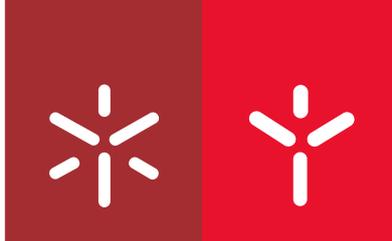


Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Filipa Marques Figueiredo Ferreira

**LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO
CONTRATUAL DO LOJISTA EM
CENTROS COMERCIAIS**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Ana Filipa Marques Figueiredo Ferreira

**LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO
CONTRATUAL DO LOJISTA EM
CENTROS COMERCIAIS**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas

Trabalho realizado sob a orientação da
Prof. Doutor Fernando de Gravato Morais

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

Ao Exmo. Senhor Prof. Doutor Gravato Morais, pela forma como orientou o meu trabalho e pela utilidade das suas recomendações. Pela cordialidade com que sempre me recebeu e também pela liberdade de acção que me permitiu, que foi decisiva para que este trabalho contribuisse para o meu desenvolvimento pessoal.

À minha família e aos meus amigos por toda a paciência, carinho e compreensão com que me acompanharam ao longo deste percurso, a eles o meu sincero obrigada.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Com o presente estudo pretende-se analisar os limites impostos ao lojista em centro comercial, ao transmitir a sua posição contratual, procurando-se determinar essencialmente em que medida e de que forma o nosso sistema jurídico acautela, ou não, os interesses do lojista.

Procuraremos, numa fase inicial, através de um contexto histórico, mostrar o nascimento desta realidade jurídica e das respectivas consequências que daí brotaram. Seguidamente, estudaremos a génese das cláusulas contratuais gerais, bem como as suas características, para melhor entendimento, numa fase posterior, das cláusulas apostas nos contratos de instalação de lojista em centro comercial. Contudo, centraremos a nossa atenção nos limites à transmissão da posição contratual do lojista em centros comerciais. Começaremos por estudar essa limitação relativamente ao trespasse em que se discute se é necessário que o gestor do centro comercial dê o seu consentimento para haver essa transmissão. De seguida, passaremos ao tema mais controverso que é a necessidade desse mesmo consentimento para a cessão de participações sociais, quando o lojista é uma sociedade comercial. Questão muito controversa na nossa doutrina e que vai ser por nós estudada aqui, tendo em conta que estamos a falar da ingerência de um terceiro na “vida” de uma sociedade comercial.

Por último, e não menos importante, importa proceder a uma breve análise da qualificação jurídica dos contratos dos lojistas em centros comerciais, breve porque se trata de uma matéria consensual na doutrina e na jurisprudência nacionais e internacionais.

LIMITS ON THE TRANSFER OF RIGHTS IN THE CONTRACT IMPOSED ON THE SHOP OWNER IN SHOPPING CENTERS

The purpose of this study is to analyse the limits imposed on shop owners in a shopping centre when transferring their rights in the contract. We'll focus on determining how far and in which way does the Portuguese juridical system safeguard the shop owner's interests.

Firstly, we'll start by explaining the existence of this juridical reality and its consequences by referring to its historical context. Then we'll proceed with the study of the genesis of general contract clauses as well as their characteristics in order to provide a better understanding of the specific clauses found in contracts allowing shop owners to set up business in a shopping centre. We'll centre our attention on the limits imposed on shop owners in a shopping centre when transferring their contractual position. We'll analyse the fact whether the shopping centre manager has to give his consent whenever a shop owner wants to transfer his rights. When the shop owner is a company then this becomes an even more controversial issue since we're talking about the interference of a third party in the business.

We'll conclude our study with a brief reference to the juridical status of contracts executed between shop owners and the shopping centre manager which is a consensual matter both in national and international doctrine and jurisprudence.

ÍNDICE

ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS	xi
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I.....	15
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CENTROS COMERCIAIS.....	15
1. ORIGEM E OBJECTIVOS DOS CENTROS COMERCIAIS	15
1.1. SITUAÇÃO EM PORTUGAL	17
1.2. EM ESPECIAL A SITUAÇÃO NO BRASIL E EM ITÁLIA.....	18
CAPÍTULO II	20
CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS	20
1. O REGIME DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS.....	20
1.1. GÉNESE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS	20
1.2. MEDIDAS DE PROTECÇÃO – CLÁUSULAS PROIBIDAS.....	22
1.3. CARACTERÍSTICAS DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS.....	23
2. CLÁUSULAS APOSTAS NO CONTRATO DE INSTALAÇÃO DE LOJISTA EM CENTRO COMERCIAL	27
2.1. CLÁUSULAS RELATIVAS À CEDÊNCIA DO ESPAÇO E À CONTRAPARTIDA A PRESTAR	28
2.2. CLÁUSULAS RELATIVAS ÀS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS A PROPORCIONAR PELO GESTOR DO CENTRO COMERCIAL.....	29
2.3. CLÁUSULAS QUE PERMITEM À ENTIDADE GESTORA FISCALIZAR A CONTABILIDADE DOS LOJISTAS	29
2.4. CLÁUSULAS RESPEITANTES AOS ACABAMENTOS E EQUIPAMENTOS DAS LOJAS NO ESPAÇO CEDIDO	30
2.6. CLÁUSULAS QUE IMPÕE AO LOJISTA A ADESÃO A UMA ESTRUTURA ASSOCIATIVA DE PROMOÇÃO E PUBLICIDADE DO CENTRO COMERCIAL...	33
2.7. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DA CESSÃO DA LOJA, DA EXPLORAÇÃO DO ESTABELECIMENTO OU DA CESSÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS DA SOCIEDADE QUE DELE SEJA PROPRIETÁRIA	34

3.	LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA.....	35
3.1.	O PROBLEMA FACE À NORMA DO ART. 1112.º, N.º1, ALÍNEA A) E DO 1109.º, N.º2 DO CÓDIGO CIVIL	35
3.2.	DELIMITAÇÃO DAS FIGURAS: TRESPASSE E LOCAÇÃO	38
3.2.1.	TRESPASSE	38
3.2.2.	VENDA EXECUTIVA – A PENHORA FACE À CLÁUSULA QUE LIMITA A TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA.....	41
3.2.3.	TRESPASSE: TRANSMISSÃO “INTER VIVOS” E POR ACTO “MORTIS CAUSA”?	43
3.2.4.	LOCAÇÃO DE ESTABELECIMENTO	45
4.	LIMITES À TRANSMISSÃO DAS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS.....	46
4.1.	O REGIME DA TRANSMISSÃO DAS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS CONSOANTE O TIPO DE SOCIEDADE	47
4.2.	VENDA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS E VENDA DE EMPRESAS	49
4.3.	A CLÁUSULA QUE LIMITA A TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL	50
	CAPÍTULO III	53
	QUALIFICAÇÃO JURÍDICA.....	53
1.	CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO	53
1.1.	CONTRATO DE CESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL	55
1.2.	CONTRATO DE ARRENDAMENTO COMERCIAL	56
1.3.	CONTRATOS MISTO E COLIGAÇÃO DE ARRENDAMENTO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	58
1.4.	A TESE DA ATIPICIDADE DO CONTRATO DE INSTALAÇÃO DO LOJISTA EM CENTRO COMERCIAL / POSIÇÃO ADOPTADA	62
	CONCLUSÕES.....	68
	BIBLIOGRAFIA	70

ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

Ac.	<i>Acórdão</i>
Act.	<i>Atualizado(a)</i>
Al.	<i>Alínea</i>
Art.	<i>Artigo</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BFD	<i>Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra)</i>
BMJ	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
CC	<i>Código Civil</i>
Cfr.	<i>Confira</i>
Cit.	<i>Citado(a)</i>
CJ	<i>Colectânea de Jurisprudência</i>
CRP	<i>Constituição da República Portuguesa</i>
CSC	<i>Código das Sociedades Comerciais</i>
DL	<i>Decreto-Lei</i>
DR	<i>Diário da República</i>
Ed.	<i>Edição</i>
n.º	<i>Número</i>
NRAU	<i>Novo Regime de Arrendamento Urbano</i>
Ob.	<i>Obra</i>
Op.	<i>Obra</i>
PGR	<i>Procuradoria-Geral da República</i>
P.(pp.)	<i>Página(s)</i>
proc.	<i>Processo</i>
RAU	<i>Regime do Arrendamento Urbano</i>
Rev.	<i>Revista</i>
ROA	<i>Revista da Ordem dos Advogados</i>
RDE	<i>Revista de Direito e Economia</i>
RDES	<i>Revista de Direito e Estudos Sociais</i>
RLJ	<i>Revista de Legislação e de Jurisprudência</i>

ss.	<i>Seguinte</i>
STJ	<i>Supremo Tribunal de Justiça</i>
t.	<i>Tomo</i>
Trad.	<i>Tradução</i>
TRC	<i>Tribunal da Relação de Coimbra</i>
TRL	<i>Tribunal da Relação de Lisboa</i>
TRP	<i>Tribunal da Relação do Porto</i>
Vol.	<i>Volume</i>

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

INTRODUÇÃO

A problemática em torno das questões relacionadas com o regime jurídico dos centros comerciais, mais precisamente, relativamente aos limites impostos à transmissão da posição contratual do lojista, é uma questão premente nos nossos dias, tendo em conta que é uma realidade de franca expansão no nosso país. Isto dá-se porque, como escreveu Ladislau Karpát¹, “ O crescimento da actividade ocorreu de uma forma muito rápida, constituindo-se até numa verdadeira explosão, e a regulamentação não acompanhou”.

Porém, a questão da qualificação jurídica dos contratos de instalação de lojistas que inicialmente era debatida e que gerava grande controvérsia, é agora considerada um problema ultrapassado, tendo em conta que hodiernamente, a doutrina e jurisprudência são unânimes em aceitar a atipicidade do contrato. Contudo, resolvida a primeira questão, depois de muita controvérsia e várias teses e orientações seguidas por vários Autores, eis que surge a questão dos limites impostos pelo clausulado dos contratos de instalação de lojistas em centros comerciais à transmissão da posição contratual do lojista. A cláusula relativa à transmissão da posição contratual, é uma cláusula que proíbe o lojista de ceder a sua posição contratual, subarrendar ou trespassar ou dar em comodato a sua loja, sem o prévio consentimento por escrito da gestora do centro comercial. Trata-se, assim, de uma cláusula limitadora da posição contratual do lojista, pois submete ao consentimento do senhorio o “ futuro” da sua loja, contrariamente àquilo que estipula o art. 1112.º do Código Civil, que concede ao titular do estabelecimento o poder de dispor dele livremente, sem necessidade da prévia autorização do senhorio.

Já os limites impostos à transmissão das participações sociais é uma questão que tem sido muito debatida nos nossos tribunais, e também ela inserida no clausulado inerente aos contratos de instalação de lojista em centros comerciais quando se trate de um estabelecimento explorado por uma sociedade comercial. É uma cláusula que prevê a subordinação da sociedade comercial ao consentimento da gestora do centro comercial, para poder proceder à venda de participações sociais da sociedade.

¹ LADISLAU KARPAT, *Shopping Center: manual jurídico*, 2, ed, rev, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.7.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

À primeira vista, parece não fazer sentido que um terceiro estranho à sociedade tenha poderes de decisão sobre a venda de participações sociais operada por ela. Contudo, quando pensámos que essa alteração pode acarretar importantes alterações na administração da empresa e conseqüentes alterações na forma da sua gerência e relacionamento pessoal com o seu titular, parece-nos justificável.

Deste modo, com a presente investigação, pretendemos concretizar e harmonizar as diferentes posições jurídicas referentes à natureza desta temática, bem como clarificar o porquê do uso destas cláusulas. A este propósito impõe-se referir que, quanto à qualificação jurídica dos contratos de instalação de lojistas em centros comerciais, seremos breves na sua exposição, tendo em conta que se trata de um tema já bastante explorado por vários Autores e sobre o qual já há uma posição bem definida. Por outro lado, procuraremos orientar a nossa investigação para o regime jurídico do mesmo contrato, em especial no que diz respeito às cláusulas contratuais gerais. Neste ponto, centraremos a nossa atenção nos limites impostos pelo clausulado do contrato de instalação de lojistas à transmissão do estabelecimento comercial, bem como ao problema suscitado pelo art. 1112.º do Código Civil e ainda à delimitação de conceitos entre trespasse e cessão de exploração.

Por último, analisaremos os limites à transmissão das participações sociais, bem como a sua validade e eficácia, tendo em conta que podem acarretar implicações ao nível da gestão da sociedade comercial e da própria gestão do centro comercial.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

CAPÍTULO I

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CENTROS COMERCIAIS

1. ORIGEM E OBJECTIVOS DOS CENTROS COMERCIAIS

Tal como refere Hobsbawm², “desde a Revolução Industrial, a história do desenvolvimento económico tem apontado, de uma forma cada vez mais acelerada, na direcção de uma divisão mundial do trabalho e de uma rede de fluxos e intercâmbios crescentemente complexa e especializada”. Na verdade, houve uma progressiva necessidade de mudança nas formas de organização, métodos e técnicas de produzir, levando a que o mercado tivesse de responder a essas solicitações, através da incorporação encadeada de inovações nos modos de troca, nascendo assim o fenómeno dos centros comerciais.

Este fenómeno nasceu nos Estados Unidos (razão pela qual os denominamos shopping centres) por volta da década de 50, após a Segunda Guerra Mundial, devido, principalmente, ao aumento do poder aquisitivo da população, ao desenvolvimento da indústria automobilística e à descentralização para as zonas periféricas. Revolucionou o modo de consumo do público, tornando a sua “ tarefa” de consumir mais facilitada, tendo em conta que tudo o que precisava se encontrava na mesma superfície, ou seja, havia uma concentração de consumo no mesmo espaço, com acesso rápido e eficiente a diversos estabelecimentos comerciais, dentro do mesmo edifício. Antunes Varela³ referia que se trata de “um local privilegiado para o comércio”.

Os factores que mais contribuíram para a criação desse novo empreendimento foram as enormes vantagens que oferece, importantíssimas na era contemporânea. Entre essas vantagens, podemos apontar a ampla e diversificada gama de produtos e serviços, aptos a satisfazer as mais diversas necessidades, concentradas num só espaço. É também um espaço onde se pode tomar qualquer tipo de refeição da mais ligeira, à mais consistente, sem perder

²E. HOBSBAWM, 1995. *A Era dos Extremos: O Breve Século XX 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras

³ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de Abril de 1984*, RLJ, ano 122.º, n.º3780, p.83

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

grande tempo, onde igualmente se pode usufruir de áreas de lazer e diversão, tal como as salas de jogo, cinemas, bares, entre outros.

Não podemos pensar, previamente, que um centro comercial se trata de um amontoado de lojas que não têm qualquer objectivo. Tal como referia Antunes Varela⁴ “a contratação com os lojistas seleccionados para o centro comercial será a mais das vezes efectuada intuitu personae. Não é qualquer pessoa que serve ao perfil mercadológico traçado para o centro. E a selecção das pessoas, tal como a determinação dos ramos de negócio a instalar, pode ter uma importância decisiva para o rendimento da actividade de todos os lojistas... Desta relação estreita entre as várias peças do conjunto advém a importância singular da escolha de cada lojista. Em segundo lugar, pesam decisivamente na valorização de cada uma das lojas do centro uma série de factores externos que nada têm a ver com a iniciativa do lojista, mas sim com a concepção do centro... É no conjunto destes elementos, no ambiente selectivo por eles criado, e não na iniciativa isolada do lojista, que repousa as mais das vezes a fonte principal do rendimento do seu negócio de todos os comerciantes instalados no centro”.

Embora os consumidores sejam alheios a todos os problemas suscitados por esta nova figura jurídica, certo é que os lojistas se vêem por vezes obrigados a grandes sacrifícios para poderem manter as suas lojas nestes grandes centros, tendo em conta que sofrem grandes pressões por parte da administração e se vêem submetidos a uma forte rigidez contratual. Esta rigidez passa, não só pela remuneração fixa devida pela cedência da loja, mas também por uma remuneração variável consoante os lucros obtidos, sendo os lojistas ainda obrigados a aderir ao regulamento interno e à Associação de lojistas.

Todas estas características levaram à sua rápida profusão e conseqüente relação de dependência, tornando-se num fenómeno internacional que, rapidamente, se alastrou para o resto do mundo, inicialmente para os Países da América do Sul e posteriormente para a Europa.

⁴ ANTUNES VARELA, *Os centros comerciais (Shopping Centers)*, in « Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Ferrer Correia », Vol.II, Coimbra, 1989, pp. 60 e ss.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

1.1. SITUAÇÃO EM PORTUGAL

Em Portugal, os primeiros Shopping Centers apareceram a partir da década de 70 e, desde aí, tem havido um exponencial aumento destas superfícies comerciais.

Logo quando surgiram, criaram grande controvérsia na nossa ordem jurídica, uma vez que constituíram uma nova realidade económica e social, que não foi acompanhada no plano jurídico, tal como referia Antunes Varela⁵ “o direito foi ultrapassado pela vida”. Na nossa ordem jurídica, apenas existia uma definição legal que se aproximava da definição de centro comercial que era a que constava da Portaria 424/85 de 05 de Julho, da Secretaria de Estado do Comércio Interno saída do seguimento do Decreto-Lei 417/83 de 26 de Novembro. Contudo, a definição de centro comercial que se conseguia retirar daí é bastante precária, sendo na nossa opinião urgente haver uma definição mais consistente deste fenómeno.^{6 7}

Assim, partindo da definição adiantada pela Portaria 424/85 de 5 de Julho e, essencialmente, pela preciosa ajuda da doutrina e da jurisprudência, podemos já adiantar algumas características mínimas para que se possa falar em centro comercial. Desde logo, a existência de determinada dimensão e um número mínimo de lojas; a agregação das lojas num único edifício, ou em vários contíguos ou interligados; prossecução, por cada um dos estabelecimentos de actividades diversificadas e especializadas; a existência de zonas e serviços comuns; a existência de uma regulamentação interna comum a todos os lojistas e a existência de uma unidade de gestão que tem como função a organização funcional de todo o centro comercial.

Segundo o Relatório de 2008 da Associação Portuguesa de Centros Comerciais, apesar da conjuntura mundial este fenómeno continua a ter elevada expansão em Portugal, tendo deste modo, a APCC agregado 98 centros comerciais associados em operação, que reúnem 8.288 lojas, 2.416.519 m² de ABL e 74.430 empregados.

⁵ ANTUNES VARELA, *op. cit.* pp. 47.

⁶ Acerca da necessidade de intervenção legislativa, OLIVEIRA ASCENSÃO refere que “só ela poderá trazer a disciplina completa que comporá, com justiça e certeza, interesses que até hoje só fragmentariamente podem ser satisfeitos”, cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, Lojas em centros comerciais; integração empresarial; Forma, Anotação ao acórdão do STJ de 24 de Março de 1992”, ROA, ano 54º, Tomo II, Lisboa, Dezembro de 1994, p. 837.

⁷ Sobre o mesmo assunto o Acórdão do STJ de 12 de Julho de 1994, refere que “a normatividade deve acompanhar e disciplinar as novas realidades sociais, em vez de forçar a inadequada regulação de situações novas por leis velhas que não previam aquelas”

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Tal como os outros países do mundo, Portugal também não foi alheio a este fenómeno que tem levado, hoje em dia, ao verdadeiro desaparecimento do comércio tradicional, optando os consumidores cada vez mais, pelo conforto e comodidade que os centros comerciais proporcionam.

1.2. EM ESPECIAL A SITUAÇÃO NO BRASIL E EM ITÁLIA

No Brasil, o surgimento e a expansão dos Shopping Centres deu-se no auge das importantes transformações ocorridas na economia brasileira. Essas transformações são caracterizadas pelo significativo aumento de investimentos que contribuíram, significativamente, para a modernização do capitalismo brasileiro — de um mercado pré-industrial em direcção à sua monopolização. Nesse contexto, na actual etapa do capitalismo no Brasil, o papel determinante da dinâmica de acumulação cabe aos investimentos que passam a determinar também a dinâmica do mercado consumidor. A transformação qualitativa havida no capitalismo brasileiro, e ligada à proeminência dos bens de produção e concentração dos recursos financeiros, foi capaz de criar, pela sua dinâmica própria, produtos novos mais eficientes no processo de acumulação e que penetraram em todas as áreas: no urbano, no comércio, no lazer, como o caso do “produto” shopping center.

