

**ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO STJ
DE 13 DE SETEMBRO DE 2007
O PROBLEMA DA QUALIFICAÇÃO E REGIME DOS
CONTRATOS DE INSTALAÇÃO DE LOJISTA EM
CENTRO COMERCIAL**

Ana Afonso

O caso submetido ao julgamento do Supremo Tribunal de Justiça recoloca o problema da qualificação e definição do regime jurídico dos contratos de exploração de loja em centro comercial. Apesar de não se tratar de um problema recente, e que foi já amplamente debatido pela doutrina e pela jurisprudência, justifica-se mais uma vez a respectiva análise. Assim, propomo-nos abordar aqui as questões conexas com o tema, que foram concretamente objecto de litígio perante o Supremo Tribunal.

1. QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO

A primeira das questões suscitadas diz respeito à qualificação dos contratos de instalação de lojista em centro comercial, concretamente dos contratos celebrados entre “Empresa-A” e sociedades do “Grupo Sonae”, mediante o qual a primeira acede à exploração de espaço em centros comerciais edificados e explorados pelas segundas. É possível reconduzir tais contratos ao figurino típico do arrendamento, como pretendia a lojista ou, ao invés, enxertam-se nestes contratos regras que comprometem tal recondução e acarretam a respectiva qualificação de atipicidade, como defendido pela proprietária e gestora dos centros comerciais?

Como é referido no Acórdão do Supremo, hoje é praticamente adquirido que o contrato de instalação de lojista em centro comercial, posto que se trate verdadeiramente de realidade empresarial qualificável como centro comercial, constitui um contrato atípico¹. Na verdade, e a

¹ Com efeito, tem vindo a ser decidido pela jurisprudência portuguesa e sustentado pela larga maioria da doutrina que o contrato de utilização de loja em centro comercial constitui contrato atípico, visto não corresponder exactamente a nenhum dos tipos le-

gais previstos e regulados. Assim, na doutrina, ver: ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de Abril de 1984*, RLJ, ano 122º, pp. 62 e ss., *Os centros comerciais (shopping centers)*, in «Estudos em homenagem ao Professor Doutor A. Ferrer Correia», vol. II, Coimbra, 1989, pp. 43 e ss., *Centros comerciais (shopping centers) – Natureza jurídica dos contratos de instalação dos lojistas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, *Anotação a um conjunto seleccionado de acórdãos do STJ*, RLJ, ano 128º, pp. 315 e ss, e ano 129º, pp. 49 e ss., *Anotação ao Acórdão de 20 de Janeiro de 1998*, RLJ, ano 131º, pp. 143 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração empresarial e centros comerciais* RFDUL, XXXII (1991), pp. 29 e ss., *Lojas em centros comerciais – integração empresarial – forma*. *Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de Março de 1992*, ROA, ano 54º (Dezembro de 1994), pp. 819 e ss., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos de utilização de lojas em centros comerciais – Qualificação e forma*, separata da ROA, ano 56º, II, (Agosto de 1996), pp. 535 e ss.; ARTUR CORREIA, *A organização de espaços comerciais em regime de propriedade horizontal*; ROA, ano 58º (Dezembro de 1998), pp. 1341 e ss.; PEDRO MALTA DA SILVEIRA, *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos – Os centros comerciais como realidade juridicamente relevante*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 151 e ss.; LEBRE DE FREITAS, *Da impenhorabilidade do direito do lojista de centro comercial*, ROA, ano 59º (Janeiro de 1999), pp. 50-59; RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 160 e ss.; ARAGÃO SEIA, *Arrendamento urbano – anotado e comentado*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 627 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações – Contratos*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 290-291, HUGO DUARTE FONSECA, *Sobre a atipicidade dos contratos de instalação de lojistas em centro comercial*, BFD, LXXX, 2004, pp. 706 e ss., e JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Contratos mistos (união de contratos). Os centros comerciais (Shopping centers). Problemática e soluções*, RFDUP, ano III, 2006, Coimbra Editora, pp. 367 e ss. Esta é também a posição por nós sustentada em *Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais – Qualificação e regime jurídico*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003 e em *Contrato de utilização de loja em centro comercial. Direito de resolução pelo lojista em caso de insucesso do centro comercial*, Direito e Justiça, t. II, vol. XIX (2005), pp. 49 e ss. Na jurisprudência ver, designadamente, o Acórdão do STJ de 25 de Janeiro de 1990, in <http://www.dgsi.pt>; o Acórdão do STJ de 6 de Dezembro de 1990, in <http://www.dgsi.pt>; o Acórdão do STJ de 17 de Janeiro de 1991, CJ, ano XVI, t. I, p. 133; o Acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Março de 1993, CJ, ano XVIII, t. II, p. 115; o Acórdão do STJ de 26 de Abril de 1994, ano II, t. II, p. 59; o Acórdão do STJ de 24 de Outubro de 1996, BMJ, n.º 460, p. 742; o Acórdão do STJ de 18 de Março de 1997, CJ-ASTJ, ano V, t. II, p. 26; o Acórdão da Relação de Lisboa de 8 de Abril de 1997, CJ, XXII, t. II, p. 91; o Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Novembro de 1997, CJ, XXII, t. V, p. 77; o Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1998, CJ-ASTJ, ano VI, t. I, p. 15; o Acórdão do STJ de 4 de Maio de 2000, AJ, ano IV, n.º 37-38, p. 18, o Acórdão do STJ de 28 de Setembro de 2000, CJ-ASTJ, ano VIII, t. III, p. 49; o Acórdão da Relação do Porto de 6 de Novembro de 2001, CJ, t. V, p. 172; o Acórdão do STJ de 11 de Abril de 2002, in

despeito de em tal contrato estarem presentes os elementos essenciais do arrendamento comercial – cedência do gozo de um espaço, mediante retribuição, para o exercício de actividade comercial – não é possível, sem intolerável desconsideração da realidade subjacente, subalternizar os outros elementos também integrantes do contrato em análise.

Partindo da realidade empírica, cumpre referir que, como é sobejamente conhecido, o centro comercial constitui um complexo imobiliário composto por espaços individualizados que se destinam à exploração de actividades de comércio a retalho e de prestação de serviços, variadas e intercomplementares, e por espaços comuns, concebidos e organizados de modo a tornar o centro um local apazível para o comércio. Duas notas essenciais permitem, pois, a caracterização do centro comercial na sua individualidade específica: a concentração racionalizada de uma pluralidade diversificada de unidades comerciais, conforme um plano unitário, e o carácter multifuncional, que, aliando o consumo ao lazer, visa funcionar como factor atractivo do potencial comprador².

www.dgsi.pt; o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Maio de 2003, *in* <http://www.dgsi.pt>; o Acórdão do STJ de 30 de Setembro de 2003, *in* <http://www.dgsi.pt>; o Acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Janeiro de 2005, CJ, t. I, p. 91; o Acórdão da Relação do Porto de 3 de Março de 2005, *in* <http://www.dgsi.pt>; o Acórdão da Relação do Porto de 12 de Abril de 2005, *in* <http://www.dgsi.pt>; o Acórdão do STJ de 23 de Janeiro de 2007, *in* <http://www.dgsi.pt>; o Acórdão da Relação de Lisboa de 24 de Maio de 2007, *in* <http://www.dgsi.pt>; o Acórdão do STJ de 5 de Julho de 2007, *in* <http://www.dgsi.pt>. Alguns Autores defendem, todavia, que estamos perante típicos arrendamentos comerciais ou, quando muito, em face de um contrato misto de arrendamento para comércio e prestação de serviços. Neste sentido, GALVÃO TELLES, *Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais*, O Direito, ano 121º, III, 1989, pp. 431-442, e *Utilização de espaços nos "shopping centers" – Parecer*, *cf* a col. de Januário Gomes, CJ, ano XV, t. II, 1990, pp. 15 e ss.; PINTO FURTADO, *Vinculismo arrendatício – origens, características e tendência evolutiva*, Revista Tribuna da Justiça, 1990, n.º 2, pp. 51-52, *Os centros comerciais e o seu regime jurídico*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 24 e ss., e *Manual do arrendamento urbano*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 151 e ss.; COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade – As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 320-324; RUI RANGEL, *Espaços comerciais – Natureza e regime jurídico dos contratos de utilização*, Edições Cosmos, Lisboa, 1998, pp. 67 e ss. Para a defesa deste entendimento na jurisprudência, ver o Acórdão da Relação de Lisboa de 17 de Janeiro de 1991, CJ, ano XVI, t. I, p. 141, e o Acórdão do STJ de 26 de Novembro de 1992, BMJ, n.º 421, p. 435.

