



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Wilson Daniel Vieira Ávila

O contrato de cedência de loja em centro comercial: a necessidade de atender aos (novos) interesses do gestor sem descuidar a devida protecção do lojista

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito conducente ao grau de Mestre, na Área de Especialização em Ciências Jurídico - Forenses

Orientador: Filipe Cassiano dos Santos

Coimbra, 2015

Aos meus estimados pais,
À minha irmã e ao meu irmão.

Índice

Nota Prévia.....	4
Lista de abreviaturas	5
1. Introdução	6
2. Contextualização	7
2.1 Enquadramento histórico	7
2.2 Delimitação temática.....	9
2.2.1 Notas caracterizadoras do centro comercial.....	11
3. Contrato de cedência de loja em centro comercial. Natureza e regime: a divergência doutrinal.	13
3.1 A tese do arrendamento.....	14
3.2. A tese da atipicidade	17
3.2.1 <i>O contrato de instalação de lojista</i>	17
3.2.2 <i>O contrato de integração empresarial</i>	20
3.3 Perspectiva adoptada.....	22
3.3.1 Centro comercial: a desmistificação do fenómeno	23
3.3.2 Contrato de arrendamento de <i>tipo novo</i>	28
4. Conclusão.....	36
Bibliografia	37

Nota Prévia

As cláusulas contratuais utilizadas no presente estudo têm por fonte um contrato de cedência de loja em centro comercial que nos foi gentilmente facultado por um empresário lojista, na condição de o não reproduzir integralmente ou, por qualquer modo, revelar as partes envolvidas. Por essa razão, limitamo-nos a algumas transcrições de cláusulas e optamos por o não incorporar em anexo à presente dissertação.

A redacção do texto obedece ao antigo acordo ortográfico.

Lista de abreviaturas

ABL – Área bruta locável

APCC – Associação Portuguesa de Centros Comerciais

Art. – Artigo

Ccivil – Código Civil

Cfr. – Conferir

Últ. Ob. Cit. – Última obra citada

Pág. – Página

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

1. Introdução

O tema de que nos ocuparemos no presente estudo é de interesse eminentemente prático. Trata-se de saber qual seja a natureza do contrato de cedência de loja em centro comercial e o regime a que o mesmo se há-de submeter, tarefa que tem dividido a doutrina essencialmente em dois sectores: por um lado, sustenta-se a tese do arrendamento, reclamando-se a consequente aplicação desse regime jurídico; por outro, preconiza-se a teoria da atipicidade do contrato, atribuindo-se a regulamentação do seu regime à liberdade contratual das partes.

Não obstante ter obtido vencimento, na nossa jurisprudência, a tese da atipicidade, acreditamos que o tema merece ainda alguma discussão e ponderação, uma vez que muitas das soluções extraídas com base em tal entendimento acabam por desconsiderar, por completo, os legítimos interesses de uma das partes desse negócio – o lojista. Porém, na medida em que não alcança, na sua *ratio*, os interesses do gestor, o regime do arrendamento também não permite resolver adequadamente as questões suscitadas por este contrato.

Procuraremos demonstrar, com base em autorizada doutrina, ser outro o entendimento que se impõe para uma regulamentação justa e equilibrada do contrato de cedência de loja em centro comercial, em que os interesses do gestor do centro comercial possam ser devidamente atendidos sem necessidade de negligenciar a protecção dos interesses igualmente importantes dos lojistas.

2. Contextualização

2.1 Enquadramento histórico

O centro comercial apresenta-se, hoje, como o expoente máximo do desenvolvimento das práticas mercantis, constituindo o paradigmático lugar de comércio onde a população dos nossos dias satisfaz os seus conhecidos impulsos consumistas.

Tendo por antecedentes os denominados *grandes armazéns* ou *lojas do povo*¹, aos quais se deve o mérito da implementação, ao longo do século XIX, de uma nova abordagem às técnicas de comercialização (traduzidas em preços baixos e fixos, na livre circulação dos clientes pelo estabelecimento, na possibilidade de troca ou reembolso dos produtos vendidos, na oferta de vários tipos de produtos na mesma loja e na motivação dos clientes através de novas formas de apresentação dos produtos e acções de animação), só por volta da década de 50 é que aparecem, nos Estados Unidos, os primeiros centros comerciais.

É curioso registar que o centro comercial, constituindo embora um enorme progresso da actividade mercantil, não deixa de apresentar algumas das notas que diferenciaram os grandes armazéns, à data do seu aparecimento, dos restantes locais de comércio. Assim, desde da livre circulação dos clientes pelo estabelecimento às acções de animação dedicadas à atracção de clientela, passando pela oferta de variados tipos de produtos sem sair do mesmo local, estamos perante características que, embora comuns a todo e qualquer centro comercial, já haviam sido descobertas e implementadas pelos mais inovadores lugares de comércio do séc. XIX, não constituindo, por isso, nenhuma inovação típica destes recentes empreendimentos. Dando-se conta dessas semelhanças, Jorge Pinto Furtado escreve categoricamente que *“a sua filosofia [do centro comercial] é, afinal, muito simples, não apresentando figuras novas, mas apenas uma associação de elementos já conhecidos numa distribuição susceptível de despertar as sinergias que são, afinal, a chave do seu êxito”*.

Porém, e não obstante as parecenças assinaladas com outras formas de comércio, a verdade é que esta nova realidade em que o centro comercial se consubstancia conheceu

¹ Para mais desenvolvimentos, cfr. Jorge Pinto Furtado, *Os Centros Comerciais e o seu Regime Jurídico*, Almedina, 1998, pág. 7.

um enorme sucesso no seu país de origem e rapidamente transpôs as fronteiras estadunidenses, implementando-se de forma generalizada um pouco por todo o globo, mas com especial incidência nos chamados *estados modernos*. É, de resto, inegável, segundo nos parece, que o centro comercial faz parte do quotidiano das populações citadinas, que ali se dirigem, não só para adquirir todo o tipo de bens que necessitam (sejam eles vestuário, artigos informáticos ou generalistas), como também (para não dizer sobretudo) para disfrutar da vasta oferta de entretenimento e lazer que estes lugares proporcionam. Para ilustrar esta realidade – representativa, segundo cremos, de um fenómeno sociológico bem vincado da sociedade actual – basta pensar nas famílias que elegem como programa de fim-de-semana a ida ao centro comercial, onde poderão comodamente estacionar o carro, jantar, assistir a uma sessão de cinema e levar os filhos ao *bowling*, enquanto se dirigem ao hipermercado para fazer as compras para o lar. E eis que, com este singelo recorte do quotidiano, se revela a essência² do centro comercial: “*um instrumento de concentração do consumo, que proporciona ao público a possibilidade de ter acesso fácil, e ao abrigo de intempéries, a vários estabelecimentos comerciais, para obter produtos ou serviços diversificados, em virtude de esses estabelecimentos se encontrarem todos instalados no mesmo edifício ou em edifícios interligados*”³, além de ter à disposição da clientela, em muitos casos, um parque de estacionamento para viaturas, serviço de restauração, bar e cafetaria bem como salas de cinemas.

Não tardou muito a chegada desta realidade a Portugal. De acordo com Jorge Pinto Furtado⁴, regista-se que o primeiro centro comercial do nosso país terá sido o *Sol a Sol*, vulgarmente denominado, à data, por *drugstore*⁵, tendo depois surgido o *Apolo 70*, inaugurado em Lisboa no ano de 1971, com 46 lojas e estabelecimentos de prestação de serviços. Porém, a ausência de supermercado ou lojas âncora, e bem assim de um *mall*, leva o autor a considerar que estes empreendimentos se aproximavam mais de uma galeria de lojas do que de um genuíno centro comercial. O autor aponta ainda a inauguração, também em Lisboa, do *Centro Comercial IMAVIZ*, em 1973, com 60 lojas mas sem se

² Note-se que nesta fase não nos ocupamos de definir juridicamente o conceito de centro comercial, mas tão só apresentar uma breve caracterização sociológica.

³ Inocêncio Galvão Telles, *Contratos de Utilização de Espaços nos Centros Comerciais*, O Direito, Ano 123.º - I, 1991, pág. 522.

⁴ Cfr. últ. ob. cit., pág 14.

⁵ Designação dada a um pequeno conjunto de unidades comerciais, constituído essencialmente por uma perfumaria, uma droguaria e uma farmácia, que podia ainda abranger outros tipos de estabelecimentos, como um cinema, um snack-bar e um recinto de jogos e diversões (cfr. Antunes Varela, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3867, pág. 172, nota de rodapé n.º 1).

vislumbrar ainda a existência de uma loja âncora e de um parque de estacionamento privativo, sendo que só a partir de meados da década de 70 começaram, então, a propagar-se os empreendimentos desta natureza, apresentando já maiores dimensões e assumindo a verdadeira tipologia técnica dos centros comerciais.

Actualmente, a Associação Portuguesa dos Centros Comerciais conta com “56 associados, que representam um total de 69 centros comerciais, 23 galerias comerciais ancoradas em Hipers e Supermercados e 16 Retail Parks e Factory Outlets em operação com uma ABL total de 2.817.628 m², integrando “8.896 pequenos e grandes comerciantes” que representam “100.000 postos de trabalho directos e 200.000 indirectos.”⁶

2.2 Delimitação temática

Como vimos, a novidade que os centros comerciais trouxeram às técnicas mercantis foi de tal forma significativa que o próprio quotidiano da sociedade moderna, por natureza consumista, se modificou. Mas as consequências do aparecimento destes novos *lugares de comércio* repercutiram-se, também, no mundo jurídico: com efeito, são várias as questões suscitadas pelo centro comercial que ao direito cumpre responder, como sejam – e só para referir algumas – as que se prendem com a sua natureza jurídica, a orgânica do seu funcionamento ou o regime a que há-de obedecer a sua gestão.