Pintaudi⁸ ressalta que o surgimento dos Shopping Centre no Brasil está articulado à intensa urbanização da economia e da população ocorrida a partir da década de 1960, e que se concentrou no Sudeste brasileiro. Desde 1966, quando houve a inauguração do primeiro S.C. no Brasil, o Iguatemni, localizado na cidade de São Paulo, a denominada indústria do Shopping Centre tem vindo a sofrer um significativo desenvolvimento.

Em Itália este fenómeno surgiu já no final dos anos 70, porém, hoje em dia, há 2000 centros comerciais em Itália e cerca de 200 em fase de construção.

⁸ SILVANA PINTAUDI, *Os Shopping Centers Brasileiros e o Processo de Valorização do Espaço Urbano*. In: Boletim Paulista de Geografia: Associação dos Geógrafos Brasileiros. N.º65, São Paulo, 1987.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Neste país esta figura não recebeu uma particular atenção, tanto é que, até hoje, não há uma qualificação jurídica para esta figura.

A única definição existente é a que está inserida no decreto-lei 114 de 31 de Março de 1998, segundo o qual se considera centro comercial “una media o grande struttura di vendita nella quale più esercizi commerciali sono inseriti in una struttura a destinazione specifica e usufruiscono di infrastrutture comuni e spazi di servizio gestiti unitariamente”.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

CAPÍTULO II

CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

1. O REGIME DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

1.1. GÉNESE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

O regime que nos propomos analisar de seguida é um regime que tanto se aplica aos contratos típicos, como atípicos. Contudo, é no domínio dos contratos atípicos, como o contrato agora em questão, em que não existe normas reguladoras específicas, que é necessário a introdução destas cláusulas para combater os especiais perigos que eles acarretam para a justiça contratual.

As cláusulas contratuais⁹ despontam durante o século XIX, com o desenvolvimento da sociedade industrial, onde surgiram grandes concentrações urbanas e profundas desigualdades, nascendo assim a chamada “sociedade de massas”, um novo paradigma no âmbito da formação contratual.¹⁰

A liberdade contratual e a autonomia privada, princípios enformadores das cláusulas contratuais, são agora postas em questão devido à impossibilidade de manter a negociação

⁹ As *allgemeine Geschäftsbedingungen* – AGB, na terminologia alemã. Sobre o tema, ver M.J. ALMEIDA COSTA/ A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto – Lei n.º 446/85*, de 25 de Outubro, Coimbra, 1986 e *Síntese do Regime Jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2.ª edição, Lisboa, 1999.

¹⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO a propósito deste tema refere que o Código Civil italiano de 1942, deu um grande passo no que respeita às cláusulas contratuais gerais, ele “ prevê as chamadas *condições gerais dos contratos*. E determina que as cláusulas onerosas devem ser expressamente aceites. Se o avanço foi grande no que respeita à configuração do tema, não o foi na solução trazida. Esta é irrealista: é impossível que nos contratos de massa, nos serviços fundamentais como a água ou a electricidade, por exemplo, haja uma aceitação individualizada de cláusulas predispostas.

A lei alemã de 1978, chamada *AGBGesetz*, dá outro passo. Faz uma regulação mais completa, que se tornou paradigmática. E entra na valoração do conteúdo, determinando quando estas cláusulas gerais são proibidas. Há porém que observar que, mais ainda talvez que a proteger o aderente, a lei alemã se destina a assegurar o tráfego jurídico. (...)”

“A lei portuguesa trouxe um progresso no ponto de vista da designação, uma vez que passou a falar de “cláusulas contratuais gerais”, em vez de “condições gerais dos contratos”. Assim evita o termo condição, que é ambíguo.”

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

individualizada dos contratos.¹¹ Assiste-se assim a uma nova realidade, em que há um aumento significativo de celebração de contratos, levando a que não se possa recorrer mais à celebração individual, pois esta levaria a dispêndio de tempo, recursos e produtividade. Há assim, a necessidade de se recorrer à standardização dos contratos, feita pela parte económico - socialmente mais forte, nos seus pontos essenciais, apresentando-os ou impondo-os aos consumidores

Não obstante pensarmos que estas cláusulas são uma afirmação do princípio da liberdade contratual e da autonomia privada, certo é que cedo nos apercebemos que não é mais do que a sua negação por parte dos aderentes.¹² Ora vejamos, quando celebramos um contrato de fornecimento de electricidade as cláusulas já foram previamente e unilateralmente elaboradas por uma das partes, que “oferece ao público um modelo negocial uniforme e padronizado, de sorte que as pessoas que com ela queiram contratar ficam confinadas a uma aceitação ou rejeição pura e simples e em bloco, sem qualquer possibilidade de debate.”¹³ Constatamos assim, que por vezes, os consumidores aderem de uma forma irreflectida a condições desmesuradas e injustas. Por esse motivo, a nossa legislação teve de ir mais longe e fixar um regime jurídico especial, aplicável à contratação através de cláusulas contratuais gerais, destinados a controlar, tanto a forma de conclusão dos contratos, como penetrando na sua substância e no seu conteúdo.

Em Portugal este regime encontra-se plasmado no Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, alterado e republicado pelos Decretos-Lei n.º 220/95, de 31 de Agosto, e 249/99, de 7 de Julho, no sentido de receber a directiva comunitária n.º 93/13/CE, de 5 de Abril.

¹¹ MÁRIO BESSONE, “Condizioni general di contrato, «potere normativo d’impresa» e problemi de demarcatic control”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1973, n.º 4, págs. 2028-2029, a propósito das cláusulas contratuais refere que se tratavam de um instrumento que as grandes empresas de todos os ramos têm utilizado para “operar um autêntico controlo do mercado”. Sobre o tema ver também, COSIMO MARCO MAZZONI – *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 1975 e CRISTIANO HEINECK SCMIDT. *Cláusulas Abusivas nas relações de consumo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹² Cfr. o preâmbulo do Diploma que institui as cláusulas contratuais gerais, o Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro. A propósito da supressão da liberdade de celebração MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2007, p. 603, refere que “mesmo quando conhecedor das desvantagens em que, eventualmente possa incorrer, o aderente tende a ser levado a subscrever ou a aceitar as cláusulas contratuais gerais que se lhe deparem, seja por necessidade, seja na esperança de não encontrar percalços, aquando da sua execução”. É pois, uma liberdade meramente jurídica e não económica. No mesmo sentido, cfr. PINTO MONTEIRO, o qual refere que “a liberdade da contraparte fica praticamente limitada a aceitar ou a rejeitar, sem poder realmente interferir, ou interferir de forma significativa, na conformação do conteúdo negocial que lhe é proposto, visto que o emitente de «condições gerais» não está disposto a alterá-las ou a negociá-las. Se o cliente decidir contratar, terá de se sujeitar às cláusulas previamente determinadas por outrem, no exercício de um lawmaking power de que este, de facto, desfruta, limitando-se aquele, pois, a aderir a um modelo pré-fixado, cfr. PINTO MONTEIRO, *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-lei 446/85, de 25 de Outubro*, ROA, ano 46º, 1986, 733-769. Vide ainda ANA AFONSO, *Cláusulas Contratuais Gerais*, in estudos de direito do consumidor, n.º 1, Coimbra, Almedina, 1999, páginas 465 e seguintes.

¹³ ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, pp. 46 e ss.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

1.2. MEDIDAS DE PROTECÇÃO – CLÁUSULAS PROIBIDAS

O facto de estas cláusulas serem aceites por parte do consumidor, por vezes, com alguma ignorância do conteúdo contratual que aceitaram e sobretudo pelo facto de se sujeitarem a cláusulas expressivas do poder de dominação dos seus utilizadores, leva a que aquelas se tornem cláusulas em alguns casos abusivas^{14 15}.

Este problema foi cada vez mais suscitado, devido à crescente importância que estas cláusulas adquiriram e à sua rápida profusão e generalização. Houve assim a necessidade da sua regulamentação destas cláusulas de forma a acabar com o desequilíbrio existente entre o predisponente e o destinatário, uma vez que este último, era sempre a parte mais fraca do contrato e não estava protegido devidamente.¹⁶

Deste modo, a nossa legislação incidiu não sobre o modo de formação de vontade em si mesma, mas sobre o controlo do próprio conteúdo das cláusulas contratuais gerais. O que se passou não foi uma proibição de todas as cláusulas contratuais gerais, mas sim a sua utilização através de um controlo e de uma posterior responsabilização dos sujeitos que a elas recorrem.

Nesta índole, Sousa Ribeiro¹⁷ refere que importa considerar “ três pontos de vista normalmente presentes no debate sobre as cláusulas contratuais gerais e, designadamente, sobre o fundamento do controlo do conteúdo: a conformação unilateral pelo utilizador, a falta de autodeterminação do aderente e a disparidade de poder negocial”.

Quanto ao primeiro, o enfoque recai sobre a análise da admissibilidade do comportamento da parte em posição de superioridade, tendo em atenção os interesses da contraparte e o exercício abusivo da liberdade contratual.

¹⁴SOUZA RIBEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*, Separata do volume XXXV do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1990, pág. 65, escreve que o abrir das “ portas aos desequilíbrios e abusos que se conhecem” “ explica que o direito sobre as cláusulas contratuais gerais se tenha constituído e desenvolvido como um direito de tutela de uma das partes contra a outra.”

¹⁵ ANA PRATA, *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra 2010, pp. 36 e 37, refere que nas cláusulas contratuais abusivas “ ainda que ninguém pretenda retirar vantagens à sua custa ou que as cláusulas não representem desvantagem significativa para outro contraente – para que se possa falar, neste sentido amplo, de abuso da liberdade contratual.” Já em “sentido restrito, abusivas, serão tão-só aquelas estipulações de que o utilizador retire proveito à custa da contraparte, isto é, com prejuízo ou desvantagem para esta, podendo discutir-se se basta para a qualificação a verificação dessa desvantagem ou se ela tem de ser qualificada como significativa, excessiva, desproporcionada ou de qualquer outra forma.”

¹⁶ GALVÃO TELLES refere a propósito que “o predisponente actua afinal, dentro da órbita da sua actividade específica, como um verdadeiro legislador, titular de um “lawmaking power”, órgão legiferante ou centro de irradiação de normas, a cujo império ou força cogente os destinatários não têm remédio senão render-se como súbditos”. Para mais desenvolvimentos, vide, GALVÃO TELLES, *Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas* - Conferência proferida no âmbito das I Jornadas “Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas”, Universidade Lusíada, Porto, 27 de Janeiro de 1995, in Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 2, Abril de 1995, p 11.

¹⁷ SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 271

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

O segundo incide sobre a parte mais fraca, tendo em conta a sua necessidade de protecção, por se encontrar numa situação inferior e deste modo impossibilitada de se poder defender.

O último ponto de vista vai procurar obter resposta para as razões que estiveram por detrás de uma conformação anormal dos interesses contratuais. Entre tais razões, encontramos factores endógenos relacionados como funcionamento dos mecanismos globais do mercado. Nas palavras de Sousa Ribeiro¹⁸ “relevam, sobretudo, os reflexos da estrutura de adesão no sistema da concorrência, o que obriga a destacar as envolventes institucionais do contrato, na esfera do económico”.

1.3. CARACTERÍSTICAS DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Almeno de Sá define cláusulas contratuais gerais em termos sintéticos como “estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares. Pré-formulação, generalidade e imodificabilidade aparecem, assim, como as características essenciais do conceito.”¹⁹

Como primeira característica essencial aparece-nos a unilateral pré – formulação das condições contratuais, dando já a ideia de que o poder de estipulação apenas pertence a uma das partes. São, assim, elaboradas e preparadas antes da conclusão do contrato “ para uma pluralidade de contratos e de uma generalidade de pessoas”. Ou seja, esta pré-formulação não é só projectada apenas para um contrato com um sujeito determinado, mas sim para fazer de base a um conjunto de contratos com sujeitos indeterminados, sendo certo que, conforme refere Almeida Costa²⁰ “o actual n.º 1, do artigo 1.º logo esclarece que o regime das cláusulas

¹⁸ Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, O problema do..., op. cit., p. 272.

¹⁹ Outros Autores como M.J. ALMEIDA COSTA/A. MENEZES CORDEIRO, Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, 1986, pp. 17 s. consideram características básicas da figura a pré-elaboração, a rigidez e a indeterminação. Já FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, Coimbra, 1992, p. 877, nota 2, considera que a “rigidez” não é um requisito absoluto.

²⁰ Cfr. ALMEIDA COSTA, Síntese do regime jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais, 2ª edição revista e atualizada, Lisboa, universidade católica editora, 1999, p. 19. Este Autor refere mesmo que “tal solução derivava da versão originária da norma, que abrangia, sem grande esforço hermenêutico, os casos de pluralidade determinada de destinatários”. MOTA PINTO refere igualmente que “não se torna necessário “ um estado de oferta permanente e geral, isto é, a proposta de um contrato a um número ilimitado ou indeterminado de pessoas”. A estipulação é de carácter geral, mas o convite à adesão pode ser restrito” cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Contratos de adesão*, Revista Forense, Jan. Fev - Mar., 1977, a.73, v. 257. No mesmo sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 118, o qual defende que devemos “afastar a ideia de que o instituto exige a indeterminação do número e da identidade dos potenciais contraentes”, sendo que “fazendo apelo ao elemento teleológico, a “indeterminação” a que refere o texto português deve ser interpretado de modo a bastar-se com a “multiplicidade” dos contraentes potenciais e a sua indiferenciação no que respeita ao recorte e à negociação prévia do clausulado contratual.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

contratuais gerais compreende também as situações em que exista um número de contraentes circunscritos através de uma pré-selecção”.

Deste modo, verificamos que os gestores dos centros comerciais elaboram um conjunto de cláusulas que se destinam a regular os acordos de instalação de lojistas, independentemente dos lojistas que em concreto as assinem, apesar de alguns já terem sido pré-seleccionados através do *tenant mix*, realizado pelo gestor. Convém referir, porém, que os aspectos regulados nas cláusulas gerais contende com questões gerais do contrato, tais como direitos e obrigações do lojista face à entidade gestora e condições de funcionamento e organização do centro comercial e não com questões específicas do contrato em si.

É essencial referir aqui, que aquela harmonia que inicialmente falamos entre os lojistas é também proporcionada pelo facto de estas cláusulas serem iguais para todos e não haver qualquer tipo de benefício para nenhum deles em individual, pois são elaboradas para os ditos “sujeitos indeterminados”, mesmo que posteriormente o centro comercial venha a ser integrado por mais lojistas.

Outra característica muito relevante nas cláusulas contratuais gerais é a rigidez ou a imodificabilidade²¹, que se traduz na impossibilidade de o aderente poder modelar o conteúdo do contrato. Contudo, é necessário demonstrar essa impossibilidade e não apenas provar que determinada cláusula se destina a um conjunto indeterminado de aderentes. Como diz Menezes Cordeiro “a exigência da falta de prévia negociação é um elemento necessário e autónomo, que deve ser invocado e demonstrado”.

Devemos, também atender ao facto de que, se há neste contrato algumas cláusulas que são, indiscutivelmente, cláusulas com conteúdo inevitável, por outro lado há outras de conteúdo meramente eventual, sendo quanto a estas que se levantam os maiores problemas.

As primeiras, cuja imodificabilidade é pressuposto para o funcionamento do centro comercial, são cláusulas que contendem directamente com o funcionamento do centro comercial, podendo dizer-se que este tipo de cláusulas faz parte do quadro-social padronizado. Ana Afonso²², a respeito destas regras, refere que “ a redacção destas regras gerais visa satisfazer um interesse legítimo da gestora do centro na consecução do seu funcionamento.”

²¹ Alguns Autores como MENEZES CORDEIRO e M.J. ALMEIDA COSTA referem-se a esta característica como rigidez, já ALMENO DE SÁ refere-se a ela como imodificabilidade.

²² ANA AFONSO, 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*, Separata da revista de ciências empresariais e jurídicas, nº 13, 2008, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, p. 97.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Como exemplos destas cláusulas, podemos apontar as que se referem à proibição da transmissão da posição contratual. Como facilmente se descortina, se estas cláusulas não estiverem previstas, o *tenant mix* inicialmente definido pela entidade gestora deixa de ter qualquer valor, tendo em conta que vai ser destruído através da entrada de novos lojistas, desconhecidos para a entidade gestora. Estes viriam pôr em causa todo o trabalho anterior da entidade gestora de forma a tornar o centro comercial um local harmonioso, com preocupações concorrenciais e de variedade de ramos de negócio instalados. Parece-nos, por isso, clara a aplicação do regime das cláusulas contratuais gerais.

Já no que se refere às cláusulas de conteúdo meramente eventual, e que dependem unicamente da vontade negocial da entidade gestora, existe a possibilidade de haver mais abusos da parte de quem exerce o poder. Aqui estão inseridas as cláusulas que fixam a remuneração a pagar à entidade gestora e a fixação do montante das cláusulas penais, entre outras. São estas as normas pelas quais é necessário a entidade gestora provar a sua rigidez.

Quanto ao ónus da prova do carácter rígido das cláusulas, o art. 1.º, n.º 3 da LCCG fixa que “o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo”. Esta norma obriga aqueles que pretendam o seu afastamento a fazer prova que o mesmo não deve ser aplicado.

À volta desta norma surgem inúmeros problemas, pois não são raras as vezes em que a entidade gestora tenta contorná-la, ou seja, ao dar a possibilidade de os lojistas apresentarem as modificações que entendam convenientes dá uma falsa ideia de que o aderente é realmente livre para negociar tais cláusulas. São suscitados, assim, alguns problemas, nomeadamente no que se refere à negociação prévia. Este regime é um exemplo da superação da liberdade contratual material sobre a mera aceitação formal.

A doutrina dominante considera que, para haver um afastamento da aplicação da Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, não basta que o contrato previamente elaborado pela entidade gestora seja efectivamente alterado após o decurso das negociações entre as partes. É necessário que se prove a ocorrência de autênticas negociações, ou, pelo menos, a mera susceptibilidade de elas terem acontecido.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Nas palavras de Sousa Ribeiro²³ “não basta a simples possibilidade de negociação dada pela disponibilidade do utilizador para abrir um processo negociatório. É necessário que este tenha tido efectivamente lugar com contactos entre as partes e troca de pontos de vista argumentativos sobre o conteúdo de uma cláusula (ou cláusulas) específica(s)”

O Autor tenta dar alguma certeza relativamente à possibilidade do aderente conformar o conteúdo contratual, porque, se assim não ocorresse, seria mais fácil para os utilizadores das cláusulas contratuais gerais afirmassem que estavam dispostos à negociação, quando na verdade não estavam.

Porém, é o mesmo Autor que afirma que “É manifesto que, se se produziram negociações sem qualquer êxito, com recusa de contrapropostas, tendo o aderente, não obstante, aceitado (resignadamente) a(s) cláusula(s), como preço a pagar para obter a prestação, não está preenchido o critério legal – o que prova, à saciedade, que, nem a ocorrência, nem, muito menos, a possibilidade de negociação, certificam, com segurança (ainda que constituam factores relevantes), que as cláusulas se apresentam como suficiente expressão dos interesses e representações de ambos os lados, numa palavra, de uma autonomia bilateral”.²⁴

A prova dos referidos contactos e troca de pontos é de tal modo fácil que se torna, na verdade, um requisito facilmente manipulável, levando a que não se consiga retirar com segurança uma manifestação da liberdade contratual por parte do aderente.