² Sobre o conceito de centro comercial e a sua diferenciação de realidades afins ver, por todos, na doutrina portuguesa, PEDRO MALTA DA SILVEIRA, *op. cit.*, pp. 73-105. A Lei n.º 12/2004, de 30 de Março, que estabelece o regime de autorização a que estão

No que diz respeito à relação contratual estabelecida entre o empreendedor ou gestor do centro comercial e cada um dos lojistas, esta é composta por um complexo de direitos e obrigações que se traduzem essencialmente naquilo que se segue. Ao lojista é cedida a utilização de um espaço vazio para que aí exerça uma actividade comercial nos termos previamente definidos pela gestora. Como contrapartida da utilização do espaço, o lojista deve satisfazer uma retribuição fixa, que constitui apenas um mínimo, posto que lhe acresce o pagamento de uma retribuição variável, fixada por referência a uma percentagem do valor da facturação bruta mensal, que só é devida na parte em que exceda o valor da parcela fixa, e que corresponde ao pagamento dos serviços de gestão que a entidade responsável pelo conjunto se obriga a prestar. A tais encargos pecuniários, acresce a obrigação de o lojista contribuir para as despesas de manutenção e funcionamento do centro comercial (limpeza, segurança, promoção, animação), além do pagamento de uma quantia inicial, designada por “reserva de ingresso”, a título de remuneração pelo acesso ao empreendimento de conjunto, cuja criação envolveu a realização de estudos de viabilidade e de pesquisa de mercado. Por seu turno, a gestora vincula-se a zelar pela manutenção e promoção do centro comercial, orientando a respectiva política comercial, conforme as necessidades do mercado, e a participar nas despesas promocionais e publicitárias do centro comercial. A gestão do centro comercial constitui, pois, não só um direito, mas também um dever, que é composto pela necessidade de fiscalizar o cumprimento das regras de funcionamento por todos. O lojista obriga-se, naturalmente, a desen-

sujeitas a instalação e a modificação de estabelecimentos comerciais e a instalação de conjuntos comerciais, define, no seu art. 3º, al. g), o conceito de «conjunto comercial» como o “empreendimento planeado e integrado, composto por um ou mais edifícios nos quais se encontra instalado um conjunto diversificado de estabelecimentos de comércio a retalho e de prestação de serviços quer sejam ou não propriedade ou explorados pela mesma entidade, que preencha cumulativamente os seguintes requisitos: disponha de um conjunto de facilidades concebidas para permitir a uma mesma clientela o acesso aos diversos estabelecimentos; seja objecto de uma gestão comum responsável, designadamente pela disponibilização de serviços colectivos, pela instituição de práticas comuns e pela política de comunicação e animação do empreendimento”. Como nota ANTÓNIO VIGÁRIO, *A autorização administrativa para implantação comercial*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 73-75, estão aqui em causa os centros comerciais, adoptando-se uma fórmula mais abrangente de modo a evitar os equívocos a que se presta a noção de centro comercial.

volver a sua actividade nos termos previamente acordados, sujeitando-se, caso contrário, ao pagamento de “multas” ou também à resolução do contrato. Conquanto a exploração do respectivo espaço seja assumida individualmente, isto é, o lojista actua por sua própria conta e risco, pelo facto de se integrar numa organização colectiva, vê-se forçado a abdicar de alguma autonomia e a obedecer a regras gerais de funcionamento e organização do centro comercial, constantes de um regulamento interno.

Do que brevemente se vem de expor é possível inferir que apesar de a cedência do gozo de um espaço ter um papel de relevo na economia do contrato, papel este que não deve ser subvalorizado, estão presentes outros elementos igualmente relevantes os quais, quanto a nós, comprometem a correspondência perfeita à imagem global fornecida pelo tipo legal do arrendamento para o comércio. Com efeito, a gestora do centro comercial não se exonera com o simples proporcionar o gozo de um espaço, vinculando-se igualmente a prestar um determinado conjunto de serviços, o que se traduz numa vantagem na perspectiva da promoção da actividade comercial do lojista. O “local” cujo gozo se proporciona reveste-se de especificidade, porquanto está inserido num conjunto vocacionado para a prática do comércio, permitindo ao lojista beneficiar de uma economia de escala e aceder a um tipo de benefícios ou vantagens (publicidade e comodidades capazes de atraírem a clientela para o local) que, actuando isoladamente, não lograria realizar. O promotor do centro comercial arrisca-se, pois, numa actividade de organização e gestão de um espaço afecto ao exercício do comércio. A cedência do gozo de espaços para o exercício de actividades comerciais não é feita numa perspectiva de mera fruição estática da renda obtida. O promotor envolve-se dinamicamente na sorte de cada estabelecimento comercial e isto não só na medida em que lhe é reconhecida a possibilidade de auferir uma percentagem do lucro da cada loja, mas também na medida em que presta serviços diversos com o objectivo de incrementar esse lucro. Cada lojista é titular da respectiva empresa comercial – cada uma das lojas cumpre uma função económica própria, exercendo autonomamente uma actividade comercial³, mas o promotor é também,

³ É possível, com efeito, identificar na titularidade de cada lojista um complexo organizado e heterogéneo de meios para o exercício de uma actividade mercantil, com individualidade própria. Além de ser o lojista quem cria e implementa tais meios, assumindo o risco da respectiva organização, ele desenvolve um papel fundamental na captação da respec-

ele próprio, titular de uma empresa. Tudo isto não implica, porém, necessariamente, que se deva reconduzir o contrato à categoria de “integração empresarial”. O lojista mantém a sua individualidade jurídica e também a suficiente autonomia económica para que não se possa falar de subordinação ou dependência relativamente ao promotor. Aquele renuncia, é certo, a uma parcela maior ou menor da sua autonomia como contrapartida de um aumento da respectiva capacidade lucrativa, mas sem que, regra geral, se possa reconhecer a integração económica numa empresa de conjunto. Esta pode ou não existir consoante resulte ou não do contrato que o gestor se vincula a realizar tal integração e que a ela tenha direito o lojista.

A gestora e os lojistas partilham um objectivo comum de atracção de clientela para o centro comercial, concertando as suas actividades para alcançar tal objectivo. O lojista empenha-se em exercer uma actividade comercial lucrativa, ciente de que faz parte de um conjunto cujo sucesso global potencializa o seu próprio sucesso. A gestora participa nos lucros da actividade do lojista, cuidando de realizar determinados serviços de gestão que passam, entre outros, por definir rigorosamente as coordenadas da actuação do lojista. Os seus interesses permanecem portanto ligados durante a vida do contrato. Este pode assim, segundo cremos, inscrever-se na categoria dos contratos de cooperação⁴. A re-

tiva clientela. Esta é também atraída pela marca comercializada, pela simpatia e formação dos vendedores, pela decoração da loja, pela relação preço qualidade dos produtos, e não exclusivamente pela “empresa de conjunto”. À margem da discussão doutrinária sobre constituir ou não a clientela elemento do estabelecimento comercial, a atenção devida a tal factor, pode ajudar-nos a concluir pela presença de um estabelecimento comercial. Para mais desenvolvimentos, ver a nossa, *Os contratos..., cit.*, pp. 217 e ss. A propósito da ligação entre clientela e estabelecimento comercial, ver COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade..., cit.*, pp. 45 e ss., que recusa a perspectiva de se considerar a clientela como componente ou até qualidade do estabelecimento comercial.

⁴ Esta é a perspectiva que já defendemos na nossa dissertação de mestrado, atrás citada, pp. 148 e ss. A propósito da definição desta categoria contratual deixamos aí dito que ela é feita, usualmente, por referência à categoria dos contratos de troca ou comutativos, de forma a melhor evidenciar os seus traços característicos. Assim, se nos contratos de troca cada uma das partes prossegue uma vantagem egoísta, um fim próprio e exclusivo, que espera satisfazer com a prestação da outra parte, servindo o contrato para realizar o ponto de convergência de declarações de vontade opostas, já nos contratos de cooperação as partes prosseguem um fim comum, concertando as suas actividades para a obtenção do mesmo, dado que todos beneficiam da actividade desenvolvida. Neste sentido e sobre esta distinção, ver RAUL VENTURA, *Associação em participação*, BMJ,

lação contratual que se estabelece entre o promotor/gestor do centro comercial e o lojista apresenta a estrutura da troca, na medida em que se verifica a cedência do uso de um espaço que tem como correspondente uma retribuição. Há dois fins opostos que convergem na celebração do acordo, cuja execução confere à outra parte uma vantagem, um gozo imediato. Mas há também uma estrutura associativa ou de cooperação: a prestação do serviço de gestão do centro comercial e o exercício da actividade comercial do lojista visam, cada uma por si, e globalmente, a obtenção do maior volume de vendas, o qual passa necessariamente pela captação de clientela para o centro comercial.

Estamos assim perante “contratos atípicos mistos”⁵. Ocorre uma deformação “por excesso” do tipo legal arrendamento para o exercício do comércio: os contraentes partem, é certo, da celebração de um contrato de cedência do gozo de um espaço para o exercício de uma actividade comercial, mas este é adaptado aos interesses e características específicas do centro comercial. Legalmente atípica, esta espécie contratual corresponde já a um “tipo social” posto que estamos perante

n.º 189, pp. 88-89, ENZO ROPPO, *O contrato* (tradução de Ana Coimbra e Januário Gomes), Almedina, Coimbra, 1988, p. 83, MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 166 e ss., FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 520 e ss., e PAULO DE VASCONCELOS, *O contrato de consórcio no âmbito dos contratos de cooperação entre empresas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 147 e ss. No fundo, como explica FERREIRA DE ALMEIDA, pp. 521-522 e 533-534, quer na classe troca, quer na classe cooperação, há bilateralidade na relação entre custos e vantagens; simplesmente, ao passo que na troca há uma divergência entre o escopo global do acto e as finalidades pessoais, na cooperação esses objectivos coincidem.

