

A ORGANIZAÇÃO DE ESPAÇOS COMERCIAIS EM REGIME DE PROPRIEDADE HORIZONTAL

Pelo Dr. Artur Correia

I. Introdução

Muito se tem escrito, nos últimos anos, acerca de uma nova realidade definitivamente instalada no ordenamento jurídico Português: o Centro Comercial (*Shopping Center*, na terminologia original).

Tem-se escrito, essencialmente, acerca da qualificação do contrato de instalação dos lojistas em Centros Comerciais. A questão tem sido a de saber se semelhante contrato — cujos matizes essenciais se têm verificado coincidir, de caso para caso — se semelhante contrato, dizíamos, há-de ser qualificado como um contrato típico, como um contrato misto, ou, finalmente, como um contrato atípico ⁽¹⁾. A questão não é despicienda, porquanto da conclusão a que se chegue dependerá a decisão de submeter as relações entre lojista e explorador do Centro Comercial ao regime do arrendamento urbano para comércio (já que esse é o tipo con-

⁽¹⁾ Acerca deste tema vide VARELA, ANTUNES, in “Centros Comerciais (shopping centers) — natureza jurídica dos contratos de instalação dos lojistas”, Coimbra, 1995 e “Das Obrigações em Geral”, 7.^a ed. vol. I, pp. 300 ss.; PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO MANUEL DE MELO, in ROA ano 56, vol. II; ASCENSÃO, OLIVEIRA in ROA, ano 54, vol. III; TELLES, GALVÃO, in CJ, ano XV, T.II. 23 ss; FURTADO, J. PINTO, in “Os Centros Comerciais e o seu Regime Jurídico”, Coimbra, 1998.

tratual que, aparentemente, com mais probabilidade se candidataria a tal tarefa), a um regime misto que se haveria de buscar entre o arrendamento urbano para comércio e a prestação de serviços ou, finalmente, fazer reger toda a relação contratual pelas normas previstas pelas partes, recorrendo às regras gerais de interpretação e, se necessário, de integração de lacunas na declaração negocial (art. 239.º Código Civil).

O que imediatamente ressalta da querela, para além das divergentes posições e soluções defendidas pelos protagonistas, é o seu próprio fundamento que, incontestavelmente, na nossa opinião, reside na diferença que um célebre acórdão do STJ, de 12 de Julho de 1994, considera haver entre Direito e Vida: o primeiro existe, enquanto que a segunda *é*. Desta verdade insofismável resulta — o caso dos Centro Comerciais é a prova provada disso mesmo — que as necessidades da vida tornam a realidade num *quid* dinâmico, gerador de situações (juridicamente relevantes) que se podem revelar tão imprevisíveis quanto embaraçosas, por melhor e mais apurada que seja a técnica legislativa empregue.

A questão que nos propomos tratar passaria, talvez, despercebida, não fora o seu protagonista o já célebre “Centro Comercial”, que tem aparecido, também, organizado em regime de propriedade horizontal. À primeira vista este regime da propriedade horizontal poderia adaptar-se com sucesso ao figurino do Centro Comercial. Aliás, da semelhança entre a realidade “*Shopping*” e a Propriedade Horizontal já nos deram conta PEDRO MANUEL DE MELO PAIS DE VASCONCELOS (in ROA, ano 56, II, Agosto 1996, pp. 539 e 540) ⁽²⁾ e GALVÃO TELLES (com a colaboração de JANUÁRIO GOMES) (in CJ,

(²) “(...) Não se trata de várias lojas desrelacionadas entre si, mas antes de um conjunto integrado de lojas com relações horizontais, umas com as outras, e verticais, de cada uma com a entidade exploradora. Este aspecto tem semelhanças indisfarçáveis com a estrutura da propriedade horizontal: existem partes próprias e partes comuns ou de uso comum. Embora com grandes diferenças em relação à propriedade horizontal, existe, sem dúvida algo da comunhão.

A parte comum é muito importante: basta mencionar a segurança, a limpeza, o ar condicionado, as redes de saneamento e de energia, de telefone, a publicidade, etc. Toda esta pluralidade integrada e de comunhão é estranha ao típico arrendamento (...)

ano XV, 1990, tomo II, pp. 31, col. 2) ⁽³⁾, ANTUNES VARELA ⁽⁴⁾ e, mais recentemente, J. PINTO FURTADO ⁽⁵⁻⁶⁾

A verdade é que, apesar das semelhanças, as diferenças são abissais, como esperamos demonstrar. No entanto, as semelhanças parecem ter definitivamente seduzido alguns edificadores de Centros Comerciais. E deste jogo de sedução, onde marca passo o já aludido dinamismo da realidade, tem resultado uma realidade nova — os “Centros Comerciais” — diferente daquela outra “nov” rea-

⁽³⁾ “(...) e também o regime do condomínio não é incompatível com os Centros Comerciais.”

⁽⁴⁾ ANTUNES VARELA, in Bol. Fac. Direito Coimbra. n.º especial, estudos de homenagem ao Prof. Dr. Ferrer Correia 1989, refere-se às duas modalidades de funcionamento de Centros Comerciais. A segunda delas verifica-se “quando o Centro Comercial arranca, em geral através da adaptação de edifícios antigos e a partir de estabelecimentos vários pré-existentes. Há então a tendência para colocar a gestão do conjunto, quanto aos aspectos de interesse comum, nas mãos dos próprios lojistas *organizados horizontalmente como associação de empresas* que exercem a sua actividade concertada no mesmo local.” (sublinhado nosso)

“Nestes casos, os aspectos que interessam à organização do Centro Comercial, como sejam a criação do regulamento, a organização dos serviços comuns, a distribuição dos ramos de actividade pelos lojistas, etc., são feitas em assembleia geral ou de representantes e a direcção do Centro é exercida por pessoa nomeada pelos comerciantes instalados no Centro. Usualmente os donos das lojas são também os donos ou arrendatários do espaço em que estas estão instaladas.”

⁽⁵⁾ “A compropriedade tem sido usada nalguns Centros Comerciais, entre nós. Já o referi no Manual do Arrendamento Urbano, e não tenho notícia que o seu regime tenha levantado dúvidas de maior: regeção, nesse caso, as regras da propriedade horizontal.”, in op. cit, pp. 25.

⁽⁶⁾ Interessa ao nosso argumento constatar que todos aqueles Ilustres Autores consideram — como consideramos — que entre ambas as realidades (Centro Comercial e direito real de propriedade horizontal) existe um esquema funcional semelhante. Quanto à questão da compatibilidade ou incompatibilidade entre a realidade e o regime jurídico em causa, num juízo prospectivo dos resultados a que este estudo nos conduzirá, entre ambas as figuras, desde já diremos que preferimos colocar o acento tónico na *eficácia* da organização de Centros Comerciais em regime de propriedade horizontal (note-se que o primeiro daqueles Autores, notando as semelhanças do esquema funcional, rejeita a aplicabilidade do regime de propriedade horizontal aos Centros Comerciais). Apesar de no título deste estudo não tomarmos uma posição clara sobre essa matéria (Organização de *Espacos Comerciais* em regime de propriedade horizontal), a verdade é que o facto de nos debruçarmos sobre o problema torna claro que *existem* Centros Comerciais organizados em regime de propriedade horizontal. O problema da compatibilidade está, *a priori*, ultrapassado, em sentido afirmativo. A questão há-de ser posta noutros termos.

lidade — os Centros Comerciais — que estava já, por mérito da discussão jurisprudencial e doutrinária gerada em seu torno, aclarada e com contornos mais ou menos delineados ⁽⁷⁾.