Desta forma, somos da opinião que, para afastar o regime das Cláusulas Contratuais Gerais, é necessário algo mais do que a simples constatação de que houve uma negociação. É fundamental que essa negociação tenha tido os seus frutos, ou seja, que modifique a cláusula negociada. Só aqui, segundo o nosso ponto de vista, é possível afirmar que houve realmente manifestação da liberdade contratual do aderente. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Julho de 2010²⁵ vai no sentido contrário ao que temos defendido até aqui. Este acórdão decide pela não sujeição ao regime das cláusulas contratuais gerais, uma vez que “na situação vertente, ficou provado que, no processo de formação do contrato celebrado entre Autora e ré, foi entregue a minuta do contrato de utilização

²³ SOUSA RIBEIRO, op. cit., 628-629. Para este Autor, “o que conta é a possibilidade real de uma influência modificadora no conteúdo da cláusula. A pré-formulação só é factor de aplicação do regime especial de tutela quando afaste a possibilidade de participação da contraparte na modelação do conteúdo. Mas os dois dados têm de vir ligados por um nexo causal, só relevando a impossibilidade de influência que resulte da prefixação rígida do conteúdo”. Vide também 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 seg.

²⁴ SOUSA RIBEIRO, op. cit., p. 632.

²⁵ STJ de 01.07.2010, processo n.º 4477/05.0TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

com vista a que a Autora o analisasse e efectuasse as sugestões de alteração que tivesse por conveniente relativamente às matérias alvo de anterior negociação e susceptíveis de modificação, não tendo a Autora solicitado qualquer alteração a qualquer uma das cláusulas constantes da mesma”.

A nossa posição, pouco consensual entre a doutrina, entende que apesar da minuta ter sido entregue e tenha sido dada a oportunidade para haver alterações ao clausulado, certo é que isso não se verificou, pois pura e simplesmente a Autora não quis fazer qualquer alteração. A nosso ver, não havia qualquer razão para se afastar o regime das cláusulas contratuais gerais, porque, ainda que a Autora tivesse sugerido alguma modificação, não significaria que ela fosse realizada e como tal não haveria manifestação da liberdade contratual do aderente.

Esta decisão parece-nos igualmente errada no que se refere às cláusulas que não eram susceptíveis de negociação, pois estas não deviam ter sido afastadas do regime das cláusulas contratuais gerais. Mais se diga que, através da análise deste Acórdão deparamo-nos com o facto de o controlo sobre as cláusulas ter sido efectuado em bloco e não individualmente, tal como devia ter sido feito.

Compete-nos apenas dizer que, do nosso ponto de vista, este acórdão se tornou um pouco ingénuo e de alguma forma pouco eficaz para a realidade que aqui tratamos, pois imiscui-se de aplicar o regime das cláusulas contratuais gerais a casos onde havia a necessidade da sua tutela e estavam preenchidos os seus pressupostos de aplicação.

2. CLÁUSULAS APOSTAS NO CONTRATO DE INSTALAÇÃO DE LOJISTA EM CENTRO COMERCIAL^{26 27}

Tal como já tinha referido anteriormente, o lojista não está sujeito unicamente à remuneração fixa pela cedência da loja, mas também à remuneração variável conforme os lucros obtidos pelo lojista, à obrigação de aderir ao regulamento interno e à Associação de lojistas, bem como, por vezes, à fiscalização contabilística da facturação por parte do promotor

²⁶ LADISLAU KARPAT, *Shopping Centers: Manual Jurídico*, 2.ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 137 e ss., refere que “ estas relações que se estabelecem nos Shoppings Centers, entre empreendedores e locatários, se constituem através de um aglomerado de contratos, recheados de cláusulas das mais variadas naturezas. Consequência natural desta situação é, com frequência, o surgimento de dúvidas a respeito da validade ou não, de uma ou outra cláusula, ou dúvidas a respeito da interpretação de cláusulas.”

²⁷ MODESTO CARVALHOSA, *Considerações sobre relações jurídicas em “shopping centers”*, in *Shopping Centers: questões jurídicas, doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 128, refere que “[...] em determinados contratos-tipo sejam inseridas cláusulas atípicas, de forma a melhor disciplinar determinadas relações jurídicas novas que não mais se satisfazem com os tradicionais esquemas contratuais. É o que ocorre com os contratos de locação celebrados entre o shopping center e os lojistas.”

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

do centro comercial. Aliada a todas estas obrigações, o promotor do centro comercial elabora um conjunto de cláusulas que insere no contrato que se elabora inicialmente, no qual constam um conjunto de limitações à posição do lojista em centro comercial.

Temos como cláusulas²⁸ inseridas nos contratos de instalação de lojista em centros comerciais, as seguintes:

2.1. CLÁUSULAS RELATIVAS À CEDÊNCIA DO ESPAÇO E À CONTRAPARTIDA A PRESTAR ²⁹

Estas cláusulas estão relacionadas com o facto de comumente os contratos fixarem a remuneração segundo uma parte fixa e uma parte variável. Esta última, calculada sobre a facturação do lojista, com um mínimo fixo garantido, levando em conta o tamanho da loja e a sua localização (proximidade de cinemas, praças de alimentação, etc.). A remuneração fixa é representada por uma prestação pecuniária reajustada periodicamente segundo índices preestabelecidos. Já a parcela variável, é uma quantia paga proporcionalmente ao facturamento bruto mensal da actividade comercial do lojista.

A sua aplicação costuma ser alvo de ataque por parte dos lojistas, nomeadamente por estar atrelada a uma necessidade de fiscalização da contabilidade do estabelecimento comercial, com fins de verificação da veracidade das informações prestadas.

²⁸ Segundo o Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de Maio de 2003, as cláusulas habituais que se encontram num contrato de instalação de lojista em centro comercial, são as seguintes:

“- Cláusula sobre a cedência de utilização do espaço onde passará a funcionar o estabelecimento e respectiva retribuição variável;
- cláusula sobre o prazo de utilização (neste caso, por um ano renovável por iguais períodos);
- cláusula sobre a denúncia do contrato que por parte do cessionário, quer por parte do cedente;
- cláusula sobre a contribuição do lojista (quota parte) nas despesas comuns de administração do Centro Comercial – manutenção e conservação, energia eléctrica, telefone, água, despesas de material, mão de obra, encargos sociais de serviços de limpeza, artigos sanitários;
- cláusula sobre as despesas relativas a gastos na própria loja a suportar pelo lojista (electricidade, limpeza e reparação do seu próprio equipamento...);
- cláusula resolutive do contrato (falta de pagamento da retribuição mensal fixada e quota parte nas despesas...);
- cláusula sobre o fim a que se destina a loja;
- cláusula relativa às prestações de serviços nas partes comuns do Centro a cargo do cedente gestor do Centro Comercial;
- cláusula relativa aos acabamentos, à obrigação de manter em bom estado de apresentação e conservação e à proibição de alteração das montras das lojas;
- cláusula relativa à obrigação de manter em funcionamento a loja (neste caso, não pode mantê-la encerrada por mais de três meses);
- cláusula relativa ao horário de funcionamento da loja em integração com todo o Centro;”

²⁹ Não só existe a remuneração fixa e variável, inicialmente o lojista para garantir o seu lugar no centro comercial teve de pagar uma quantia, THIAGO MARINS MESSIAS, *Shopping Center: Uma Nova Era Empresarial*, in www.franca.unesp.br/artigos, fala em Res Sperata, que se trata da” importância paga como retribuição pelos estudos técnicos procedidos pelo empreendedor do shopping center, envolvendo pesquisas de mercado, estudos de viabilidade económica, de projetos e de alocação do tenant mix, garantia de reserva de espaço e direito de participar da estrutura organizacional do shopping center.”

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

2.2. CLÁUSULAS RELATIVAS ÀS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS A PROPORCIONAR PELO GESTOR DO CENTRO COMERCIAL

Estas cláusulas inseridas no contrato de lojista em centro comercial são referentes, na sua essência, à conservação do centro comercial, bem como ao funcionamento de estruturas de apoio por parte do gestor do mesmo. Incluem-se aqui as cláusulas relativas à limpeza do centro comercial, que tem de ser assegurado pela entidade gestora deste, pois não faria qualquer sentido que os lojistas providenciassem a limpeza das partes comuns. Podemos ainda englobar aqui a segurança, bem como a animação, que são tarefas que têm de ser cumpridas pela entidade gestora, uma vez irão beneficiar o conjunto de lojas inseridas no centro comercial e não apenas uma. Os lojistas participam nas despesas e nos encargos comuns do centro.

Estas cláusulas justificam-se porque são das poucas, num clausulado tão extenso, que beneficiam, na realidade, todos os lojistas.

2.3. CLÁUSULAS QUE PERMITEM À ENTIDADE GESTORA FISCALIZAR A CONTABILIDADE DOS LOJISTAS

Facilmente nos apercebemos que estão em questão dois tipos de interesses, por um lado o do gestor do centro comercial em conhecer a facturação dos lojistas e por outro o interesse dos lojistas ao segredo profissional.

A entidade gestora tem todo o interesse nesse conhecimento, uma vez que tem necessidade de controlo da produtividade do centro comercial, bem como para calcular a remuneração variável³⁰ que lhe é devida sobre a facturação da loja. Deste modo, a entidade gestora tem forma de conhecer a facturação de uma forma directa e fiável, fazendo com que os valores não lhe possam ser omitidos.

³⁰ ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, *Atipicidade mista do contrato de utilização de unidades em centros comerciais e seus aspectos fundamentais, "Shopping Centers" - Questões Jurídicas*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991, p. 24, refere quanto à remuneração variável que "o valor desse aluguel variável fixa-se, em primeira plana, de acordo com as informações que devem ser prestadas pelo utilizador, sobre seu facturamento, ao empreendedor, por meio de planilhas mensais; em segunda, por providências deste, fiscalizando, directamente, aquele, quando o utilizador não lhe fornecer elementos seguros indispensáveis para o aludido cálculo de valor, ainda que por exames de escrituração e por controle, à "boca do caixa".

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Por sua vez, o lojista vê o seu segredo profissional de certa forma exposto à entidade gestora, sendo necessário que haja por parte desta, um mecanismo que salvaguarde este segredo, porque é um valor extremamente importante na actividade económica.

Do nosso ponto de vista, esta cláusula é de todo justificável neste tipo de contrato se forem cumpridos, tanto por parte da entidade gestora, como por parte do lojista, os mecanismos necessários para garantir, por um lado o pagamento da remuneração variável e por outro a garantia do segredo profissional, de modo a que não seja atentatório da dignidade do lojista.³¹

2.4. CLÁUSULAS RESPEITANTES AOS ACABAMENTOS E EQUIPAMENTOS DAS LOJAS NO ESPAÇO CEDIDO

Trata-se de cláusulas muito comuns, não só nestes contratos que estamos aqui a estudar, como nos próprios contratos de arrendamento comercial. É normal que as partes convençionem que todas as obras e benfeitorias realizadas num estabelecimento pelo arrendatário constituam parte integrante do imóvel, não podendo o arrendatário posteriormente alegar que tem direito de retenção, pedir por elas qualquer indemnização ou efectuar o respectivo levantamento.

Porém, é sobejamente importante aqui distinguir três tipos de benfeitorias, por um lado temos as benfeitorias necessárias que tal como o Código Civil as define são “ as que têm por fim evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa”, não se aplicando ao caso em questão, portanto. Por outro lado, existem as benfeitorias úteis que são “ as indispensáveis para a sua conservação, lhe aumentam, todavia, o valor” e as voluptuárias que “não sendo indispensáveis para a sua conservação nem lhe aumentando o valor, servem apenas para o recreio do benfeitorizante”.³²

Estas distinções têm enormes efeitos práticos, tendo em conta que a partir daqui se consegue avaliar se as benfeitorias necessárias e úteis podem ser levantadas e no caso de não

³¹ Como afirma LADISLAU KARPAT, *Locação e aluguéis em shopping centres*, 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”. ANA AFONSO, *Os Contratos...*, cit. pp. 335 a 336, afirma que “ 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. 1014.º e ss, CPC).”

³² Cf. Art. 216.º, n.º 3.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

o serem, poderemos socorrer-nos do regime de arrendamento, mais precisamente do regime do enriquecimento sem causa.

Já no que respeita às benfeitorias voluptuárias, não podemos recorrer ao regime do enriquecimento sem causa, porque pura e simplesmente não existe enriquecimento por parte do proprietário, estas são consideradas pertença do imóvel se não puderem ser retiradas sem deteriorarem a coisa.

Atendendo a que esta cláusula é permitida no âmbito dos contratos de arrendamento, típicos, com o regime vinculístico que se conhece, muito protector do arrendatário, somo levados a pensar que não há porque a não aceitar no contrato de instalação de lojista em centro comercial.

O art. 23.º, n.º 4 e 5 do NRAU fazem a distinção entre benfeitorias úteis realizadas pelo arrendatário sem consentimento e com consentimento do senhorio. No caso das primeiras, não há revisão do montante da renda, nem dão direito a qualquer tipo de indemnização aquando da cessação do contrato, por sua vez as segundas já dão direito a indemnização quando revertam para o senhorio. Contudo, também elas não dão direito de revisão do montante da renda. Já o n.º 6 deste normativo legal, regula que " salvo cláusula contratual em contrário, cessando o arrendamento por qualquer causa, as benfeitorias realizadas pelo arrendatário revertem a favor do senhorio."

No entanto, somos sensíveis aos argumentos de Ana Afonso³³ quando diz que se torna " um 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 reconhecida."

De facto, em abono da verdade a loja é entregue ao lojista em "nu" e, a partir daí, é ele quem faz todo o investimento para apetrechar a loja, de forma a se adequar às exigências do gestor do centro comercial. Parece-nos haver uma certa injustiça em relação ao lojista no que respeita ao investimento que fez na loja, embora, como já verificámos, no caso de se tratar de benfeitorias úteis, com consentimento do senhorio estas são susceptíveis de indemnização, tal como já vimos anteriormente.

³³ ANA AFONSO, 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*, Separata da revista de ciências empresariais e jurídicas, n.º 13, 2008, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, pp. 103 e ss.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Em sentido contrário lemos no Acórdão de 6 de Novembro de 2001³⁴, do Tribunal da Relação do Porto, “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 incerta num contrato como o dos outros”.

Mais se acrescenta com a leitura do Acórdão de 1 de Abril de 2008, do Tribunal da Relação de Coimbra³⁵:

“3. Quando a transformação do arrendado não evite o seu detrimento, nem o valorize senão para o fim de determinado arrendamento, não aproveitando a outras eventuais utilizações futuras, não constituirá benfeitoria, necessária ou útil, mas mera obra de adaptação, sendo certo que só quando, simultaneamente, evite o detrimento da coisa arrendada e a valorize, constitui adaptação do objecto para o fim contratual e, igualmente, benfeitoria.

4. As meras obras de adaptação constituem parte integrante da fracção locada, não conferindo ao inquilino, se impossibilitado de as levantar, sem detrimento da coisa, o direito a ser indemnizado pelo seu valor, calculado segundo as regras do enriquecimento sem causa.”

É, assim, uma cláusula que nos nossos dias já não levanta qualquer controvérsia e é aceite sem reticências pela nossa doutrina³⁶ e jurisprudência.

2.5. CLÁUSULAS RESOLUTIVAS A FAVOR DA ENTIDADE GESTORA

Falamos aqui do direito de resolução que assiste ao gestor do centro comercial quando o lojista não abre a sua loja, por interrupções do exercício da actividade ou desrespeito pelo horário de funcionamento do centro ou por qualquer incumprimento por parte do lojista ou dos seus sócios, quando os houver.

É uma cláusula que permite ao gestor resolver o contrato quando algo não está a correr como ele previu inicialmente, e que confere amplo poder de resolução ao gestor do centro comercial.

³⁴ TRP de 06.11.2001, processo 0121501, disponível em www.dgsi.pt.

³⁵ TRC de 01.04.2008, processo n.º 275/05.9TBCTB.C1, disponível em www.dgsi.pt.

³⁶ Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4ª ed., Coimbra editora, Coimbra, p. 720, PEREIRA COELHO, *Arrendamento - Direito Substantivo e processual*, Lições copiógrafadas, Coimbra, 1988, p. 39 e PINTO FURTADO, op. cit., p. 422, e ARAGÃO SEIA, *Arrendamento Urbano*, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 186 e 613.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Pode ainda dizer-se que é uma tentativa vã de afastamento do regime vincultístico do arrendamento, uma vez que se verifica que há a atribuição do direito de resolução por fundamentos não consagrados no art. 1083.º CC.

Denota-se que há um certo afastamento, mas as razões de resolução não deixam de ser muito semelhantes às constantes no art. 1083.º do CC, sendo que se pode considerar essa tentativa um pouco frustrada.

2.6. CLÁUSULAS QUE IMPÕE AO LOJISTA A ADESÃO A UMA ESTRUTURA ASSOCIATIVA DE PROMOÇÃO E PUBLICIDADE DO CENTRO COMERCIAL

Esta é uma das cláusulas mais importantes que se inserem no contrato de instalação de lojista em centros comerciais. E desde logo nos desperta a dúvida da sua validade quanto à constituição. Ora vejamos, o art. 46.º, n.º 3, da CRP consagra a liberdade de associação na sua vertente negativa, ou seja, a liberdade de as pessoas pertencerem ou não a uma associação conforme a sua vontade. Parece-nos que esta cláusula não está a respeitar a vontade do lojista, violando, assim, um direito fundamental.

Tem sido uma questão muito debatida na nossa doutrina, o problema da relevância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.^{37 38} Contudo, se lançarmos mão da harmonização da liberdade contratual com o preceito da Constituição que estabelece a liberdade de associação, conseguiremos encontrar um critério de resolução para este conflito.

Benedita Crorie³⁹ sustenta que “ as liberdades ou bens pessoais podem ser limitados por contrato, com o acordo ou consentimento do particular, considera-se que os casos de renúncia

³⁷ Este problema tem sido abordado em duas perspectivas. Se por um lado há Autores, como VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, in Documentação e Direito Comparado, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 5, Lisboa, 1981, pp. 242 e ss., GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 147.148, que defendem a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais referentes aos direitos fundamentais nas relações entre privados. Por outro lado, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999 pp. 73 e ss. e HEINRICH E. HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina Coimbra, 1992, pp. 94 e ss. sustentam um a relação meramente indirecta ou mediata de tais direitos naquelas relações.

³⁸Na doutrina brasileira esta questão também foi debatida, Site www.buscalegis.ccj.ufsc.br.19/04/04 "Ponto que começa a ser questionado é a obrigação de o lojista associar-se e manter-se vinculado à Associação de Lojistas, que, como se sabe, é parte integrante da estrutura operacional do shopping center. Tendo o artigo 5o, XX, da Constituição Federal declarado que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado, alguns ocupantes tem impugnado a eficácia da cláusula contratual que obriga o locatário a filiar-se à Associação de Lojistas e nesta manter-se enquanto durar a locação. Sustenta-se que referida cláusula infringe a Lei Maior e agride o direito individual nela congregado. Afirma-se que a Associação é pessoa jurídica estranha a relação locatícia, motivo pelo qual a adesão do lojista deve ser facultativa”.

³⁹ BENEDITA CRORIE, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, esp. pp. 101 e ss.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

são aqueles em que mais longe se pode ir na garantia da liberdade negocial, aceitando-se que ela exclua a aplicação do preceito constitucional.”

Ana Afonso⁴⁰ sugere que se acolha o critério proposto por Vieira de Andrade, que, do nosso ponto de vista, também nos parece o mais concreto. Deste modo, este Autor sustenta a admissibilidade da restrição negocial que se assiste nestas cláusulas.

Porém, há aqui um limite intransponível, a dignidade da pessoa humana. No entanto, somos da opinião que o facto de o lojista se ver obrigado a aderir a uma estrutura associativa e de manter essa ligação durante o período estipulado no contrato de instalação de lojista em centro comercial, não é atentatório da dignidade da pessoa humana, uma vez que esta cláusula assegura a eficácia de funcionamento da estrutura associativa, bem como de todo o shopping center.

Admitimos, pois, a restrição da liberdade negocial do lojista face a outra liberdade constitucional, a de iniciativa económica.⁴¹

2.7. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DA CESSÃO DA LOJA, DA EXPLORAÇÃO DO ESTABELECIMENTO OU DA CESSÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS DA SOCIEDADE QUE DELE SEJA PROPRIETÁRIA

Trata-se aqui, a nosso ver, da questão mais premente de todas as cláusulas citadas, tendo em conta que envolve terceiros fora desta relação lojista-gestor. Estas cláusulas^{42 43}

⁴⁰ ANA AFONSO, Anotação ao Acórdão do STH 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.