⁵ Esta expressão é utilizada por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 211 e ss. e 226 e ss., para classificar aqueles esquemas negociais que, como o nosso, não correspondem a uma fórmula inteiramente nova e original, mas são antes uma deformação “por excesso” ou “por defeito” dos tipos legais já existentes. Como assinala ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio jurídico indirecto, (teoria geral)*, BFD, suplemento X, Coimbra, 1952, p. 71, o exercício da autonomia privada dificilmente conduz à criação de um esquema inteiramente novo para o Direito. Também neste sentido, ALBALADEJO, *Derecho Civil, II – Derecho de Obligaciones*, 10ª edição, Bosch, Barcelona, 1997, p. 410 e RODOLFO SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, RTDPC, ano XX (1966), p. 793. Ver ainda FRANCESCO MESSINEO, s.v. «contratto innominato (atípico)», in *Enciclopedia del Diritto*, X, p. 98, DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, RDCiv., ano V (1959), 1ª parte, p. 426, e FERNANDO GALVÃO TELES, *União de contratos e contratos para-sociais*, ROA, ano 11, p. 38.

um esquema suficientemente consolidado, na sua autonomia, pela prática negocial e também pela doutrina e pela jurisprudência⁶.

Depois deste excursus, necessariamente breve, voltamos à questão inicialmente colocada: na hipótese submetida à apreciação do Supremo, estavam presentes os elementos susceptíveis de identificar a existência de um centro comercial e a atipicidade do contrato de utilização de loja celebrado entre «Empresa-A» e o as sociedades do «Grupo Sonae»?

Tendo em conta aquilo que deixamos exposto e os dados de facto fornecidos pelo Acórdão, julgamos que se trata de contrato atípico de instalação de lojista em centro comercial. A lojista alega, em benefício da sua tese de arrendamento, que foi ela própria quem construiu o respectivo estabelecimento comercial, sem que se verificassem os pressupostos da integração empresarial e inexistindo uma relação de direcção vertical centro comercial / lojistas. Ora, como nota o Supremo, a gestora não tem o dever de interferir directamente na gestão de cada loja, nem é adequado que o faça, cabendo-lhe sim controlar o cumprimento daquilo que foi acordado contratualmente e garantir que, quer as outras lojas, quer os espaços comuns, funcionam conforme definido no regulamento interno. Cada lojista cria por sua própria conta e risco o respectivo estabelecimento comercial; à gestora cabe criar um complexo privilegiado para o comércio e mantê-lo em adequado funcionamento, ligando-se à sorte de todos e de cada um dos estabelecimentos comerciais.

⁶ Como é sabido, o conceito de “tipo social” serve à doutrina para designar aquelas estruturas negociais não reconhecidas pelo legislador como tipo legal, mas estabilizadas na prática e reconhecidas com autonomia pela doutrina e jurisprudência, que, “pela sua frequência e difusão, adquiriram uma fisionomia bem delineada”. Assim, EMANUELA GIACCOBE, *Atipicità del contratto e sponsorizzazione*, RDCiv., ano XXXVII (1991), 2ª parte, p. 403. Ver também, na doutrina italiana, GIOVANNI B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milão, 1966, pp. 221 e ss., GIORGIO DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Pádua, 1974, pp. 23 e 100, MARIA COSTANZA, *Il contratto atipico*, Giuffrè, Milão, 1981, pp. 6-9 e 274, e GIOVANNI DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, RDCiv., ano XXX (1984), pp. 777 e ss. Entre nós, cfr., nomeadamente, MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, pp. 166 e ss., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., pp. 59 e ss., e ANTÓNIO PAYAN MARTINS, *O contrato de patrocínio – Subsídios para o estudo de um novo tipo contratual*, Direito e Justiça, vol. XII, 1998, t. 2, p. 209.

2. A APLICAÇÃO DA LEI DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Uma vez que estamos perante um contrato atípico, o regime dos contratos de utilização de loja em centro comercial há-de buscar-se nas estipulações convencionais definidas pelos contraentes, balizadas, naturalmente, pelas normas legais. A atipicidade não constitui, evidentemente, óbice à aplicação das regras gerais relativas aos contratos, e mesmo aos negócios jurídicos em geral, como também das regras legais que se aplicam a uma categoria contratual na qual aquele se possa enquadrar⁷, ou ainda as regras legais aplicáveis em função do modo de celebrar o contrato. Concretamente, integra-se neste último grupo, o regime legal dos contratos de adesão, que se nos afigura aplicável à espécie contratual em apreço⁸.

⁷ Os contratos “atípicos mistos” – contratos celebrados com referência a tipos legais que são misturados ou modificados –, ainda que possam contar com a importante contribuição dos tipos de referência para a sua disciplina (em todo o caso diversa daquela que fornecem a um contrato típico), não deixam de colocar os específicos problemas de determinação do seu regime concreto que caracterizam os contratos atípicos e que justificam a sua integração nesta classe. Neste sentido, considerando que os contratos mistos são necessariamente atípicos, ver PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., pp. 213-214, e RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, pp. 48-49. Na doutrina italiana, também classificam o contrato misto como atípico: LA LUMIA, *Contratti misti e contratti inominati*, Riv. Dir. Comm., vol. X (1912), I, pp. 719 e ss.; EMANUELA GIACOBBE, *op. cit.*, p. 423, e BRUNO MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, pp. 45 e 51. Sobre o problema da aplicação das normas que compõem o regime dos “tipos legais de referência” aos contratos de centros comerciais, cfr. a nossa *op. cit.*, pp. 235 e ss., e Autores aí citados.

⁸ Referimo-nos, evidentemente, ao decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, tal como alterado pelo decreto-lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, pelo decreto-lei n.º 249/99, de 7 de Julho, e pelo decreto-lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro. Mais do que de lei das cláusulas contratuais gerais, deve hoje falar-se de lei dos contratos de adesão, posto que o âmbito de aplicação do regime definido pelo decreto-lei n.º 446/85, inicialmente delimitado pelas “cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente a subscrever ou a aceitar”, foi, posteriormente (com a entrada em vigor do decreto-lei n.º 249/99), alargado às “cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”. Para MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 512 e 530 a 533, o legislador terá ido longe demais porquanto o alargamento abrange todos

Além de subscrever um documento do qual constam as condições particulares do contrato a que se vincula, cada lojista “adere” igualmente às cláusulas gerais desse mesmo acordo, obrigando-se a respeitar um regulamento de funcionamento e utilização do centro comercial. Estas regras gerais são previamente elaboradas pelo promotor do centro comercial e apresentadas aos lojistas sem possibilidade de qualquer negociação ou discussão⁹. O lojista tem a liberdade de celebrar ou não

os contratos pré-formulados, sem se restringir aos contratos concluídos com consumidores, categoria de sujeitos relativamente à qual se impunha o alargamento, quer em virtude da orientação comunitária a propósito definida (cfr. Directiva n.º 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993, “relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores”, cujo dever de transposição, neste domínio, já se encontrava cumprido, aliás, pela lei de defesa do consumidor), quer porque apenas em relação a esta categoria de sujeitos se justificava tal cautela acrescida. Somente a presença de consumidores justifica, segundo o Autor, aplicar o regime de protecção no domínio dos contratos pré-formulados, postulando uma interpretação restritiva do art. 1.º, n.º 2, da lei das cláusulas contratuais gerais. Em contrapartida, PINTO MONTEIRO, *O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais*, ROA, 2002, pp. 117-118 e 130 e ss., acolhe a amplitude da alteração introduzida pelo decreto-lei n.º 249/99 (num sentido, aliás, já anteriormente por si professado) e defende que se justifica aplicar as soluções da lei a todos os contratos de adesão, ainda que celebrados entre empresários, com a ressalva da acção inibitória, que, pela sua própria natureza, pressupõe cláusulas contratuais gerais. Como destaca o Autor, é, fundamentalmente, a pré-elaboração das cláusulas e a ausência de negociações que justificam as medidas de controlo. SOUSA RIBEIRO, *O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre cláusulas abusivas*, in «Direito dos Contratos – Estudos», Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 190 e ss., exclui também uma aplicação restrita do diploma aos contratos individualizados celebrados com os consumidores. Segundo este Autor, o n.º 2 do art. 1.º, decreto-lei n.º 446/85, tem portanto um âmbito subjectivo idêntico ao n.º 1, da mesma norma. Para uma análise dos problemas de ajustamento de regime resultantes da extensão aos contratos individualizados, ver, *idem, ibidem*, pp. 195 e ss. Também FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos – Conceito – Fontes – Formação*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 178 a 179, refere a necessidade de o intérprete ser cauteloso na aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais aos contratos de adesão individualizados. Sobre a aplicação da lei das cláusulas contratuais gerais ao contrato de centros comerciais, cfr. a nossa *op. cit.*, pp. 32 e ss. Para uma aplicação jurisprudencial, cfr. o Acórdão da Relação do Porto de 6 de Novembro de 2001, CJ, ano XXVI, t. V, p. 172 e o Acórdão do STJ de 11 de Abril de 2002, in <http://www.dgsi.pt>. Na doutrina brasileira, considera que os contratos de instalação de lojista em centros comerciais são contratos de adesão, CLÁUDIO SANTOS, *A locação de espaços em “shopping centers”*, Revista dos Tribunais, ano 81, Junho de 1992, vol. 680, p. 15.