Na presente exposição, interessa essencialmente estudar o negócio jurídico que legitima cada um dos lojistas a utilizar um espaço no centro comercial para ali desenvolver a sua actividade de comerciante. Trata-se de saber, como adiante se verá em pormenor, qual seja a natureza e regime jurídico desse negócio, tarefa que tem alimentado grande discussão na doutrina portuguesa, que se reparte, essencialmente, entre os que concluem pela existência de um verdadeiro contrato de arrendamento comercial e os que submetem o seu regime à liberdade contratual das partes, por não vislumbrarem no direito constituído um regime capaz de regulamentar aquela relação.

O interesse de que se reveste a questão manifesta-se, desde logo, pela análise das suas consequências eminentemente práticas, que se explicam rapidamente. A

⁶ Informação recolhida da página oficial de internet da Associação Portuguesa dos Centros Comerciais (APCC) – www.apcc.pt

jurisprudência, que começou por consagrar a tese de que o negócio em causa é de natureza locatícia, aplicando, por isso, à sua regulamentação, o regime do arrendamento comercial, acabou por arrear caminho e aderir à ideia da atipicidade do contrato. Fruto dessa viragem e do conseqüente afastamento das normas injuntivas do arrendamento, o sentido das decisões da jurisprudência acabam, invariavelmente, por não atender devidamente aos interesses do comerciante / lojista, prevalecendo, quase sempre, os interesses mais poderosos do gestor do centro comercial.⁷

Esta alteração foi fortemente motivada, à data, pelo contexto jurídico português em matéria de arrendamento. Interessava, na altura em que se deu a referida viragem jurisprudencial (inícios da década de 90), encontrar soluções ponderadas e equilibradas para uma relação jurídica nova e de contornos específicos, que não se compadecia com a aplicação, pura e simples, do regime de arrendamento urbano – que, como se sabe, apresentava ainda uma natureza marcadamente vinculística. E foi para responder a esse novo desafio – o de responder às especiais solicitações que a novidade do centro comercial reclamava do direito – que dois ilustres autores da nossa praça (falamos de Antunes Varela e Oliveira Ascensão) vieram sustentar a tese da atipicidade do contrato referido, afastando do seu regime as normas do arrendamento urbano e remetendo a sua conformação para a liberdade contratual das partes, entendimento esse cuja notável fundamentação e exímia construção dogmática influenciaram decisivamente a jurisprudência, ao ponto de provocar uma completa viragem.

Porém, parece-nos, foi-se longe demais.

Não sobram dúvidas de que as especificidades dos centros comerciais e dos contratos que regem as relações entre os respectivos gestores e lojistas solicitam respostas igualmente específicas do ordenamento jurídico que o regime previsto para o típico contrato de arrendamento não se revelava capaz de responder de forma adequada, tornando necessária a procura por soluções justas e equilibradas para resolver os litígios. O problema é que essa procura de soluções, esse esforço de ajustamento do ordenamento jurídico à

⁷ Sublinhe-se, contudo, que a qualificação do contrato não implica, necessariamente, a opção por uma ou outra solução. Subscrevemos integralmente a posição de Filipe Cassiano dos Santos, *O Contrato de Instalação de Lojista em Centro Comercial (e a aplicação do artigo 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão)*, Cadernos de Direito Privado, n.º 24, Braga, 2008, pág. 5, ao referir que “*independentemente da questão da exacta qualificação do contrato pelo qual um gestor de um centro comercial cede um espaço para a exploração de uma loja nesse centro ao comerciante/lojista, resultam da lógica geral e dos princípios que regem a nossa ordem jurídica instrumentos normativos suficientemente precisos para determinar para esse contrato um quando normativo que conduza a uma regulamentação contratual justa e equilibrada.*”

nova realidade trazida a lume pelo aparecimento recente dos centros comerciais, acabou por nos levar ao pólo oposto, na exacta medida em que conduziu a jurisprudência para “soluções unilaterais, que, resultando na tutela praticamente exclusiva do gestor do centro, não são compatíveis com o sentido regulativo geral do nosso ordenamento jurídico.”⁸

2.2.1 Notas caracterizadoras do centro comercial

Referimos que os centros comerciais apresentam características e especificidades próprias que solicitam respostas igualmente específicas por parte do sistema jurídico. Neste contexto, antes de nos lançarmos ao desenvolvimento do tema a que nos propusemos, justifica-se que dediquemos algumas linhas prévias à questão de saber em que consiste o centro comercial ou, melhor, quais as notas caracterizadoras que, do ponto de vista jurídico, nos permitem qualificar um determinado empreendimento como centro comercial.

O legislador avançou com uma definição de centro comercial, a título transitório, através de portaria 424/85, de 5 de Julho⁹, na qual era já possível registar a referência aos elementos que compõem o núcleo essencial do conceito.

Assim, para estarmos na presença de um centro comercial, o legislador impunha a existência de um empreendimento comercial que responda a uma unidade de gestão¹⁰, composto por um número significativo de lojas (refere-se um mínimo de 12 lojas) de venda a retalho e prestação de serviços, que deverão prosseguir actividades diversificadas e especializadas (tenant mix), instaladas num único edifício ou em edifícios e pisos

⁸ A frase destacada é de Filipe Cassiano dos Santos, *O contrato de instalação de lojista em centro comercial (e a aplicação do artigo 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão)*, Cadernos de Direito Privado, n.º 24, Braga, 2008, pág. 3.

⁹ Nos termos do art. 1.º da portaria, o centro comercial é todo o empreendimento comercial que, cumulativamente, preencha os requisitos que se seguem: “possua uma área bruta mínima de 500 m² e um número mínimo de 12 lojas, de venda a retalho e de prestação de serviços, devendo estas, na sua maior parte, prosseguir actividades diversificadas e especializadas”; todas as lojas deverão ser instaladas com continuidade num único edifício ou em edifícios ou pisos contíguos e interligados, de molde a que todas usufruam de zonas comuns privativas do centro pelas quais prioritariamente o público tenha acesso às lojas implantadas; O conjunto do empreendimento terá de possuir unidade de gestão, entendendo-se por esta a implementação, direcção e coordenação dos serviços comuns, bem como a fiscalização do cumprimento de toda a regulamentação interna; o período de funcionamento (abertura e encerramento) das diversas lojas deverá ser comum, com excepção das que pela especificidade da sua actividade se afastem do funcionamento usual das outras actividades instaladas”.

¹⁰ Importa assinalar que qualquer referência à gestão do centro comercial leva pressuposto o modelo paradigmático de gerência em que esta compete a uma entidade (pessoa singular ou colectiva) diversa e totalmente autónoma dos lojistas.

contíguos e interligados com zonas comuns privativas e acessos através dos quais a clientela chega às lojas (mall), sendo que essas diversas lojas deverão respeitar um período de funcionamento comum (ideia de integração), com excepção daquelas cuja especificidade da actividade se afaste do funcionamento usual das restantes.

Não obstante a inexistência, entre nós, de um conceito que colha a aprovação unanime da doutrina portuguesa, assumindo algumas variações conforme a obra consultada, a verdade é que todos os autores acabam por convergir relativamente aos elementos essenciais que constam do diploma referido e que terão de se verificar num determinado empreendimento comercial para que este receba a qualificação de centro comercial.

Neste contexto, das várias propostas de definição doutrinal possíveis, optámos por seleccionar, como ponto de partida, aquela que nos pareceu incorporar, com a densidade adequada, as características que temos por verificadas quando nos referimos ao centro comercial – sendo certo que outras propostas seriam igualmente concebíveis no âmbito do presente estudo. Falamos da noção oferecida por Jorge Pinto Furtado, nos termos da qual o centro comercial é um “lugar de comércio integrado, de dimensão relevante, devidamente licenciado, concebido, instalado, gerido e fiscalizado 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 galerias 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.”¹¹

¹¹ Jorge Pinto Furtado, Os Centros Comerciais e o seu Regime Jurídico, Almedina, 1998, pág. 21.

3. Contrato de cedência de loja em centro comercial. Natureza e regime: a divergência doutrinal

Se o centro comercial é um empreendimento com as características *supra* assinaladas, quando nos referimos ao contrato de cedência de loja temos em mente o negócio jurídico através do qual o gestor de um centro comercial cede uma *loja*¹² a um determinado empresário, temporariamente e mediante retribuição, para que este ali instale o seu estabelecimento e disfrute de todas as vantagens proporcionadas pela actividade comercial desenvolvida naquele específico contexto em que o centro comercial se analisa.

É facto assente, porém, que o contrato não se limita a prever a cessão temporária e remunerada de um espaço no qual o lojista exercerá a sua actividade de comerciante. Antes pelo contrário, o negócio celebrado regulamenta um vasto leque de matérias que se prendem com o modo em que a actividade do lojista, porque integrada no contexto do centro comercial, se há-de desenvolver. Assim, e só para referir algumas, acompanham em regra esse contrato, desde as cláusulas que impõem a subordinação a um regulamento interno do centro (corolário da unidade de gestão a que este obedece) às que, ao arrepio do disposto no art. 1112.º do Código Civil, exigem prévio consentimento do gestor para a cessão da posição de arrendatário em caso de trespasse do estabelecimento, passando por aquelas que regulam a percentagem de participação do centro comercial nos lucros dos lojistas bem como a contribuição destes nas despesas dos serviços laterais prestados (parque estacionamento de viaturas, limpeza e segurança das zonas comuns, electricidade, telefone, telefax, actividades promocionais, entre outras).

Ora, a grande querela doutrinal que se tem gerado em torno da natureza e regime a que este contrato se há-de submeter – de que tomaremos conta nos pontos seguintes – prende-se essencialmente com a circunstância de alguns autores sublinharem a natureza locatícia de tal negócio e reclamarem, assim, a aplicação do regime do arrendamento, enquanto outros apontam para a necessidade de se examinar o contrato tendo em conta, por um lado, aquele *específico contexto em que ele se insere* e, por outro, as próprias matérias e cláusulas que regulam o conteúdo do contrato, registando uma natureza atípica de tal

¹² Uma vez que se afasta do objecto do nosso estudo quaisquer eventuais contratos que suponham a cessão ou a locação de estabelecimento comercial, existente ou a existir, a loja cedida através do contrato corresponde a um dos espaços físicos que compõem o complexo imobiliário onde está instalado o centro comercial, essencialmente vazio e sem equipamentos, cedido, portanto, em regime de só paredes, competindo ao lojista, e só a este, proceder à instalação do seu estabelecimento nos moldes contratualizados.

negócio cujo regime aplicável há-de ser aquele que a liberdade das partes conformou.