II. Definição de Centro Comercial

A Portaria n.º 424/85, de 5 de Julho, definiu o conceito de Centro Comercial ⁽⁸⁾. Esta definição é, contudo, parcelar ⁽⁹⁾, pois, do ponto de vista teleológico, o referido diploma legal estava muito longe de pretender conceptualizar o Centro Comercial com vista à sua plena regulamentação jurídica — pretendia-se aí, tão-somente, e a propósito da fixação dos horários de abertura dos estabelecimentos comerciais, reconhecer a existência de uma nova realidade, que, já nessa altura, se não compaginava com a tipologia “conhecida” dos estabelecimentos comerciais ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Já ANTUNES VARELA (*op. cit.*) referindo-se ao Centro Comercial o adjectivou de *interessantíssima e ainda mal conhecida figura*.

⁽⁸⁾ 1.º — Entende-se por Centro comercial o empreendimento Comercial que reúne cumulativamente os seguintes requisitos:

1 — Possua uma área bruta mínima de 500 m² e um número mínimo de 12 lojas, de venda a retalho e de prestação de serviços, devendo estas, na sua maior parte, prosseguir actividades diversificadas e especializadas;

2 — Todas as lojas deverão ser instaladas com continuidade num único edifício ou em edifícios ou pisos contíguos ou interligados, de molde a que todas usufruam de zonas comuns privativas do centro pelas quais prioritariamente o público tenha acesso às lojas implantadas;

3 — O conjunto do empreendimento terá de possuir unidade de gestão, entendendo-se por esta a implementação, direcção e coordenação dos serviços comuns, bem como a fiscalização do cumprimento de toda a regulamentação interna;

4 — O período de funcionamento (abertura e encerramento) das diversas lojas deverá ser comum, com excepção das que pela especificidade da sua actividade se afastem do funcionamento usual das outras actividades instaladas.

2.º — Nos termos e para os efeitos do disposto no art. 7.º do D.L. n.º 417/83, de 25 de Novembro, a definição constante no número anterior tem carácter transitório.

⁽⁹⁾ Neste sentido: Ac. STJ, de 12 de Julho de 1994, in “Centros Comerciais (*Shopping Centers*) (...)”, *op. cit.*, pp. 19, § 5, *in fine*.

⁽¹⁰⁾ A Portaria n.º 424/85, que define “Centro Comercial”, surge por imposição do art. 7.º do D.L. n.º 417/83, de 25 de Novembro — que estabelecia o regime jurídico de funcionamento dos estabelecimentos comerciais.

O carácter parcelar da definição importa, para o nosso argumento, que ele não possa ser tido por definitivo, o que, aliás, é reconhecido pelo próprio legislador (*vide* nota de rodapé n.º 8 — art. 2.º da Portaria n.º 424/85). Tem, contudo, o já assinalado mérito de indiciar o reconhecimento, por parte da ordem jurídica, da existência de um *quid* que merece um tratamento autónomo e diferenciado; por outro lado, tem o mérito de nos fornecer directrizes importantes na caracterização dessa nova realidade, o que procuraremos fazer.

Da “definição” legal permitimo-nos retirar, então, quatro elementos a que julgamos poder referir-nos para encetarmos a dissecação do conceito de Centro Comercial:

- a) Agregação de lojas num único edifício;
- b) Existência de zonas, serviços e regras comuns (aqui se induindo o respeito por um horário comum de abertura ao público);
- c) Prossecução, por cada uma das lojas, de actividades diversificadas;
- d) Unidade de gestão do conjunto.

Não basta que estejam preenchidos estes requisitos — que, em abono da verdade, reproduzem a definição legal, suprimida da referência a aspectos técnicos como área bruta mínima, número mínimo de lojas, entidade exploradora e seu poder fiscalizador, etc. — para que se possa falar de Centro Comercial. De facto, a realidade que nos tem sido apresentada na discussão doutrinária e jurisprudencial não se limita a ser subsumível quer nos elementos constantes da definição legal, quer nestes elementos “reduzidos” que dessa definição legal tomámos a liberdade de extrair.

Por ordem cronológica e apenas com referência a algum do material de natureza casuística que tivemos o ensejo de recolher para a feitura deste estudo: o parecer de GALVÃO TELLES (assistido por JANUÁRIO GOMES) ⁽¹¹⁾ refere-se ao celeberrimo *Centro Comercial Amoreiras*; o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24

(11) in CJ, ano XV, 1 990, tomo II, pp. 23 ss.

de Março de 1992 e a anotação de OLIVEIRA ASCENÇÃO⁽¹²⁾ referem-se ao *Centro Comercial Fonte Nova* e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 1994 e a anotação que lhe faz ANTUNES VARELA⁽¹³⁾ referem-se ao *Centro Comercial Imaviz*. São, todos eles, casos paradigmáticos. Constituem a realidade Centro Comercial “*as we know it*”, procedendo geneticamente, na sua concepção, edificação e gestão, com maior ou menor fidelidade, do conceito originário apurado pelo inquieto consumismo Norte-Americano

Estas realidades — Centros Comerciais — preenchem, indubitavelmente, todos os requisitos a que a *supra* citada Portaria n.º 424/85 estabelece (e, por maioria de razão, ao “sumo” que deles procurámos extrair). Contudo, nenhum destes casos se limita a subsumir-se nos elementos do tipo: excedem-no claramente. Estes Centros Comerciais são empreendimentos gizados, edificados e geridos de acordo com essa finalidade previamente estabelecida de virem a ser locais privilegiados de confluência de consumidores e de exercício de comércio (de comércios, melhor dizendo). Por detrás de toda a empresa está, geralmente, uma única pessoa, que pode, como nos casos referidos, não ser a mesma que detém a propriedade do imóvel. A instalação dos lojistas é depois feita por esta pessoa, que gere ou explora o Centro Comercial, por via da celebração de determinado contrato (independentemente da denominação que lhe seja dada ou da natureza que possa efectivamente revestir).

Contudo, como todo o Centro, desde a sua concepção até à sua exploração, procede de um plano previamente fixado — com zonas dedicadas a restauração, outras dedicadas a certos tipos de serviços comuns, etc. ... — o lojista só é admitido a instalar-se no Centro Comercial conquanto respeite o plano de ocupação traçado pela entidade exploradora, que é pormenorizado na localização das chamadas lojas âncora, bem como na determinação dos ramos de comércio que podem ser exercidos em cada espaço. Só assim se

(12) in ROA, ano 54, tomo III, Dezembro 1994, pp. 819 ss.

(13) in Varela, ANTUNES, “Centros Comerciais (*Shopping Centers*) — natureza jurídica dos contratos de instalação dos lojistas”, Coimbra, 1995 (*op. cit.*).

garante a funcionalidade do Centro Comercial, pois só assim se garante, por um lado, o desejado afluxo de pessoas (clientela), e por outro a manutenção de condições ideais de concorrência entre os diversos lojistas. A não se verificarem estes dois pressupostos perde interesse a instalação dos próprios lojistas, que enfrentariam condições adversas tão ou mais gravosas do que aquelas que encontrariam se decidissem instalar o seu estabelecimento comercial numa loja de rua; a não se verificarem esses dois requisitos perderia sentido e justificação a existência de Centros Comerciais. A entidade que explora o Centro Comercial tem, assim, funções tripartidas, de organização do espaço, de manutenção de serviços comuns e de publicitação do Centro Comercial, tudo como meios de criar ou manter a verificação daqueles dois pressupostos — (a) clientela e (b) condições ideais de concorrência.

Posto isto, podemos afirmar que o Centro Comercial, entendido como um *quid* que integra os caracteres geneticamente típicos da sua espécie, não se limita a preencher os elementos objectivados na “definição” legal — não se limita a ser um conjunto de lojas agregadas num edifício, existindo entre elas zonas, serviços e regras comuns, prosseguindo, cada uma, actividades diversificadas, sendo este conjunto unitariamente dirigido. A esta noção — que é, como dissemos, um mero alicerce — a realidade que descrevemos e que nos tem sido descrita pela doutrina e pela jurisprudência, acrescenta um importante elemento organizacional, que não é redutível à mera “unidade de gestão” ⁽¹⁴⁾ a que a lei faz referência ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Vd. n.º 3 do art. 1.º da Portaria n.º 424/85, na nota de rodapé n.º 8.