⁹ Como notam FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*, p. 162, e ALMENO DE SÁ, *Cláu-*

o contrato, podendo negociar as respectivas condições particulares – o prazo de duração do contrato; a prestação pecuniária a satisfazer pela utilização da loja e a especificação dos produtos a vender ou dos serviços a prestar na sua unidade – mas, em princípio, está-lhe vedado o poder de negociar as regras atinentes à fixação de direitos e obrigações dos lojistas perante a entidade gestora do centro e às condições de funcionamento e organização do complexo comercial.

A redacção destas regras gerais visa satisfazer um interesse legítimo da gestora do centro na consecução do seu funcionamento de uma forma harmónica. A vinculação dos utilizadores dos espaços a respeitar as mesmas regras de organização e de funcionamento e também dos mesmos deveres perante a entidade gestora previne, desde logo, desequilíbrios e conflitos comprometedores do bom funcionamento do conjunto. Por outro lado, a utilização de cláusulas previamente definidas de um modo unilateral e apresentadas à contraparte sem possibilidade de discussão levanta o problema, já bem conhecido e sobejamente evidenciado, de facultar a inserção no acordo de cláusulas desconhecidas ou com um conteúdo abusivo e injusto¹⁰. A necessidade de tutela do aderente prende-se com a posição de inferioridade que este ocupa na relação contratual, em virtude da circunstância de a iniciativa da pré-determinação das cláusulas caber à contraparte. Sendo certo que, nos contratos de centros comerciais, não se verificam as circunstâncias usualmente assinaladas como constitutivas da posição de debilidade do aderente, nomeadamente, a necessidade de contratação, a falta de conhecimento ou a ingenuidade, e de uma correspondente posição de

sulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas, Almedina, Coimbra, 2005, p. 214, essencial para que de cláusulas contratuais gerais se possa falar não é a indeterminação dos sujeitos ou situações, mas sim a generalidade, isto é, cabem naquele conceito também as cláusulas estipuladas para uma pluralidade determinada de situações ou destinatários.

¹⁰ Evidencia os perigos específicos desta modalidade contratual “*«degenerada»* – de cuja natureza contratual, aliás, se chega mesmo, por vezes, a duvidar”, PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, ROA, ano 46º (1986), pp. 742 e 744. O “défice informativo e volitivo” que caracteriza a posição do aderente não impede a qualificação contratual nem retira fundamento negocial às cláusulas contratuais gerais; implica, todavia, o recurso a “um regime diferenciado no interior do direito dos contratos”. Cfr. SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 284-285.

supremacia da contraparte, o lojista não deixa de ocupar aquela posição de inferioridade que deriva do facto de não participar na modelação do conteúdo do contrato¹¹. A disparidade de poder resultante da própria utilização das cláusulas, aliada à generalização das condições negociais oferecidas neste sector de mercado, tornam inexigível para o lojista, seguindo o critério de SOUSA RIBEIRO, uma “conduta negocial de activa defesa” face às pretensões do promotor do centro comercial¹².

O conhecimento e a justeza do conteúdo de cláusulas que tenham sido elaboradas sem prévia negociação individual são objecto de tutela adequada pela legislação portuguesa. Atento o exposto, justifica-se plenamente aplicar este regime de tutela ao lojista de centro comercial. Assim, embora a força obrigatória do regulamento interno tenha um fundamento negocial, a sua eficácia ficará dependente do conhecimento e acordo do lojista e do controlo especial de conteúdo decorrente da aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais.

No que se refere ao perigo de défice informativo do lojista aderente, há que averiguar se este ficou devidamente prevenido na hipótese em apreço, isto é, se os deveres de comunicação e informação impostos ao utilizador de cláusulas contratuais gerais (cfr. arts. 5º e 6º, decreto-lei n.º 446/85) foram ou não cumpridos pela sociedade gestora do centro comercial. A obrigação de o predisponente das cláusulas gerais proporcionar à contraparte um conhecimento completo e efectivo fica cumprida quando tais cláusulas são comunicadas com antecedência adequada

¹¹ MOTA PINTO, *Contratos de adesão – Uma manifestação jurídica da moderna vida económica*, RDES, ano XX, 2-3-4, p. 121, nota a este propósito que a prévia modelação do conteúdo do contrato por uma das partes permite-lhe “circunscrever os limites das suas vinculações e prever todas as eventualidades e vicissitudes na execução do contrato”. SOUSA RIBEIRO, *ult. op. cit.*, pp. 342-343, acentua ainda que, independentemente de factores exógenos, a utilização de cláusulas contratuais gerais, por si só, “inibe o aderente de defender os seus interesses, colocando-o, por isso, numa posição negocial desvantajosa [...] Com o apossamento por uma das partes, da «estrutura jurídica de comunicação do mercado», cria-se uma assimetria funcional quanto à utilização do contrato, que pode então ser manipulado para satisfação exclusiva dos interesses de quem o redige”. Como também nota o Autor (p. 346), o tratamento antecipado e uniforme do conteúdo negocial traz em si uma idcia de completude e imodificabilidade que desincentiva o aderente de tomar consciência crítica do seu conteúdo. Do mesmo modo, ALMENO DE SÁ, *op. cit.*, pp. 208-209, realça que o emprego de condições negociais gerais representa em si próprio um perigo para a contraparte do utilizador, independentemente da posição que esta ocupe no mercado.

¹² *O problema do contrato...*, *cit.*, pp. 319-320.

à respectiva complexidade, em texto legível, com uma redacção compreensível dos termos utilizados, com uma colocação sistemática das cláusulas adequada e sob uma epígrafe condizente com o respectivo conteúdo. É preciso, de um modo geral, que a gestora tenha propiciado ao lojista a possibilidade de tomar conhecimento das cláusulas contratuais gerais sem que, para o efeito, ele tenha de desenvolver mais do que a comum diligência¹³. O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe, segundo o art. 5º, n.º 3, decreto-lei n.º 446/85, ao utilizador de cláusulas contratuais gerais. Não aceitamos, pois, a afirmação do Supremo Tribunal de Justiça em que imputa tal ónus de prova ao lojista («empresa - A»). Ficou, no entanto, provado que o contrato foi enviado ao lojista para exame e desde que os outros requisitos, respeitantes a uma redacção das cláusulas feita de modo claro, legível e coerentemente articulado, estivessem assegurados, deve dar-se por satisfeito o cumprimento do dever de comunicação. No que ao dever de informação diz respeito, o objectivo da lei é o de que o utilizador de cláusulas gerais clarifique aqueles aspectos do regulamento contratual que, nas particulares circunstâncias do caso, justifiquem um esclarecimento ou advertência suplementar. Uma vez que nada é referido relativamente à falta de prestação de esclarecimentos solicitados pelo lojista estaria também, em princípio, cumprido o dever de informação. A aferição do cumprimento dos deveres de comunicação e de informação há-de naturalmente ser feita em função da natureza do sujeito contraparte do predisponente das cláusulas, isto é, tratando-se, como no caso concreto, de um empresário experiente e reputado, é de exigir uma diligência e uma capacidade de discernimento decisório correspondente. Isto mesmo é notado pelo Supremo, que afirma: “no que toca ao conhecimento prévio dos contratos e mesmo do regulamento dos centros comerciais em causa, tem que se ter em atenção que os contratos foram firmados por empresários comerciantes que conhecem o respectivo ramo, e não por consumidores finais [...] nunca os mesmos poderiam deixar de ter presente que negociavam para a instalação de lojas em centros comerciais, onde os contratos respectivos não diferem muito dos firmados noutros centros comerciais”.

Quanto ao especial controlo de conteúdo das cláusulas contratuais gerais constantes do contrato de instalação no centro comercial, há que

¹³ Cf. SOUSA RIBEIRO, *ibidem*, p. 371.

proceder a um confronto de tais regras contratuais com o elenco de cláusulas absoluta e relativamente proibidas constantes da secção II, do capítulo IV, do decreto-lei n.º 446/85 (arts. 17º a 19º), posto tratar-se de relações entre “empresários”, e também filtrá-las à luz do princípio da boa fé (arts. 15º e 16º, decreto-lei n.º 446/85)¹⁴. O julgador deve pois decidir sobre a conformidade das cláusulas do contrato relativamente às proibições definidas em absoluto pelo art. 18º, decreto-lei n.º 446/85; valorar tais cláusulas face ao «quadro negocial padronizado», isto é, relevando as características típicas do contrato exploração de loja em centro comercial, em função das proibições definidas no art. 19º¹⁵, e, finalmente, julgar se existe ou não, para além destas proibições, uma desproporção entre a tutela dos interesses do utilizador das cláusulas e a desconsideração dos interesses do lojista que se revele atentatória da boa fé.

Atentos os critérios expostos, afigura-se-nos que, quanto à admissibilidade de fiscalização da contabilidade do lojista, tal cláusula não cai em nenhuma das proibições definidas pelos arts. 18º e 19º, decreto-lei n.º 446/85, nem também é contrária à boa fé, visto que está em causa um legítimo interesse do gestor em controlar a retribuição que tem direito a receber nos termos contratualmente definidos. Impõe-se, no entanto, que os métodos de controlo da dita contabilidade não sejam atentatórios da dignidade do lojista¹⁶.