Vejamos em pormenor:

3.1 A tese do arrendamento

Um dos primeiros e mais acérrimos defensores da tese do arrendamento foi Jorge Pinto Furtado, para quem a teoria da atipicidade surgiu com o objectivo de contornar as normas injuntivas do regime legal do arrendamento. Na verdade, convém ter presente que estes contratos surgiram numa época não muito distante em que o arrendamento comercial, como então se designava, apresentava ainda traços de natureza vinculística. Interessava, por isso, ao gestor do centro comercial, afastar muitas disposições que se não ajustavam às complexas relações jurídicas estabelecidas com os lojistas. Porém, sustenta o autor, o contrato de cedência de loja em centro comercial, na exacta medida em que integra a concessão temporária do gozo de uma fracção demarcada de prédio urbano mediante retribuição, descreve claramente a figura do contrato de arrendamento *comercial*¹³, sendo que as circunstâncias e especificidades que envolvem o contrato não têm a potencialidade de o descaracterizar.

Na perspectiva deste ilustre jurista, todos os elementos novos introduzidos pela presença do centro comercial bem como as cláusulas estranhas ao modelo tipificado na lei inseridas pelas partes no contrato levam a que, no limite, se fale em contrato misto de locação e prestação de serviços: “*a prestação remunerada da fruição de lojas em centros comerciais, à falta de disposição legal específica, (...) tem incontestáveis analogias com as homólogas prestações de espaços em parques de campismo ou em grandes prédios de espaços para serviços ou lojas,*” pelo que é inadmissível que se “*reconheça a natureza de contrato misto de locação e de prestação de serviços ao celebrado por um campista com o gestor do parque de campismo e, simultaneamente, se recuse a mesma natureza ao realizado entre o gestor de um centro comercial e um seu lojista*” quando a única diferença

¹³ Jorge Pinto Furtado, últ. ob. cit., pág 29 – note-se que o autor se refere à necessidade de forma do contrato (escritura pública) e à tipologia legal do arrendamento comercial. Hoje, porém, como se sabe, o contrato de arrendamento *comercial* insere-se nos arrendamentos para fins não habitacionais e não está sujeito a escritura pública, enquanto que no regime que vigorava à data da publicação da obra citada (RAU) se diferenciava o arrendamento para habitação, comércio ou indústria, profissão liberal ou outros fins lícitos (para mais desenvolvimentos, cfr. Menezes Leitão, Direito das Obrigações, Vol. III, Almedina, 2014, 9.ª edição, pág. 298 e seguintes).

relevante entre os casos referidos “*está em que a locação do primeiro é um arrendamento para habitação transitória, ao passo que a outra constitui um arrendamento comercial.*”¹⁴

Refutando frontalmente a tese do arrendamento, argumenta Pedro Pais de Vasconcelos¹⁵ que as lojas objecto deste contrato têm características específicas, que resultam da sua integração no centro comercial e se traduzem na “*pluralidade de lojas, no modo integrado em que se relacionam e na dualização entre o que é próprio de cada loja e o que é comum do centro comercial,*”¹⁶ características essas que assumem um peso de tal modo significativo que afastam o objecto do negócio do que é comum ao arrendamento.

Em primeiro lugar, sustenta o autor, a pluralidade agregada de lojas que se verifica no centro comercial não é típica do arrendamento (este é tipicamente individual). Além disso, o modo integrado subjacente àquela pluralidade demonstra, por um lado, a existência de relações horizontais entre as várias lojas e, por outro, a existência de relações verticais, entre cada uma das lojas e a entidade exploradora, o que, uma vez mais, não se verifica no arrendamento – neste, a relação é unicamente vertical. Por último, o autor afirma ainda que a contrapartida a pagar pelos lojistas, na medida em que consiste ou contém vulgarmente uma percentagem do volume de negócios apurado na loja, introduz no contrato “*algo de parcário que é típico da associação em participação e da comandita, mas não do arrendamento*”, pois que “*típico do arrendamento é o carácter certo da contrapartida.*”¹⁷

Porém, como bem observa Jorge Pinto Furtado, a posição que se acaba de expor não convence, desde logo porque o tipo legal arrendamento não leva pressuposto qualquer elemento de individualidade que o caracterize. Por isso, um arrendamento não deixa de assumir essa natureza pelo simples facto de ser inserido num contexto em que são celebrados vários contratos respeitantes a um ou mais edifícios de titular único. Para demonstrar isso mesmo, escreve incisivamente o autor que existem “*milhares de arrendamentos comerciais de vastos edifícios de titular único, dados até para diferentes finalidades, sem exorbitarem o seu tipo,*” acrescentando que “*o tipo arrendamento comercial é um padrão abstracto e simples*”¹⁸. Quanto aos argumentos apontados por

¹⁴ Jorge Pinto Furtado, *Manual do Arrendamento Urbano*, Coimbra, 1996.

¹⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos de Utilização de Lojas em Centros Comerciais*, Revista da Ordem dos Advogados, 56.º, 1996, págs. 535 e ss.

¹⁶ Pedro Pais de Vasconcelos, *últ. ob. cit.*, pág. 539.

¹⁷ Pedro Pais de Vasconcelos, *últ. ob. cit.*, pág. 540.

¹⁸ Jorge Pinto Furtado, *últ. ob. cit.*, pág. 32.

Pedro Pais de Vasconcelos no sentido de que a retribuição parciária e as pretensas relações horizontais estabelecidas entre os lojistas afastariam o objecto do contrato do que é típico no arrendamento, Jorge Pinto Furtado contra-argumenta que para estarmos perante um contrato atípico, necessário se tornaria demonstrar que esses elementos, estranhos aos vulgares contratos de arrendamento, seriam incompatíveis com o tipo legal.¹⁹

Perfilhando idêntico entendimento, Inocêncio Galvão Telles²⁰ afirma categoricamente que o contrato em análise retrata insofismavelmente a modalidade do arrendamento, com os seus específicos elementos caracterizadores e função económico-social, pelo que as cláusulas acessórias que as partes decidam aditar sempre terão de respeitar a essência dessa convenção. “*Nenhuma dialética – remata o autor – por mais poderosa, poderá invalidar este raciocínio e esta conclusão, baseados na própria realidade ou substância das coisas.*”²¹

Refira-se, ainda, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, para quem “*os contratos em questão não são atípicos, pela simples razão de estarem tipificados na lei*” e os variados serviços de que os cessionários das lojas beneficiam, “*além de se verificarem igualmente em contextos diversos dos dos centros comerciais (e sem que aí se ponham em causa as relações arrendatícias),*” consistem em autênticas prestações de serviços e, como tal, “*não prevalecem sobre a cedência do gozo das partes do imóvel.*” Neste sentido, o autor conclui que estaremos perante contratos mistos ou coligados, “*consoante a retribuição dos serviços complementares esteja ou não incorporada na renda,*”²² estando assegurada, em qualquer caso, a aplicabilidade das regras do arrendamento urbano.

Pode, pois, afirmar-se que a defesa da tese a que se vem fazendo referência assenta em enunciados muito simples: considerando que, nos termos do artigo 1022.º do Código Civil, a “*locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição*” (denominando-se por arrendamento quando tem por objecto coisa imóvel) e que o gestor do centro comercial, ao celebrar o contrato com o lojista, se obriga a ceder a este, mediante retribuição, o gozo temporário de

¹⁹ O autor acrescenta ainda que “*a parceria agrícola é uma modalidade de arrendamento; a parceria pecuária é um contrato sui generis que tem por base um arrendamento; a associação em participação é outro contrato sui generis a que muitos atribuem a natureza jurídica de um contrato parciário e, sendo assim, quando se não integram estas figuras, a sua semelhança e a sua base arrendatícia só servirá para confirmar a tese da locação, nunca a do contrato atípico*” – cfr. Jorge Pinto Furtado, *últ.ob.cit.*, pág. 33.

²⁰ Inocêncio Galvão Telles, *Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais*, O Direito, Ano 123.º - IV, 1991, pág. 522.

²¹ Inocêncio Galvão Telles, *últ. ob. cit.*, pág. 527.

²² Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade (As Empresas no Direito)*, Almedina, 1996, págs. 322

uma loja; considerando ainda que só pode concluir-se pela atipicidade de um contrato depois de se apurar que o mesmo não tem correspondência com nenhum dos modelos legais²³... resulta que o negócio em análise preenche a *facti species* da locação e, especificamente, do arrendamento para fins não habitacionais. De resto, nada impede que as partes, ao abrigo do princípio da liberdade negocial, enriqueçam aquele contrato com cláusulas acessórias, desde que não contrariem o respectivo regime jurídico *em toda a medida em que ele seja imperativo*.²⁴

3.2. A tese da atipicidade

Conforme tivemos já oportunidade de mencionar, a jurisprudência começou por consagrar a tese do arrendamento, tendo-se depois operado uma viragem no sentido das decisões dos nossos tribunais, fortemente influenciados pelos estudos desenvolvidos por ilustres representantes da doutrina portuguesa que sustentavam que o contrato se havia de qualificar como atípico, afastando-se a aplicação do regime previsto para o arrendamento e remetendo, conseqüentemente, a sua conformação para o estrito domínio da liberdade contratual. Efectivamente, se ainda no ano de 1991 é possível encontrar um acórdão no primeiro sentido²⁵, já em 1992 se dá conta de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça a propugnar a segunda posição,²⁶ ao qual se seguiram muitos outros, podendo afirmar-se que a tese da atipicidade é hoje orientação firme da jurisprudência.

3.2.1 O contrato de instalação de lojista

Um dos mais importantes estudos que sustentam a tese da atipicidade do contrato objecto da nossa exposição – e porventura aquele que foi decisivo para alteração do rumo da jurisprudência portuguesa – esse estudo, dizíamos, é da autoria de Antunes Varela,²⁷

²³ Neste sentido de pronuncia Jorge Pinto Furtado, últ. ob. cit., pág. 31

²⁴ Inocêncio Galvão Telles, últ. ob. cit., pág 529.