⁴¹ VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., pp. 266, nota 67.

⁴² Fizemos uma breve análise às cláusulas, a nosso ver, mais importantes. Contudo, temos de atender que num contrato como este que agora analisámos, há um clausulado imenso, com mais ou menos cláusulas controversas. Na doutrina brasileira encontramos referência a outras cláusulas que entre nós, não são desenvolvidas como é o caso das cláusulas que fixam o “aluguel em dobro”, “Fundo de comércio e Res Sperata”, entre outras.

Para mais desenvolvimentos ver: LADISLAU KARPAT, *Shopping Centers: Manual Jurídico*, 2.ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 1999; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Intervenção no Simpósio sobre os centros comerciais, in *“Shopping Centers” – Aspectos Jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, pp. 70 a 87. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “Shopping Centers”, “Shopping Centers”: aspectos jurídicos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984; ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, *Atipicidade mista...*, cit. ; DINAH SÓNIA RENAULT PINTO, *Shopping Center: uma nova era empresarial*, 3.ª edição, revista e actualizada, por VÂNIA BECHARA GOMES E MARCOS BRAGANÇA, Rio de Janeiro, Forense, 2001; MODESTO CARVALHOSA, *Considerações sobre relações jurídicas em “shopping centers”*, Shopping Centers: questões jurídicas, doutrina e jurisprudência, São Paulo, Saraiva, 1999.

⁴³ Há, porém uma cláusula que por vezes é citada por alguns Autores, que a nosso ver não merece grande atenção. É uma cláusula relativa ao afastamento da hipótese de uma indemnização pelos benefícios trazidos para o centro comercial, ou seja, à semelhança do que acontece no contrato de agência, haver aqui uma indemnização de clientela. Pensamos não ser muito viável esta cláusula, pois muito difícil se torna avaliar o montante desta indemnização, uma vez que não se consegue quantificar esse valor de uma forma exacta, porque há um conjunto de condicionantes no que se refere ao contrato de instalação de lojista em centro comercial.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

demonstram o “interesse do gestor do centro comercial na exploração efectiva de cada uma das lojas cedidas, segundo um plano de actividades pré-estabelecido e a integração das empresas dos vários lojistas na empresa global do centro comercial.”⁴⁴Nestas cláusulas, é possível deslindar qual a causa do contrato, ou seja, a razão da inserção de todas estas cláusulas no contrato.

Depois de uma breve análise às cláusulas constantes num contrato de instalação de lojista em centro comercial, iremos debruçar-nos mais exhaustivamente quanto às cláusulas relativas à limitação da transmissão da posição contratual do lojista em centro comercial.

3. LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA

3.1. O PROBLEMA FACE À NORMA DO ART. 1112.º, N.º1, ALÍNEA A) E DO 1109.º, N.º2 DO CÓDIGO CIVIL

Tal como constatámos anteriormente, são inseridas no contrato de instalação de lojista cláusulas que limitam a transmissão da sua posição contratual. É, por exemplo, o caso da cláusula que é muito frequente neste tipo de contrato, segundo o qual o lojista está proibido de ceder a sua posição contratual, subarrendar, trespassar ou dar em comodato a sua loja, ou ainda, permitir o seu uso por qualquer pessoa, sem o prévio consentimento por escrito do gestor do centro comercial.

Embora saibamos que estamos perante o domínio do princípio da liberdade contratual constante no art. 405.º do CC, do qual decorre que os contraentes podem inserir no contrato “as cláusulas que lhes aprover”, certo é, que temos de atender aos limites da lei, para verificar a validade de tais cláusulas. Desta forma, questiona-se a validade de tais cláusulas com base no regime de arrendamento urbano, como já anteriormente o fizemos. Se seguissemos a lógica que temos desenvolvido até agora, afastaríamos logo esta norma, tal como afastamos a tese do arrendamento, contudo não nos é possível fazê-lo, pois temos de atender a preceitos legais de carácter imperativo, quando tais preceitos devam ser aplicados.

⁴⁴ LEBRE DE FREITAS, *Da impenhorabilidade do direito do lojista de centro comercial*, ROA, ano 59º (Janeiro de 1999), pp. 57.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Questão que nos parece premente relativamente a esta cláusula é a de saber se esta, face ao art.1112.º, n.º1, alínea a) do Código Civil (Transmissão da Posição de Arrendatário), será válida, pois é estipulado que o arrendatário comercial pode transmitir, por acto entre vivos, a sua posição sem dependência da autorização do senhorio.⁴⁵

Convém também referir que o art.1109.º, n.º 2 CC⁴⁶ (Locação de Estabelecimento), vai no mesmo sentido, referindo que, para uma transferência temporária e onerosa de estabelecimento instalado em local arrendado, não há necessidade de autorização do senhorio. Contudo deve ser-lhe comunicada no prazo de um mês.⁴⁷

O afastamento da regra geral, como se vê, fez propender a lei para a defesa do interesse do empresário, em detrimento do interesse do senhorio. Sendo assim, repare-se aqui que esta penalização do senhorio, em ambas as normas, só se justifica pela prevalência do interesse mercantil da facilitação da transmissão da empresa, dando opção ao titular do estabelecimento comercial quando se desinteresse ou sinta que não é capaz de continuar a gestão do estabelecimento, de poder negociar livremente, sem a intromissão do senhorio.

Constata-se que há dois interesses que prevalecem aqui: o do titular do estabelecimento, que tem todo o interesse em que o estabelecimento seja trespasado, de forma a poder cobrir os custos que realizou quando a arrendou ao senhorio e o do adquirente que vê concretizado o seu desejo de poder desenvolver a mesma actividade na mesma loja em que o transmitente o fazia.

Comprova-se, assim, que exigir a autorização para a transmissão da posição contratual do arrendatário constituiria um entrave, ou seja, tal como considerava Rui de Alarcão⁴⁸ seria “ injusto privá-lo da negociação dessa mais-valia, sacrificando-a ao direito do locador.”

⁴⁵ Desde 1910 que o consentimento do senhorio foi dispensado quando o arrendatário comercial trespasse a sua posição de arrendatário, inicialmente estava consagrado no rt.33.º, §4.º do Decreto de 12 de Novembro de 1910, passou para o art.32.º, § único do Decreto 4499, de 27 de Junho de 1918, daqui para o art.55.º do Decreto 5411, de 17 de Abril de 1919, e depois, sucessivamente, para o art. 64.º, n.º2 da Lei 2030, de 22 de Junho de 1948, para o art. 1118.º do Código Civil, para o art. 115.º do Regime de Arrendamento Urbano e agora desde 2006 no art. 1112.º do Código Civil.

⁴⁶ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Vol. I. Introdução, Actos de Comércio. Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 321 defendia que: “Andou bem o NRAU ao consagrar no art.1109.º, 2, a *desnecessidade de o senhorio autorizar a cedência do gozo do prédio (...)*, apesar de o ter feito sem rigor linguístico: o que “ não carece de autorização do senhorio” não é “ a transferência temporária e onerosa de estabelecimento instalado em local arrendado”(o estabelecimento é do locador, que não tem de obter ou deixar de obter autorização de terceiro para o negociar), é sim a transferência do gozo do prédio (pertencente ao senhorio) integrado no estabelecimento.”

⁴⁷ Na lei anterior, no art. 111.º do RAU, a questão do consentimento do senhorio para a transmissão do estabelecimento comercial, não era bem clara, pois a própria norma não o dizia directamente, como hoje em dia diz “ A transferência temporária e onerosa de estabelecimento instalado em local arrendado não carece de autorização do senhorio, mas deve-lhe ser comunicada no prazo de um mês”, contudo a jurisprudência e a doutrina mesmo antes de estar directamente especificado na lei, já defendiam que essa transmissão não carecia de consentimento do senhorio.

⁴⁸ RUI DE ALARCÃO, *Sobre a Transferência da posição do arrendatário no caso de trespasse*, BFD, Coimbra, Vol. XLVII, 1971, pp. 39-40

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Ambas as normas prevêem que se faça a comunicação ao senhorio da cedência efectuada. O art. 1038.º, alínea g)⁴⁹ CC estabelece como obrigação do locatário comunicar no prazo de 15 dias a cedência do gozo da coisa.

Trata-se, portanto, de um requisito de eficácia da transmissão da posição contratual em relação ao senhorio. Se ela não for efectuada naquele prazo de 15 dias, isso permitirá ao senhorio, nos termos do art. 424.º, n.º2, para que remete o art. 1059.º, n.º2 ambos do CC, resolver o contrato de arrendamento.

Repare-se que esta notificação pode ser levada a cabo por qualquer pessoa. A cedência da posição contratual não tem forçosamente de ser comunicada especificamente pelo trespassante ou pelo trespassário – pode ser feita por qualquer um deles, como por um terceiro. No fundo, o que interessa é que o senhorio tenha conhecimento efectivo da cessão. Também não haverá lugar ao despejo – nos termos do artigo 1049.º CC – se o senhorio tiver sido reconhecido como novo arrendatário (nomeadamente pela recepção da renda), o trespassário.

Deste modo, verificamos que neste regime que foi explicitado, qualquer cláusula que imponha a necessidade de autorização do senhorio para a transmissão do uso do lugar, vai sofrer de nulidade.⁵⁰

Tal como já refere Lebre de Freitas⁵¹ esta norma constante do art. 1112.º é uma norma de cariz excepcional, tendo em conta que deriva de um contrato bilateral “ a posição do arrendatário, temporariamente constituído em titular dum direito pessoal de gozar uma coisa alheia (arts. 1022.º CC e 1023.º CC), a sua transmissão é uma cessão de posição contratual, que tem como objecto principal esse direito de gozar a coisa e o dever de pagar a renda estipulada, e envolve ainda a transmissão dos direitos e deveres acessórios que a lei (arts. 1031.º CC e 1038.º CC) ou as partes (no contrato de arrendamento) tenham estabelecido. A excepcionalidade está em que, no caso do arrendamento comercial, é dispensado o consentimento da contraparte do cedente, que o art. 424.º CC impõe como requisito geral da cessão da posição contratual.”⁵²

⁴⁹ Este artigo no que diz respeito ao prazo de comunicação, só se aplica à transmissão da posição de arrendatário, pois à locação de estabelecimento aplica-se o prazo do art. 1109.º, n.º 2 CC.

⁵⁰ Em 1976, o Acórdão da Relação do Porto de 23 de Julho (publicado na CJ, ano I, tomo 3, p. 612), afirmava ser nula a proibição de trespasse clausulada em arrendamento comercial, uma vez que a norma do art. 1118.º, n.º 1, CC, era de interesse de ordem pública. Ver também o Acórdão da Relação de Coimbra, de 14 de Junho de 1988, CJ, t.III, P.91.

⁵¹ LEBRE DE FREITAS, *op. cit.*, pp. 60.

⁵² No mesmo sentido, VASCO TABORDA FERREIRA, *Sublocação e trespasse; elementos para a definição de trespasse*, RDES, ano IX, n.º2, Abril-Junho de 1956, pp.111 – 112 e ANA AFONSO, *Os Contratos...*, *cit.*, pp. 277.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Sendo assim, perguntamo-nos se o facto de a cláusula que limita a transmissão da posição contratual ao consentimento do gestor não será contrária aos princípios da boa-fé. Encontramos a resposta no Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1998⁵³ que refere que, “uma tal cláusula não contraria os princípios da boa-fé, é consentida pelo entendimento do que é juridicamente um shopping center e é compatível com a natureza jurídica do contrato de instalação do lojista quer analisemos estrutural quer funcionalmente a relação obrigacional criada pelo contrato”.

Parece-nos que de certo modo as figuras do trespassse e da locação de estabelecimento ficaram pouco elucidadas. Compete-nos desta forma diluir o que não ficou esclarecido até aqui.

3.2. DELIMITAÇÃO DAS FIGURAS: TRESPASSE E LOCAÇÃO

3.2.1. TRESPASSE⁵⁴

Começemos pelo trespassse. O trespassse não é definido em qualquer norma vertida no nosso ordenamento jurídico, originando, assim, por vezes, desencontros doutrinários e jurisprudenciais. Contudo, é possível extrair dessas dispersas referências legislativas e dos valiosos contributos da jurisprudência, algumas conclusões quanto a esta figura⁵⁵. Trata-se, assim, de transmissão a título definitivo da propriedade de um estabelecimento por negócio entre vivos.

⁵³ Publicado no site www.dgsi.pt;

⁵⁴ O epíteto trespassse é o mais utilizado entre nós. Porém, em tempos idos era frequente o uso dos termos traspasse, trespasso e traspasso. Ver, para mais desenvolvimentos, RUI DE ALARCÃO, *Sobre a transferência da posição de arrendatário no caso de trespassse*, BFD, 1971, pp. 21 e ss e BARBOSA DE MAGALHÃES, ob. Cit., p. 212.

⁵⁵ Alguns Autores, como ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento, Trespasse e mudança de destino*, Coimbra, 1977 (sep. da RLJ, ano 110.º, n.º 3592), pp. 602-603, o ter trespassse “abrange virtualmente figuras muito distintas, devendo ser concebido não como figura rígida ou quase-rígida mas como “súmula, naturalmente variável, de fenómenos diversos”, já BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial – Estudo de direito privado*, Ática, Lisboa, 1951, pp. 235-236, “O trespassse é, pois, um negócio jurídico complexo, constituído por vários negócios jurídicos; tem um regime próprio, mas que não é completamente independente do de cada um, ou de alguns desses negócios, que o compõem”; RUI DE ALARCÃO, *Sobre a transferência da posição do arrendatário no caso de trespassse*, BFD, 1971, p.25, a noção de trespassse é variável “cumprindo a quem a manuseia determinar o perímetro exacto que tem em face do problema ou do lote de problemas em que opera – determinar, em suma, o subconceito de trespassse que esse ou esses problemas postulam”; FERRER CORREIA, *Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica*, in Estudos Jurídicos, vol. II, Atlântida, Coimbra, 1969, p. 31-32, “o termo trespassse “ não corresponde a uma figura negocial autónoma”, significa “um conjunto de figuras jurídicas diversas, cada uma com sua regulamentação própria”. PINTO FURTADO, *Curso de direito de arrendamentos vincultísticos*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1988, tendo o acolhimento de COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade - As Empresas no Direito*, Almedina Coimbra, 1996, pp. 327, conclui que “Assim, o trespassse não é essa autêntica aberração duma figura complexiva e plástica, súmula variável de fenómenos diversos e sem qualquer unidade que a generalidade da doutrina vê nele, mas uma qualidade fixa, sempre idêntica si própria, que, ao integrar-se em diferentes tipos de negócios jurídicos, lhes acrescenta os efeitos que lhes são específicos, rígidos ou imutáveis, seja qual for o concreto negócio fundamental eleito *in casu*”

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Não deixa de ser uma noção bastante ampla que permite abarcar várias figuras negociais, tais como: a compra e venda; troca; dação em cumprimento; realização de entrada social.

Como sabemos, no trespasse não é necessário o consentimento do senhorio para haver a transmissão da posição de arrendatário. Partindo desta premissa, é imperativo sabermos se estamos perante um trespasse ou não, tendo em conta que há vários negócios semelhantes. Sendo assim, para aferir se existe ou não trespasse, socorremo-nos do art. 1112.º, n.º 2, alínea a) e b) do CC, ou seja, só existe trespasse:

- a) Quando a transmissão não seja acompanhada de transferência, em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias ou outros elementos que integram o estabelecimento;
- b) Quando a transmissão vise o exercício, no prédio, de outro ramo de comércio ou indústria ou, de um modo geral, a sua afectação a outro destino.

Começemos pela alínea a). Trata-se, obviamente, de uma solução que, interpretada de forma literal, se revela irrazoável e injusta, não podendo ser acolhida pelos juristas. Deve antes ser aqui, um mero indício, um mero sinal da inexistência do trespasse, aquilo que Orlando de Carvalho⁵⁶ designava como índice semiótico da inexistência de trespasse. É que para determinar se existiu ou não trespasse, haverá sempre que apurar a vontade real das partes, haverá que saber se estas, ao não transmitirem todos os elementos, quiseram ou não transmitir efectivamente a empresa.

Assim, o art. 1112.º CC, n.º 2, alínea a) deverá significar apenas que não existirá trespasse quando, não se tendo transmitido todos os elementos da empresa, tenham ficado por transmitir elementos que pertençam ao âmbito mínimo ou necessário. Difícil se torna, por vezes, averiguar quais os elementos que se incluem nesse âmbito mínimo⁵⁷, tendo em conta que pode variar de trespasse para trespasse.

⁵⁶ ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967, pp. 476 e ss.

⁵⁷ Estão englobadas neste âmbito mínimo: a marca, as recompensas industriais e o nome e a insígnia. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, pp. 329, "Quanto a outros elementos, o silêncio das partes é acompanhado pelo silêncio da lei.", "O mais razoável será, portanto, que aqueles elementos sobre que pesa o silêncio se transmitam naturalmente; trespasado o estabelecimento, fica o trespasante obrigado a entregar o complexo de bens que o compõem."

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Contudo, compete-nos saber se, no seio desse âmbito mínimo, também está englobado o direito ao local, podendo representar um elemento essencial que inquiere a transmissão do estabelecimento.

Esta questão na doutrina portuguesa não suscitou grande controvérsia, tendo em conta que Autores como Orlando de Carvalho⁵⁸, Coutinho de Abreu⁵⁹ e Rui de Alarcão⁶⁰ afirmavam que não se podia confundir o direito ao local com o estabelecimento e, como tal, podia ser excluído do trespasse.

Já Pinto Furtado⁶¹ seguiu um caminho diferente, dizendo que o direito ao local constituía um elemento necessário para a transmissão do estabelecimento.

Embora defendamos, tal como os citados Autores, que o direito ao local é independente do estabelecimento, certo é que quando este estabelecimento está inserido num centro comercial, a nossa opinião sofre algumas alterações.

Ora vejamos, um estabelecimento inserido num centro comercial não se pode confundir com um estabelecimento inserido no comércio tradicional, uma vez que no segundo caso quando há a decisão de mudar de local, apenas se muda a loja de sítio, sem ter outro tipo de encargos. Num centro comercial as coisas não se passam bem dessa forma, tendo em conta que o próprio centro comercial é uma realidade bem diferente do dito comércio tradicional. Aqui, tal como Orlando de Carvalho⁶² refere, o direito ao local é indispensável, pois sem ele, “ a imagem do estabelecimento em concreto - «como valor de posição no mercado» - vem inevitavelmente a perder-se (...).”

Mais uma vez verificamos que a cláusula inserida no contrato de lojista em centro comercial que limita a transmissão do estabelecimento à autorização da gestora do centro comercial tem toda a razão de ser. Contudo, também se verifica que o lojista vai ser prejudicado nos seus interesses, uma vez que não vai poder negociar o seu estabelecimento com um “bem”.

Mais complicado é o problema da alínea b), a questão da mudança de ramo. Interpretando literalmente esta norma, também ela consagraria uma solução irrazoável, ou seja, sempre que existisse alteração do ramo não existiria trespasse. Ora um tal entendimento

⁵⁸ORLANDO DE CARVALHO, *Alguns aspectos da negociação do estabelecimento*, RLJ, ano 115.º (1982-83), p. 166.

⁵⁹COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., p. 334.

⁶⁰RUI DE ALARCÃO, *Sobre a Transferência...*, cit., pp. 43 e ss.

⁶¹PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., pp. 534-536, este Autor a propósito deste tema diz que transferir um estabelecimento para outro local “ é como impor ao proprietário do ovo que o leve para onde quiser mas que deixe ficar a casca.”

⁶²ORLANDO DE CARVALHO, *Alguns aspectos...*, cit. p.168.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

penalizaria o trespassante por um comportamento do trespassário. De facto, o arrendatário para o senhorio continuaria a ser o trespassante, sendo por isso contra este que iria ser atentada uma eventual acção de despejo.