¹⁴ Sobre a função do princípio da boa fé como instrumento e critério do controlo de conteúdo das cláusulas contratuais gerais, ver SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., pp. 542 e ss., e *A boa fé como norma de validade*, in «Direito dos Contratos – Estudos», Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 223 e ss.

¹⁵ Para uma análise do «quadro negocial padronizado» como critério de referência do juiz para decidir sobre as proibições elencadas no art. 19º, decreto-lei n.º 446/85, ver PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão...*, cit., p. 755, ALMENO DE SÁ, op. cit., pp. 259-261, e SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, in «Direito dos Contratos – Estudos», Coimbra Editora, Coimbra, 2007, n. 13, pp. 107 a 109.

¹⁶ Como afirma LADISLAU KARPAT, *Locação e aluguéis em shopping centers*, Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1997, p. 180: “ninguém duvida que a fiscalização é pertinente, havendo apenas discussão quanto à forma de exercê-la”. Conforme defendemos já em *Os contratos de instalação...*, cit., pp. 335 a 336, as informações necessárias sobre a contabilidade do lojista devem ser obtidas junto deste, excluindo-se a possibilidade de uma inspecção directa. Na hipótese de o gestor duvidar da veracidade dos documentos apresentados pode recorrer ao processo especial de prestação de contas (arts. 1014º e ss., CPC).

Relativamente à obrigatoriedade de o lojista aderir a uma estrutura associativa de promoção e publicidade do centro comercial, composta por todos os lojistas, também não julgamos verificar-se, contrariamente àquilo que é invocado pela «empresa-A», violação da boa fé, tal como definida na lei das cláusulas contratuais gerais, nem desrespeito do princípio constitucionalmente consagrado de liberdade de associação (art. 46º, CRP). A um outro propósito, tivemos já o ensejo de nos pronunciarmos no sentido de a cláusula habitualmente inserta nos contratos de centros comerciais a exigir ao lojista que adira a uma estrutura associativa de lojistas respeitar a liberdade constitucional de associação. Com efeito, afigura-se-nos que a necessária harmonização do princípio constitucional com o princípio da autonomia privada, na sua vertente de liberdade de fixação do conteúdo de um contrato, permite o exercício da autodeterminação negocial no sentido de condicionar o acesso ao gozo e exploração de um espaço comercial pela adesão a uma estrutura associativa e o respeito dos respectivos estatutos¹⁷.

Face à proibição estabelecida em termos absolutos no art. 18º, l), decreto-lei n.º 446/85, afigura-se-nos inválida, conforme sanção estabelecida no art. 12º do mesmo diploma, a cláusula que permite ao gestor transmitir a respectiva posição contratual sem dependência do consentimento da contraparte, com a ressalva de se identificar devidamente no contrato o terceiro cessionário¹⁸.

¹⁷ Ver, com mais desenvolvimento, a nossa *Anotação ao Acórdão do STJ de 9 de Março de 2004 – Funcionamento de centro comercial em edifício submetido ao regime da propriedade horizontal*, Cadernos de Direito Privado, n.º 9, 2005, pp. 73-74. Sobre a aplicação dos preceitos relativos aos direitos fundamentais às relações entre os particulares, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, RDES, ano 29, 1987, pp. 268 e ss.; SOUSA RIBEIRO, *A constitucionalização do Direito Civil*, BFD, LXXIV, 1998, pp. 743 e ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 238 e ss.; BENEDITA MAC CRORIE, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, esp. pp. 86 e ss.; CLAUS WILHELM CANARIS, *Direitos fundamentais e Direito Privado*, Almedina (tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto), Coimbra, 2006, esp. pp. 39 e ss.; GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 384 a 387; HEINRICH E. HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 94 e ss., e MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 73 e ss.

¹⁸ A despeito do entrave que a exigência do consentimento de todos os lojistas possa

Julgamos que a cláusula que exclui o direito de retenção das obras e benfeitorias realizadas pelo lojista é proibida, à luz do disposto no art. 18º, g), decreto-lei n.º 446/85, conjugado com o princípio da boa fé, na medida em que deva ser reconhecido ao lojista direito de compensação pelas obras e benfeitorias realizadas no espaço. Sendo certo que o regime do arrendamento comercial (arts. 1074º, e 1111º, CC) concede aos contraentes a margem supletiva necessária para excluir o direito de o lojista ser compensado pelas obras realizadas no espaço que lhe foi atribuído para instalar o respectivo estabelecimento comercial¹⁹, importa não perder de vista que é exactamente para acautelar este tipo de situações, em que o predisponente de cláusula geral se move dentro de um domínio de licitude, que se definiu um regime de controlo de conteúdo dos contratos celebrados com base em cláusulas contratuais gerais²⁰.

constituir para a negociação da empresa do gestor/empendedor do centro comercial, importa acautelar a posição do lojista num contrato a que assinalámos um fim de cooperação e que as partes habitualmente designam como sendo celebrado «intuitu personae». Uma possível conciliação dos interesses em conflito poderia consistir, como já foi por nós sugerido (*Os contratos de instalação...*, cit., pp. 40-41), em subordinar a transmissão da posição contratual do gestor ao consentimento de uma maioria de lojistas e permitir ao lojista, fundadamente desagradado, extinguir o respectivo vínculo contratual. Pelo menos, há que definir, com equilíbrio, o regime da transmissão da posição das partes no contrato e, como adiante melhor se analisa, a transmissão da posição do lojista fica dependente do consentimento do gestor.

¹⁹ Solução idêntica decorria também do regime então em vigor. O art. 120º, RAU, permitia que fosse convencionado entre o senhorio e o arrendatário a realização das obras por conta deste, devendo, em tal caso, o senhorio indemnizar o arrendatário, salvo estipulação das partes em contrário. O anterior regime de arrendamento urbano fornecia-nos, contudo, um importante ponto de apoio referencial para defender a solução do dever de compensar o lojista, quando perde o direito à utilização da loja, por caducidade ou não renovação do contrato, pelas obras e benfeitorias realizadas na loja, desde que estas ou também o exercício da actividade do lojista, tivessem aumentado o “valor locativo” do espaço em causa. Referimo-nos ao então disposto no art. 113º, RAU. Cfr. a análise feita em *Os contratos de instalação...*, cit., pp. 360 e ss. Para uma defesa da validade da cláusula segundo a qual o lojista não tem direito de indemnização nem de retenção das obras feitas, uma vez findo o contrato, ver GALVÃO TELLES/JANUÁRIO GOMES, *Utilização de espaços...*, cit., pp. 33. Na doutrina brasileira, pode ver-se, para a defesa do direito de indemnização pelas benfeitorias realizadas na loja, GLADSTON MAMEDE, *Contrato de locação em shopping center - Abusos e ilegalidades*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000, pp. 68 e ss.

²⁰ Cfr., a propósito, SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato...*, cit., pp. 456 e ss. Como nota o Autor, pp. 466-467, há, neste campo, “um menor grau de disponibilidade

Por outro lado, não se pode admitir que a aplicação do regime do arrendamento comercial aos contratos de utilização de loja em centro comercial se baseie num processo de selectividade incoerente: quando se pretende excluir a aplicação de uma norma invoca-se a atipicidade do contrato, quando se quer aplicá-la, afirma-se que até no arrendamento comercial tal possibilidade é reconhecida²¹. Relembre-se que os espaços individuais são disponibilizados aos lojistas vazios ou «em tosco», sem quaisquer acabamentos internos, vinculando-se aqueles não só a decorar o respectivo espaço, mas também a finalizar as obras da loja, conforme o juízo de aprovação do gestor do centro comercial.

Quanto à validade das cláusulas penais há que levar em linha de conta, no respectivo juízo de valoração judicial, que estas podem e devem até (atenta a respectiva função) ser superiores ao montante dos danos; o que está vedado é uma desproporção sensível, a aferir face ao contexto contratual dos centros comerciais, ou seja, ao “quadro negocial padronizado”²².

do direito dispositivo”, na medida em que o conteúdo da ceg não fica “legitimado, simplesmente pela característica formal de supletividade das normas que contrariam”.

²¹ Afigura-se-nos, por isso, criticável a utilização de argumentos como o invocado pela Relação do Porto no Acórdão de 6 de Novembro de 2001, CJ, t. V, p. 176, para fundamentar a validade de cláusula semelhante em outro contrato de centro comercial: “o contrato típico mais próximo do aqui ajuizado é o de arrendamento para comércio [...] se uma tal cláusula é válida num contrato de arrendamento vinculístico, recheado de normas imperativas, não se vê que invalidade possa apontar-se à mesma cláusula quando inserta num contrato como o dos autos”.

²² Para uma análise do art. 19º, c), decreto-lei n.º 446/85, ver SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia...*, cit., pp. 137 e ss. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 117 e ss., defende que a consequência da invalidade é apenas de aplicar nas hipóteses em que existe desproporção entre a pena e os prejuízos previsíveis no momento em que a declaração negocial é emitida; já no caso de a desproporção ocorrer entre a pena e os danos provocados pelo incumprimento, deve aplicar-se o disposto no art. 812º, CC: a validade da cláusula penal não é afectada, reduzindo-se sim a pena convencional. A interpretação restritiva da alínea c) do art. 19º da LCCG, assim operada, permite, segundo o Autor, conciliar o critério da desproporção entre a pena e o prejuízo ressarcível com o conceito de invalidade como efeito da deficiência genética do negócio jurídico.