²⁵ Ac. TRL, 17-01-1991.

²⁶ Ac. STJ, 24-03-1992.

²⁷ Cfr. Antunes Varela, Os Centros Comerciais (Shopping Centers), Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Ferrer Correia, II, 1989, Págs. 43 a 70 e ainda comentário do autor aos acórdãos S.T. J., 24-03-92, T. R. L., 22-10-92, T.R.L., 18-03-93, S. T. J., 26-04-94, S. T. J., 01-02-95 in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 128, nº 3858 e 3859 (1996), p. 315-

para quem o grande problema que se levanta na relação estabelecida entre o gestor do centro comercial e os lojistas consiste no facto de não ser possível conciliar os legítimos interesses do primeiro com a protecção que a lei concede ao arrendatário comercial, enquanto titular do estabelecimento.

Na perspectiva deste autor, o regime do arrendamento comercial não se adequa ao contrato de instalação de lojista, dado que as razões que justificam as normas do arrendamento comercial não se verificam naquele contrato. Neste sentido, esclarece o autor que as razões que explicam os traços essenciais do regime tradicional do arrendamento urbano, desde a livre transmissão da posição de arrendatário, em caso de trespasse do estabelecimento comercial, ao direito de preferência do arrendatário, no caso de venda ou dação em pagamento do imóvel, têm a ver com a contribuição do locatário para a valorização do estabelecimento instalado no imóvel. No arrendamento comercial, a obrigação do locador esgota-se em proporcionar ao locatário o gozo temporário do imóvel (ou de parte deste), sendo exclusivamente do trabalho, diligência e aptidão do locatário que depende, não só o lucro da sua actividade, mas também a valorização do estabelecimento e até do próprio local, através da clientela conquistada ou mantida. Por isso é que no âmbito do arrendamento, a lei concede alguma protecção ao arrendatário titular de estabelecimento comercial: a finalidade é de tutela do valor do estabelecimento, *com base na contribuição decisiva do comerciante para esse efeito*.²⁸

Ora – sustenta Antunes Varela – nada disto se passa no contrato de instalação de lojista. Neste, o traço fundamental da prestação a cargo da concedente não está na mera concessão do gozo de parte de um imóvel para que o concessionário ali exerça uma actividade por sua conta e risco – muito pelo contrário, “*o elemento essencial da operação está antes na inserção do estabelecimento do lojista dentro de um conjunto criteriosamente seleccionado de lojas, não apenas com o poder, mas também com o dever*

320; nº 3861, p. 368-373; Ano 129, nº 3863 (1996), págs. 49-60; nº 3866, págs. 142-152; nº 3867, págs. 172-181; nº 3868, págs. 203-214.

²⁸Referindo-se concretamente à livre transmissão da posição de arrendatário em caso de trespasse de estabelecimento, ensina Filipe Cassiano dos Santos que o preceito se funda “*na importância que para o titular da empresa tem a fácil realização (ou mobilização) do seu investimento na empresa, razão pela qual é de seu interesse poder transmiti-la com o máximo de valores possível e, sobretudo, com um dos seus valores normalmente mais relevante, o imóvel. Com efeito, as possibilidades de transmissão e valorização são muito maiores se o adquirente puder continuar a exploração no mesmo local*” (*Direito Comercial Português, Dos Actos de Comércio às Empresas: o Regime dos Contratos e Mecanismos Comerciais no Direito Português*, Vol. I, Coimbra Editora, pág. 336).

de exercer certo ramo de comércio e em determinados termos.”²⁹ É que a responsabilidade pela localização do centro comercial, pela distribuição de lojas e selecção dos lojistas, pela instalação e funcionamento das áreas e serviços comuns, cabe ao fundador ou administrador do centro, de tal modo que, remata o autor, os “*elementos ou coeficientes de valorização dos estabelecimento e o poder de atracção da clientela se deslocam do lojista para o fundador ou administrador,*”³⁰ resultando desse facto que os rasgos excepcionais do regime jurídico do arrendamento comercial perdem aqui a sua razão de ser. Assim, à luz desta doutrina, o contrato de instalação de lojista em centro comercial³¹ é um verdadeiro contrato atípico, porque constitui uma figura contratual nova, com função económico-social própria e causa específica, que o legislador não previu no seu quadro categorial de contratos clássicos.

Quanto à concepção do negócio enquanto contrato misto de arrendamento e prestação de serviços, anote-se que não colhe qualquer simpatia por parte deste autor. Com efeito, argumenta Antunes Varela que uma prestação de serviços assenta estruturalmente em actos individuais, reiterados ou continuados, realizados por uma pessoa à ordem ou por conta de outrem, em trabalho intelectual ou manual prestado na hora por alguém em proveito directo de outrem, tal como previsto e regulado nos artigos 1154.º e seguintes do Código Civil, sendo que dessa estrutura não se vislumbra rasto nas *prestações* a cargo do administrador do centro comercial.

O autor fala mesmo numa vasta constelação de vantagens patrimoniais concedidas pelo gestor ao lojista que nada têm de semelhante com a prestação de serviços e que advêm, entre outros factores, da integração da loja num conjunto criteriosamente seleccionado e minuciosamente distribuídos de outras lojas, da vizinhança com locais de diversão, da introdução de elementos decorativos do imóvel que tornam mais atraentes os locais de venda, bem como da existência de parque de estacionamento de viaturas. Assim, à luz desta doutrina, essa “*profusão de direitos, deveres, vantagens patrimoniais, limitações e encargos é puramente normal*” no contrato de instalação de lojista, na medida em que constitui a sua essência e integra mesmo a “*função social típica do contrato erguido sobre o novo processo mercadológico*” inaugurado nos Estados Unidos da

²⁹ Antunes Varela, comentário aos acórdãos S.T. J., 24-03-92, T. R. L., 22-10-92, T.R.L., 18-03-93, S. T. J., 26-04-94, S. T. J., 01-02-95 in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 128, nº 3861, pág. 371.

³⁰ Antunes Varela, últ. ob. cit., págs. 371 e 372.

³¹ É esta a designação utilizada pelo autor.

América em meados do século passado, pelo que a sua redução ao esquema de contrato misto de arrendamento e prestação de serviços não permite abarcar essa riqueza de conteúdo da operação negocial realizada entre as partes.

3.2.2 O contrato de integração empresarial

Veiculando a tese da atipicidade, Oliveira Ascensão³² vê no contrato de cedência de loja em centro comercial o mecanismo através do qual se procede à integração do estabelecimento comercial do lojista (ou da empresa deste) na empresa da concedente.

Esta construção dogmática começa por referir que o negócio celebrado entre o lojista e o gestor do centro comercial tem por objectivo a instalação de um estabelecimento comercial nos precisos termos definidos no contrato, pelo que, não constituindo embora o objecto do contrato, o estabelecimento comercial apresenta-se como a causa desse negócio. Assim, entende o autor que embora o contrato “*não recaia sobre o estabelecimento, devemos observar que o estabelecimento tem já uma função essencial na estrutura daquele negócio.*”³³

Em segundo lugar, considera-se também o próprio centro comercial como um estabelecimento, que engloba as lojas e vários outros elementos para desempenhar uma nova função produtiva que consiste no comércio integrado horizontalmente. Neste sentido, esclarece o autor, toda a complexa realidade em que se analisa o centro comercial, “*desde a localização à publicidade, desde as possibilidades de estacionamento à complementariedade do comércio, desde a publicidade aos serviços que oferece, faz surgir uma realidade nova, para além dos estabelecimentos componentes,*”^{34,35} impondo-se, por isso, uma visão de conjunto em que o centro comercial se apresenta como algo mais do que a simples soma das suas partes, surgindo, ele próprio, como um *estabelecimento comercial complexo*.³⁶ Ora, na medida em que cada um dos estabelecimentos comerciais dos lojistas

³² Oliveira de Ascensão, *Integração empresarial e Centros Comerciais*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXII, 1991.

³³ Oliveira Ascensão, *últ. ob. cit.*, pág. 34.

³⁴ Oliveira Ascensão, *últ. ob. cit.*, pág. 35.

³⁵ O sublinhado é nosso.

³⁶ Explicitando a ideia que se caba de transcrever, escreve o ilustre Professor que a qualificação do centro comercial enquanto estabelecimento comercial resultava expressamente do art. 2.º, n.º 2, do DL n.º 190/89, de 6 de Junho. E acrescenta ainda que coisa diversa não poderia resultar, pois que “*se o estabelecimento comercial tem na sua essência um conjunto de bens com uma específica aptidão produtiva, que suporta o*

se integra e é parte daquele estabelecimento complexo, essa integração tem necessariamente consequências no plano jurídico, a começar, desde logo, pelo contrato: “Assim como os lojistas se obrigam a instituir e a manter os estabelecimentos individuais, o gestor do centro comercial obriga-se a instituir e manter o estabelecimento de conjunto. Também aqui diríamos que o estabelecimento de conjunto, como elemento essencial do centro comercial, está previsto nos contratos individuais e integra-se na respectiva causa.”³⁷

Acrescenta ainda Oliveira Ascensão que a formação dos estabelecimentos no centro comercial não é uma finalidade em si mesma, constituindo, antes, a base sobre a qual se sustentam as empresas dos lojistas, levando o autor a concluir que os locais (as lojas) são atribuídos, afinal, para que neles sejam instaladas empresas. Além disso, também o estabelecimento comercial *complexo* em que o centro se analisa se destina a ser corpo de uma empresa – a empresa da concedente.³⁸ E é assim que o negócio celebrado entre lojistas e gestor do centro comercial se apresenta como um “*contrato de integração empresarial*”, pois o que se tem por objectivo é integrar a empresa concessionária na empresa da concedente.³⁹ Através do contrato – prossegue o autor – coordenam-se posições de cada uma das empresas *singulares* no contexto daquela empresa global, em que todas prosseguem uma finalidade conjunta de comércio integrado. A substância do negócio celebrado é, pois, verdadeiramente empresarial e não imobiliária: a integração de cada lojista no conjunto implica, desde logo, a perda de autonomia a favor da entidade gestora; a actividade desta, por seu lado, vai se traduzir “*numa prestação de serviços intensa*” que é “*verdadeiramente essencial*”⁴⁰ ao contrato, de tal modo que sem esse conjunto de serviços não funcionam as empresas integradas nem funciona a empresa de conjunto.