Quanto ao conteúdo da b) do art.1112.º, n.º2, Januário Gomes⁶³ afirma que "não faz sentido uma conclusão automática; conquanto a mudança de ramo apenas seja ostensiva em momento posterior, para que se possa afirmar uma irregularidade na cessão da posição do arrendatário, é mister que essa mudança de ramo seja a projecção de acto anterior, gerador do pretense trespassse; sendo necessário, como escreve Orlando de Carvalho⁶⁴ " que se prove que a alteração interferiu no próprio acto que se pôs em movimento, impedindo o trespassse da organização do alienante, que as partes não quiseram transferir tal empresa e realmente não a vieram a transferir".⁶⁵

Assim, esta mudança de ramo deve ser encarado como indício de que o trespassse foi simulado e de que as partes apenas pretenderam transmitir o local onde a empresa funcionava.

3.2.2. VENDA EXECUTIVA – A PENHORA FACE À CLÁUSULA QUE LIMITA A TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA

Voltando mais concretamente ao tema que estamos a desenvolver, e a uma questão que traz grande controvérsia no nosso ordenamento jurídico, que é a de saber, se o trespassse se pode configurar apenas como trespassse quando há venda voluntária do estabelecimento ou também quando há venda executiva.

Nesta matéria, alguns Autores como Santos Júnior⁶⁶ defendem que apenas se pode considerar que houve trespassse quando há venda voluntária do estabelecimento. Já Coutinho de Abreu⁶⁷, Rui de Alarcão⁶⁸, Aragão Seia⁶⁹ e Pinto Furtado⁷⁰, entendem, que existe trespassse, havendo venda voluntária ou venda executiva.

⁶³ JANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos Comerciais*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1990, p. 170-173.

⁶⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento, trespassse e mudança de destino*, separata da RLJ-110º, 1977, p. 11.

⁶⁵ Neste sentido, RUI DE ALARCÃO, *Sobre a Transferência...*, cit.,p., p. 27, em nota; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol I, Almedina, Coimbra, 6.ª edição, 2006, pp. 306-307; PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., p. 582.

⁶⁶SANTOS JÚNIOR, *Sobre o Trespasse e a Cessão de Exploração de Estabelecimento Comercial, As Operações Comerciais*, pp. 436 - 437.

⁶⁷ COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade - As Empresas no Direito*, Almedina Coimbra, 1996, pp. 326.

⁶⁸RUI DE ALARCÃO, *Sobre a Transferência...*, cit.,p. 26, em nota.

⁶⁹ ARAGÃO SEIA, *Arrendamento Urbano – anotado e comentado*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 648 e 664 – 665.

⁷⁰ PINTO FURTADO, *Manual do Arrendamento Urbano*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 552.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Foi este o entendimento sustentado pela jurisprudência no já citado Acórdão de 20 de Janeiro de 1998, que tem para este tema muita relevância, tendo em conta que aborda questões muito pertinentes sobre o trespasse. Definindo-o, assim, como “ a transmissão definitiva, por acto entre vivos (seja a título gratuito ou oneroso), da titularidade do estabelecimento comercial”.

O Tribunal entendeu que a cláusula incerta no contrato, na qual o lojista se compromete a não ceder os poderes que lhe foram concedidos no contrato celebrado entre si e o gestor do centro comercial, é válida, sendo considerada inadmissível a penhora.

A propósito deste tema Marco Filipe Gonçalves⁷¹ refere que “nesta medida, se em execução movida contra a pessoa, singular ou colectiva, proprietária do estabelecimento comercial instalado num centro comercial, for penhorado o direito à utilização do estabelecimento integrado no centro comercial, a entidade gestora do centro, sendo uma entidade terceira em relação à execução, pode opor-se a essa penhora lançando mão do incidente de embargos de terceiro.”⁷²

O gestor do centro comercial tem, pois, um importante papel no que respeita ao trespasse na venda executiva, uma vez que ele tem de acautelar o centro comercial da entrada de comerciantes que não correspondam aos padrões gerais pré-definidos para o integrar. Sobre este recai a obrigação de assegurar o bom funcionamento do conjunto do centro comercial e não de cada loja em individual, assegurando assim, a clientela e a qualidade do serviço. Não faria sentido que, depois de toda a análise realizada a cada um dos estabelecimentos para os integrar da melhor forma no centro, viesse todo este esforço ser agora comprometido pela entrada de um novo titular de um estabelecimento sobre o qual nada se conhece e que até poderia vir a considerado um factor de perturbação.

Justifica-se assim a decisão tomada pelo STJ em 20 de Janeiro de 1998, quando considerou a penhora inadmissível.

⁷¹ MARCO FILIPE GONÇALVES, *Embargos de Terceiro na Acção Executiva*, Tese de Mestrado em Direito Judiciário, Escola de Direito Universidade do Minho, pp.253.

⁷² No sentido de não ser admissível a penhora de um estabelecimento comercial que se encontre integrado num centro comercial ao abrigo de um contrato atípico ou inominado, vide o Ac. do STJ, de 20 de Janeiro de 1998, já citado: “O contrato inominado de instalação de lojista tem expressão por si próprio enquanto integrado no centro comercial mas, por não ser possível impor o seu trespasse sem autorização da outra parte, não constitui só por si garantia de pagamento dos seus credores mediante execução do respectivo património, o que inviabiliza o acto da penhora.”

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Contudo, Pinto Furtado defende que a argumentação desenvolvida pelo Tribunal “ofende clamorosamente” o direito dos credores dos lojistas, ou seja, ao negar-se a penhora, está a negar-se o direito de os credores satisfazerem o seu crédito.

Sobre este tema o STJ no Acórdão de 26 de Abril de 1994 referiu que “ as lojas do centro comercial embora exploradas individualmente, integram-se num todo que presidiu à sua formação, pelo que a negociação dessas lojas não pode ser encarada isoladamente do seu conjunto.” Fazendo ressaltar, mais uma vez, que a cláusula que faz depender do prévio consentimento da gestora a transmissão do estabelecimento comercial é lícita e de certa forma necessária para manter a unidade do centro comercial.^{73 74}

Porém, há Autores como Galvão Telles⁷⁵ que qualificando o contrato como contrato de arrendamento para comércio, considera estas cláusulas inadmissíveis, por contrariar o respectivo regime jurídico. Pinto Furtado⁷⁶ vai mais longe e afirma que “pretender afastá-la [a norma do art. 1112.º, n.º1 CC] circunscritamente aos lojistas dos centros comerciais, mesmo fugindo à qualificação dos seus contratos como arrendamento, envolverá ter de se demonstrar, em minha opinião, que o aviamento destas lojas é exclusivamente criado pelo gestor do centro.”

3.2.3. TRESPASSE: TRANSMISSÃO “INTER VIVOS” E POR ACTO “MORTIS CAUSA”?

Algumas dúvidas são também suscitadas quanto ao facto de se poder trespassar um estabelecimento por morte do seu titular. Contudo, a lei neste aspecto é clara e diz que o trespasse é uma transmissão por acto “entre vivos”, fazendo com que a jurisprudência e a doutrina maioritária⁷⁷ tenham seguido o mesmo caminho.

⁷³ Neste sentido, ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1998*, RLJ, ano 131.º, p.376.

⁷⁴ Na doutrina brasileira, ver por exemplo, RUBENS REQUIÃO, *Considerações jurídica sobre os centros comerciais “Shopping Centers” no Brasil*, in *“Shopping Centers – Aspectos Jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 150-153, PESTANA DE AGUIAR, *O fundo do comércio e os “shopping centres”*, in *“Shopping centres”- Aspectos Jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p.191.

⁷⁵ PINTO FURTADO, *Os centros comerciais...*, cit., p. 37-38.

⁷⁶ GALVÃO TELLES, *Contratos de Utilização...*, cit., p. 529.

⁷⁷ Cfr. quanto a este tema FERRER CORREIA, *Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*, ROA, ano 44.º, Maio de 1984, p.32; SANTOS JÚNIOR, *Sobre o trespasse...*, cit., pp. 435 - 436; RUI DE ALARCÃO, *Sobre a transferência...*, cit., pp.26, em nota; COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., pp. 326-327 e PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., pp.568-560.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Porém, o art. 1113.º CC vem-nos gerar algumas interrogações, tendo em conta que estabelece que o arrendamento não caduca por morte do arrendatário, transmitindo-se aos seus sucessores.

Ana Isabel Afonso⁷⁸ defende que o trespasse abrange quer a transmissão por acto “entre vivos”, quer por acto “mortis causa”, pois considera que “a teleologia subjacente à regulamentação arrendatícia do estabelecimento comercial, a não caducidade do direito ao arrendamento só fará sentido inseparavelmente da transmissão do respectivo estabelecimento comercial.”⁷⁹

Em sentido contrário, Gravato Morais⁸⁰ defende que o trespasse apenas engloba negócios entre vivos. Com efeito, ele refere que “não há qualquer normativo atinente à matéria sucessória que ao trespasse se reporte. Aliás, no caso de sucessão por morte, a lei demarca-se da locução (art. 11.º, n.º1, 2.ª parte do último diploma citado e art. 44.º, n.º3 RNPC), criando-se até, nalguns casos, um regime paralelo, diverso daquele outro (não homogéneo) inerente ao trespasse.”

Teremos de atender a este aspecto no que respeita às sociedades comerciais, ou seja, quando há uma cisão ou uma fusão ou até mesmo quando há a extinção da pessoa colectiva. A questão aqui é, se se opera a transmissão do arrendamento, no caso de haver cisão ou fusão, ou, se por outro lado, no caso da extinção, provoca a caducidade do arrendamento.

No Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1998, cita-se Henrique Mesquita⁸¹, que “entende que o trespasse engloba todos os negócios de transmissão definitiva e inter-vivos de um estabelecimento, seja qual for a causa do acto translativo – venda, troca, doação, realização do valor de uma quota no capital de determinada sociedade, transmissão decorrente de uma fusão de sociedades, etc., entendimento que considera pacífico.”⁸²

Já Pinto Furtado⁸³ vai no sentido diverso, considerando que “com a fusão ou cisão não ocorre uma alienação do estabelecimento de A a favor de B, mas uma dissolução de A em B [...]

⁷⁸ ANA AFONSO, *Os Contratos...*, cit., pp. 281, nota de rodapé 627.

⁷⁹ No mesmo sentido PEREIRA COELHO, *Arrendamento – Direito Substantivo e processual*, Lições copiografadas, Coimbra, 1988 e no sentido oposto PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., pp. 559-560, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Volume I, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 1441.

⁸⁰ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Alienação e Oneração do Estabelecimento Comercial*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 81; Com ele está a maioria da doutrina, como FERRER CORREIA, “*Sobre a projectada reforma...*”, cit., p.32, RUI DE ALARCÃO, ob. cit., pp. 26, nota 12, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., pp. 326 e 327.

⁸¹ HENRIQUE MESQUITA, Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 25 de Outubro de 1994, RLJ, 128.º, p.58.

⁸² No mesmo sentido, ARAGÃO SEIA, *op. cit.*, pp. 650 e ss.

⁸³ PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., pp. 600 – 601.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

e não há pois nesses casos, uma transmissão ou trespasse do estabelecimento, mas uma sub-rogação da sociedade contribuidora pela sociedade beneficiária”.

Estamos com pessoa Pessoa Jorge⁸⁴ quando defende não fazer sentido o facto de se proteger o comerciante em nome individual e não se aplicar a mesma protecção à sociedade, ou seja, obrigar o senhorio a manter o arrendamento com o sucessor do arrendatário singular e não sujeitar o senhorio à mesma obrigação quando se trata de uma pessoa colectiva. De facto, não faria sentido que essa protecção fosse negada às sociedades comerciais quando ocorresse cisão e fusão.

Deste modo, Orlando de Carvalho⁸⁵ em Anotação a Acórdão do STJ de 24 de Junho de 1975, conclui que “ as figuras abrangidas no «trespasse» podem ser duvidosas, fora de dúvida, porém, é que são negócios sobre o estabelecimento, caracterizadas, antes de tudo, por esse mesmo estabelecimento”. Também Rui de Alarcão⁸⁶ concluía que o trespasse se trata de um “ conjunto de composição variável, consoante a teleologia das diferentes normas”.

3.2.4. LOCAÇÃO DE ESTABELECIMENTO⁸⁷

Esta figura não oferece tantas dificuldades na delimitação do conceito como o trespasse, pois é unanimemente definida como a cedência temporária e remunerada do mero gozo do estabelecimento.

Segundo Orlando de Carvalho⁸⁸, esta figura-se no facto de a exploração passar “a correr por conta e risco do adquirente, que, ao invés do que sucede com o gerente puro e simples, em

⁸⁴ FERNANDO PESSOA JORGE, *Transmissão do arrendamento comercial por efeito da incorporação da sociedade locatária*, O Direito, ano 122.º (1990), I (Janeiro- Março), p. 479.

⁸⁵ ORLANDO DE CARVALHO, Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de Junho de 1975, RLJ, ano 110.º, 1977, pp. 102 ss.

⁸⁶ RUI DE ALARCÃO, *Sobre a transferência...*, cit., pp. 25.

⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, Manual de Direito Comercial, I Vol., Coimbra, 2001, p. 250, alude a cessão de exploração, embora o qualifique como locação; PUPO CORREIA refere-se a ele nos mesmos termos Direito Comercial, 8.º Ed., Ver. E Act., Coimbra 2003, pp. 326 e 327; De igual forma ARAGÃO SEIA, Arrendamento Urbano, 7.º Ed., Rev. e Act., Coimbra 2003, pp. 644 e ss. Já ANTUNES VARELA, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1985, RLJ, Ano 123, n.º 3800, p. 344, prefere designá-lo como contrato cessão de exploração, no entanto admite que a nova doutrina prefere apelidá-lo de locação de estabelecimento.

No mesmo sentido, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério...*, cit., pp. 269, N.83, PAULO TARSO DOMINGUES, *op., cit.*, p. 548, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, cit., pp. 304 e GRAVATO MORAIS, *Alienação e Oneração...*, cit., pp. 136, optam pela designação “ locação de estabelecimento (ou de empresa).

Por sua vez, FERNANDO CARDOSO, *Reflexões sobre o estabelecimento comercial ou industrial e respectivo contrato de aluguer*, Livraria Portugalmundo Editora, Lisboa 1991, pp. 141, 143, 174, 176, entre outras e PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., pp. 606, optam por a expressão “aluguer”, que é rejeitada pela doutrina em geral.

⁸⁸ ORLANDO DE CARVALHO, *Critério...*, cit., pp. 212 – 213.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

lugar de receber uma remuneração para o efeito, paga ainda uma renda ao respectivo alienante.”

Hoje em dia não há grande controvérsia⁸⁹ no que diz respeito à tipicidade ou atipicidade do contrato, e é mesmo considerado pela maioria da doutrina um contrato típico e nominado, dado que está regulado na lei.

Ana Afonso⁹⁰ citando Orlando de Carvalho conclui que “ as razões que determinam este negócio, pelo que toca ao cedente vão da inibição temporária para o exercício do comércio, à preocupação de tirar partido de uma empresa sem os respectivos encargos de gerência, ou, pelo menos o intuito de a manter em exploração até uma venda ou revenda que se prevê compensadora”; “ pelo que toca ao cessionário, vão do interesse em se dispor de um estabelecimento sem desembolso de volumosa quantia, à intenção de se fazer uma experiência que permita pôr à prova aptidões ainda inseguras, ou, em nível diverso – economicamente mais alto -, o intuito de excluir a concorrência de uma empresa, preparando-se terreno para a fusão em perspectiva ou como uma espécie de sucedâneo dessa mesma fusão”.

4. LIMITES À TRANSMISSÃO DAS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS

Esta é a questão mais controversa de todas as que estudamos até aqui, até porque é a que tem sido menos estudada pelos Autores.

Trata-se aqui de um limite imposto à posição contratual do lojista, constituindo o próprio lojista uma sociedade comercial. O que está em causa é que quando pretenda transmitir a sociedade comercial, o lojista necessita do consentimento do gestor do centro comercial. À partida, parece-nos uma exigência sem grande cabimento, se pensarmos que vai haver um terceiro fora da sociedade que se vai intrometer na “vida societária”. Porém esta situação tem de ser analisada por outro prisma.

⁸⁹ Assim, FERNANDO CARDOSO, *Reflexões...*, cit., pp. 154-155 e pp. 161 e ss.; PAULO DE TARSO DOMINGUES, *A locação da empresa*, RDE, anos XVI A XIX, (1990 a 1993), pp. 549-550; COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., pp. 309-310. Em sentido contrário, a Relação do Porto, no acórdão de 10 de Fevereiro de 1987, CJ, XII, t.I, pp. 224 e ss., qualifica o contrato de locação de estabelecimento como um contrato atípico. Também neste sentido, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., pp. 210-211.

⁹⁰ ANA AFONSO, *Os Contratos...*, pp. 288-289.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Embora, à primeira vista, pareça que a mudança de sócios não põe em causa a identidade do lojista, essa mudança pode acarretar importantes alterações na administração da empresa, bem como no relacionamento pessoal com o seu titular.

É assim, muito frequente, encontrar nos contratos de lojistas em centros comerciais, cláusulas que obrigam a passar pelo crivo da entidade gestora a alienação de participações sociais que possam implicar alterações no controlo do capital social, bem como a saída e entrada de novos sócios. É uma cláusula muito controversa, mas que teremos de aceitar se seguirmos a orientação desenvolvida até aqui, no que respeita ao consentimento da entidade gestora para o trespassse, teremos de a aceitar.

Talvez a primeira questão pertinente aqui seja o facto de o lojista, pessoa singular, se sujeitar ao consentimento do gestor para poder negociar o estabelecimento e a sociedade comercial, tendo os seus sócios idêntica qualidade de lojista, ou seja, ser livre para essa negociação. Deduz-se assim que, há um certo desequilíbrio entre pessoa singular e sociedade, desequilíbrio este que é colmatado pela necessidade de, tal como na anterior cláusula, haver uma salvaguarda da escolha feita pela entidade gestora. Uma escolha rigorosa que agora pode ser “deitada por terra” se houver a entrada de pessoas desconhecidas e que podem levar à degradação do serviço e da clientela.

A verdade é que, se anteriormente fomos de opinião de que para trespassar o estabelecimento comercial o lojista necessitaria do consentimento do gestor do centro comercial, certo é que vamos ter de seguir a mesma orientação no que concerne às sociedades comerciais, uma vez que o substrato é o mesmo.

4.1. O REGIME DA TRANSMISSÃO DAS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS CONSOANTE O TIPO DE SOCIEDADE

A participação social pode ser definida como o “conjunto unitário de direitos e obrigações actuais e potenciais do sócio (enquanto tal).”⁹¹ Assim, entre nós há a distinção entre “sociedades de pessoas” e “sociedades de capitais”.

⁹¹ COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Vol. II., Das Sociedades*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 207.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Facilmente nos apercebermos que as primeiras tratam-se de um tipo de sociedade que são em grande medida, dependentes da individualidade dos seus sócios. São arquétipos desta sociedade, as sociedades em nome colectivo. Decorre desta situação que nas sociedades em nome colectivo uma das características mais marcantes é o facto de se exigir o consentimento dos sócios para haver transmissão das participações sociais.⁹²

As sociedades por quotas, não sendo consideradas sociedades de capitais, combinam notas características das “sociedades de capitais” e das “sociedades de pessoas”. Sendo assim, também elas exigem o consentimento da sociedade (embora não de todos os sócios – art. 228.º, n.º 2 CSC) para a cessão de quotas.⁹³ Contudo, o contrato social pode proibir a cessão de quotas, tendo desta forma os sócios direito à exoneração, uma vez decorridos dez anos sobre o seu ingresso na sociedade.⁹⁴ É relevante referir, a propósito do tema que estudamos, que o art. 229.º, n.º 5, al.a) CSC exclui expressamente que a cessão possa depender da vontade de uma pessoa estranha à sociedade.

Já no que respeita às sociedades anónimas⁹⁵ o contrato de sociedade pode subordinar a transmissão das acções nominativas ao consentimento da sociedade e a determinados requisitos, subjectivos ou objectivos que estejam de acordo com o interesse social e ainda atribuir um direito de preferência aos outros accionistas.⁹⁶ Temos de atender, também, que estas limitações só podem ser introduzidas por alteração do contrato de sociedade, com o consentimento de todos os accionistas cujas acções sejam por elas afectadas.⁹⁷ Contudo, o regime regra nesta sociedade é a livre mobilidade e negociabilidade das acções, nomeadamente no que concerne às acções ao portador.