3. O REGIME DE TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DO LOJISTA

Conforme determina o art. 424º, CC, no contrato com prestações recíprocas, a transmissão da posição contratual de uma das partes depende do consentimento da outra. Em homenagem à tutela da negociação e circulação do estabelecimento comercial, esta regra é afastada no domínio do arrendamento para o exercício de comércio. O art. 1112º, n.º 1, CC, mantém a regra de permitir ao arrendatário a transmissão da respectiva posição no contrato de arrendamento, sem dependência do consentimento do senhorio, no caso de trespasse de estabelecimento comercial. A transmissão deve, porém, ser comunicada ao senhorio, que tem direito a preferir no negócio de trespasse (art. 1112º, n.º 3 e n.º 4).

O fundamento da admissibilidade de transmissão da posição de arrendatário à margem da vontade do senhorio situa-se, por um lado, num objectivo de política económica de conservação das empresas, e, por outro lado, num objectivo de tutela dos interesses particulares dos contraentes: permitir ao transmitente negociar a mais-valia que criou e ao transmissário aproveitar o espaço onde a actividade comercial é exercida²³. A necessidade de obtenção do consentimento do senhorio compromete a necessária rapidez e facilidade na circulação dos bens na esfera das actividades mercantis. No regime legal do arrendamento para comércio, a dispensa de autorização do senhorio tem carácter injuntivo, pelo que não pode ser afastada no contrato, sob pena de nulidade da cláusula que proíba a transmissão do uso do lugar ou que imponha a necessidade de autorização do senhorio para que tal transmissão se

²³ No sentido de que a norma tutela a circulação e manutenção do estabelecimento, como valor económica e juridicamente unitário, ver RUI DE ALARCÃO, *Sobre a transferência da posição de arrendatário no caso de trespasse*, BFD, XLVII, 1971, pp. 39-40, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, p. 305 e GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração de estabelecimento comercial*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 93. CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial português*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 336, nota que a tutela da circulação é apenas instrumental relativamente à realização do investimento. O fundamento do art. 1112º, n.º 1, CC, é facilitar ao dono da empresa a realização do investimento que aí fez e as possibilidades de transmissão e valorização são muito maiores se o adquirente poder continuar a exploração do mesmo local. Já antes, neste sentido, cfr. PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 537, opinião que mantém na última edição, 2008, vol. II, pp. 662-663.

efective.

No contrato de utilização de loja em centro comercial, a transmissão da posição contratual do lojista é, habitualmente, condicionada à obtenção do consentimento da gestora por escrito. Assim sucedeu no contrato de exploração de loja em centro comercial submetido ao juízo do Supremo. Tomando por base o regime legal do arrendamento para comércio, a lojista veio invocar a nulidade de tal cláusula, posto violar o regime legal e imperativamente fixado no então vigente art. 115º, RAU, e o princípio geral de protecção da liberdade de circulação da empresa.

Como já atrás deixámos referido, o lojista é titular de um estabelecimento comercial: é ele quem, efectivamente, cria e mantém, por sua própria conta, um complexo organizado de bens heterogéneos que lhe serve de base ao exercício da respectiva actividade comercial. Mesmo tendo por assente que o contrato de instalação de loja em centro comercial constitui um contrato atípico – o que implica, pelo menos, excluir o método de subsumir esta espécie contratual ao conceito e regime do arrendamento para o exercício de comércio –, é preciso não descurar que o lojista é titular de um estabelecimento comercial, cuja negociação é objecto de específica tutela pelo nosso ordenamento jurídico. Como também já atrás notámos, o contrato de centro comercial, conquanto englobe os elementos essenciais do arrendamento para comércio, opera neste figurino típico uma deformação por excesso, enxertando-lhe elementos que levam a definir uma recondução da nossa espécie contratual a outras categorias contratuais e a discutir a aplicação de outras normas do sistema que não apenas as definidas pelo regime do arrendamento e, conseqüentemente, a ponderar a tutela da negociação do estabelecimento comercial do lojista à luz de outras coordenadas. Há, nos contratos de centros comerciais, uma mistura entre os elementos estruturais da troca e os da cooperação, o que pode levar a dificuldades na compatibilização de regimes de índole diversa e até, por vezes, oposta.

Cabe, pois, questionar se a tutela do interesse do lojista em negociar rápida e facilmente o respectivo estabelecimento justifica que se aplique aos contratos de centros comerciais o regime actualmente definido no art. 1112º, CC, ou, diversamente, a inserção do estabelecimento do lojista num conjunto de outros estabelecimentos comerciais, organizado de forma unitária, compromete a adequação de tal regime imperativo, reabrindo o espaço da liberdade contratual?

Ora, afigura-se-nos que o gestor do centro tem um interesse legítimo em controlar de modo rigoroso os negócios que operem sobre os estabelecimentos comerciais que integram o centro. Na verdade, mais do que um direito do gestor, constitui para este um dever assegurar o “equilíbrio comercial” e o padrão de qualidade inicialmente projectado e também prometido aos lojistas. Cada um destes não opera isoladamente, integra-se num conjunto ao qual não é indiferente a sorte de cada espaço. Mesmo que fique assegurado o exercício do mesmo ramo de comércio²⁴, isto não é, por si só, garantia do padrão traçado para o centro comercial e que todos e cada um dos lojistas deve ostentar. Existem pois razões fortes a justificar que a transmissão do estabelecimento comercial de um lojista passe pelo “crivo” do gestor do centro. Por

²⁴ A reforma do regime de arrendamento urbano, introduzida pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, veio clarificar algumas dúvidas que se suscitavam quanto à necessidade de o transmissário de estabelecimento comercial manter a configuração essencial da empresa. A alínea b), n.º 2, art. 1112º, CC, prescreve que não há trespasse, sendo pois necessária a autorização do senhorio para a validade da transmissão da posição de arrendatário, quando subjaz ao negócio a intenção de exercer um ramo de comércio diferente no local. A lei anterior, relembre-se, falava em “passe a exercer-se”, o que, como era então assinalado pela doutrina (cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de Junho de 1975*, RLJ, 110º, pp. 105, 108 e 111), não implica forçosamente a inexistência de trespasse: a posterior alteração do ramo de negócio, introduzida pelo transmissário, não compromete a efectiva realização anterior de um negócio de trespasse, postulando-se uma interpretação restritiva da anterior al. b), n.º 2, art. 115º, RAU. O n.º 5 do art. 1112º, CC confere, actualmente, ao senhorio o direito de resolução do contrato de arrendamento quando, após a transmissão, seja dado outro destino ao local pelo transmissário. Esta última norma não deixa de suscitar algumas dúvidas: “outro destino” refere-se ao fim assinalado no contrato, caso em que, como assinalam alguns (MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina do arrendamento urbano - NRAU anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 44 e SOUSA RIBEIRO, *O novo regime do arrendamento urbano: contributos para uma análise*, CDP, n.º 14, 2006, p. 18), a norma é desnecessária, posto que tal possibilidade já decorre do art. 1083º, n.º 2, c), CC; ou refere-se ao destino a que o local fora anteriormente afectado pelo transmitente? Neste último sentido, ver COUTINHO DE ABRÊU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 307-309, que identifica no n.º 5 do art. 1112º um fundamento autónomo de resolução do contrato. No sentido da primeira alternativa, embora sem referir a desnecessidade da norma, ver também JANUÁRIO GOMES, *Disposições especiais do arrendamento para fins não habitacionais*, O Direito, 137º, II, p. 387, GRAVATO MORAIS, *Novo regime de arrendamento comercial*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 148, n. 145, e PINTO FURTADO, Manuel..., cit., 2008, pp. 726-730.

outro lado, sendo certo que o lojista cria uma mais-valia organizacional, cuja circulação e negociação o nosso ordenamento intenta proteger, é inegável que a inserção em centro comercial constitui um factor essencial de valorização de tal organização, e haverá sempre uma fatia, maior ou menor, de clientes que são atraídos pelo local onde o estabelecimento se situa, isto é, pelo complexo vocacionado para o comércio que o centro constitui.

Atento o exposto, julgamos que a cláusula habitualmente inserta nos contratos de centros comerciais que condiciona ao consentimento do gestor a transmissão do estabelecimento do lojista deve considerar-se válida. Tanto na doutrina como na jurisprudência portuguesas há várias manifestações no sentido da admissibilidade de cláusula que faz depender a transmissão do estabelecimento comercial do lojista de autorização do gestor do centro comercial²⁵. Esta foi também a posição professada pelo Supremo Tribunal, no Acórdão em análise, justificando a necessidade de tal autorização em face da “especificidade do comércio integrado” e da exigência de coadunar a admissão de novos membros com a política de gestão do centro que cabe ao gestor definir.

