. Muitas cláusulas, em que se prevêem prestações a favor de uma das partes (do promotor/gestor) sem quaisquer contrapartidas para o aderente (lojista), afastam-se daquilo que seria considerado uma normal composição de interesses⁸⁶ e, deste modo, do equilíbrio das soluções legais aplicáveis na matéria;

6. Existe assim um considerável favorecimento da posição jurídica do predisponente (promotor/gestor) em face da contraparte aderente (lojista). Senhor único do poder conformador, sem sofrer o *countervailing power* do titular dos interesses em oposição, assistido, quase sempre, por peritos sabedores dos meandros legais, e ciente de dados técnicos inacessíveis a um leigo, o predisponente (promotor/gestor do Centro Comercial) não desperdiçou esta oportunidade para, na prossecução incontínente de interesses próprios, ditar à massa do aderente (lojista) condições inequitativas e pesadamente desfavoráveis⁸⁷;

Conclui-se pois, que das constatações anteriormente proferidas, teriam sido possíveis a adopção de soluções que, sem descurar os legítimos e dignos interesses do predisponente (promotor/gestor) conduzissem a um maior equilíbrio na composição dos interesses em presença e que, em concreto, não vislumbrariam quaisquer inconvenientes na sua consagração.

⁸⁶ Como bem refere Sousa Ribeiro, o que conta é o juízo comparativo entre a ordenação levada a cabo pelas c.c.g. e a que resultaria de uma equilibrada ponderação de interesses, *O Problema...*, cit., pág. 570.

⁸⁷ Reconhecidamente inspirado em Sousa Ribeiro, *Cláusulas Contratuais Gerais...*, cit., pág. 55.

Bibliografia

Abreu, Jorge Coutinho de, *Da Empresarialidade – as empresas no direito* Almedina, 1996;

Almeida, António, *Cláusulas Contratuais Gerais e o Postulado da Liberdade Contratual*, Lusíada, Revista de Ciência e Cultura, n.º 2, Coimbra Editora, 1998;

Ascensão, Oliveira, *Integração empresarial e centros comerciais*, RFDL, 1991;

Ascensão, Oliveira, *Integração empresarial*, ROA, ano 54, 1994;

Cordeiro, Menezes; Costa, Almeida, *Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1995;

Costa, Mário Júlio de Almeida, *Noções de Direito Civil*, 1980;

Freitas Lebre de, *Da impenhorabilidade do direito do lojista de centro comercial*, ROA, ano 59, 1999;

Furtado, Jorge Pinto, *Os Centros Comerciais e o seu Regime Jurídico*, 2ª Ed. Almedina, 1998;

Monteiro, Pinto, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problema e Soluções*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, STUDIA IURIDICA 61, Coimbra Editora, 2001;

Neves, Arnaldo Gabriel Costa, *Arrendamento Comercial, Locação e Trespasse do Estabelecimento Comercial – o caso das lojas dos centros comerciais – Lusíada – Revista de Ciência e Cultura da Universidade Lusíada do Porto*, Coimbra Editora, 1998;

Pinto, Carlos Alberto da Mota, *Contrato de Adesão. Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, RDES, XX (1973);

Rangel, Rui, *Espaços Comerciais, Natureza e regime Jurídico dos contratos de Utilização*, Edição Cosmos, Lisboa, 1998;

Ribeiro, J.J. Sousa, *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*, Coimbra, 1990;

Ribeiro, J.J. Sousa, *O Problema do Contrato, As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, 1999;

Sá, Almeno de, *Cláusulas Contratuais Gerais e Directiva sobre cláusulas Abusivas*, 2ª Ed., Almedina, 2001;

Silveira, Pedro Malta da, *A Empresa nos Centros Comerciais e a Pluralidade de Estabelecimentos*, Almedina, 1999;

Sousa, Marcelo Rebelo de, Parecer inédito, de 20 de Janeiro de 1991, sobre o caso Mundicer S.A./TAI Import Export, Lda., que correu no 3º Juízo Cível da Comarca de Lisboa (Centro Comercial Amoreiras);

Telles, Galvão, *Contratos de Utilização de Espaços nos Centros Comerciais*, O Direito, ano 123º, 1991;

Telles, Galvão, *Parecer – Utilização de Espaços nos “Shopping Centers”*, CJ

ano XV, Tomo II, 1990;

Varela, Antunes, *Os Centros Comerciais (shopping centers)*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Ferrer Correia, Tomo II;

Varela, Antunes, *Contrato de Arrendamento – Terraço para instalação de publicidade luminosa*, Parecer do Professor Antunes Varela, CJ XV, Tomo II, 1990;

Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos de utilização de loja em centros comerciais: qualificação e forma*, ROA, 1992.