⁹² Art. 182.º do CSC

⁹³ Aplica-se este regime também às sociedades em comandita simples, art. 475.º CSC.

⁹⁴ Art. 229.º, n.º 1, CSC

⁹⁵ Aplica-se este regime às sociedades em comandita por acções, art. 478.º CSC.

⁹⁶ Art. 329.º, n.º 2, al. a) a c) CSC

⁹⁷ Art. 329.º, n.º 3, CSC

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

4.2. VENDA DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS E VENDA DE EMPRESAS

No que respeita a este tema, a doutrina entende que em determinadas situações a cessão de participações sociais se pode equiparar à cessão de empresa ou de estabelecimento. Ferrer Correia⁹⁸ admitia não só a aquisição directa do estabelecimento social, como também uma aquisição indirecta através da compra da totalidade ou da maioria das participações sociais, dizendo que “ tudo se passa como se tratasse da compra e venda directa da empresa”.

Na mesma senda Orlando de Carvalho⁹⁹ defende que, para certos efeitos, deve atender-se à “transmissão indirecta da empresa”, realizada através de cessão das participações sociais. Por sua vez, a doutrina alemã¹⁰⁰ tem admitido equiparar-se à compra de empresa a compra de quotas sociais na sua totalidade ou maioria. Já a doutrina e jurisprudência italianas¹⁰¹ consideram que a venda de participações sociais não importa a venda de bens ou da *azienda* da sociedade.

Partilhamos da mesma opinião que Coutinho de Abreu¹⁰², quando afirma que “ O comprador das quotas consegue praticamente uma posição equiparável à de um empresário singular. Há uma transmissão indirecta da empresa – podendo mesmo falar-se de transferência de propriedade indirecta ou mediata sobre o estabelecimento.”

A venda de participações sociais tem sido equiparada ao trespasse, designadamente para a afirmação da obrigação implícita de não concorrência¹⁰³, reconhecimento do direito de preferência¹⁰⁴, nos termos do art. 1112.º, n.º4 CC e para efeitos de aplicação do regime da responsabilidade por vícios do bem transmitido¹⁰⁵.

⁹⁸ FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ, *Oferta pública de venda de acções e compra e venda de empresa* (Parecer), CJ, 1993, t. IV, pp. 18-20.

⁹⁹ ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério...*, cit., pp. 201,204, 207, 209, em notas.

¹⁰⁰ Ver neste sentido, K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, 3. Aufl. Heymann, Köln,Berlin, Bonn, München, 1987, pp. 135-137 e H. J. BAUR, Die Gewährleistungshaftung beim Unternehmenskauf aus der Sicht der Rechtsprechung, ZGR, 1982, pp. 435, ss.

¹⁰¹ Ver F.BONELLI, Giurisprudenza e dottrina su acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento, in F. BONELLI/M.ANDRÉ, *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, Milan, 1990, pp. 7, ss., e G.G. PETRARIN, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992, pp. 30, ss.

¹⁰² COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., pp. 352.

¹⁰³ COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., pp. 358, afirmava que “ se o vendedor (ou vendedores) das partes sociais, dada a posição de controlo que tinha na sociedade for capaz de exercer uma concorrência particularmente qualificada ou diferencial, fica obrigado (perante o ou os adquirentes das quotas) a não concorrer. No mesmo sentido ver ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério...*, cit., pp. 201, n.17, 204, n.21, 207 e 209, n.24; GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração ...*, cit., pp. 123.

¹⁰⁴ COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., pp. 358, dizia que “ Pois também para este efeito julgo dever-se equiparar ao trespasse a venda de quotas sociais – ao menos quando todas sejam alienadas e o património empresarial se identifique com o da sociedade.”

¹⁰⁵ Neste sentido ver, FERRER CORREIA e ALMENO DE SÁ, *Oferta...*, cit., pp.16 e ss, esp. p. 21; SOVERAL MARTINS, *Estudo do direito das ...*, cit., p.77.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

4.3. A CLÁUSULA QUE LIMITA A TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL

Considerando, então que a cessão das participações sociais corresponde ao trespasse do estabelecimento, resta saber quando acontece em concreto essa alienação.

O que tem vindo a ser consagrado nesta cláusula de contrato do lojista em centro comercial é que, tanto a sociedade como os respectivos sócios, “obrigam-se a não transmitir as respectivas participações sociais, bem como a não consentir na entrada de novos sócios, sem previamente comunicar esse facto à PRIMEIRA CONTRAENTE, e a obter o consentimento prévio e por escrito desta sempre que das referidas alterações resulte que a maioria do capital social (51 %) deixará de ser detido pelos actuais sócios ou que o actual sócio maioritário perca essa sua qualidade”.¹⁰⁶

Ana Afonso¹⁰⁷ considera que “ a aquisição de participações sociais deve ser equiparada à aquisição da empresa quando ela possibilita ao comprador alcançar uma posição de domínio na empresa, mesmo não tendo adquirido a totalidade das participações, e quando a vontade negocial dos contraentes é dirigida realmente à alienação da empresa, surgindo a venda das quotas ou acções apenas como o meio ou instrumento para atingir essa finalidade.”¹⁰⁸

Contudo, a aceitação desta cláusula ainda causa algumas dúvidas e tem sido pouco consensual na doutrina e na jurisprudência. Há Autores que relacionam esta transmissão da posição contratual do lojista com consentimento do gestor, com a desconsideração da personalidade colectiva da sociedade¹⁰⁹, subordinando também a essa autorização, modificações relevantes dos sócios.

A questão premente aqui, prende-se não com o facto de poder haver essa limitação entre os sócios na sociedade, mas que essa limitação seja imposta por um terceiro estranho, ou seja, o gestor do centro comercial.

¹⁰⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2009, processo 4477/05.OTVL.SB.L1-6, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰⁷ ANA AFONSO, *Os Contratos...*, cit., p.p. 305-306.

¹⁰⁸ Assim, FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ, *Oferta pública...*, cit., pp. 19-20 e CALVÃO DA SILVA, A Empresa como objecto de tráfico jurídico, in Estudos de Direito Comercial (Pareceres), Almedina, Coimbra, 1996, pp. 177-179. Já COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., pp. 351-352, fixa a fronteira na detenção de uma maioria absoluta de votos, tal como o Acórdão citado. Já MENEZES CORDEIRO/OLIVEIRA ASCENSÃO, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993*, ROA, ano 55.º (1995), pp. 123 a 190, vai mais longe e afirma que a solução para o problema é a distinção entre “compra económica” e “compra financeira”, na compra das participações sociais.

¹⁰⁹ Alguns Autores, nomeadamente FERRER CORREIA/ALMENO DE SÁ *Oferta pública...*, cit., p. 20 e COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., p. 352 equiparam a venda de participações sociais à venda da empresa, na figura da desconsideração da personalidade colectiva. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Vol. II...*, cit., pp. 176 define-a como “derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócios.” Ver também SÓVERAL MARTINS, *Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais*, in *Estudos de Direito das Sociedades*”, Coimbra, 2000, pp. 84-87 e MENEZES CORDEIRO, *Do Levantamento da Personalidade Colectiva*, Direito e Justiça, Vol. IV, 1989/90, p. 151.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Deparamo-nos com algumas dificuldades na justificação desta cláusula, nomeadamente no que respeita às normas do Código das Sociedades Comerciais, na medida em que há Autores que defendem que os mesmos violam o princípio geral de protecção da (liberdade de circulação) da empresa, ao vedar a livre transmissão de participações sociais (cfr. art. 228.º a 231.º CSC).¹¹⁰

À partida, parece não fazer sentido que um terceiro, estranho à sociedade, tenha uma “palavra a dizer” quanto à transmissão das participações sociais. Não obstante todas as razões avançadas, certo é que recentemente podemos ler no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2009¹¹¹ que “a proibição de cessão de quotas, da posição contratual ou do direito de preferência não esbarra com quaisquer princípios ou normas de ordem pública, que as excluam do âmbito da liberdade contratual consagrada no artigo 406.º do Código Civil.”

Mais acrescenta que “tal cláusula foi celebrada ao abrigo do princípio da liberdade contratual, entre duas sociedades comerciais, no âmbito de um negócio jurídico complexo, aceite pela Autora e não se reveste, atentos os valores envolvidos no contrato, de um carácter de tal forma desproporcionado ou abusivo, que possa ser contrário aos bons costumes ou ao princípio da boa fé.”

Para além do exposto, julgamos que, tal como acontece no *trespasse*, é necessário que o gestor do centro comercial consiga manter a escolha que fez inicialmente dos lojistas e embora estejamos a falar de mudança de sócios, essa modificação do substrato pessoal da sociedade lojista pode atentar contra os interesses legítimos do gestor e este pode alegar justa causa impeditiva da manutenção do contrato.¹¹²

Parece-nos que a jurisprudência tende cada vez mais a aceitar esta cláusula, com base nesta justificação de todo plausível, a nosso ver. Compreende-se que o gestor do centro comercial tenha de se acautelar e saber quem são os sócios da sociedade, de modo a prevenir futuros problemas e a ter a possibilidade de extinguir o contrato quando se verifique determinadas alterações de sócios. Tal como acontece, quando se trata de uma pessoa singular no *trespasse*, em que é necessário o consentimento do gestor, uma vez que vai ocorrer uma mudança do substrato pessoal e sendo este um contrato marcadamente *intuitu personae*, faz todo o sentido que isso aconteça.

¹¹⁰ Segue esta orientação o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Setembro de 2007, processo n.º 07B1857, disponível em www.dgsi.pt, considerando nulas as disposições que condicionam a transmissão das participações sociais.

¹¹¹ TRL de 24.09.2009, processo n.º 4477/05.OTVL.SB.L1- 6, disponível em www.dgsi.pt

¹¹² Neste sentido, RAUL VENTURA, *Associação em participação*, BMJ, n.º 189, p. 69. No contrato de associação em participação este Autor chega à conclusão que a mudança do substrato pessoal do associante é na realidade susceptível de alterar o modo de relacionamento entre os contraentes, o que pode originar a extinção do contrato.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Concluimos na mesma senda de Ana Afonso quando diz que “ o alcance a atribuir à cláusula de consentimento da transmissão de participações sociais: posta como requisito de eficácia dessa transmissão, ela não pode ser válida; já como meio de demarcar o carácter pessoal do contrato e de assegurar o controlo das pessoas que efectivamente intervêm na gestão da loja, ela vale nos termos assinalados.”

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

CAPÍTULO III

QUALIFICAÇÃO JURÍDICA

1. CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO

O principal problema suscitado, aquando do aparecimento deste fenómeno foi o seu enquadramento jurídico. Inicialmente parecia não haver grandes dúvidas, tendo em conta que parecia tratar-se de um contrato de arrendamento. Contudo, muito cedo se aperceberam que o tipo de arrendamento comercial não se adequava a este tipo de contrato, bem como o da cessão de exploração. “No pronto a vestir dos tipos contratuais legais nenhuma roupa lhes servia bem”, tal como refere Pedro Pais de Vasconcelos¹¹³.

Hoje em dia, este problema já não é colocado, pois a nossa Doutrina e Jurisprudência chegaram a um consenso, acerca da atipicidade deste contrato. Não obstante, compete-nos mostrar muito sucintamente o caminho seguido até à solução encontrada.

Ana Afonso¹¹⁴ refere que “a qualificação de um contrato como um ou de outro tipo tem, portanto, consequências determinantes quanto à vigência das normas que disciplinam o tipo respectivo.”

A metodologia tradicional, a chamada doutrina dos “elementos do contrato”, assenta no facto de um contrato só ser reconduzido a determinado tipo legal, apenas quando se verificar a presença de elementos essenciais predispostos pelo legislador. Quando esses elementos estiverem verificados, há a subsunção do caso no tipo. É óbvio que “a resposta à questão sobre a natureza e regime jurídico do contrato depende, essencialmente da posição que se tome acerca da qualificação do mesmo”¹¹⁵, daí haver diferentes interpretações quanto à mesma problemática.

¹¹³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos de utilização de lojas em centros comerciais* – Qualificação e forma, Separata ROA, ano 56.º, II, (Agosto de 1996), pp. 535 a 549

¹¹⁴ ANA AFONSO, *Os Contratos de Instalação de Lojistas em Centros Comerciais – Qualificação e Regime Jurídico*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, pp. 43 e ss.

¹¹⁵ RUI RANGEL, *Espaços Comerciais (Natureza e regime jurídico dos contratos de utilização)*, Edições Cosmos, Lisboa, 1998.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Orlando de Carvalho¹¹⁶ afirmava que “o suposto de facto para ser típico há-de poder subsumir-se em qualquer hipótese negocial descrita na lei e, para este efeito, há-de revelar, como queridos, os «essentialia» que o legislador consagrou para aquela hipótese. De contrário faltando um ou outros dos «essentialia negotii» designados na lei, ou sendo o todo negocial complicado por elementos estranhos que o modificam a partir da base, de modo a oferecer-se ao intérprete como algo de novo, de essencialmente novo [...] estamos face a um negócio não tipificado”.

Durante alguns anos a doutrina e a jurisprudência portuguesas utilizaram este critério de qualificação, exemplo disso é por exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1985, no qual Ferrer Correia¹¹⁷, em anotação, considera tratar-se de um contrato de locação de estabelecimento comercial porque se verificava a presença dos elementos essenciais. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal de Justiça afasta a qualificação do contrato, como contrato de arrendamento por julgar tratar-se, também de um contrato de locação de estabelecimento comercial, uma vez que aqui também estavam reunidos os *essentialia*. Parece-nos que este não seria o critério de qualificação mais adequado porque, como temos verificado, dá-nos sempre uma resposta insuficiente quando o tipo legal apresenta características para além daquelas tidas por essenciais, bem como porque também não serve fora dos tipos legalmente estabelecidos.

Já no que se refere ao método tipológico Pedro Pais de Vasconcelos¹¹⁸ nas palavras de Ana Isabel Afonso¹¹⁹ defendia que “no seu juízo gradativo de maior ou menor tipicidade, o método tipológico contribui de um modo relevante para a concretização do regime do contrato e para a disciplina das questões duvidosas”.

Com a aplicação deste método tenta-se encontrar a correspondência de um contrato a um tipo. Nem sempre é fácil distinguir a classe do tipo, contudo o que temos de ter em consideração será sempre o tipo negocial, que através de processos interpretativos e de qualificação, se consiga diagnosticar.

Vejamos agora algumas hipóteses de qualificação jurídica:

¹¹⁶ ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto (teoria geral)*, BFD, suplemento X, Coimbra 1952, pp. 69-70.

¹¹⁷ FERRER CORREIA e MARIA ÂNGELA COELHO, *Locação de estabelecimento e seu objecto - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1985*, RDE, anos X/XI (1984/1985), pp.251 e ss.

¹¹⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995.

¹¹⁹ ANA AFONSO, *Os Contratos...* cit., p. 51.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

1.1. CONTRATO DE CESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Embora quer a nível doutrinário, quer a nível jurisprudencial esta figura já não seja considerada como tipo qualificador, certo é que nos vai ajudar a entender qual foi o caminho traçado até chegar à atipicidade do contrato.

A maioria dos Autores defende que aqui não se trata de uma cessão de exploração, tendo em conta que ainda não existe estabelecimento comercial, estando a confundir-se loja com estabelecimento comercial. Prof. Galvão Telles¹²⁰ explicava que “ Não há que confundir loja com estabelecimento comercial. A loja é apenas o lugar. O estabelecimento comercial é muito mais que isso. Pressupõe a existência de um local em que o interessado tenha o gozo como dono, usufrutuário ou locatário, mas envolve ainda outros elementos: os necessários para que aí exista e possa funcionar uma organização tendente à produção de utilidades económicas e à captação de clientela, organização que implica, nomeadamente, a existência de bens imateriais, como o nome, a insígnia, as marcas, os bens materiais, como o imobiliário, o equipamento, as mercadorias e ainda outros factores como a colaboração de pessoas dirigentes, empregados e fornecedores.”

Facilmente se descortina que aqui não se pode tratar de um contrato de cessão de exploração, tendo em conta que ainda não existe estabelecimento comercial.

Embora seja este o entendimento maioritário, há também Autores que consideram que foram cedidos aos lojistas, aquando da sua instalação no centro comercial, elementos componentes do estabelecimento comercial e assim já teríamos o dito contrato de cessão de exploração, uma vez que já existiria o estabelecimento comercial.

Concluimos com Pedro Malta da Silveira¹²¹, dizendo que embora se reconheça a existência desses elementos, o que o leva a pensar num contrato de cedência em formação ou incompleto, certo é que se recusa a subsunção do contrato de instalação de lojistas em centro comercial no tipo contratual da cessão de exploração de estabelecimento comercial.

¹²⁰ GALVÃO TELLES, *Contratos de utilização dos espaços nos centros comerciais*, in O direito, ano 123, 1991, IV, pp. 521 e ss.

¹²¹ 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. 180 e ss.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

1.2. CONTRATO DE ARRENDAMENTO COMERCIAL

Há também Autores, nomeadamente Galvão Telles¹²² e Pinto Furtado¹²³ que consideram que o contrato de instalação de um lojista em centro comercial se trata de um contrato de arrendamento.

A respeito desta matéria, Galvão Telles e Januário Gomes¹²⁴ não tiveram dúvidas em dizer que este contrato de instalação de lojista em centro comercial “ por mais voltas que se dêem, ajusta-se como uma luva ao figurino do arrendamento.”

Ora vejamos o que nos diz a lei nos arts. 1022.º e 1023.º do Código Civil, acerca da locação. “A locação é um contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição, sendo designada arrendamento quando incide sobre coisa imóvel.”

Para os Autores supracitados, nesta definição legal estão presentes todos os elementos para que este contrato fosse tipificado como um contrato de arrendamento, tendo em conta que se tratava da cedência ao lojista do gozo de uma fracção do imóvel, durante certo período de tempo, mediante retribuição.

Foi esta a perspectiva inicialmente adoptada pela Jurisprudência. Neste sentido, o Acórdão do STJ de 26 de Abril de 1984¹²⁵ entendeu que “o arrendamento, para comércio, de um local urbano nu, desprovido de instalações, utensílios e mercadorias, sem actividade mercantil e clientela, isto é, desprovido de quaisquer elementos integradores de uma existente unidade económica complexa, e caracterizadora da universalidade designada juridicamente por estabelecimento comercial, integra a figura do contrato de arrendamento para o comércio e não a da cessão de exploração do estabelecimento”. O mesmo entendimento foi seguido pelo Supremo, no Acórdão de 26 de Novembro de 1992¹²⁶, num litígio que opunha o “ Shopping Center Amoreiras” a uma lojista, sobre o qual Pinto Furtado¹²⁷ e Marcelo Rebelo de Sousa¹²⁸ emitiram um parecer, sendo o segundo Autor da opinião que “ o arrendamento regula

¹²² GALVÃO TELLES, *Utilização de espaços nos “ shopping centers” – Parecer*, com a colaboração de JANUÁRIO GOMES, CJ, ano XV, t.II, 1990, pp. 25 e ss.

¹²³ PINTO FURTADO, *Os Centros Comerciais e o seu Regime Jurídico*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 24 e ss, e *Manual do Arrendamento Urbano*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 259 e ss, e *Vinculismo Arrendatício. Origens, características e tendência evolutiva*, Tribuna da Justiça, 2 Fevereiro- Março, 1990, pp. 25 e ss.

¹²⁴ GALVÃO TELLES e JANUÁRIO GOMES, *op. cit.*, pp. 23 e ss.

¹²⁵ Publicado na RLJ, no ano 122.º, pp. 59 e ss.

¹²⁶ Publicado no BMJ, n.º 421 (1992), pp. 435 e ss.

¹²⁷ PINTO FURTADO, *op. cit.* pp. 25

¹²⁸ Parecer, *op. cit.* pp. 26 e ss.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

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

No Acórdão de 14 de Outubro de 1997¹²⁹, o STJ qualificou um contrato de cedência de um espaço num complexo comercial, como arrendamento comercial. Contudo, temos de atender ao facto de este contrato não poder ser um contrato de arrendamento puro, ou seja, há neste contrato elementos novos, desconhecidos do contrato de arrendamento, aos quais vamos atender para poder demonstrar que não se trata de um contrato de arrendamento mas sim, de um contrato atípico.