Importa, porém, não deixar desacompanhados os interesses do lojista, definindo com equilíbrio o regime de autorização. Assim, é de excluir a admissibilidade da cláusula que proíba, sem mais, a transmissão do estabelecimento, bem como daquela que remeta para o juízo arbitrário do gestor a aprovação do negócio de trespasse. A autorização pode ser concedida ou recusada, mas nesta última hipótese deve ser fundamentada em motivos sólidos. A isto acresce a necessidade de a gestora respeitar um prazo tão breve quanto possível na comunicação da sua resposta ao lojista, de modo a não comprometer a oportunidade do negócio. O comportamento adoptado pela sociedade gestora, no caso concreto, era, desta forma, passível de responsabilização por violação da boa fé no cum-

²⁵ Assim, na doutrina, ver OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração empresarial...*, cit., p. 67, que, partindo do princípio da liberdade de trespasse, admite a possibilidade de oposição pelo gestor, fundada em justa causa; ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1998*, RLJ, 131º, p. 376; LEBRE DE FREITAS, *Da impenhorabilidade do direito do lojista*, ROA, 59, pp. 60 e ss., e a nossa *Os contratos de instalação...*, cit., pp. 269 e ss. Também RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, p. 166, nota que a regra de liberdade de trespasse do estabelecimento é inadequada ao tipo contratual em apreço. Na jurisprudência, cfr. o Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1998, CJ-ASTJ, ano VI, t. I, p. 15 e o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Maio de 2003, in www.dgsi.pt.

primento da suas obrigações, conforme o disposto no art. 762º, n.º 2, CC. O prazo de trinta dias fixado no contrato, já por si longo, foi ultrapassado em sete dias. O decurso do prazo não importa, porém, aprovação do negócio de trespasse do estabelecimento da lojista: o silêncio não tem, em princípio, valor declarativo (art. 218º, CC). Subscrevemos, pois, a decisão do Supremo, de que a falta de comunicação atempada da decisão da gestora não tem valor de declaração de consentimento da cessão.

Neste contexto, cumpre ainda referir que só deve ser reconhecido ao gestor do centro comercial direito de preferência no trespasse se assim for convencionado²⁶. Não há aqui a necessidade, presente no domínio do regime do arrendamento comercial, de corrigir o desequilíbrio resultante da definição de regras protectoras do arrendatário, por via das quais se privilegia a posição do titular do estabelecimento em detrimento da posição do proprietário do imóvel²⁷. Caso o gestor não exerça, ou não tenha convencionado o direito de preferência, é legítimo que este salvegarde o direito a receber uma parcela do preço do trespasse que permita considerar a mais-valia que o local onde o estabelecimento está instalado constitui para o negócio. Por outro lado, há

²⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 68, considera que não deve haver preferência do centro sobre a loja. O direito de preferência é, segundo o Autor ilógico, posto que a exploração independente das lojas é constitutiva do centro comercial. O centro não pode pois “assumir ele próprio a condição de lojista, ainda que para subsequente alienação”.

²⁷ Embora actualmente esteja dotado de natureza supletiva, e já não injuntiva como sucedia no domínio do RAU (art. 116º), o direito de preferência do senhorio no trespasse por venda ou dação em cumprimento de estabelecimento comercial ou industrial mantém-se no novo regime de arrendamento urbano, definido pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro (art. 1112º, n.º 4, CC). A atribuição de um direito de preferência legal a favor do senhorio é alvo de crítica, sobretudo depois da reforma de 2006 em que deixa de ser justificável a tutela do interesse do senhorio em recuperar o prédio. Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *O novo regime do arrendamento urbano*, O Direito, 137º, II, pp. 333 e 336, MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio e fins equiparados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 95, e CASSIANO DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 351. MENEZES CORDEIRO *Manual de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 299 a 300, considera, porém, que não há privilégio da propriedade fundiária sobre a propriedade comercial, porquanto o senhorio deverá manter o estabelecimento em funções, na mesma medida em que o faria o trespasário interessado, só podendo exercer o direito de preferência quando estiver em condições de manter, licitamente, o exercício de tal actividade.

também que entrar em linha de conta com o pagamento do designado “valor de ingresso”, por via do qual, o lojista já remunerou o gestor do centro da possibilidade de aceder à utilização do espaço. Uma vez satisfeito o pagamento deste valor já não se justifica a participação do gestor no lucro do negócio de trespasse da loja porquanto isto significará, em princípio, duplicar o pagamento da valorização do espaço atribuível à actividade do gestor.

Em jeito de súplica final sobre este ponto, queremos ainda acentuar a maior dependência que o contrato de utilização de loja em centro comercial apresenta, na medida em que a sua atipicidade nos impede de retirar directamente da lei o respectivo regime, relativamente aos princípios axiológicos do ordenamento, como é o caso do princípio da boa fé e da ordem pública. Com efeito, é nestes que, em boa medida, encontramos apoio para definir o regime de eficácia da transmissão do estabelecimento comercial do lojista perante o gestor. Como julgamos ter evidenciado, a presença de um interesse legítimo do gestor em controlar os negócios sobre os espaços que integram o centro comercial impede-nos de reconduzir plenamente o caso à norma do art. 1112º, n.º 1, CC, se bem que aquele revele também a presença de um elemento – a existência de um estabelecimento comercial – susceptível de justificar a aplicação da dita norma. Tudo pesado, mantemos, no caso, a aplicação da regra geral do art. 424º, CC: a transmissão da posição contratual requer o consentimento da contraparte. O exercício do consentimento há-de, no entanto, reger-se pela boa fé (art. 762º, n.º 2, CC, quanto ao exercício concretamente considerado, e arts. 15º e 16º, decreto-lei n.º 446/85, quanto à respectiva previsão contratual), em ligação ao princípio de ordem pública de tutela da negociação de estabelecimento comercial. É a conjugação destes dados do sistema que nos leva a definir o regime atrás indicado: a transmissão da posição contratual do lojista só tem eficácia perante o gestor se este consentir na realização de tal negócio; o consentimento só pode, porém, ser recusado com um fundamento adequado à necessidade de tutela do complexo comercial; o consentimento, ou a sua recusa, devem ser dados em tempo breve, sem nunca ultrapassar o prazo contratualmente fixado, de modo a não comprometer a realização do negócio de transmissão do estabelecimento comercial do lojista.

A solução dos problemas de regime do contrato de exploração de loja em centro comercial, como contrato atípico que é, não pode, certa-

mente, evitar algum casuísmo. Este não significa, porém, como julgamos ter evidenciado com a análise do problema de transmissão de loja em centro comercial, ausência de critério.

4. A FORMA DO CONTRATO DE INSTALAÇÃO DE LOJISTA EM CENTRO COMERCIAL

No caso submetido a julgamento do Supremo Tribunal de Justiça, a Autora, lojista, sustenta a tese de qualificação do contrato como arrendamento para comércio e, enquanto tal, invoca a nulidade do contrato por vício de forma. Efectivamente, na data de celebração dos contratos *sub iudice*, 1997 e 1998, a disciplina então vigente exigia escritura pública para o arrendamento destinado a comércio (art. 7º, n.º 2, b), RAU, ao tempo em vigor). Em sentido oposto, o Supremo qualifica os contratos como atípicos e, conseqüentemente, aplica-lhes o princípio da liberdade de forma, consagrado no art. 219º, CC. O Tribunal considera ainda que a invocação da nulidade por falta de forma, além de carecer de qualquer fundamento, sempre seria abusiva, visto que as partes subcreveram dois contratos semelhantes em dois anos seguidos, sem que a lojista tivesse efectuado qualquer reparo relativamente à nulidade dos contratos, por tal motivo.

O Decreto-Lei n.º 64-A/2000, de 22 de Abril, no âmbito de uma política de desburocratização e simplificação formal dos negócios jurídicos, veio reduzir o número de actos sujeitos a escritura pública no domínio do arrendamento urbano e, designadamente, alterou o anterior art. 7º, n.º 2, RAU: deixa de exigir a forma de escritura pública no arrendamento para comércio e obriga apenas os contraentes à observância de forma escrita. Esta mesma imposição de forma escrita para a válida celebração do contrato de arrendamento para comércio foi mantida pelo novo regime de arrendamento urbano definido pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, *vide* art. 1069º, CC. De um modo geral, entende-se que os contratos de arrendamento para comércio, celebrados antes de 1 de Maio de 2000, data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 64-A/2000, continuam a ser nulos conforme a regra de aplicação de lei no tempo, predisposta no art. 12º, n.º 2, CC: quando a lei dispõe sobre a validade formal de quaisquer factos, entende-se que só visa os factos

novos²⁸. Nesta medida, justifica-se, no caso concreto, a discussão em torno da forma a observar pelo contrato de utilização de loja em centro comercial.