⁽¹⁵⁾ Contra este entendimento, vd. Ac. R.L. de 18.3.93, in CJ, Ano XVIII, 1993, Tomo II, pp. 114 ss., que, referindo-se à posição de Galvão TELLES e Antunes VARELA, refere: “(...) o elemento essencial do conceito de centro comercial é a unidade de gestão, significando que a gestão do conjunto das lojas fica subordinada a uma direcção unitária”. Refere, mais adiante, que para Antunes VARELA, “a unidade de direcção típica dos Centros Comerciais abrange, para além da implementação, a direcção e a coordenação dos serviços comuns e fiscalização do regulamento interno, referidos expressamente na mencionada Portaria, ainda a competência para elaborar o regulamento interno do negócio exercido nas lojas e da transmissão da titularidade dos estabelecimentos sediados no centro, por negócio *inter vivos ou mortis causa*”.

Queremos dizer que o Centro Comercial não é a mesma coisa que a soma dos estabelecimentos que o integram: tem serviços e espaços comuns tais como parques de estacionamento, zonas de lazer e recreação perpetuamente animadas, esplanadas, parques infantis, cacifos, instalações sanitárias, um corpo de funcionários que se estende desde o Administrador aos funcionários de limpeza e vigilância, e outras infra-estruturas da mais diversa índole. Para além destes elementos tem outros, tais como um nome, as mais das vezes, uma insígnia e uma clientela própria. Trata-se, claramente, de uma organização económica de diversos elementos, materiais e imateriais, com identidade própria, que se comporta de forma unitária, como um todo, mas de forma autónoma, relativamente às lojas que o compõem, que, naturalmente, se incluem na organização. Trata-se, ao fim ao cabo, de uma autêntica unidade de fim, uma *universitas*, de direito próprio, onde o factor *organização* constitui um bem em si mesmo, e acaba por ser o factor determinante na fixação do conteúdo dos contratos celebrados com os lojistas (nomeadamente o seu preço).

Do nosso ponto de vista, o elemento essencial do Centro Comercial há-de ser buscado na *organização*, na unidade de fim que constitui, na universalidade que é. A unidade de gestão é meramente instrumental, bem como indiciária dessa unidade.

Esta observação não pode deixar de nos conduzir num breve périplo pelo conceito de Estabelecimento Comercial, no sentido de averiguar se o *Shopping Center* se lhe pode ou não subsumir.

Capítulo 1.º O Estabelecimento Comercial

A questão não é despida de interesse, nem tão pouco a resposta é óbvia, pese embora a aparente evidência fornecida pelo *nomen* do objecto do nosso estudo (Centro Comercial).

Apesar de se reconhecer no Centro Comercial uma unidade de fim, quer económica quer juridicamente — ninguém negará a possibilidade do Grupo SONAE trespassar o Colombo! — onde a organização de elementos de diversa sorte constitui um bem em si mesmo, um valor novo na organização do seu titular; apesar de se reconhecer que nessa *universitas* estão incluídos elementos como o nome, a insígnia e a clientela, que tradicionalmente são tidos

como característicos do estabelecimento comercial (sendo o último, inclusivamente, um dos mais valiosos elementos na determinação da capacidade de lucro (*aviammento*) do estabelecimento comercial), não podemos deixar de tomar atenção neste aspecto curioso:

Estabelecimento comercial, na acepção lata que nos fornece FERRER CORREIA ⁽¹⁶⁾ é o complexo da organização comercial do comerciante.

Trata-se, de acordo com o mesmo Autor, da organização de um conjunto de bens de variada natureza: (a) coisas corpóreas, móveis e imóveis; e (b) coisas incorpóreas ou imateriais, como o nome, a insígnia, a firma, as marcas, as patentes, etc., que o comerciante tem na sua disponibilidade (e não necessariamente na sua titularidade).

No estabelecimento comercial assume particular importância o elemento pessoal, porque se trata, também, de uma organização de pessoas — do empresário e os seus funcionários — que lhe imprimem todo o seu dinamismo.

É este elemento pessoal que traz ao estabelecimento outros elementos, que o constituem e que permitem, no fim de contas, que se possa falar de “estabelecimento”: são as relações com os seus fornecedores, com a banca e com a clientela. Estas relações podem ser de dois tipos: (a) JURÍDICAS, consubstanciadas na celebração de negócios entre o comerciante e este tríptico de sujeitos, e que fazem parte dos já aludidos elementos imateriais do estabelecimento (créditos, obrigações) e (b) DE FACTO, que se podem caracterizar como relações pessoais do comerciante com estes sujeitos. Estas últimas significam que o comerciante goza de crédito, de bom nome, que tem clientela. Têm um importante valor económico, na medida em que são, por um lado, um indicador da capacidade de lucro do estabelecimento e, por outro, são um meio idóneo para que o comerciante estabeleça com esses sujeitos relações do primeiro tipo (jurídicas) nomeadamente com a sua clientela,

⁽¹⁶⁾ In “Lições de Direito Comercial”, ed. policopiada, Coimbra, 1973, vol. I, pp. 202 ss.

que é, afinal, o objectivo primeiro do comerciante, em ordem ao lucro.

No caso do Centro Comercial, contudo, verifica-se que entre a sua clientela e a entidade exploradora, neste modelo típico sobre que temporariamente nos debruçamos, não se encetam relações jurídicas. Há apenas o estabelecimento de relações de facto.

Dir-se-ia mesmo que, relativamente à clientela do Centro, o seu explorador não é comerciante. O verdadeiro “cliente” do explorador do Centro é o lojista, pois só com ele este mantém relações jurídicas, de natureza comercial⁽¹⁷⁾. A natureza mercantil da relação jurídica firmada entre explorador e lojista não resulta, evidentemente, da locação. Resulta, isso sim, do proporcionar-lhe o gozo da já existente clientela do Centro, que é algo com um valor económico muito superior ao da locação, tomada de *per se*. Dir-se-ia que a causa do contrato não é o “arrendamento”, o gozo do espaço imobiliário, mas antes o gozo da clientela.

A relação mantida entre o explorador do Centro e a clientela do Centro é verdadeiramente atípica: este fornece-lhe o que poderíamos chamar “gozo de conforto” — o acesso a um manancial de bens quase inesgotável como estacionamento, parques infantis, cacifos, áreas de lazer, audição de música, visualização de acções de animação, utilização de grupos sanitários, etc., sem lhe pedir nada em troca. Mais, promove dispendiosas acções publicitárias divulgando o seu nome e insígnia, divulgando novas atracções, tentando criar mais clientela — sem com ela “comerciar” absolutamente nada.

E note-se que estas relações de facto nascem e extinguem-se independentemente do estabelecimento de qualquer relação jurídica com o lojista que no *Shopping* depois há-de ocupar o seu espaço. A formação de uma clientela própria é a finalidade do

(17) Entendimento contrário tem quem, como PINTO FURTADO, entenda que o contrato celebrado entre explorador do Centro e lojista se reconduz a uma mera locação, na medida em que esse não é um acto de comércio. Assim, como refere esse Autor, in op. cit., pp. 25, “*Quanto à opção da Sociedade Civil, diz-se que ela é a mais vulgar em França, para Centros de certa dimensão, por ser segundo é assinalado, mais flexível*”

“*Normalmente, esta sociedade é proprietária do imóvel, e é civil porque se limita a proporcionar o seu uso, e não se dedica, na perspectiva Francesa, à prática de actos de comércio.*”

explorador, que não resulta do contrato celebrado com o lojista — precede-o e mantém-se mesmo após a sua extinção⁽¹⁸⁾.