Para Pedro Pais de Vasconcelos, que sufraga na íntegra o entendimento a que se vem fazendo referência, é essencial que os contratos em análise, além de serem encarados isoladamente, sejam considerados plural e integradamente, tal como as lojas se integram

exercício duma empresa, o centro comercial é necessariamente um estabelecimento, que traz esse tipo de empresa tão significativo nos dias de hoje” (Oliveira de Ascensão, últ. ob. cit., pág. 35).

³⁷ Oliveira Ascensão, últ.ob.cit., pág. 36.

³⁸ Referindo à noção de centro comercial da portaria n.º 424/85, de 5 de Julho, o autor afirma que “*o centro comercial é pois, mesmo juridicamente, uma realidade de natureza comercial e não civil*”, além de que “*justamente porque empreendimento é sinónimo de empresa, temos de concluir que assim se acrescentou mais uma categoria ao elenco de empresas constante do art. 230.º do Código Comercial*” (Oliveira Ascensão, últ. ob. cit., pág. 39).

³⁹ Oliveira Ascensão, últ. ob. cit., pág. 57.

⁴⁰ Oliveira Ascensão, últ. ob. cit., pág. 55.

num conjunto que é o centro comercial. Só assim, de acordo com este autor, se logra apreender as verdadeiras características destes contratos: “*é que as lojas e os lojistas não se limitam a existir dentro do centro comercial; são elas e eles próprios que, com a entidade exploradora, constituem o centro comercial e participam no seu ser.*” A esta luz, o *acto* de cedência do espaço no qual o lojista implementa o seu estabelecimento apresenta-se como meramente instrumental aos fins que as partes visam prosseguir e que consiste, já o dissemos, na integração empresarial. Ou seja, o *acto* de cedência da loja ao lojista é apenas uma parte que, não sendo irrelevante, se apresenta como um mero instrumento através do qual se integrará a empresa do lojista na empresa de conjunto que é o centro comercial.⁴¹

3.3 Perspectiva adoptada

Alinhados, assim, os principais argumentos dos dois sectores mais importantes em que se divide a nossa doutrina, vem sendo tempo de procedermos a uma análise crítica desses entendimentos, ao mesmo tempo que evidenciamos a posição que se pretende veicular no presente estudo e que – adiantemo-lo já – não se enfileira por nenhuma das perspectivas expostas.

Se, por um lado, a *ratio* do regime do arrendamento *comercial* assenta em pressupostos que não se verificam inteiramente na complexa relação que se estabelece entre gestor e lojista, não se adequando, por isso, ao contrato de cedência de loja, o certo é que a teoria da atipicidade, ao remeter o regime desse negócio para a pura liberdade contratual das partes, acaba por inverter demasiado os *pesos da balança*, prevalecendo (quase) exclusivamente os interesses do gestor, que ocupa uma posição de vantagem nessa relação. Nessa medida, e porque nenhuma dessas teorias consegue responder adequadamente às solicitações que a realidade *centro comercial* reclama do ordenamento jurídico-privado, estamos convictos de que a melhor doutrina é a preconizada por Felipe

⁴¹ Manifestando-se aqui o que o autor designa por “*orientação firme do direito moderno*”, em que a “*consideração dinâmica da empresa*” se sobrepõe à “*consideração estática do direito real*” (sobre a prevalência da consideração da empresa sobre a propriedade, cfr. Oliveira Ascensão, últ. ob. cit., págs. 37 e 38 e pág. 55.).

Cassiano dos Santos⁴², cujo pensamento sufragamos nos pontos que se seguem.

3.3.1 Centro comercial: a desmistificação do fenómeno

Começemos por afirmar, de forma propositadamente impressiva, que o centro comercial não é um ente metafísico. Trata-se, antes, de uma criação dos homens que, estudando e desenvolvendo as práticas mercantis, perceberam que a concentração do comércio e a oferta diversificada de produtos num único local potenciavam o consumo do público. Tendo por antecedentes as antigas praças e feiras, passando depois pelos grandes armazéns e, mais recentemente, pelos supermercados, o aparecimento do centro comercial não é mais do que um novo capítulo do desenvolvimento das técnicas mercantis. Como certamente observa Inocêncio Galvão Telles, o centro comercial é um *“instrumento de concentração do consumo, que proporciona ao público a possibilidade de ter acesso fácil, e ao abrigo de intempéries, a vários estabelecimentos comerciais, para obter produtos ou serviços diversificados, em virtude de esses estabelecimentos se encontrarem todos instalados no mesmo edifício ou em edifícios interligados.”*⁴³

O sucesso desse instrumento é, porém, inegável: com origem nos Estados Unidos da América, rapidamente se propagou a todos os cantos do globo, fruto da astúcia e engenho dos homens e mulheres de negócios que viram no centro comercial mais uma forma de investir capital e retirar os respectivos lucros. E esses homens e mulheres a que figurativamente nos referimos, são os promotores dos centros – normalmente sociedades de grande capital – com capacidade para construir ou adaptar um imóvel de grandes dimensões, dotando-lhe das características que o transformam num local especialmente eficiente para a prática do comércio, com a finalidade de atrair os seus clientes-alvo e assim rentabilizar o investimento, através da cedência temporária e remunerada de cada uma das lojas.

Trata-se, já se vê, de um conhecido fenómeno da área comercial, que se traduz *“na empresarialização de todos os sectores da vida económica”*, em que a *“empresa estende o seu campo mesmo a actividades tradicionalmente fora do circuito económico”*, de que é

⁴² Falamos essencialmente do artigo científico deste autor - “O Contrato de instalação de lojista em centro comercial (e a aplicação do artigo 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão), Cadernos de Direito Privado, n.º 24, págs. 3 a 20” – e que constitui verdadeiro guião da perspectiva por nós adoptada.

⁴³ Inocêncio Galvão Telles, Contratos de Utilização de Espaços nos Centros Comerciais, O Direito, ano 123.º, 1991, pág. 522.

exemplo a “*actividade imobiliária.*”⁴⁴ Por isso é que se pode dizer que “*o centro comercial concita uma nova forma de actuar no mundo imobiliário, na medida em que corresponde ao exercício em moldes empresariais de uma actividade tradicionalmente civil.*”⁴⁵

Naturalmente que essa especial vocação do centro comercial para o exercício da actividade mercantil não passou despercebida aos pequenos, médios e grandes empresários comerciantes que aproveitarão qualquer oportunidade que lhes proporcione alguma vantagem competitiva em relação aos demais. Assim, se de um lado temos um instrumento de concentração de comércio cuja viabilidade implicou avultados investimentos, só ao alcance de sociedades integradas em grandes grupos económicos, do outro lado existe um número indeterminado de empresários interessados em ali exercer a sua actividade. Estes últimos, como certamente salienta Cassiano dos Santos, são os clientes do centro comercial, são o foco da actividade exercida pelo gestor do centro e é através deles que o promotor rentabiliza o seu investimento.

Importa, pois, para uma exacta compreensão da realidade do centro comercial, desmistificar todo o rico circunstancialismo que envolve o contrato de cedência de loja em centro comercial e que tem sido utilizado como argumento pela teoria da atipicidade para reforçar a pretensa atipicidade do negócio. Referimo-nos ao facto de o contrato em questão, além de prever a cedência da loja, regulamentar ainda um vasto leque de prestações por parte da empresa gestora do centro, que se prendem com a existência de zonas de lazer e de restauração, parque de estacionamento de viaturas, a limpeza e segurança das áreas comuns, a publicidade, os eventos culturais e acções de animação para crianças e idosos, entre outros serviços que não vamos agora enumerar, facto esse que a doutrina da atipicidade não se cansa de assinalar, seja para demonstrar uma ideia de integração de cada loja num todo global seja para denunciar a existência de vantagens patrimoniais concedidas aos lojistas que em nada se assemelham a típicas prestações de serviços,⁴⁶ afastando-se, por conseguinte, a qualificação do negócio como contrato misto de

⁴⁴ Filipe Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, vol. I, Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português, Coimbra Editora, 2007, pág. 43.

⁴⁵ Filipe Cassiano dos Santos, *O contrato de instalação de lojista em centro comercial (e a aplicação do artigo 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão)*, Cadernos de direito Privado, n.º 24, pág. 7.

⁴⁶ Veja-se, por exemplo, Antunes Varela, que ao longo dos seus doutos comentários aos acórdãos supra citados, refere-se por várias vezes a este circunstancialismo enquanto vantagens patrimoniais concedidas pelo gestor ao lojista que nada têm de semelhante com as prestações de serviços, afirmando mesmo que comparar a pura cedência do gozo de um espaço de um imóvel isolado com o contrato de instalação de uma loja num

arrendamento e prestação de serviços.