A qualificação de um contrato como atípico não constitui, imprete- rivelmente, obstáculo ao julgamento de nulidade por inobservância de uma determinada exigência de forma que lhe seja aplicável. Conquanto o contrato atípico, por definição, não encontre na lei um regime espe- cífico e o modo de relacionamento lógico entre regime-regra e regi- me-excepção tenha por consequência que as hipóteses para as quais o legislador não previu excepcionalmente uma determinada forma sigam o regime-regra da consensualidade, há, desde logo, determinadas exi- gências formais que, sendo determinadas em função das características do objecto ou dos efeitos do contrato, também se aplicam aos contratos atípicos. Assim, por exemplo, uma norma que exija a celebração por escritura pública de contrato com eficácia real que tenha por objecto bem imóvel aplica-se a todos os contratos dotados destas características sejam de que tipo forem e quer sejam típicos quer sejam atípicos. Além disso, mesmo que a exigência de forma seja estatuída por referência ao *nomen iuris* do contrato, é possível aplicá-la ao contrato atípico, seguin- do duas vias metodológicas: ou mediante a defesa da aplicação ana- lógica da norma sobre forma, ou também, através da identificação na espécie contratual do elemento que justifica, no tipo legal, a exigência de forma. A primeira via depende do valor que se atribua ao disposto no art. 11º, CC, preceito que afasta a aplicação analógica da norma excep- cional²⁹. A segunda via depara-sc, desde logo, com a dificuldade de o

²⁸ Isto mesmo é sustentado por PAIS DE SOUSA, *Anotações ao regime do arrendamento urbano (RAU)*, Rei dos Livros, Lisboa, 2001, pp. 79-80, e ROMANO MAR- TINEZ, *Celebração e execução do contrato de arrendamento segundo o NRAU*, O Direito, 137º, 2005, II, p. 345, n. 17.

²⁹ Se bem que muitos Autores reconheçam a admissibilidade de aplicação analógica de norma excepcional – designadamente, *Karl Engisch, Introdução ao pensamento ju- rídico*, tradução de Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pp. 296 a 297; *Castanheira Neves, Metodologia jurídica – Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 273 a 276; MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, s.v. «Integração de *Lacunas*», in Pólis, vol. III, pp. 611 e 616; OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Almedina, Coimbra, pp. – no caso das regras sobre forma, a orientação definida pelo art. 11º, CC, representa, para alguns, obstáculo in- superável. Assim, nomeadamente, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Lojas em centros comer- ciais ...*, cit., p. 841, e OLIVEIRA ASCENSÃO / MENEZES CORDEIRO, *Cessão de*

contrato atípico, cuja forma se discute, conter também elementos que o aproximam de outro ou outros tipos legais de referência que mantêm a liberdade de forma ou cujo regime legal inclui uma exigência de forma menos rigorosa.

No que especificamente diz respeito aos contratos de centros comerciais, a primeira alternativa foi seguida por Rui Pinto Duarte, que defendeu a sujeição dos contratos celebrados entre os organizadores dos centros comerciais e os lojistas a escritura pública, com base na analogia apresentada com o arrendamento comercial, o trespasse e a locação de estabelecimento³⁰, sujeitos a escritura pública, conforme o art. 80º, n.º 2, l) e m), Código do Notariado, entretanto revogado. Segundo o Autor, tais contratos estão sujeitos a um sub-princípio em matéria de forma que exige o respeito de uma certa solenidade para os negócios sobre imóveis e sobre estabelecimentos. A segunda alternativa, já por nós analisada em outro lugar³¹, permite-nos identificar no contrato de exploração de loja em centro comercial a presença dos elementos que o legislador utiliza para definir o arrendamento comercial – cedência de utilização de um espaço para o exercício de comércio, temporariamente, mediante retribuição –, e admitir a imposição da forma ditada para o arrendamento comercial em todos aqueles casos em que tais elementos estejam presentes, desde que se justifique tal aplicação. O contrato de exploração de loja em centro comercial incorpora, todavia, outros elementos que o aproximam de tipos legais onde se privilegia a liberdade de forma ou, pelo menos, um menor grau de solenidade. Com efeito, pertence também à estrutura deste contrato, como já atrás notámos, um elemento de cooperação inter-empresarial não institucionalizada, revelado na comunhão do objectivo de atrair clientela para o centro comercial. Para as modalidades contratuais que se inserem nesta categoria e, designadamente, para o contrato de associação em participação, também ele tipo de referência na modulação do regime do contrato de centros comerciais, não vai o legislador além da exigência de forma

exploração de estabelecimento comercial, arrendamento e nulidade formal, ROA, 47º, pp. 860 e ss., e Michele Giorgianni, s.v. «*Forma degli atti*», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, p. 1004. Para mais desenvolvimentos analíticos e bibliográficos, cfr. a nossa *Os contratos de instalação...* cit., pp. 253 a 257.

³⁰ *Op. cit.*, p. 572.

³¹ *Os contratos de instalação...* cit., pp. 251 e ss., esp. 257-259 e 264-267. Afastamo-nos aqui um pouco do caminho aí percorrido.

escrita, de forma a assegurar a flexibilidade e celeridade necessária a estas modalidades contratuais³².

A qual das estruturas haveria que dar prevalência para efeito de definição da forma a respeitar na celebração do contrato: à da troca, delimitada pela presença dos elementos de arrendamento para comércio, ou à da cooperação, revelada por via dos elementos da associação em participação ou, ao menos, pela existência de um fim comum a unir os dois contraentes?

Na resposta a dar a este problema não se pode perder de vista que o astro regente na matéria é a liberdade de forma, art. 219º, CC, o que inclina os pratos da balança no sentido da não solenidade ou da menor solenidade do contrato. Por outro lado, a intervenção legislativa que veio simplificar a forma do arrendamento para comércio e dos negócios sobre o estabelecimento comercial afigura-se-nos assumir neste contexto dos contratos de centros comerciais, em particular, um verdadeiro valor «confirmativo»³³. A aplicação da lei nova mais liberal, no que diz respeito à validade de forma do acto, fere, à primeira vista, o princípio da não retroactividade, pondo em causa o respectivo fundamento de estabilidade e segurança jurídica. Julgamos, porém, que, no caso concreto dos contratos de exploração de loja em centro comercial, a aplicação da lei nova, ou seja, da desnecessidade de escritura pública, não compromete, mas antes reforça a estabilidade, evitando pôr-se em causa a validade de negócios relativamente aos quais a escritura pública não era observada e, mais do que isso, tão discutível a necessidade de respectiva observância. Importa ter presente que estes contratos se foram

³² O decreto-lei n.º 231/81, de 28 de Julho, que contém o regime dos contratos de consórcio e de associação em participação, duas modalidades contratuais de cooperação entre empresas, subordina o primeiro a forma escrita (com a ressalva de se verificar transmissão de bens imóveis entre os membros do consórcio, *vide* art. 3º) e não define qualquer imposição de forma para o segundo, conquanto ressalve a necessidade de respeitar a prescrição de forma definida para os bens com que o associado contribuir (art. 21º). Mesmo para o contrato de locação financeira de bens imóveis, que já situamos fora da categoria de contratos de cooperação, o legislador limita-se a exigir, no que à forma diz respeito, a celebração por documento particular (cfr. art. 3º, decreto-lei n.º 149/95, de 24 de Junho, que impõe, contudo, o respeito de algumas formalidades).

³³ A expressão é utilizada por BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 248-251, que destaca o reforço de estabilidade e segurança jurídica no afastamento do princípio de não retroactividade inerente a tais leis.

difundindo na sociedade como legalmente atípicos, e, por isso, diversas vezes julgados pelos tribunais como isentos da solenidade referente à celebração por escritura pública. A convalidação da falta de forma por aplicação da lei nova, assinalando-se-lhe um valor confirmativo tácito, à sombra do ensinamento de Baptista Machado³⁴, permite-nos, pois, assegurar a estabilidade de situações relativamente às quais a observância de forma era tão duvidosa³⁵.

A este propósito, e tendo em conta um dos argumentos invocados pelo Tribunal para defender a validade formal do contrato, cumpre referir, em breve palavra final, o carácter controverso da questão da improcedência da alegação do vício de forma com fundamento em abuso de direito. Com efeito, tal possibilidade é negada por alguma doutrina e jurisprudência, reconhecendo-se apenas a possibilidade de obter uma indemnização com fundamento na responsabilidade pré-contratual definida no art. 227º, CC³⁶. Uma outra facção admite, em grau variável, o recurso ao abuso de direito para deter alegações de nulidade formal³⁷.

³⁴ O Autor admite a aplicação da lei nova, mais favorável aos interesses do particular, sem prejuízo dos interesses de terceiros ou da contraparte. *Ibidem*, p. 251.

³⁵ O valor confirmativo do decreto-lei n.º 64-A/2000, de 22 de Abril, quanto à validade formal dos contratos de utilização de loja em centro comercial, celebrados por documento particular, foi já por nós analisado com mais desenvolvimento na nossa dissertação de mestrado (*Os contratos de instalação...*, *cit.*, pp. 265 e ss.). Seguindo a mesma linha argumentativa por nós então explorada, pode hoje ver-se também, HUGO FONSECA, *op. cit.*, pp. 730 a 733.

³⁶ Cfr., para uma defesa desta perspectiva, designadamente, PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, p. 216, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 450-452, e Acórdão do STJ de 11 de Julho de 1991, BMJ, n.º 409, p. 735.

³⁷ Assim, de modo muito reticente, HEINRICH E. HÖRSTER, *op. cit.*, pp. 530 a 532, e de modo mais complacente: MOTA PINTO (PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), *Teoria geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 435 a 439; MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 783 a 784; BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»*, in *Obra Dispersa*, I, Braga, 1991, pp. 375 a 376; PEREIRA COELHO, *Breves notas ao regime do arrendamento urbano*, RLJ, 126º, pp. 199 a 201; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, p. 246; e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Superação judicial da invalidade formal no negócio*, in «Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço», vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 325 e ss. Na jurisprudência, ver, por exemplo, o Acórdão STJ de 5 de Fevereiro de 1998, BMJ, 474, pp. 431 a 436.