Mas àquilo que nos interessa, o curioso é verificar que o Centro Comercial, mantendo todos os caracteres típicos do estabelecimento comercial, mormente o seu nome, a sua insígnia, a sua clientela, constituindo uma organização apta a realizar a sua função⁽¹⁹⁾, abstrai-se da figura tradicional do comerciante. Podemos, em tal caso, continuar a falar de Estabelecimento Comercial? Julgamos que sim. Trata-se, acima de tudo, de um valor autónomo no património do seu titular, uma *universitas* em que o elemento organização constitui esse valor autónomo, que goza de especial protecção no ordenamento jurídico, sem embargo do esquema funcional da relação entre o seu titular e o consumidor final se inscrever em moldes diferentes das tradicionais relações comerciais firmadas entre o titular do estabelecimento comercial e a sua clientela. Para além do mais tem uma capacidade de lucro. E serve o exclusivo propósito de propiciar a prática de actos de comércio!

Já Catala (*Pref*, III) advertia que o estabelecimento é uma realidade juridicamente multifacetada, que resiste tenazmente a toda a conceitualização jurídica. Talvez o caso do Centro Comercial seja o descobrir de mais uma dessas facetas, que o permitem conceber sem referência à figura tradicional do comerciante.

(18) Tínhamos prometido a nós mesmos não tecer quaisquer considerações acerca da controvertida questão da qualificação do contrato de instalação do lojista. Não podemos resistir à conclusão que a atipicidade (que defendemos) de semelhante contrato pode encontrar mais um alicerce na atipicidade da relação estabelecida entre o explorador do Centro e a clientela do Centro, o público consumidor, cujo conteúdo meramente económico (não-jurídico) é a principal causa da relação jurídica firmada entre explorador e lojista. Na realidade, entendemos que as relações que podemos divisar dentro do centro comercial não se esgotam em relações (jurídicas) bilaterais Explorador — Lojista e Lojista — Consumidor. A completar o ciclo há esta atípica relação Explorador — Consumidor. Sem esta relação não há Centro Comercial, e ela tem de pré-existir a formação de qualquer das outras duas. Ela é o meio necessário aos fins do lojista e do explorador.

É para nós evidente que a causa do contrato é esta — a clientela do Centro — que não se subsume no figurino locatício nem se reconduz à figura da prestação de serviços. E isto é diferente de tomar de arrendamento uma loja numa rua movimentada, porque isso não exige do locador uma actividade específica como aquela que o explorador do Centro estabelece com a sua clientela.

(19) Vd. OLIVEIRA ASCENÇÃO e MENEZES CORDEIRO, in ROA, ano 47, pp. 878 ss.

III. A organização de espaços comerciais em regime de propriedade horizontal

A realidade económica que sustenta os Centros Comerciais que acabámos de descrever é a realidade cosmopolita dos grandes centros populacionais e dos grandes grupos económicos — a sociedade de consumo no seu máximo esplendor. Trata-se de empresas que só se justificam com a verificação de determinados pressupostos demográficos e económicos, que a tornam potencialmente rentável. Um sucedâneo dos Centros Comerciais assim descritos é aquele que procede da outra realidade económica e demográfica constituída por qualquer cidade portuguesa de medianas dimensões ⁽²⁰⁾. Os anseios e desejos dos cidadãos são os mesmos que nos grandes centros, simplesmente a economia encarrega-se de fazer que tudo surja com menores proporções. As coisas acabam, naturalmente, por ser mais modestas.

Por algum motivo — que residirá, algures, nessa menor dimensão económica a que já nos referimos — quem pensa e edifica o Centro Comercial não deseja, por também não ter vocação para isso, explorá-lo comercialmente, nem tão pouco transferir para outrem a exploração e, ou, a propriedade — em globo — do Centro Comercial (talvez também porque seja difícil que apareça alguém, ainda assim, com a capacidade económica para comprar ou tomar de arrendamento todo um edifício). Antes, quem planifica e edifica prefere alienar separadamente a pessoas diversas — e por preços milionários ⁽²¹⁾ — pequenas fracções desse espaço, a que pomposamente chamou Centro Comercial. Desta operação resulta uma mais rápida rentabilização do investimento.

A única forma de proceder a estas alienações parcelares do edifício é constituindo o prédio no regime da propriedade horizontal.

⁽²⁰⁾ Não pretendendo “provincializar” o fenómeno. Ocorrerá, frequentemente decerto, nas metrópoles. Indiscutível é que é uma solução procedente de uma menor capacidade económica do edificador.

⁽²¹⁾ Há casos de espaços em Centros Comerciais que, há cinco anos, foram alienados pelo preço de Esc. 450 000\$00/m².

Capítulo 1.º. O regime da propriedade horizontal

I. Finalidade Histórica

No que concerne ao direito de propriedade, a regra é que sobre cada edifício incide apenas um direito de propriedade, pertencente a um (propriedade) ou a vários titulares (compropriedade). A circunstância de sobre o mesmo edifício poderem incidir vários direitos de propriedade, sobre células dele, autónomas entre si, mas funcionalmente dependentes das partes comuns do edifício, constitui uma derrogação importante a este princípio, que, contudo, não foi uma novidade introduzida pelo Código Civil de 1966.

Efectivamente, já no § 34 do Título LXVIII do Livro I das Ordenações Filipinas se previa a possibilidade do sótão pertencer a um “senhorio” e o sobrado a outro. Também o Código Civil de 1867 previa esta possibilidade, que, contudo, só veio a ser regulamentada em 1955, com a publicação do D.L. n.º 40 333, de 14 de Outubro.

A função histórica da propriedade horizontal sempre foi a habitação. A circunstância em que surge, pela primeira vez, regulamentada em pormenor ⁽²²⁻²³⁾ é indiciadora da função habitacional que determinou o gradual crescimento das cidades em altura.

Fenómeno posterior acabou por determinar que as populações migrassem dos centros das cidades para os seus arredores, deixando espaço livre à ocupação dos prédios por comércio e serviços. Não obstante, o regime da propriedade horizontal permanece válido para reger as relações que se estabelecem em edifícios

(22) “Quando em 1948 se procedeu à revisão completa e metódica da legislação do inquilinato, imposta pela crise de habitação ligada ao rescaldo da primeira conflagração mundial, é que já se sentiu a necessidade próxima do regulamento, por já então ser notória a tendência de alguns dos maiores centros urbanos para o crescimento em altura.”, In PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, “Código Civil Anotado”. Vol. III, 2.ª ed., 1987.

(23) “A propriedade horizontal é, por conseguinte, a propriedade exclusiva duma habitação integrada num edifício comum. O direito de cada condómino em conjunto é o direito sobre um prédio, portanto, sobre uma coisa imobiliária, e como tal é tratado unitariamente pela lei; mas o objecto em que incide é misto — é constituído por uma habitação exclusiva, que é o principal, e por coisas comuns, que são o acessório.”, In Parecer da Câmara Corporativa sobre o Regulamento da Propriedade Horizontal. Sublinhado nosso.

maioritariamente ocupados por comércio e serviços. Coisa diversa se tem de dizer se a destinação económica do edifício exige não que cada condómino actue isoladamente no mercado, mas que todo o edifício se articule, no plano comercial, como um todo, com o bem definido propósito de chamar a si público. Não se trata de um edifício bem localizado (a localização também pode ser importante), mas de um edifício “bem afreguesado”.

II. Caracterização Sumária

O regime da propriedade horizontal é, então, como dizem PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA (op. cit.) caracterizado pelo facto de as fracções autónomas de um mesmo edifício constituírem unidades independentes, que pertencem a proprietários diversos.

Para além das fracções terem de ser unidades independentes — dotadas de abastecimento de água e electricidade próprio, por exemplo — têm, também, de ser distintas e isoladas entre si. Os requisitos a observar para que se possa dizer que a fracção é independente dependem do fim a que a fracção esteja afecta.

Por outro lado, a independência das fracções só se pode verificar entre elas. Na verdade, para que se possa falar de propriedade horizontal tem que haver um nexo de dependência funcional entre a fracção e uma qualquer parte comum prédio. São partes comuns do edifício todas as indicadas no art. 1421.º do Código Civil ⁽²⁴⁾.