Ora, não obstante o nosso maior respeito por esses ilustríssimos autores a quem a ciência do direito tanto deve, estamos firmemente convictos de que todo o circunstancialismo que rodeia o contrato não necessita de qualquer enquadramento dogmático quando perspectivado no contexto do exercício da actividade imobiliária em moldes empresariais, em que uma empresa tem por actividade *“a cedência a terceiros de espaços particularmente destinados ao exercício do comércio e em prestações e actos dirigidos ao público, aos serviços directos dos clientes das lojas do centro, revestindo a forma de prestações auxiliares do exercício de cada loja que justificam uma contrapartida específica”*⁴⁷. Sob este prisma, os serviços que se traduzem na limpeza e segurança das áreas comuns, na publicidade do centro, nos eventos culturais e acções de animação para crianças e adultos, entre outros, consistem na actividade empresarial do centro, *“dirigida às lojas enquanto seus clientes, actividade essa que, em suma, se analisa no aproveitamento e exploração de todas as virtualidades para o exercício do comércio associadas a um imóvel especialmente concebido e particularmente vocacionado para essa actividade.”*⁴⁸

No fundo, o que se pretende demonstrar é que essas prestações, além de não se tratarem de vantagens patrimoniais concedidas pelo gestor aos lojistas – pela singela razão de estes pagarem avultadas contrapartidas pelo acesso a um local especialmente apetrechado e vocacionado para o exercício da sua actividade – não constituem também uma função social própria que fundamente a pretensa atipicidade do contrato. Elas são o reflexo de uma actividade de base imobiliária exercida em moldes empresariais, ou, nas palavras de Cassiano dos Santos, *“é justamente esta empresarialização da actividade imobiliária que explica esse conjunto de obrigações.”*

Mas há ainda uma outra observação a acrescentar ao que vem sendo exposto. O centro comercial implicou avultados investimentos para a sua criação, envolve uma empresa que se dedica à criação e gestão desses poderosos instrumentos de concentração

centro comercial, *“com todo o cotejo de deveres contraídos pela concedente e com o conjunto de vantagens patrimoniais por ela proporcionadas ao lojista, (...) é como colocar a candeia de azeite do início do século passado ao lado da lâmpada de fluorescência dos tempos mais recentes.”* Cfr. comentário do autor aos acórdãos S.T. J., 24-03-92, T. R. L., 22-10-92, T.R.L., 18-03-93, S. T. J., 26-04-94, S. T. J., 01-02-95 in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 128, nº 3858 e 3859 (1996), p. 319.

⁴⁷ Filipe Cassiano dos Santos, *O contrato de instalação de lojista em centro comercial (e a aplicação do artigo 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão)*, Cadernos de direito Privado, n.º 24, pág. 10.

⁴⁸ Filipe Cassiano dos Santos, *últ. ob. cit.*, pág. 10.

do consumo, assente em estudos técnicos que envolveram a procura de locais, escolha, pesquisa de mercados, estudo de viabilidade económica, de projectos e de distribuição de *tenant mix*, os quais possibilitaram a criação de uma estrutura especialmente adequada para a prática do comércio, onde funcionarão posteriormente várias empresas. Neste específico contexto, pode dizer-se que o próprio imóvel do centro comercial foi concebido tendo em vista a posterior cedência de espaços físicos onde funcionarão novas empresas, pelo que desde o projecto imobiliário até aos contratos de cedência de loja e à própria actividade do centro comercial, estamos perante a execução de um mesmo projecto empresarial complexo.

Todavia, como certamente assinala Cassiano dos Santos, “*a dimensão que se realça não legitima qualquer visão do contrato como mecanismo tendente à integração empresarial,*” na qual cada uma das empresas dos lojistas é tomada como parte integrante daquela empresa mais vasta que é o centro comercial, em cujo contexto o contrato tem por “*escopo principal a instalação do comerciante no centro comercial enquanto conjunto organizado de actividades da unidade global,*” sendo, em última análise, um contrato “*relativo à exploração de parcela da empresa global.*”⁴⁹

Com efeito, denuncia o autor, “*nenhum dos factores apresentados na doutrina e na jurisprudência como fundantes da integração ou da concertação tem densidade suficiente, no plano da realidade ou dos contratos, para revelar uma concertação ou integração que não seja meramente retórica*”, acrescentando mesmo que “*não há qualquer dado jurídico, jurídico-contratual ou de facto que permita fundar, de forma rigorosa, a existência, na realidade dos centros comerciais, de uma qualquer espécie de integração empresarial*”. Muito pelo contrário, o sucesso ou insucesso de cada loja depende essencialmente da actuação de cada um dos lojistas e não do gestor do centro, resultando expressamente dos contratos que o risco corre exclusivamente por conta dos primeiros.

Além do mais, assiste inteira razão ao autor quando refere que a pretensa integração apontada pela doutrina da atipicidade não se reflecte na estrutura de direitos e obrigações dos contratos, pois que a direcção unitária cabe exclusivamente ao gestor e este não recebe vinculações contratuais que tornem exigível certa actuação. Para o demonstrar, vejamos os excertos que a seguir se transcrevem, com os nossos sublinhados, de cláusulas inseridas num contrato utilizado por uma cadeia de centros comerciais bem conhecida no nosso

⁴⁹ Filipe Cassiano dos Santos, *últ. ob. cit.*, pág. 9.

país:⁵⁰

Cláusula A

*“A segunda contraente (o lojista) elaborou estudos de viabilidade específicos para a sua actividade comercial, tendo analisado e ponderado por si própria, não só a consistência do Centro Comercial e a sua racionalidade económica e financeira, mas também as suas próprias capacidades e/ou competências técnicas e financeiras necessárias à concretização e desenvolvimento, com êxito, da sua actividade, **assumindo, consequentemente, os riscos inerentes.**”*

Cláusula B

*“A primeira contraente **não prestou qualquer tipo de garantia de resultados económico-financeiros da actividade da segunda contraente.**”*

Cláusula C

“Para simplificação e harmonização dos direitos e obrigações dos lojistas, enquanto utilizadores, a qualquer título, das lojas ou de quaisquer outros espaços e dependências que integrem o centro comercial, bem como para permitir o seu bom e normal funcionamento (...) e ainda para viabilizar aquela administração, a primeira outorgante aprovou um Regulamento de Funcionamento e Utilização do Centro Comercial, a seguir abreviadamente designado por “regulamento”, cujo texto a segunda contraente se vinculou a respeitar e que se junta ao presente contrato como anexo I.”

Na sequência de tudo o que vem sendo exposto, importa ainda observar, com base na lucidez argumentativa de Cassiano dos Santos, que a ideia de integração empresarial, além de não ser confirmada na prática, é mesmo *“contrariada pela constatação de que os estabelecimentos que funcionam no centro comercial não são, manifestamente, estabelecimentos sem clientela própria.”* Para ilustrar isso mesmo – isto é, para ilustrar que há uma clientela específica de cada loja que revela um valor de posição de mercado autónomo de cada uma delas face ao centro comercial – basta observar que os clientes da ZARA não são os clientes da MASSIMO DUTTI, assim como os clientes do McDONALDS não são os clientes habituais do VITAMINAS & COMPANHIA. E não

⁵⁰ Apesar de um lojista nos ter gentilmente cedido o seu contrato na íntegra, não nos foi autorizada a sua reprodução ou revelação de quaisquer dados que indiquem a sua fonte.

obstante, todos eles se dirigem ao mesmo centro comercial.⁵¹

Assim perspectivadas as coisas, conclui-se que o centro comercial não é uma empresa integrada pelos estabelecimentos que nele desenvolvem a sua actividade, mas antes uma empresa autónoma, distinta, que tem por base o imóvel e cuja actividade, já o dissemos, consiste na cedência a terceiros de espaços particularmente destinados ao exercício do comércio e em prestações auxiliares do exercício da actividade de cada um dos lojistas, seus clientes, em troca de um contrapartida. Mas, demonstrada a existência de clientela autónoma de cada uma das lojas, pode também concluir-se não ser exacto o entendimento de Antunes Varela no sentido de que os “*elementos ou coeficientes de valorização dos estabelecimento e o poder de atracção da clientela se deslocam do lojista para o fundador ou administrador*” de tal modo que o regime do arrendamento comercial perde por completo a sua razão de ser. Aqui chegados, estamos já a introduzir a matéria a abordar no ponto seguinte da nossa exposição.

3.3.2 Contrato de arrendamento de *tipo novo*⁵²

O contrato de cedência de loja em centro comercial centra-se na cedência temporária do gozo de um espaço, mediante retribuição, no qual o lojista vai instalar um estabelecimento comercial e ali exercer a sua actividade de comerciante. Nessa medida, e por mais voltas que se dê, parece-nos inegável que o contrato assenta sobre uma base imobiliária, e que se inscreve no art. 1022.º do Ccivil, na modalidade de arrendamento para fim não habitacional (arts. 1067.º, n.º 1 e 1108.º e seguintes, todos do Ccivil).

Porém, é também inegável que o contexto em que são celebrados estes específicos contratos difere, em certa medida, do jogo de interesses pressuposto pelo regime do arrendamento *comercial*, em que o contrato é celebrado entre um senhorio proprietário de um imóvel e um comerciante ou futuro comerciante, razão pela qual, em nome da tutela da empresa e da maximização do seu valor, sobretudo para efeitos de transmissão, se faz prevalecer quase sempre (se bem que de forma cada vez menos vincada), o interesse

⁵¹ Cassiano dos Santos ilustra bem esta realidade referindo-se às lojas âncora: “*trata-se, em regra, de lojas integradas em cadeias de estabelecimentos com uma imagem comercial forte anterior à do centro comercial, que funcionam como catalisador de afluência a este (e, reflexamente, às outras lojas), em que existe justamente uma integração externa da loja instalada (e não integrada, por definição) no centro com outras empresas que estão colocadas fora do centro e que são (é evidente) absolutamente distintas dele.*”

⁵² A designação é da autoria de Cassiano dos Santos.

empresarial do arrendatário e se desatende aos interesses do proprietário.

Ora, este novo contrato apresenta logo uma diferença substancial no plano dos sujeitos, na exacta medida em que, conforme tivemos já oportunidade de assinalar, o senhorio é agora uma sofisticadíssima empresa que se dedica àquela actividade imobiliária, até então de natureza tradicionalmente civil. Deste modo, aos interesses empresariais do arrendatário, contrapõem-se agora os interesses também empresariais do *senhorio*, que devem ser também sopesados – trata-se, na feliz expressão empregue por Cassiano dos Santos, de um “*arrendamento de tipo novo*,” a reclamar uma intervenção legislativa que atenda aos novos interesses em jogo.