Os Autores que defendem tratar-se aqui de um contrato de arrendamento, consideram que a “ qualificação destes contratos como atípicos ou inominados seria a sua injusta subtracção ao regime vinculístico do arrendamento urbano¹³⁰”.

Galvão Telles¹³¹ defendia que “ não se pode considerar como atípica uma convenção que se enquadra perfeitamente no esquema essencial de determinado contrato típico, por possuir a sua estrutura específica, ser dotada dos seus elementos caracterizadores, obedecer à sua causa, no sentido de prosseguir a sua peculiar função económico-social”.

Ao abrigo da liberdade negocial os contratos típicos ou nominados podem ser enriquecidos com cláusulas acessórias da invenção, ou agrado dos contraentes. Todavia, estas cláusulas têm limites uma vez que não podem alterar, “deformar” a estrutura básica do negócio escolhido pelas partes, uma vez que poderá conduzir a uma deformação do esquema legal típico, pondo em crise o regime jurídico aplicado, nomeadamente, a sua componente imperativa.

Parece-nos claro, que para estes Autores bastava que houvesse uma cedência temporária de uma pessoa a outra, mediante retribuição e o gozo (uso ou fruição) para se considerar que há um arrendamento. Contudo, no nosso dia-a-dia constatamos que assim não acontece, porque quando ficamos hospedados, não estamos a realizar qualquer contrato de arrendamento. No entanto, todos os elementos característicos do arrendamento estão presentes, o mesmo acontece quando falamos do contrato de exploração turística ou no contrato de exploração de pedreiras. O que se constata é que existem diversos condicionalismos e

¹²⁹ Publicado na CJ – AST, ano V, t. III, pp. 77 e ss.

¹³⁰ ANA AFONSO, *Os Contratos ...*, cit., pp. 79.

¹³¹ GALVÃO TELLES, op. cit., pp. 528-529.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

elementos novos¹³² que não permitem que possam ser considerados contrato de arrendamento, pois há uma autonomização relativamente a ele. É de certa forma o que se passa com o contrato de arrendamento, uma vez que surgem elementos novos, que os citados Autores querem tratar como leis velhas.¹³³

Em termos de direito comparado, refira-se o exemplo da doutrina e jurisprudência brasileira, onde este tema foi amplamente estudado, tendo em conta a forte explosão de “shopping centers” que ocorreu numa fase anterior a Portugal.

Como defensores da tese do contrato de arrendamento encontramos Caio Mário¹³⁴, Alfredo Buzaid¹³⁵ e Rubens Requião¹³⁶. Todavia, Caio Mário e Alfred Buzaid alteraram as suas posições e vieram a abandonar a tese do contrato de arrendamento, para aderir à tese do contrato atípico.

1.3. CONTRATOS MISTO E COLIGAÇÃO DE ARRENDAMENTO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Se pensarmos que o contrato de instalação de lojistas em centros comerciais não passa só pela cedência temporária de gozo de um espaço físico por parte do gestor, mas que há aí um conjunto de serviços que são prestados pelo promotor do centro comercial que também fazem parte desse contrato, podemos ser levados a pensar que se tratará não só de um contrato de arrendamento, mas também de uma prestação de serviços, ou seja, um contrato misto, ou eventualmente, uma coligação destes dois tipos contratuais.

Ora vejamos, os contratos mistos¹³⁷ são aqueles resultantes da fusão de dois ou mais contratos ou de partes de contratos distintos, ou da inclusão num contrato de aspectos próprios de outros negócios jurídicos.

¹³² Como elementos novos são considerados, não só a localização privilegiada, como a vizinhança qualificada, através das lojas âncora, a remuneração devida ao gestor do centro comercial pelos lucros obtidos, entre outros.

¹³³ Neste sentido, CAIO MÁRIO, Intervenção no Simpósio sobre os centros comerciais, in “*Shopping Centers*” – *Aspectos Jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, pp. 70 a 87. pp.88 e ss.

¹³⁴ CAIO MÁRIO, op.cit. pp. 75 e ss.

¹³⁵ ALFRED BUZOID, *Ação Renovatória*, Vol.II, 2.ª edição, Editora Saraiva, 1981, São Paulo, pp.665

¹³⁶ RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, I, n.º 236.

¹³⁷ Para mais desenvolvimentos ver VAZ SERRA, *União de contratos, contratos mistos*, BMJ (N.º91), 1959, pp.30 e ss., INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição., Rev. E Act., Coimbra 1997, pp. 87 e ss, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, Vol. I e II, Lisboa, 1980 (reimp. 1994), pp. 429 e ss; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª edição, Rev. e Act., Coimbra 2000, pp. 281 e ss; PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos...*, cit., pp. 215 e ss; RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 50 e ss; ROMANO MARTINEZ, *O subcontrato*, Coimbra, 1989, pp. 215 e ss.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Cumpra referir outra conceitualização, de seguida, “diz-se misto, o contrato onde se reúnem elementos de dois ou mais negócios jurídicos, total ou parcialmente regulados na lei”¹³⁸. Há ainda quem, prescreva um conceito ainda mais simples, os contratos mistos são contratos cuja estrutura engloba elementos típicos de dois ou mais contratos nominados.

Já o contrato em coligação (ou os contratos coligados) diferentemente do outro, apesar de manterem a sua individualidade, estão ligados entre si de acordo com a intenção dos contraentes e do nexó funcional, visto que há entre os dois contratos uma relação de interdependência, ou seja, um contrato só é realizado porque o outro também é, sem haver hipótese de ambos se realizarem separadamente.

Gravato Morais¹³⁹ refere que “Em termos conceptuais, a distinção entre os contratos mistos e os contratos coligados é clara. Naqueles há um só contrato, enquanto que nestes são pelo menos celebrados dois contratos. Mas, na prática, a linha de demarcação torna-se, muitas vezes, ténue e difícil.”

Contudo, há quem defenda que o acento tónico está no elemento subjectivo, sendo o critério determinante, a vontade das partes.¹⁴⁰ Já na perspectiva da doutrina maioritária, o acento tónico centra-se num perfil mais objectivista, ou seja, na causa do negócio, enquanto função sócio-económica, para determinação da unidade ou pluralidade contratual.¹⁴¹

No Acórdão de 17 de Janeiro de 1991¹⁴², a Relação de Lisboa considerou tratar-se de uma união de contratos de arrendamento e prestação de serviços e não um contrato misto, a cedência num centro comercial de um espaço vazio, destinado à instalação de um estabelecimento comercial, acrescida de prestação de serviços.

Teve esta opinião, porque o contrato de prestação de serviços, embora dependente do arrendamento quanto à sua subsistência, mantinha a sua individualidade e disciplina próprias.

Já o Acórdão de 24 de Março de 1992¹⁴³, numa situação semelhante, optou por seguir a tese do contrato misto, sendo rejeitada pelo Supremo.

Na fundamentação da sentença, o Tribunal orientou-se pela argumentação de Antunes Varela e Oliveira Ascensão.

¹³⁸ Ob. Cit. Prof. Antunes Varela, p. 279.

¹³⁹ FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de crédito e de venda para o consumo*, Coleção Teses, Almedina, 2004, p. 391.

¹⁴⁰ Neste Sentido, ARCANGELI, *Il servizio bancario delle cassette forti di custodia*, RDComm., 1905, I, p. 179 e ASCARELLI, *Contrato misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donationem*, RDComm., 1930, II, p. 468.

¹⁴¹ Orientação seguida por RENATO SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, ED, VII, pp. 375 e ss. J.B. JORDANO, *Contratos mixtos y unión de contratos*, ADC, 1951, pp. 321 e ss, MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile3. Il Contratto*, Milano, 1993, pp. 454 e ss.

¹⁴² Publicado na CJ, ano XVI (1991), t. I, pp. 141 e ss.

¹⁴³ Publicado na RLJ, ano 128.º, pp. 278-286.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Antunes Varela¹⁴⁴ considerava que o figurino do contrato misto não se adequava ao contrato em análise, tendo em conta que os elementos essenciais envolvidos na cedência da utilização de espaço em centros comerciais não se coadunam na causa ou função económica-social típica, nem de um contrato de arrendamento, nem de um contrato de prestação de serviços.

Segundo o mesmo Autor, as “atribuições patrimoniais geralmente realizadas pelo organizador do centro”, como por exemplo a “vizinhança das empresas qualificadas, (...) constituída pelos grandes e prestigiados estabelecimentos chamados de lojas-âncoras (...)”, bem como a “implementação de estabelecimentos de diversão para crianças (...) ou da criação de zonas de lazer” e dos parques de estacionamento, não se constituíam objecto de uma prestação contratual de serviço, devida a qualquer dos lojistas. No entanto, estas atribuições patrimoniais representam um elemento de valorização facultado a cada um dos lojistas pelo promotor do centro.

Antunes Varela¹⁴⁵, por fim socorre-se do exemplo dos parques de estacionamento para demonstrar que “ não existe nenhum direito de crédito por parte do lojista, nem ao aparcamento dos carros próprios (se para eles não houver nenhuma reserva obrigatória de espaço), nem muito menos ao aparcamento das viaturas dos seus clientes.”

Constatamos, assim que as ditas “atribuições patrimoniais” não poderiam caber no regime contratual do contrato misto e muito menos de qualquer contrato típico, pois integram uma nova e autónoma função económica-social.¹⁴⁶

Na mesma linha, Oliveira Ascensão¹⁴⁷ afastava a qualificação do contrato de instalação de lojista como mistura plural ou unitária, dos tipos arrendamento e prestação de serviços. Para este Autor, o facto de o lojista não estar revestido de autonomia, faria logo com que a hipótese da união de contratos ficasse comprometida, dado que um autónomo arrendamento não se poderia conjugar com outra ou outras figuras contratuais, como é pressuposto do conceito da união contratual.

¹⁴⁴ ANTUNES VARELA, *Centros Comerciais (Shopping Centers), Natureza Jurídica do Contratos de Instalação dos Lojistas*, Coimbra Editora, 1995, pp. 54-55.

¹⁴⁵ ANTUNES VARELA, *op.cit.* pp.56.

¹⁴⁶ ANTUNES VARELA, *Anotação ...*, p.320

¹⁴⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração empresarial e centros comerciais*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ALMEIDA, L. Mool. XXXII, (1991), pp. 60 e 62.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Já no que respeita ao contrato misto, este Autor também o rejeita dado que o elemento prevalecente - a integração empresarial - configura também uma nova e autónoma causa contratual.

No sentido oposto, Galvão Telles¹⁴⁸, citado por Ana Isabel Afonso¹⁴⁹ “aceitando a solução do contrato misto, pelo menos quando a retribuição pelos serviços complementares prestados pelo organizador do centro estiver incorporada na renda paga pelo lojista, pelo gozo do espaço. Já quando tais serviços fossem objecto de um acordo separado, estaríamos, segundo o Autor, caídos na figura dos contratos coligados.”

Cabe ainda referir que Almeida Costa, ao criticar o acórdão do STJ de 26 de Abril de 1984, parece aderir à tese daquele Autor, considerando contrato de arrendamento para comércio um contrato qualificado por este acórdão como inominado.

Parece-nos claro que o contrato alvo do nosso estudo não configura um contrato de arrendamento, nem tão pouco um contrato misto de arrendamento e prestação de serviços, mas tal, como referia Antunes Varela¹⁵⁰, e na nossa opinião bem “ todo este conjunto de benefícios de carácter patrimonial, da mais variada natureza, exorbita claramente, na sua totalidade, quer da estreita e limitada função económico-social do arrendamento do prédio urbano ou da locação do estabelecimento comercial, quer da figura ainda bastante raquítica do contrato misto”.

O mesmo Autor acrescentou que “ (...) que pela análise da estrutura da relação, quer pelo exame funcional do acto (...) o contrato de instalação de lojistas em centro comercial (shopping center), nem se reduz; quanto à sua complexa natureza jurídica, a um simples contrato de locação, nem cabe sequer no esquema angular do contrato misto de locação e prestação de serviços.”¹⁵¹

¹⁴⁸ GALVÃO TELLES, *Contratos de Utilização...*, cit., pp. 533

¹⁴⁹ ANA AFONSO, *Os Contratos...*, cit., pp. 99.

¹⁵⁰ ANTUNES VARELA, *Centros Comerciais...*, cit., pp. 55. O Autor para demonstrar o quão absurdo era para ele esta qualificação, exemplificou: “ Tentar incluir na causa de qualquer desses contratos (isolados ou mesmo associados) todas as atribuições patrimoniais em que normalmente se desmultiplica a prestação jurídica do organizador do centro na relação contratual com o lojista, como fazem Rubens Requião no Brasil e Galvão Telles entre nós, é querer meter o Rossio na Betesga, como diria o velho Agostinho de Campos. “

¹⁵¹ ANTUNES VARELA, *Centros Comerciais...*, cit., pp. 57; Antunes Varela referia ainda que “a precariedade da tese do contrato misto e, por maioria de razão, da equiparação do contrato com o lojista do centro comercial ao contrato de locação, não procede apenas da manifesta insuficiência da sua estrutura típica para assimilar todas as atribuições patrimoniais a cargo do fundador ou organizador da nova unidade mercantil, mas também da inaptidão delas para definir o carácter funcional da nova figura negocial”, cfr. ANTUNES VARELA, op. cit., p. 55.

Por seu turno, ANA AFONSO defende haver 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 indole diversa e até, por vezes, oposta”, cfr. ANA AFONSO, *Contrato de utilização de loja em centro comercial*, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Direito e Justiça, vol. XIX, 2005, tomo II, 53-54.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

1.4. A TESE DA ATIPICIDADE DO CONTRATO DE INSTALAÇÃO DO LOJISTA EM CENTRO COMERCIAL / POSIÇÃO ADOPTADA

Tal como vimos até aqui, a atipicidade do contrato de instalação do lojista em centro comercial foi-se configurando a melhor solução para esta problemática, sendo hoje acolhida pela generalidade da jurisprudência e pela doutrina dominante. Prova disso são os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Abril de 1990, 22 de Novembro de 1992, 18 de Março de 1993, 07 de Fevereiro de 1995, 08 de Abril de 1997, 11 de Novembro de 1997 e 23 de Abril de 2002 e do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Abril de 1994, 12 de Julho de 1994, 01 de Fevereiro de 1995, 18 de Março de 1997, entre outros.

O Centro Comercial foi encarado como uma nova realidade, que à primeira vista parecia que enquadrava-se totalmente no contrato de arrendamento, mas que gerou, desde logo, grande controvérsia na doutrina portuguesa. É, assim, uma realidade económica que constitui uma figura nova e complexa.

É tal como se viu anteriormente um “conjunto de lojas e espaços comerciais, destinados à exploração de actividades de comércio a retalho, e por espaços comuns, concebidos e organizados de modo a tornar o centro um local apazível para o comércio”¹⁵². A gestão deste complexo comercial é atribuída a uma entidade, vulgarmente designada gestora, sendo a exploração das lojas realizada individualmente pelos chamados lojistas. Estes celebram com a gestora três convenções: contrato de instalação na loja, mais duas a este anexas – o regulamento interno e a adesão à associação de lojistas”¹⁵³.

A entidade gestora do centro comercial assume, neste caso, uma atitude activa, ao invés de passiva, tal como ocorre com o locador no arrendamento comercial. A sua função é essencial para o bom funcionamento do centro comercial porque tudo passa pelas suas mãos, desde a criação de um novo valor de mercado, até à clientela^{154 155}.

A clientela angariada pelo gestor do centro comercial é de tal modo significativa que as lojas não necessitam ter a sua própria clientela, porque, se por vezes no comércio tradicional a

¹⁵² O chamado tenant mix, referido por PEDRO MALTA DA SILVEIRA, na sua obra *A Empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos – Os centros comerciais como realidade jurídica relevante*, Almedina, Coimbra, 1999. Segundo o qual se trata de uma “fórmula técnica de escolha e localização das lojas que vão instalar-se nas unidades relativamente autónomas de que é dotado o imóvel. A distribuição das lojas no seio do centro comercial obedece a planos por vezes extremamente minuciosos (...)”

¹⁵³ ANA AFONSO, *Os Contratos...*, cit., pp. 59 e 60.

¹⁵⁴ A clientela angariada pela entidade gestora pode ser designada por *achalandage*, literalmente significa a mistura de inquilinos. Em termos substantivos, designa a escolha que é feita pelo organizador do centro dos diversos lojistas que vão integrar o centro comercial.

¹⁵⁵ Também se pode utilizar o termo *clîentele*, é utilizado por alguma doutrina francesa e designa “a quota de consumidores atraída pelo local em que o estabelecimento se situa, pelo espaço envolvente” cfr. ANA AFONSO, *Os Contratos...*, cit., p. 292.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

pessoa vai directa a uma loja em especial, no centro comercial isso não acontece, uma vez que através de variados factores estudados anteriormente pela entidade gestora, o consumidor é levado a consumir fortuitamente.

Contudo, Rui Rangel¹⁵⁶ defendia que ““não é inteiramente exacto que a valorização das lojas em centro comercial se deve apenas aos proprietários respectivos. Para essa valorização contribuem decisivamente os próprios lojistas, pelo bom gosto que emprestam ao interior das lojas, pela qualidade dos produtos que vendem, pela maneira como tratam os clientes, pelo prestígio das marcas que levam para o shopping center angariando fora deles, com dimensão muitas vezes internacional”. Por outro lado, temos que pensar que a essa escolha feita pela entidade gestora das lojas que integram o centro comercial, não é assim tão importante quando pensamos, por exemplo, nas chamadas lojas âncora, sendo que são as próprias que angariam clientela para o centro.

Os principais defensores desta tese foram Antunes Varela e Oliveira Ascensão que, desde cedo, defenderam a tese da atipicidade, tal como comprova a Anotação de Antunes Varela ao Acórdão de 26 de Abril de 1984¹⁵⁷.

Os dois Autores têm a mesma linha de pensamento no que respeita à questão da atipicidade, uma vez que ambos destacam as principais vantagens e os importantes serviços proporcionados pelo centro comercial aos lojistas, razão pela qual falamos em “elementos novos” que se diferenciam do contrato de arrendamento.

Contudo, Oliveira Ascensão introduz um outro elemento, chamando a atenção para a importância da integração empresarial, ou seja, a integração da empresa. Segundo este Autor “na locação não há nenhum dever do locador de assegurar o gozo da coisa locada, entendido como obrigação positiva deste. Pelo contrário, o locatário tem um direito autónomo ao gozo da coisa, que não passa pela mediação do locador. A afirmação do art. 1031.º do C.C., é uma afirmação teórica da lei, destinada a fazer consagrar uma determinada construção de arrendamento mas a que não estão ligados nenhuns efeitos práticos. O locatário goza a coisa por um direito próprio e não em consequência da constante prestação do locador.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ RUI RANGEL, op. cit., p. 69.

¹⁵⁷ ANTUNES VARELA, *Anotação ...*, pp. 83.

¹⁵⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, “*Integração empresarial e centros comerciais*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XXXII, 1991, pp. 57.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Deste modo, constata-se que, para este Autor, os lojistas não têm uma posição autónoma relativamente às suas lojas. Quem a tem é o próprio gestor do centro comercial que assume como obrigação fazer funcionar a empresa que caracteriza o centro, controlando rigorosamente a utilização do local, sujeitando o lojista a grandes restrições. Denota-se também aqui, a grande dependência do lojista perante o gestor quanto à abertura do centro comercial e posteriormente da sua loja. De acordo com Oliveira Ascensão¹⁵⁹, esta dependência torna-se ainda mais visível quando “ (...) os serviços essenciais ficam dependentes da prestação da concedente. Isso significa necessariamente que a concessionária está numa posição subordinada perante a concedente. É tão vulnerável que esta, com uma simples interrupção do fornecimento da corrente eléctrica, faz cessar toda a utilização”.

Nas palavras de Rui Rangel¹⁶⁰ “ um direito autónomo sobre a coisa é, exactamente, um direito real, segundo o pensamento do Prof. Oliveira Ascensão, a locação é um direito real.”