O proprietário da fracção autónoma exerce sobre ela, em condições de exclusividade, o pleno direito de propriedade, limitado, embora, no exercício dos seus direitos, pelo disposto no artigo 1422.º do Código Civil. Simultaneamente (art. 1420.º) é, também, comproprietário das partes comuns do edifício, sendo o conjunto

(24) (a) o solo, bem como os alicerces, colunas, pilares, paredes mestras e todas as partes restantes que constituírem a estrutura do prédio; (b) o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso do último pavimento; (c) as entradas, vestíbulos, escadas e corredores de uso ou passagem comum a dois ou mais condóminos; (d) as instalações gerais de água, electricidade, aquecimento, ar condicionado e semelhantes. Para além disso presumem-se comuns (a) Os pátios e jardins anexos ao edifício; (b) os ascensores; (c) as dependências destinadas ao uso e habitação do porteiro; (d) as garagens; (e) em geral as coisas que não estejam afectadas ao uso exclusivo de um dos condóminos.

dos dois direitos incidível (art. 1420.º/2), não podendo nenhum deles ser alienado separadamente.

Trata-se, afinal, da fusão de dois direitos reais — a propriedade e a compropriedade — para se constituir uma unidade nova ⁽²⁵⁾, que excede o simples somatório dos caracteres daqueles dois regimes. A incidibilidade dos dois direitos, a que já nos referimos, é sintomática da existência dessa nova unidade. Para além disso, como apontam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (op. cit.), o direito sobre cada uma das fracções autónomas está sujeito a restrições que não existem para a propriedade em geral, limitações a que já nos referimos e que nascem da necessidade de harmonizar a co-existência de dois direitos distintos sobre um mesmo e uno *quid* — o edifício ⁽²⁶⁾.

Capítulo 2.º O regime da propriedade horizontal aplicado ao Centro Comercial. Inoperância

Diz-nos PINTO FURTADO (op. cit) que da constituição de Centros Comerciais em Regime de Propriedade Horizontal não têm resultado grandes problemas. A solução é mesmo apontada por ANTUNES VARELA como uma das modalidades possíveis de formação de Centros Comerciais (Vd. nota de rodapé n.º 4), e GALVÃO TELLES refere, no seu já citado parecer, que o regime da propriedade horizontal não é incompatível com os Centros Comerciais.

Já PEDRO MANUEL DE MELO PAIS DE VASCONCELOS (in ROA, ano 56, II, Agosto 1996, pp. 539 e 540, cit.), assinalando notáveis semelhanças entre a realidade que constitui o Centro Comercial e

⁽²⁵⁾ Parafrazeando L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, in “Propriedade Horizontal”, Almeida, 1996.

⁽²⁶⁾ Atente-se, especialmente, na alínea a) do n.º 2 do art. 1422.º: é especialmente vedado aos condóminos, prejudicar, quer com obras novas, quer por falta de reparação [ao nível do exercício do seu direito de propriedade sobre a sua fracção], a segurança, a linha arquitectónica ou o arranjo estético do edifício. Também na alínea c) do mesmo normativo: “Dar-lhe uso [à sua fracção autónoma] diverso do fim a que é destinada [pelo título constitutivo]. Tratam-se de preceitos que inequivocamente limitam o exercício pleno do direito de propriedade em homenagem à circunstância de ser exercido sobre uma parte de um *quid* uno, que, por ter tantos direitos de igual natureza concorrentes, não pode sujeitar-se a ser descaracterizado.

o direito real de propriedade horizontal, prefere focar as diferenças. E na realidade, como já tivemos oportunidade de referir, o problema não é de compatibilidade ou de incompatibilidade de regimes. O problema é de funcionalidade, como demonstraremos.

I. Qualificação do Centro Comercial no Quadro da Propriedade Horizontal

Qualificámos já o Centro Comercial como Estabelecimento Comercial. A questão é a de saber se no quadro da propriedade horizontal podemos repetir semelhante qualificação.

Temos já por assente, então, que para se poder falar de Centro Comercial não basta verificar-se que em determinado edifício se albergam um certo número de lojas. Torna-se necessário haver um factor de coesão do conjunto: a comunhão de regras é indiciária dessa coesão e a unidade de gestão é-lhe instrumental.

Nos Centros Comerciais assim constituídos verifica-se (a) que um certo número de lojas se alberga no mesmo edifício; (b) que cada uma dessas lojas explora determinado ramo de comércio; (c) que as lojas comungam de espaços, serviços e regras (regras do condomínio; regulamento de condomínio; etc.) e (c) que este conjunto tem órgãos próprios de gestão (administrador de condomínio e assembleia de condóminos).

Verifica-se, também, que estes Centros Comerciais têm um nome e uma insígnia. Têm, também, uma clientela própria, um número indeterminado de pessoas que, por via da sua localização, da fama que o seu nome goza no mercado, da diversidade de lojas que se encontram no seu interior, da boa apresentação das suas montras, das campanhas publicitárias e diversas promoções a ele associadas, se deslocam ao seu interior. O próprio Centro Comercial, desde a sua concepção à sua edificação, tem uma destinação económica comum, é uma unidade predial complexa com vista a articular-se, depois de iniciada a sua exploração, com outros elementos, corpóreos e incorpóreos, a que já nos referimos. Constitui, em suma, uma unidade de fim, uma unidade com uma destinação económica comum.

Relativamente ao estabelecimento comercial, contudo, e ao primeiro exemplo fornecido de Centro Comercial, este tipo de organizações apresenta alguns desvios:

Em primeiro lugar, trata-se de uma unidade meramente económica. A unidade jurídica que é o Estabelecimento Comercial encontra a sua expressão privilegiada no facto deste ser objecto autónomo de direitos, ser um valor novo na organização do seu titular ⁽²⁷⁾. Ora, no caso *sub judice*, a unidade económica adere à unidade imobiliária, dela fazendo parte: é que quem promove a organização é a assembleia de condóminos — é ela que fixa as regras que os seus membros devem observar; é em execução das suas deliberações que o administrador organiza os elementos de que o conjunto dispõe (funcionários, coisas comuns, nome e insígnia) em ordem à formação de clientela, é o condomínio que contrata a realização de publicidade, etc. ...

Assim sendo, os titulares da organização económica são os condóminos, na proporção da sua participação na permilagem do edifício. E a sua contitularidade nesta organização só acontece por via do seu direito de propriedade sobre determinada fracção, que adquiriram no prédio. Mais: é uma contitularidade que se impõe ao condómino (que adquire no momento de aquisição da fracção), e cuja participação ele não pode alienar separadamente, na medida em que o conjunto dos dois direitos — de propriedade sobre a fracção e de compropriedade sobre as coisas comuns — é incindível.

Por outro lado, este tipo de Centros Comerciais são insusceptíveis de ser trespassados ou da sua exploração ser cedida: a impossibilidade é uma impossibilidade de facto, já que de Direito é comumente reconhecida a possibilidade de se alienar ou arrendar a um terceiro uma parte ou coisa comum, por exemplo, um vão de escada para instalação de um quiosque; ou alienar a casa do terceiro (se bem que esta hipótese importe normalmente uma modifi-

⁽²⁷⁾ A tutela do estabelecimento comercial, como valor autónomo no património do seu titular, encontra especial protecção no Regime do Arrendamento Urbano, na parte em que prevê regimes de excepção quando, concorrendo com a relação locatícia, esteja em causa a transmissão, temporária (cessão de exploração) ou definitiva (trespasse), do estabelecimento comercial. A tutela conferida manifesta-se na não sujeição dessas transmissões ao regime vinculístico do Arrendamento Urbano.

cação do título constitutivo da propriedade horizontal). No caso do Centro Comercial: as partes comuns de um Centro são apenas um meio de geração de clientela.

O lucro do explorador do primeiro tipo de Centros provém-lhe da sua actividade locadora (e a clientela do Centro potencia-lhe a sua capacidade de lucro). Já o “explorador” destes Centros Comerciais — em regime de propriedade horizontal — é o condómino, na proporção da sua participação na permilagem: o seu lucro advém-lhe ou da locação da sua fracção ou da exploração do estabelecimento comercial nela instalado. As partes comuns servem única e exclusivamente o propósito de lhe criar clientela. Daí que não haja um objecto de exploração no Centro em si mesmo, separável da exploração das lojas nele insertas.