Do que vem sendo exposto resulta, assim, a inconveniência de se aplicar ao contrato de cedência de loja em centro comercial o regime puro do arrendamento. No entanto, porque não deixa de se centrar na cedência temporária e remunerada de parte de um imóvel, estamos firmemente convictos de que é ainda na esteira desse regime que se hão-de procurar soluções justas e equilibradas que atendam adequadamente aos interesses de cada uma das partes. E assim entendemos por duas ordens de razões essenciais: a primeira ficou já suficientemente clara no que dissemos e prende-se com o facto de o contrato se centrar na cedência de um espaço onde o lojista instalará o seu estabelecimento, o que demonstra uma natureza arrendatícia. A segunda ordem de razões, não menos importante, assenta “*na necessidade de ponderar (também) a posição de supremacia de facto do gestor / promotor do centro comercial.*”⁵³

Com efeito, há um outro dado subjacente ao contrato em análise que não deve ser escamoteado. Sufragamos inteiramente a análise de Cassiano dos Santos no sentido de que o contexto que rodeia este contrato reflecte um fenómeno conhecido da economia actual, em que “*o sistema económico tende renovadamente para a concentração, a qual adquire ciclicamente várias formas.*” “*A consequência central desse processo é que os grandes concorrentes adquirem uma especial preponderância face aos outros actores da vida económica, impondo-lhe as regras do jogo.*”⁵⁴

O centro comercial, na medida em que se apresenta como um forte instrumento de concentração do comércio, reflecte claramente a manifestação dessa tendência na actividade comercial, hoje dominada por grandes entidades, ao passo que o comércio tradicional sufoca. Assim, se por um lado tomarmos em devida conta que a capacidade

⁵³ Cassiano dos Santos, últ. ob. cit., pág. 11.

⁵⁴ Cassiano dos Santos, últ. ob. cit., pág. 11.

para construir ou adaptar um imóvel de grandes dimensões – assente num plano inicial rigoroso e em estudos de mercado, dotando-o das características que o transformam num local especialmente eficiente para a prática do comércio – que essa capacidade, dizíamos, só está ao alcance de entidades com grande poderio económico-financeiro, e se, por outro lado, considerarmos as vantagens competitivas que decorrem da exploração de um estabelecimento num centro comercial, numa realidade em que o mercado é por natureza concentrado, torna-se patente que aos titulares das empresas não resta margem de negociação, vendo-se forçados a aderir às condições impostas pelo promotor / gestor do centro, que se encontra em posição económica de supremacia.

É exactamente aqui, na resposta que este desequilíbrio de forças reclama do ordenamento jurídico que, na falta de regulamentação especial, o regime clássico do arrendamento, na medida em que concede alguma protecção ao empresário que exerce a sua actividade num imóvel alheio, se revela ainda apto a fornecer as directrizes para um regime equitativo a que este contrato se há-de submeter.

Por tudo o vem sendo exposto, sufragamos inteiramente a perspectiva de Cassiano dos Santos: o contrato de cedência de loja em centro comercial é um arrendamento de tipo novo, no qual, aos interesses comerciais do empresário que exerce a sua actividade num espaço alheio, contrapõe-se agora os interesses também comerciais do promotor (senhorio). Torna-se então necessário atender a esses novos interesses trazidos a lume pela empresarialização de uma actividade que, por ser tradicionalmente civil, não estão pressupostos no regime típico do arrendamento, mas sem nunca perder de vista a devida protecção dos empresários lojistas, que negociam numa posição altamente desvantajosa.⁵⁵

⁵⁵ Quanto a nós, só este desequilíbrio de forças entre gestor e lojista explica cláusulas contratuais de que são exemplo as que se seguem, transcritas de um contrato relativo à “utilização” de um espaço com 141 metros quadrados para exercício de actividade relacionada com a restauração.

Cláusula 5.^a (Remuneração): pela utilização da loja, a segunda contraente pagará uma remuneração periódica mensal à primeira contraente ou a quem esta lhe indicar, resultante da soma de duas parcelas designadas, respectivamente, por remuneração mínima e por remuneração percentual, calculada nos seguintes termos: a) a primeira parcela – remuneração mínima – é pré determinada, sendo o seu valor mensal de 42,24 euros por cada metro quadrado da área da loja, ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor; b) a segunda parcela – remuneração percentual – calcular-se-á pela aplicação da percentagem de 8% ao valor da facturação bruta da loja, considerando como tal o valor das vendas sem IVA, desse mês, e o seu montante será equivalente ao resultado da diferença positiva entre o montante encontrado pela aplicação daquela percentagem e o valor da remuneração mínima devida com referência àquele mês.

Cláusula 7.^a (Despesas comuns): A segunda contraente obriga-se a participar nas despesas e encargos com o funcionamento e utilização do centro comercial e com a promoção deste, conforme previsto do regulamento, mediante o pagamento mensal à primeira contraente de uma quantia (...) que se prevê que corresponda, para o corrente ano, a um montante mensal de 12,28 euros, por cada metro quadrado de área da loja, ao qual acresce IVA à taxa legal em vigor.

A esta luz, é substancialmente diferente a resposta a dar às mais prementes questões que se colocam no âmbito do contrato de cedência de loja. Só a título de exemplo, atentemos numa cláusula típica desses contratos, através da qual se prevê o consentimento obrigatório do gestor para a transmissão da posição contratual do lojista em caso de trespasse do estabelecimento:

Cláusula 16.º

(Natureza intuitus personae do contrato)

1) *O presente contrato é celebrado entre a primeira contraente e a segunda contraente, intuito personae, nomeadamente tendo em conta o perfil, qualidades e garantias por esta oferecidas, e tendo igualmente como pressuposto e base negocial a identidade dos sócios da segunda contraente.*

2) *A segunda contraente não pode ceder a sua posição contratual, celebrar quaisquer contratos ou subcontratos pelos quais confira a terceiros qualquer posição ou direito assente nos direitos que a primeira contraente lhe conferiu nos termos do presente contrato, nem praticar actos que conduzam aos mesmos resultados ou omitir aqueles que sejam necessários para impedir a sua verificação. Consideram-se abrangidas pelo presente número as transmissões realizadas no quadro de uma fusão, cisão ou dissolução da segunda contraente ou da transmissão de parte ou da totalidade da participação social*

Cláusula 11ª (Obrigações Acessórias): 1) A segunda contraente obriga-se a manter em bom estado de conservação a loja e todos os seus pertences, incluindo canalizações de água e esgotos, instalações eléctricas, de segurança, telefones e ar condicionado, e a suportar o custo de quaisquer obras de reparação tornadas necessárias, quer pelo funcionamento da loja, quer pela sua devolução quando o presente contrato deva ter-se por extinto.

Cláusula 14.ª (Transferência do risco): É da inteira e exclusiva responsabilidade da segunda contraente a segurança de loja e de quaisquer bens ou equipamentos na mesma existentes, não podendo a primeira contraente, salvo quando lhe sejam directamente imputáveis a título e culpa, ser responsabilizada por danos causados na loja, ou bens da segunda outorgante, qualquer que seja a respectiva origem, e nomeadamente os decorrentes de: a) roubo, furto, ou outro acto delituoso de que a segunda contraente seja vítima, não assumindo a primeira contraente qualquer obrigação de vigilância, mas somente de organização desse serviço; b) fugas, infiltrações, humidades, incêndios ou qualquer outro sinistro; c) interrupção do fornecimento de electricidade, água e gás; d) ...

Repare-se que considerando apenas a remuneração mínima acrescida de IVA (51,95 euros) e as despesas comuns acrescidas de IVA (15,1 euros) – $(51,95 \times 141) + (15,1 \times 141) = 7325 + 2129,1 = 9454,1$ – está em causa uma contribuição mensal de 9454,10 euros, a que acrescerá uma remuneração percentual calculada à taxa de 8% da facturação bruta mensal da loja. Isto, num centro comercial bem distante de Lisboa ou do Porto! Repare-se ainda que o lojista não beneficia, sequer, de obras de reparação e ordinária por parte do gestor. Mas sublinhe-se ainda o facto de o gestor negar qualquer responsabilidade por danos na loja, independentemente da sua causa, e incluindo roubos, furtos, infiltrações humidade, cortes de água, luz e gás – serviços que são prestados obrigatoriamente pelo gestor. Ora, será caso para questionar: onde estão, afinal, as tão badaladas vantagens patrimoniais concedidas aos lojistas?

detida pelo terceiro contraente⁵⁶ no capital social daquela.

3) Nestes termos, o terceiro contraente aceita ser-lhe vedado, sem que previamente tenha obtido autorização por escrito da primeira contraente, transmitir a terceiros, sob qualquer forma, a totalidade ou parte da participação social que detém na segunda contraente, sob pena de resolução imediata do presente contrato pela primeira contraente ou, em alternativa, a exigência do pagamento do valor correspondente a doze remunerações mínimas mensais e a doze participações mensais nas despesas comuns e de promoção do centro comercial.

4) ...

A cláusula que acabamos de transcrever, não obstante a sua curiosa redacção, tem o objectivo muito específico de impedir que o lojista-empresário ceda a sua posição contratual de *utilizador de loja*⁵⁷ em caso de trespasse do estabelecimento. Mas porque o trespasse do estabelecimento se consegue, por portas travessas, através da cessão de quotas da sociedade que o explora, explica-se a necessidade sentida pelo redactor da norma em prever todas as situações possíveis. Feito este aparte, vamos concentrar-nos, por comodidade de raciocínio, em confrontar uma qualquer cláusula contratual que preveja a necessidade de consentimento do gestor para a cessão da posição contratual do lojista em caso de trespasse do estabelecimento.

No sentido exposto, importa considerar que se avaliarmos o contrato na perspectiva do regime puro do arrendamento, teremos forçosamente de concluir pela invalidade da cláusula, na medida em que contorna o disposto no art. 1112, n.º 1, al. a) do Código Civil: *“É permitida a transmissão por acto entre vivos da posição do arrendatário, sem dependência da autorização do senhorio: a) No caso de trespasse de estabelecimento comercial ou industrial.*

Se, por outro lado, adoptarmos a teoria da atipicidade do contrato – o sentido predominante adoptado pelos tribunais portugueses – a cláusula não levantará, em princípio, qualquer problema, na exacta medida em que foi elaborada no domínio da pura liberdade contratual das partes e não se submete ao regime do contrato típico de arrendamento. Aliás, Antunes Varela sustenta mesmo que os *“elementos ou coeficientes de valorização dos estabelecimento e o poder de atracção da clientela se deslocam do lojista*

⁵⁶ O terceiro contraente é o sócio-gerente da sociedade.