Contudo, a doutrina maioritária e mesmo a jurisprudência dominante optam pelo carácter obrigacional do direito locatário, pois sustentam que o elemento essencial de locação é a obrigação do locador em assegurar ao locatário o gozo da coisa locada para os fins a que esta se destina.

Sendo assim, a posição de Oliveira Ascensão é bastante criticada, dado que não podemos pensar que o facto de o lojista estar depende do gestor do centro comercial, pode constituir de alguma forma, argumento decisivo no sentido da atipicidade.

Ana Isabel Afonso¹⁶¹, quanto a este tema afirma que “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”. Continua referindo que a integração económica “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”.

Embora partindo de uma análise metodológica diversa, também Pais de Vasconcelos¹⁶² adoptou a tese da atipicidade, embora apoiada em critérios diferentes dos já avançados por os citados Autores.

¹⁵⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração...*, pp. 59

¹⁶⁰ RUI RANGEL, *Espaços comerciais (Natureza e regime jurídico dos contratos de utilização)*, Edições Cosmos, Lisboa, 1998, pp. 53.

¹⁶¹ ANA AFONSO, *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*, Separata da revista de ciências empresariais e jurídicas, nº 13, 2008, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, pp. 92 e ss.

¹⁶² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos de utilização...*, cit., pp. 539 e ss.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

Este Autor faz a sua análise partindo do método tipológico, ou seja, analisou as características do contrato em questão para posteriormente ver se as conseguia enquadrar em algum contrato já previamente existente, os chamados contratos tipo. Porém, chegou à conclusão que as características do contrato de instalação de lojista em centro comercial eram bastantes diversas de alguns tipos contratuais legais e, por esse facto, não poderia ser um contrato típico, mas sim um contrato atípico.

Quem também veio sustentar a tese da atipicidade foi Pedro Malta da Silveira¹⁶³, apoiada na “função produtiva e autónoma” do promotor do centro comercial. Esta “função produtiva e autónoma” que o Autor refere não é nada mais, nada menos que o desenvolver da actividade do promotor do centro comercial que põe à disposição dos consumidores um conjunto de utilidades. Utilidades essas que seriam, tal como o Autor refere “a segurança, o conforto, o prazer e a dimensão social e cultural que assume o acto de consumo, o acesso à diversidade com rentabilização do tempo gasto sem perda de benefícios da competitividade.”

Se atendermos ao propósito destas “utilidades de conjunto”, verificamos que a actividade desenvolvida pelo promotor, não tem como fim principal a prestação de um serviço aos consumidores, mas sim aos lojistas.

Rui Pinto Duarte¹⁶⁴, outro defensor da tese da atipicidade, defende o seu ponto de vista constatando que todas as perspectivas de análise da questão chegam ao mesmo resultado, ou seja, a atipicidade. Ora vejamos: o conjunto de serviços proporcionados pelo promotor do centro comercial que não são simples acessórios da cedência do gozo de uma loja “nua”; o facto de o contrato em questão não se coadunar com o regime do arrendamento e também de este contrato ter tantas características diferentes que se assemelha com vários tipos contratuais, embora não se enquadre em nenhum especificamente.

Tal como já tínhamos referido aquando a referência à tese do arrendamento, a doutrina brasileira também deu um grande contributo na definição deste contrato, uma vez que para

¹⁶³ PEDRO MALTA DA SILVEIRA, op. cit., pp. 124

¹⁶⁴RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade...*, cit., pp. 165.168.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

eles a realidade dos centros comerciais apareceu bem mais cedo do que para nós em Portugal. Deste modo, verificamos que Autores como Alfred Buzaid¹⁶⁵, Orlando Gomes¹⁶⁶ e Caio Mário¹⁶⁷ advogam a tese da atipicidade.

O primeiro Autor realça as diferenças abismais entre o locatário de uma loja de centro comercial e um locatário de um prédio isolado, destinado a fim comercial, para revelar o quão diferente é a relação num e noutro caso. No primeiro caso as lojas que integram centros comerciais deixam de se regular exclusivamente pelo que diz respeito à relação entre o dono do local e aquele que o explora, mas também pelo que se reporta à disciplina da unidade comercial assim agregada, que impõe a assunção de obrigações que possibilitem o exercício da actividade comercial do conjunto dos lojistas. Já no que diz respeito ao segundo caso o locatário relaciona-se de uma forma autónoma com o proprietário do imóvel, sendo o primeiro o único responsável pelo destino a dar à sua loja.

O segundo Autor sustentou sempre a tese do contrato atípico, tentando combater a tese da locação, com o objectivo de furtar das normas imperativas do arrendamento o contrato em questão. Assim, este Autor criticava duramente o facto de os juristas procurarem regular um figura nova, como é o centro comercial, através de preceitos já antigos e de alguma forma já ultrapassados.¹⁶⁸

Por último Caio Mário, que chegou a ser defensor da tese do arrendamento, mas que rapidamente passou a defender a tese da atipicidade, verifica que “ (...) as disposições legislativas vigentes da locação não se ajustam bem, não se adaptam àquela relação jurídica que se forma nos shopping centres. E, para mim, a melhor prova aqui dada de que não se trata de locação é o esforço que todos fizeram para mostrar que é locação.”

Concluindo, por muito que possamos aproveitar de certa forma o regime dos contratos de arrendamento e prestação de serviços e apenas para alguns pontos do regime, temos em primeiro lugar, de atender à vontade das partes e depois à disciplina própria do tipo social, às normas e aos princípios gerais estabelecidos na lei para os contratos, para os negócios jurídicos

¹⁶⁵ ALFRED BUZOID, *op. cit.*, pp. 653 e ss.

¹⁶⁶ ORLANDO GOMES, Traços do perfil jurídico de um “shopping center”, « Shopping Centers – Aspectos Jurídicos, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, pp. 88 e ss.

¹⁶⁷ CAIO MÁRIO, *op. cit.* pp. 88 e ss.

¹⁶⁸ No mesmo sentido CAIO MÁRIO, *op. cit.*, pp. 88 e ss. : “ Tenho ouvido dizer que e repetir que o shopping center é uma coisa nova, e todos os que dizem querem trata-lo como se fosse uma coisa velha.”

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

e para as obrigações, às normas derivadas da boa fé contratual e à vontade presumível dos contraentes.¹⁶⁹

¹⁶⁹ HELENA BRITO, O contrato de concessão comercial, Almedina, Coimbra, 1990.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

CONCLUSÕES

De facto, entre nós os centros comerciais só apareceram na década de 70 e desde aí por ser uma realidade nova e completamente diferente do comércio tradicional, originou muitas controvérsias. Desde logo, a questão da atipicidade dos contratos dos lojistas em centros comerciais, que agora é já uma questão ultrapassada, tendo em conta as inúmeras decisões dos tribunais que vão no sentido da sua admissão.

Deste modo, pareceu-nos não fazer grande sentido desenvolver muito esse tema, mas apenas dar uma perspectiva dos “caminhos” seguidos até se chegar à solução da atipicidade do contrato. Como vimos, não se trata de um contrato de fácil qualificação tendo em conta que engloba um elevado conjunto de serviços.

Estudamos sim, com mais pormenor as cláusulas contratuais gerais inseridas nos contratos de lojista em centros comerciais, no qual confirmamos que a entidade gestora, devido ao seu poderio económico, se sobrepõe ao lojista, causando uma assimetria em alguns termos contratuais. Torna-se fácil ver que o lojista é o ser mais frágil da relação contratual, pois o poder negocial está todo nas mãos do gestor do centro comercial e este, como ser mais forte, abusa muitas vezes desse poder, elaborando cláusulas injustas e com encargos desmesurados para o lojista.

Temos de ter em conta que o nosso trabalho incide sobre um contrato que regula a vida dos lojistas em centro comercial e, como tal, é um contrato muito específico e que não obedece às mesmas normas que as relações contratuais dos comuns dos lojistas de comércio tradicional.

Com efeito, é uma relação contratual no qual se denota uma superioridade do gestor do centro comercial, superioridade de certa forma compreensível, porque é apenas uma única pessoa que negocia com todos os lojistas e é ele que tem de impor as suas condições, pois de outra forma não resultaria. Há aqui, de certa forma, uma relação de dependência do lojista em relação ao gestor.

Partindo do conhecimento de que estes contratos contemplam sempre inúmeras cláusulas, propusemo-nos a estudar mais afincadamente as cláusulas relativas à limitação da transmissão da posição contratual do lojista; cláusulas essas, tal como vimos, muito dependentes do consentimento do gestor do centro comercial. Contudo, se quanto ao trespasse é unânime, na

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

doutrina e na jurisprudência, a admissão do consentimento do gestor do centro comercial para essa transmissão, não nos podemos referir do mesmo modo à cessão de participações sociais, porque quando o lojista é uma sociedade comercial, a questão já não se torna tão fácil de resolver.

A verdade é que provamos que, se seguirmos a mesma lógica do consentimento relativamente ao trespassse, ou seja, um consentimento dado pelo gestor para evitar a intromissão de pessoas desconhecidas como lojista, depois da escolha minuciosamente feita por si, somos levados a aceitar esta cláusula, tal como hoje em dia e cada vez mais são aceites nos nossos tribunais.

De todo o modo, somos levados a concluir que a doutrina e a jurisprudência têm um papel muito forte embora, de certa forma, pouco uniforme quanto a alguns aspectos desta matéria; o que nos leva a considerar que os centros comerciais, embora sejam uma realidade presente no nosso dia-a-dia desde há quase 50 anos, são ainda uma realidade muito pouco estudada entre nós.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de

- *Da empresarialidade - As Empresas no Direito*, Almedina Coimbra, 1996
- *Curso de Direito Comercial, Vol. I. Introdução, Actos de Comércio. Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006
- *Curso de Direito Comercial, Vol. II., Das Sociedades*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006.

AFONSO, Ana Isabel

- *Os Contratos de Instalação de Lojistas em Centros Comerciais – Qualificação e Regime Jurídico*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003.
- *Contrato de utilização de loja em centro comercial*, separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Direito e Justiça, vol. XIX, 2005, tomo II.
- *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*, Separata da revista de ciências empresariais e jurídicas, n.º 13, 2008, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, pp. 92 e ss.
- *Anotação ao Acórdão do STH de 9 de Março de 2004 – Funcionamento de centro comercial em edifício submetido ao regime da propriedade horizontal*, Cadernos de Direito Privado, n.º9, 2005, pp. .

ALARCÃO, Rui de

- *Sobre a Transferência da posição do arrendatário no caso de trespasse*, BFD, Coimbra, Vol. XLVII, 1971.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de

— Contratos I, Almedina, Coimbra, 2005.

— *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, Coimbra, 1992.

ARCANGELI, T.

— *Il servizio bancario delle cassette forti di custodia*, RDComm., 1905, I.

ASCARELLI

— *Contrato misto, negozio indiretto, negocium mixtum cum donationem*, RDComm., 1930, II.

ASCENSÃO, José de Oliveira

— *Integração empresarial e centros comerciais*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ALMEIDA, L. Mool. XXXII, (1991), pp.29 ss.

— *Lojas em centros comerciais; integração empresarial; Forma, Anotação ao acórdão do STJ de 24 de Março de 1992*, ROA, ano 54°, Tomo II, Lisboa, Dezembro de 1994, pp.819 ss.

ASCENSÃO, José Oliveira e, A. Menezes

— *Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993*, ROA, ano 55.º (1995), pp. 123 a 190.

AZEVEDO, Álvaro Villaça

— *Atipicidade mista do contrato de utilização de unidades em centros comerciais e seus aspectos fundamentais, "Shopping Centers" - Questões Jurídicas*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991, p. 17 a 54.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

BESSONE, Mário

- *“Condizioni general di contrato, «potere normativo d’impresa» e problemi de democartic control”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1973, n.º4.

BIANCA, Massimo

- *Diritto Civile3. Il Contratto*, Milano, 1993.

BRITO, Maria Helena

- *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra 1990.

BUZAID, Alfred

- *Ação Renovatória*, Vol.II, 2.ª edição, Editora Saraiva, 1981, São Paulo, pp.665,

CARDOSO, Fernando

- *Reflexões sobre o estabelecimento comercial ou industrial e respectivo contrato de aluguer*, Livraria Portugalmundo Editora, Lisboa 1991.

CARVALHO, Orlando de

- *Anotação ao Acórdão do STJ de 24 de Junho de 1975*, RLJ, ano 110.º, 1977, pp. 102 ss.
- *Negócio Jurídico Indirecto (teoria geral)*, BFD, suplemento X, Coimbra 1952.
- *Alguns aspectos da negociação do estabelecimento*, RLJ, ano 115.º (1982-83), p.9 ss.
- *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967.
- *Estabelecimento, trespasse e mudança de destino*, separata da RLJ-110º, 1977, pp.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

CARVALHOSA, Modesto

— *Considerações sobre relações jurídicas em “shopping centers”*, in *Shopping Centers: questões jurídicas, doutrina e jurisprudência*, Editora Saraiva, São Paulo, 1991.

COELHO, F. M. Pereira

— *Arrendamento - Direito substantivo e processual*, Lições copiografadas, Coimbra, 1988.

CORDEIRO, António Menezes

— *Manual de Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2007.

— *Direito das Obrigações*, Vol. I e II, Lisboa, 1980 (reimp. 1994).

— *Do Levantamento da Personalidade Colectiva*, Direito e Justiça, Vol. IV, 1989/90.

CORREIA, António de Arruda Ferrer

— *Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*, ROA, ano 44.º, Maio de 1984.

— *Reinvidicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica*, in *Estudos Jurídicos*, vol. II, Atlântida, Coimbra, 1969.

CORREIA, António de Arruda Ferrer e COELHO, Maria Ângela

— *Locação de estabelecimento e seu objecto - Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1985*, RDE, anos X/XI (1984/1985), pp. 251 e ss.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

CORREIA, António de Arruda Ferrer e SÁ, Almeno

— *Oferta pública de venda de acções e compra e venda de empresa (Parecer)*, CJ, 1993, t. IV.

CORREIA, Pupo

— *Direito Comercial*, 8.^a Ed., Ver. E Act., Coimbra 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida

— *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra.

COSTA, Mário Júlio de Almeida e CORDEIRO, A. Menezes

— *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto – Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, 1986.

— *Síntese do Regime Jurídico vigente das cláusulas contratuais gerais*, 2.^a edição, Lisboa, 1999.

DOMINGUES, Paulo de Tarso

— *A locação da empresa*, RDE, anos XVI A XIX, (1990 a 1993).

DUARTE, Rui Pinto

— *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000.

FERREIRA, Vasco Taborda

— *Sublocação e trespasse; elementos para a definição de trespasse*, RDES, ano IX, n.º2, Abril-Junho de 1956.

FREITAS, José Lebre

— *Da impenhorabilidade do direito do lojista de centro comercial*, ROA, ano 59º (Janeiro de 1999).

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto

- *Os Centros Comerciais e o seu Regime Jurídico*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 1998.
- *Manual do Arrendamento Urbano*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2001.
- *Curso de direito de arrendamentos vinculísticos*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 1988.

GOMES, Orlando

- *Traços do perfil jurídico de um “shopping center”*, in *“Shopping Centers” – Aspectos Jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, pp. 89 a 115.

HÖRSTER, Heinrich Ewald

- *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina Coimbra, 1992.

JORDANO, J.B.

- *Contratos mixtos y unión de contratos*, ADC, 1951.

JORGE, Fernando Pessoa

- *Transmissão do arrendamento comercial por efeito da incorporação da sociedade locatária*, O Direito, ano 122.^o (1990), I (Janeiro- Março).

KARPAT, Ladislau.

- *Shopping Center: Manual Jurídico*, 2, ed, Rev. Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- *Locação e aluguéis em shopping centres*, Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1997.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

LIMA, Fernando Pires de e VARELA, Antunes

— Código Civil Anotado, vol. II, 4^a ed., Coimbra editora, Coimbra.

MARTINS, Alexandre Soveral

— *Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais*, in *Estudos de Direito das Sociedades*”, Coimbra, 2000.

MARTINEZ, Pedro Romano

— O subcontrato, Coimbra, 1989.

MESQUITA, Manuel Henrique

— *Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 25 de Outubro de 1994*, RLJ, 128.º.

MONTEIRO, António Pinto

— *Anotação ao Acórdão de 27 de Junho de 1995*, RLJ, ano 130.º

— *Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-lei 446/85, de 25 de Outubro*, ROA, ano 46º, 1986, 733-769.

MONTEIRO, Washington de Barros

— *Traços do perfil jurídico de um “shopping center”, in “Shopping Centers” – Aspectos Jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984.

MORAIS, Fernando de Gravato Morais

— *União de Contratos de crédito e de venda para o consumo*, Coleção Teses, Almedina, 2004

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

— *Alienação e Oneração do Estabelecimento Comercial*, Almedina, Coimbra, 2005;

PEREIRA, Caio Mário da Silva

— Intervenção no Simpósio sobre os centros comerciais, in *“Shopping Centers” – Aspectos Jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, pp. 70 a 87.

PINTO, Carlos Alberto da Mota

— *Contratos de adesão*, Revista Forense, Jan. Fev - Mar., 1977, a.73, v. 257.

— *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

PINTO, Dinah Sónia Renault

— *Shopping Center: uma nova era empresarial*, 3.^a, Forense, Rio de Janeiro, 2001.

PINTAUDI, Silvana

— *Os Shopping Centers Brasileiros e o Processo de Valorização do Espaço Urbano*.

In: Boletim Paulista de Geografia: Associação dos Geógrafos Brasileiros. N.º65, São Paulo, 1987.

PRATA, Ana

— *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra 2010.

— *Dicionário Jurídico*, Volume I, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009.

RANGEL, Rui

— *Espaços Comerciais (Natureza e regime jurídico dos contratos de utilização)*, Edições Cosmos, Lisboa, 1998.

REQUIÃO, Rubens

— *Curso de Direito Comercial*, I, n.º 236.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

— *Considerações jurídica sobre os centros comerciais "Shopping Centers" no Brasil*, in *"Shopping Centers – Aspectos Jurídicos"*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 116 a 159.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa

— *Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato*, Separata do volume XXXV do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1990.

— *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.

— *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.

SCOGNAMIGLIO, Renato

— *Collegamento negoziale*, ED, VII, pp. 375 e ss.

SERRA, Adriano Vaz

— *União de contratos, contratos mistos*, BMJ (N.º91), 1959.

TELLES, Inocêncio Galvão

— *Contratos de utilização dos espaços nos centros comerciais*, in *O direito*, ano 123, 1991, IV.

— *Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas - Conferência proferida no âmbito das I Jornadas "Das condições gerais dos contratos e da directiva europeia sobre as cláusulas abusivas"*, Universidade Lusíada, Porto, 27 de Janeiro de 1995, in *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 2, Abril de 1995, p 11.

— *Direito das Obrigações*, 7.ª edição., Rev. E Act., Coimbra 1997.

LIMITES À TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL DO LOJISTA EM CENTROS COMERCIAIS

— *Utilização de espaços nos “shopping centers” – Parecer*, com a colaboração de JANUÁRIO GOMES, CJ, ano XV, t.II, 1990.

— *Manual dos Contratos em geral*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

VARELA, João de Matos Antunes

— *Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de Abril de 1984*, RLJ, ano 122.º, n.º3780.

— *Anotação ao Acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 1998*, RLJ, ano 131.º

— *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1985*, RLJ, Ano 123, n.º 3800

— *Centros Comerciais (Shopping Centers), Natureza Jurídica do Contratos de Instalação dos Lojistas*, Coimbra Editora, 1995.

— *Das obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a edição, Rev. e Act., Coimbra 2000.

— *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.^a ed., Coimbra editora, Coimbra.

— *Contratos Mistos*, BFD (Coimbra), Vol. VLIV, 1968, pp. 149.

VASCONCELOS, Pedro Pais

— *Contratos de utilização de lojas em centros comerciais – Qualificação e forma*, Separata ROA, ano 56.º, II, (Agosto de 1996).

— *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995.

VENTURA, Raul

— *Associação em participação*, BMJ, n.º 189, pp. 15 e ss.