Ainda assim pode configurar-se a possibilidade de ser adjudicado a um terceiro, por certo preço, a actividade de formação de clientela para o Condomínio. Mas neste caso estamos no domínio ou da administração do condomínio, a ser exercida por um terceiro especializado, ou da prestação de certo serviço contratado pela administração. A exploração do Centro enquanto unidade económica é que é impossível, por inexistência de objecto de exploração. É, como dizíamos, uma actividade que é insusceptível de ser exercida autonomamente, desligada da propriedade predial: é uma actividade, que determina a existência de uma organização económica, com caracteres próprios, mas que adere à administração do condomínio, como uma sua nova função.

Outro aspecto a considerar é este: é unânime que a propriedade do estabelecimento comercial é algo perfeitamente distinto da propriedade imobiliária. Esta distinção resulta do facto do estabelecimento ser um objecto autónomo de direitos, em que o factor organização tem um valor próprio. No caso destes Centros Comerciais, contudo, a compropriedade da organização económica situa-se apenas na esfera jurídica do senhorio — que pode nem ser comerciante — enquanto que o lojista, o verdadeiro comerciante, não detém qualquer espécie de direito na organização do Centro. Mesmo nos casos em que represente o condómino nas respectivas assembleias, desta representação e da sua actividade não resulta para si qualquer mais-valia patrimonial que se possa separar do seu estabelecimento comercial. Isto por uma razão simples — é que

também não resulta nada dessa sorte (separável da fracção autónoma) para o seu senhorio.

A organização económica que é o Centro Comercial, gerada no seio da assembleia de condóminos, representa, isso sim, um importante valor acrescentado no património imobiliário do condómino (que determina o seu elevado valor locativo) e no estabelecimento comercial do lojista (que determina um elevado valor de trespasse ou de cessão). Não se trata, portanto, de um estabelecimento comercial, pelo menos neste sentido (...).

II. Função Comercial do Condomínio. Questões.

Vimos, pela análise da secção anterior, que a organização económica que é o Centro Comercial constituído em regime de propriedade horizontal, apesar de se comportar como um autêntico estabelecimento comercial, não revestia as suas características, nomeadamente por ser inseparável da propriedade imobiliária.

Contudo, a função comercial do Centro é uma realidade: constitui a principal destinação económica do edifício, que, inclusivamente, ganha no seu nome esse atributo — Centro Comercial.

Assim, saber em que rádio publicitar; saber qual dos jingles comerciais propostos servirão melhor o Centro; saber se se vai ou não implementar uma política de descontos do Centro; saber a quem adjudicar a decoração das partes comuns em alturas festivas; determinar o melhor horário de abertura e encerramento do Centro Comercial e das lojas; determinar que tipo de música difundir nas partes comuns, e a que horas fazê-lo, são os problemas que normalmente se colocam num prédio com esta vocação.

Trata-se de um conjunto novo de solicitações que a realidade faz ao regime da propriedade horizontal, o que nos levanta questões que importa dilucidar.

Começaremos, então, por analisar cada um dos tipos de exigências que se colocam a uma estrutura mercantil como o Centro Comercial, averiguando, a propósito de cada uma delas, da adequação dos mecanismos próprios do condomínio para lhes dar resposta. Casos há em que nos iremos deparar com a pura e simples inultrapassabilidade dos problemas, e outros onde o nosso estudo nos conduzirá a sua resolução no seio da assembleia dos condómi-

nos ou nos poderes próprios do administrador do condomínio. Num momento ulterior indagaremos, então, da adequação destes órgãos administrativos do condomínio as solicitações que lhes são feitas.

a. *O Tenant Mix*

Falando em condóminos temos que nos referir a um dos factores de importância capital no seio dos Centros Comerciais: o *tenant mix* (pese embora o anglicismo).

Tenant mix significa, literalmente, mistura de inquilinos. No domínio dos Centros Comerciais, daquele primeiro exemplo a que nos reportámos, este é um factor sobremaneira importante, na medida em que é a escolha criteriosa do explorador do centro, aquando da selecção das lojas âncora e da sua localização, em primeiro lugar, e da selecção das restantes lojas, depois, que permite, respectivamente, atrair clientela e a coexistência de comerciantes e seus comércios em condições ideais de concorrência. É esta escolha, que pressupõe um profundo conhecimento do mercado e da clientela, que assenta em rigorosos critérios de gestão de espaço, o sustentáculo de toda a empresa, impedindo-a de se abater sobre si própria: imagine o leitor que se passeava numa das “avenidas” do Amoreiras e estava rodeado de prontos-a-vestir genéricos, ou que era um lojista proprietário de uma ourivesaria, estrategicamente colocada, e que via, no dia seguinte, instalar-se-lhe outra na loja ao lado!

Nos Centros Comerciais constituídos em regime de propriedade horizontal não há “*tenant mix*”. Ou melhor, há uma mistura de comerciantes e comércios que, de mote próprio, se instalam nas fracções autónomas que adquiriram ou arrendaram, sem obedecerem a um plano previamente fixado de instalação.

Normalmente os fins das diversas fracções estão estabelecidos, no título constitutivo da propriedade horizontal, em termos muito genéricos — ex. fracção destinada a comércio. Não é curial, em nenhum sentido, que esse documento seja mais específico: nem do ponto de vista do construtor, que poderia ver-se confrontado com o embaraço de não encontrar quem lhe comprasse ou arrendasse certa fracção, destinada ao comércio de flores e arranjos, por

exemplo; nem do ponto de vista do interesse do próprio Centro, que poderia ter a necessidade de ver instalada em certa fracção um comércio diverso daquele que tinha sido inicialmente estipulado.

A rigidez do título constitutivo e do seu processo de alteração (deliberação por unanimidade dos condóminos — art. 1419.º, n.º 1 — e ulterior outorga de escritura pública — art. 1419.º, n.º 2), não aconselham que a determinação do fim a que a fracção se destina seja mais específica do que isto, mesmo porque se trata de uma limitação importante ao pleno exercício do direito de propriedade de cada condómino, que, por esta via, se poderia achar definitivamente limitado, com todo o prejuízo que isso pode ter, tanto para o condómino como para o próprio funcionamento do Centro.

Mas a solução inversa, de deixar uma previsão ampla — comércio — no título constitutivo, também representa um óbice ao funcionamento do Centro como um todo. De facto, estando cada fracção no património predial de cada condómino, não é lícito à assembleia impôr-lhe ou sugerir-lhe que na sua fracção não instale certo ramo de comércio ou que a arrende a um comerciante que ali explore um *franchising* com uma qualquer marca famosa.

De facto, dentro desse fim “comércio”, a que a sua fracção está destinada, ele é livre de instalar aquilo que bem entender. Frequentemente os lojistas são comerciantes avisados, que entendem que não devem instalar um pronto-a-vestir paredes meias com outro pronto-a-vestir. Mas o inverso também é — frequentemente — verdade. E da perspectiva do condómino ⁽²⁸⁾ que há largos meses que não logra arrendar a sua fracção há uma maior utilidade em arrendá-la, por seis ou sete meses que seja, independentemente da sorte a que o arrendatário esteja votado *ab initio* ou das repercussões que um arrendamento descuidado possa ter, quer no funcionamento da estrutura comercial do Centro, quer na organização comercial do próprio arrendatário, quer, finalmente, nas organizações dos outros lojistas já instalados.

⁽²⁸⁾ Do condómino que não é comerciante, entendamo-nos. Já nos deparámos com um caso de um condómino, proprietário de várias fracções, que compreendendo estas necessidades, repetidas vezes se recusou a dar de arrendamento outras fracções a pessoas que pretendiam aí instalar estabelecimentos que à partida não poderiam singrar.