⁵⁷ Usamos a terminologia empregue no contrato.

*para o fundador ou administrador,*⁵⁸ resultando desse facto que os rasgos excepcionais do regime jurídico do arrendamento comercial perdem aqui a sua razão de ser.

Ora, de acordo com a doutrina que sufragamos, sustentada por Cassiano dos Santos, nenhuma das soluções apresentadas responde satisfatoriamente aos interesses em jogo. A tese do arrendamento, partindo dos pressupostos tradicionais desse regime, não atende aos novos interesses empresariais que aparecem agora do lado do senhorio, que é uma empresa que se dedica, nesses moldes, àquela actividade tipicamente civil. Nessa medida, revela-se inadequada. Mas a doutrina da atipicidade, por seu lado, peca por excesso: apercebendo-se da nova realidade em que o contrato se insere, afasta o regime do arrendamento, para atender aos interesses do gestor do centro; porém, esquece por completo a posição precária do lojista e, nessa medida, remete (mal) a regulamentação do contrato para o estrito domínio da liberdade contratual das partes.

A consideração do contrato de cedência de loja como arrendamento de tipo novo, nos termos supra expostos, permite-nos, a um tempo, dar expressão aos novos e legítimos interesses do empresário senhorio sem necessidade de descurar a protecção devida ao empresário arrendatário.

Tomando como exemplo a cláusula respeitante à necessidade de consentimento do gestor em caso de trespasse de estabelecimento, e em coerência com o que começamos por dizer no início do presente ponto, importa anotar que se compreendem, ainda que só em certa medida, as razões da teoria da atipicidade, no sentido de que a norma prevista no art. 1112.º do CCivil não está apta a regulamentar esta questão. Mas não o está, quanto a nós, porque o senhorio cujo consentimento ali se dispensa não é o mesmo senhorio do contrato em estudo, pela já por várias vezes assinalada razão de este ser agora um empresário. Neste sentido, compreende-se que o promotor / gestor tenha interesses atendíveis em se opor à transmissão, quando esta comprometa de alguma forma a sua estratégia para o centro comercial. O que nos coloca as maiores reservas é dar-se carta-branca ao gestor para inviabilizar o negócio em vista pelo lojista sem qualquer razão atendível. É que – importa sublinhar – os fundamentos em que assenta o regime art. 1112.º do Ccivil não desapareceram por completo no contrato de cedência de loja: ainda existe, neste novo contrato, um arrendatário empresário que tem expectativas legítimas de vir a realizar o valor investido na empresa que constituiu, incluindo nela o imóvel.

⁵⁸ Antunes Varela, últ. ob. cit., págs. 371 e 372.

Ora, nesta linha de raciocínio, o desafio que este caso específico coloca é o de conciliar os legítimos interesses do gestor que conflituam com os (também) legítimos interesses do lojista.

A esse desafio responde Cassiano dos Santos, com assinalável simplicidade, diríamos, baseando-se no princípio geral do art. 335.º, n.º 1 do Ccivil, nos termos do qual *“havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes,”* princípio esse que tem expressão, no âmbito do Direito Comercial, no art. 11.º do DL n.º 149/95, do regime jurídico do contrato de locação. Essa norma, conforme esclarece o autor, tem por base justamente dois interesses similares ao do caso que nos ocupa e dá relevo, através da remissão para o regime previsto no art. 1112.º do Ccivil, ao interesse na circulação e na transmissão da empresa. Porém, *“na medida em que essa solução possa pôr em crise o interesse ponderoso do outro contraente, paralisa essa regra: se o locador tiver fundada razão para entender que o cessionário da empresa e do contrato de locação financeira não oferece garantias bastantes à execução do contrato, pode obstar à transmissão.”*⁵⁹ Neste caso, não há transmissão, mas se a oposição do locador não for devidamente fundada, o locador terá a obrigação de indemnizar o locatário. Assim, na medida em que há um paralelismo evidente entre a hipótese pressuposta pela norma do art. 11.º do DL n.º 149/95 e a relação entre gestor e lojista, sustenta o autor que a mesma pode aplicar-se por analogia a este caso, concluindo, com inteira razão, que *“à transmissão da posição de arrendatário no contrato que tem por objecto a loja em centro comercial se aplica o regime do art. 1112.º do Ccivil, com as limitações decorrentes do concurso da faculdade de oposição prevista no n.º 3 do art. 11.º do DL. N.º 149/95,”*⁶⁰ desde que devidamente fundamentada.

Demonstra-se, com o que se acaba de expor, não só o desacerto dos resultados práticos que se apuram, quer no âmbito da doutrina da atipicidade, quer no âmbito da teoria do arrendamento, como também a conveniência e aptidão de que se reveste o entendimento que sufragamos quando aplicado à concreta realidade suscitada pelo contrato de cedência de loja em centro comercial.

Acompanhando muito de perto o autor, podemos agora concluir que o regime do contrato há-de ser encontrado através das seguintes linhas orientadoras: partir da sua base

⁵⁹ Cassiano dos Santos, últ. ob. cit., pág. 14.

⁶⁰ Cassiano dos Santos, últ. ob. cit., pág. 14

arrendatícia e, nessa medida, aplicar o regime do arrendamento comercial; atender ao conflito de interesses presentes neste novo contrato e, sempre que este diverja dos tipicamente pressupostos na regulamentação do arrendamento, desaplicar as soluções deste regime com vista a encontrar outras regras, através da analogia ou da integração de lacunas; sopesar, por fim, o desequilíbrio de forças de que partem cada um dos contraentes, aplicando soluções de outros regimes do ordenamento jurídico através dos quais se opera uma tutela da parte mais fraca, regimes esses de que é exemplo o previsto para as cláusulas contratuais gerais.

Cremos, pois, que na falta de um regime positivo, este é o caminho que se impõe na procura de soluções verdadeiramente ajustadas à dinâmica de interesses em jogo.

4. Conclusão

É tempo de tecermos as nossas considerações finais.

Não se justificando repetir nesta sede o que ficou já suficientemente claro quanto à nossa posição sobre as matérias abordadas, sempre se dirá, em jeito de síntese, que, pelas razões oportunamente expostas, nos afastamos firmemente quer da teoria da atipicidade do contrato de cedência de loja em centro comercial quer da tese do arrendamento. E fazemo-lo justamente porque há, entre a nossa ilustre doutrina, quem tenha convincentemente demonstrado que é outro o caminho a percorrer na procura de soluções justas e equilibradas para os concretos problemas suscitados.

Isto implica forçosamente considerar que a nossa jurisprudência, porque apoiada na tese da atipicidade, não tem sabido responder de forma conveniente ao desafio que esta realidade reclama do direito e que, numa palavra, se resume em atender adequadamente aos novos interesses do senhorio empresário, sem que, com isso, se descure a necessária e devida protecção do lojista.

A posição preponderante que os centros comerciais assumem na actividade comercial, enquanto poderosos instrumentos de concentração do comércio, tem como reverso uma posição de enorme desvantagem ocupada pelos lojistas comerciantes, em especial os mais *pequenos*, cabendo ao direito tutelar essas situações de abuso de posições de supremacia. Neste sentido, cremos que uma intervenção legislativa nesta matéria, atenta a todas as dimensões apontadas do problema, só peca por tardia. Até lá, cabe aos nossos tribunais a árdua tarefa de avaliar, a cada passo, o sentido e o resultado prático das suas decisões, ao ponto de colocar de lado, se necessário, as mais elaboradas e admiráveis construções dogmáticas, sempre que estas conduzam, como tem acontecido nesta matéria, a resultados que atentem contra a mais elementar justiça. Sublinhe-se, porém, que a jurisprudência não se encontra isolada nessa tarefa: pode – e deve – apoiar-se em doutrina igualmente autorizada, como é exemplo a que sufragamos no presente estudo, que, na lúcida argumentação de quem nunca perdeu de vista a concreta realidade que cumpre regular, ilumina o correto caminho a percorrer.

Bibliografia

- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, Almedina, 1996, págs. 321 e 322.
- Ascensão, José Manuel de Oliveira, *Integração empresarial e Centros Comerciais*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XXXII, 1991.
- Fonseca, Hugo Duarte, *Sobre a Atipicidade dos Contratos de Instalação de Lojistas em Centros Comerciais*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXX, 2004, pág. 695 - 766
- Furtado, Jorge Pinto, *Manual do Arrendamento Urbano*, Coimbra, 1996
- Furtado, Jorge Pinto, *Os Centros Comerciais e o seu Regime Jurídico*, Almedina, 1998
- Furtado, Jorge Pinto, *Vinculismo Arrendatício – Origens, Características e Tendência Evolutiva*, Tribuna da Justiça, n.º 2, 1990
- Leitão, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. III, Almedina, 2014, 9.ª edição
- Santos, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial Português, Dos Actos de Comércio às Empresas: o Regime dos Contratos e Mecanismos Comerciais no Direito Português*, Vol. I, Coimbra Editora
- Santos, Filipe Cassiano dos, *O Contrato de Instalação de Lojista em Centro Comercial (e a aplicação do artigo 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão)*, Cadernos de Direito Privado, n.º 24, Braga, 2008
- Telles, Inocêncio Galvão, *Contratos de Utilização de Espaços nos Centros Comerciais*, O Direito, Ano 123.º - IV, 1991
- Varela, João de Matos Antunes, *Os Centros Comerciais (Shopping Centers)*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Ferrer Correia, II, 1989
- Varela, João de Matos Antunes, comentário aos acórdãos S.T. J., 24-03-92, T. R. L., 22-10-92, T.R.L., 18-03-93, S. T. J., 26-04-94, S. T. J., 01-02-95, Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 128, n.º 3858 e 3859 (1996), n.º 3861, p. 368-373; Ano 129, n.º 3863 (1996), págs. 49-60; n.º 3866, págs. 142-152; n.º 3867, págs. 172-181; n.º 3868, págs. 203-214

- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos de Utilização de Lojas em Centros Comerciais*, Revista da Ordem dos Advogados, 56.º, 1996,