Por outro lado, é este papel organizativo e selectivo dos exploradores dos Centros Comerciais, em ordem à sua máxima eficácia, que determina a existência de cláusulas impeditivas de trespasse ou qualquer outra forma de transmissão (mesmo *mortis causa*) ou de cessão temporária do gozo do estabelecimento do lojista. É uma espécie de cláusula cuja licitude radica na necessidade de escolha criteriosa de comerciantes e a comércios, sob pena de se poderem causar graves danos a toda a estrutura e às empresas que a constituem ⁽²⁹⁾.

Já no quadro da propriedade horizontal, semelhante selecção se encontra impossível de realizar. Em primeiro lugar, porque o

⁽²⁹⁾ Já PINTO FURTADO, in op. cit., pp. 41, considera este tipo de cláusulas, que limitam a livre transmissão do estabelecimento comercial, inválidas: *nesta linha de raciocínio, penso que será portanto questionável a legalidade de uma cláusula que põe no poder discricionário e absoluto do gestor o direito de impedir a negociação de uma riqueza em parte também criada pelo lojista. (...)* O insigne Autor, no entanto, observa, com razão, a diferença entre *clientèle* (riqueza criada pelo lojista) e *achalandage* (riqueza criada pelo Centro Comercial). Pode dizer-se, com alguma segurança, que haverá no Centro lojas quase sem *clientèle* (o exemplo de uma pequena tabacaria), e outras que “fazem” a *achalandage* do Centro: pensemos no exemplo paradigmático do Mac Donald’s! Enquanto que no primeiro caso a clientela do estabelecimento comercial é criada exclusivamente pelo explorador do Centro, já no segundo a loja ganha o adjectivo de âncora, que reflecte bem a importância da sua própria clientela, não só para o Centro como para as próprias lojas que em torno dela gravitam (poderia falar-se, então, do contributo da loja-âncora para a *achalandage* do Centro). Na nossa opinião, mesmo assim — mesmo na hipótese da loja-âncora — nem sequer há que ponderar a evidente proveniência do seu *aviamento* para concluir pela licitude da proibição de trespasse, porquanto não está só em causa a manutenção do ramo de comércio, mas do próprio comerciante, cujo respeito por certos padrões de qualidade, por exemplo, determina o sucesso de toda a estrutura.

A questão focada da diferença entre clientela do Centro e clientela do Lojista é susceptível de provocar algumas assimetrias se considerarmos a proibição de trespasse bem como a cessação do contrato. Um mecanismo que pode ser utilizado para as corrigir é o previsto nos artigos 33.º e 34.º do D.L. n.º 178/96, de 3 de Julho, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo D.L. n.º 118/93, de 13 de Abril. Falamos da figura da indemnização de clientela (compensação devida ao agente pelos proventos que, após a cessação do contrato, a outra parte poderá continuar a usufruir, como decorrência da sua actividade). Apesar de ser um instituto previsto para regular o contrato de agência, não é menos certo que tem sido aplicado analogicamente ao contrato atípico de Concessão Comercial (vd. Ac. Rel. Coimbra 28.10.97, *In CJ*, 997, Tomo IV, pp. 43 ss.). Defendendo, como defendemos, a atipicidade do contrato de instalação do lojista no shopping center, não podemos deixar de notar as indistigáveis semelhanças entre a realidade tutelada por esse instituto (a diferença entre a clientela do principal antes do contrato e a clientela do principal após a acção do agente) e a realidade fáctica subjacente à actividade do Lojista no Centro

Centro é constituído neste regime precisamente tendo em vista a alienação parcelar do imóvel. O interesse do alienante é, acima de todos, alienar, sob pena de não rentabilizar o seu investimento. E uma vez alienada a fracção autónoma nada impede o seu adquirente de a vender ou arrendar a terceiros, ou do lojista trespassar ou ceder a exploração do seu estabelecimento comercial a outrem, tudo sem a mínima possibilidade de oposição da Assembleia dos Condóminos ou de qualquer dos condóminos ⁽³⁰⁾.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (op.cit.) consideram lícita a cláusula inserta no título constitutivo da propriedade horizontal que impeça os condóminos de realizar determinados negócios jurídicos sobre a fracção. Dão como exemplo a impossibilidade de arrendar ou ceder o uso da fracção autónoma a certas categorias de pessoas. ABÍLIO NETO, in *Direitos e Deveres dos Condóminos na Propriedade Horizontal*, pp. 67, § 1, refere que estas cláusulas se podem justificar se, por exemplo, o edifício foi construído com o concurso de um grupo de amigos, para nele instalarem a sua habitação própria, poderá haver interesse em evitar ou seleccionar arrendatários.

Mas esta é, por um lado, uma mera possibilidade, que raramente é consignada no caso de prédios edificadas por um empresário, interessado, como dissemos, em alienar as respectivas frac-

Comercial (clientela que ele próprio cria, independentemente da acção do explorador do Centro).

Sustentamos, pois, que no actual quadro jurisprudencial, que tem defendido a atipicidade do contrato de instalação, é possível ao lojista demandar o explorador, com vista a um ressarcimento quer pela impossibilidade de trespassar, quer pela cessação do contrato. Uma outra questão é a da prova.

No que diz respeito à proibição de trespassar: o lojista, note-se bem, continua a poder trespassar o seu estabelecimento comercial, ou mesmo a explorá-lo uma vez findo o contrato de instalação. Não o pode fazer é dentro do Centro Comercial, pelo que o recurso proposto a esta figura se deve relacionar não tanto com a impossibilidade do estabelecimento se manter instalado no Centro, mas pelo facto de ter trazido riqueza suplementar a toda a estrutura com a sua actividade e dela se encontrar privado de beneficiar.

⁽³⁰⁾ Ressalvados os casos em que o ocupante da loja, pela sua actividade, diversa do fim a que a fracção é destinada, ofensiva dos bons costumes, ou consubstanciada na prática de actos proibidas no título constitutivo possa justificar a acção, por parte dos restantes condóminos, no quadro do disposto no art. 1422.º C.C.. Mas nestes casos as restrições são apenas relativas à actividade prosseguida pelo lojista, e já não à própria pessoa do lojista.

ções. Não lhe aproveitaria, nessa finalidade, a fixação de cláusulas deste tipo. Em segundo lugar, a questão que tratamos é diversa: é a de saber se, sendo alienável a fracção e transmissível o estabelecimento comercial nela instalada, o adquirente, de uma ou de outra, e o estabelecimento a instalar nela têm ou não o perfil desejado para as necessidades do Centro. Trata-se, pois, de uma avaliação em concreto, que o título constitutivo não pode fazer, pela sua própria natureza, e para a qual a única entidade habilitada a poder fazer semelhante juízo (na sua materialidade, ponderadas as circunstâncias de cada caso) — a assembleia dos condóminos — não tem legitimidade.

O que existe, então, nos Centros Comerciais de que os ocupamos, não é *tenant mix*! É uma mistura desorganizada de comerciantes e comércio, que tentam, depois, colmatar essa desorganização no seio de uma assembleia. Isto prejudica a unidade da organização económica que deve ser o Centro Comercial.

b. *Horários de Funcionamento.*

A fixação de horários de funcionamento pode assumir duas vertentes, que geralmente não se excluem mutuamente, antes se complementam na sua função de coesão de toda a estrutura: (a) horários de funcionamento do próprio Centro Comercial; e (b) horários de funcionamento comuns das diversas lojas.

(a) No que diz respeito aos horários de funcionamento do Centro Comercial, note-se, antes de mais, que se trata de uma limitação importante ao exercício do direito de propriedade. Na fixação de horários de funcionamento do Centro Comercial, o lojista vê-se privado de poder exercer o comércio fora desses períodos de funcionamento. Se isto não representa grande obstáculo no caso dos horários coincidirem com os horários normais de funcionamento do comércio, imagine-se, por exemplo, que se determina que o Centro Comercial encerra ao Sábado ou ao Domingo.

Trata-se de uma matéria que, sendo regulada no título constitutivo da propriedade horizontal ou posteriormente, em deliberação tomada sem oposição de nenhum dos condóminos, se poderia subsumir na al. d) do art. 1422.º do Código Civil justificando-se

por interesse sério de todos os condóminos, atendendo à destinação económica do edifício e às próprias expectativas geradas nos lojistas quando pretendem integrar-se num Centro Comercial: acima de tudo unidade.

Fora dessas hipóteses, o que ocorrerá com mais frequência, a deliberação, ainda que tomada por maioria do capital investido no prédio, é impugnável, nos termos do art. 1433.º Código Civil. E não é difícil que ocorra que parte importante dos condóminos se sinta lesado com os horários deliberados.

(b) Naquilo que concerne à fixação de horários de funcionamento das lojas, a questão assume contornos diversos. Não se trata já de impor ao comerciante a impossibilidade de comerciar fora de certas horas, mas de lhe exigir que se mantenha aberto em certo horário (durante a hora de almoço, ou após as 20 horas). Abandonamos, pois, o domínio das limitações ao exercício de direitos, por parte do condómino (que normalmente se traduzem em obrigações do tipo *non facere* — vd. art. 1422.º Código Civil ⁽³¹⁾), para passarmos para o domínio das obrigações de conteúdo positivo (*facere*) de carácter infungível.

Esta simples diferença determina em primeiro lugar, a impossibilidade de impôr a deliberação. Em segundo lugar implica, na prática e em geral, uma agravação das despesas inerentes ao funcionamento do estabelecimento comercial ⁽³²⁾, pelo que é natural que haja muito mais resistências a uma deliberação, que, a ser tomada, está sujeita às vicissitudes da analisada na alínea anterior.

⁽³¹⁾ Excepcionalmente, como apontam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (loc. cit.) a al. a) do n.º 1 é do art. 1422.º não se limita a impor aos condóminos uma restrição, mas a uma obrigação de conteúdo positivo (é-lhe vedado prejudicar *por falta de obras* a segurança do edifício)

⁽³²⁾ Repare-se que se se fixar como horário de funcionamento das lojas o compreendido entre as 10 e as 22 horas, sem interrupções, durante os sete dias da semana, a implicação imediata é a necessidade de contratação de mais funcionários de molde a respeitar a legislação laboral em vigor, no que diz respeito ao horário de trabalho. Acrescem despesas com segurança social.

c. *Adopção de mecanismos comerciais comuns*

No que concerne à adopção de mecanismos comerciais comuns, do que será exemplo mais frequente a adopção de uma política comum de descontos: é um desiderato que definitivamente não está dentro do domínio regulamentar dos instrumentos de condomínio, designadamente do título constitutivo da propriedade horizontal. Já a assembleia de condóminos pode ser aproveitada como *fórum* de entendimento dos condóminos/lojistas presentes para a assunção da obrigação de praticar certo desconto, ou de participar em certa campanha que exija do seu estabelecimento comercial certo comportamento. Mas não pode, nunca, uma assembleia deliberar, com força obrigatória para todos os condóminos, essa obrigação.

Note-se que, no caso dos primeiros Centros Comerciais a que nos referimos esta é uma obrigação que pode facilmente resultar para o lojista, bastando, para tal, clausulá-la, o que *a priori* será uma possibilidade bem presente nas previsões do explorador do Centro. Já neste caso, de Centros Comerciais constituídos em regime de propriedade horizontal, nos parece ser muito difícil que, de forma planeada, se consiga realizar alguma actividade desta natureza, ou pelo menos de forma a vincular todos os condóminos.

Tenha-se, também, em linha de conta que assumida a obrigação pelo condómino/lojista, ela não se transmitiria ao arrendatário da fracção, ficando na sua disponibilidade observá-la ou não.

d. *Investimentos Publicitários e Promocionais*

A deliberação sobre um investimento publicitário importante, como a compra de um carro para sortear pela clientela do Centro, ou a contratação de uma dispendiosa campanha publicitária na televisão também levanta alguns problemas.

A primeira questão que cumpre dilucidar prende-se com a qualificação deste tipo de despesas. É no domínio dos diversos direitos de compropriedade sobre as coisas comuns (pese embora o pleonasma) que se coloca o problema da participação dos condóminos nas despesas tidas com o edifício. São despesas que tanto podem ter origem na conservação e fruição das coisas comuns e

dos serviços com ela conexos como com inovações a que se delibere proceder.

Como ensinam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (loc. cit., pp. 348) e ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA (loc. cit., pp. 252 ss.), a compropriedade distingue-se da sociedade na medida em que a actividade da associação de contitulares, no primeiro caso, se limita ao aproveitamento dos frutos que a coisa normalmente produz (mera fruição), enquanto que no segundo caso (*vide* art. 980.º CC) a actividade dos contitulares corresponde à intenção de aumentar por essa via, da sociedade, o rendimento das coisas comuns através de lucros que só a associação possibilite ⁽³³⁾.

Ora, como já dissemos, no caso do Centro Comercial constituído no regime da propriedade horizontal, não há um objecto autónomo de exploração. No entanto, quando os condóminos decidem publicitar o Centro Comercial ou empreender certo concurso ou promoção fazem-no com a claríssima intenção (porque essa é a função própria da publicidade) de aumentar a clientela do Centro Comercial e de, pela via do aumento da produtividade da organização económica que é o Centro Comercial, aumentarem a produtividade da sua própria organização.

O princípio da tipicidade dos direitos reais e o facto do Centro não ser um objecto autónomo de exploração levam-nos à conclusão que, com a propriedade da sua fracção autónoma, o condómino adquire um direito de compropriedade sobre as partes comuns do edifício (art. 1420.º CC), e já não uma participação societária forçada. Contudo, outra conclusão que se nos impõe é que as despesas tidas com publicidade não podem ser tidas como normais despesas com a fruição das partes comuns do edifício: tratam-se de autênticas despesas de investimento, despesas destinadas a aumentar a produtividade do Centro.

Acresce que se trata de despesas que nem sequer são necessárias à fruição das partes comuns. Atente-se na letra do

⁽³³⁾ Na formulação de ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA, a sociedade supõe uma actividade económica que não seja de mera fruição, a sociedade pressupõe uma actividade dirigida a potenciar os rendimentos da coisa, dirigida não apenas a fruir os rendimentos que a coisa dá, mas também a actuar sobre ela, potenciando a sua produtividade ou rentabilidade.

art. 1424.º, n.º 1: *salvo disposição em contrário, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício (...).*

De facto, a fruição do Centro Comercial pode bem realizar-se sem que seja **necessário** proceder a despesas desta natureza.

Por outro lado, o conceito de *serviço de interesse comum*, a que o referido preceito legal faz referência, parece poder abranger este tipo de despesas, com promoções e campanhas publicitárias. Neste sentido decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 22 de Fevereiro de 1996 ⁽³⁴⁾ que, não se referindo especificamente às despesas tidas com publicidade, considera que “*os serviços de limpeza, segurança e vigilância, anúncios luminosos e de recepção não podem deixar de considerar-se de interesse comum*”. Não se colocando em causa a necessidade dos serviços de limpeza, segurança e vigilância, nem tão pouco a sua qualificação como sendo de interesse comum, na óptica da mera fruição típica da compropriedade, já não podemos acompanhar o Douo acórdão no que diz respeito às despesas com anúncios luminosos e com serviço de recepção. Em primeiro lugar porque a instalação de um reclamo luminoso há-de ser qualificada como inovação, nos termos do art. 1425.º, sendo o regime de participação nas despesas com ela havidas o estabelecido no art. 1426.º; em segundo lugar, e no que diz respeito a um serviço de recepção, sendo evidente o seu interesse para o conjunto dos condóminos, já não cremos que se contenha, tal como as despesas com publicidade, dentro dos limites de necessidade à mera fruição da coisa comum, típica da compropriedade.

Como qualificar, então, este tipo de despesas? Da perspectiva de uma finalidade de mera fruição decorrente da compropriedade, parece que, não constituindo uma inovação, por nada se alterar na substância ou na forma da coisa nem se modificar na sua afectação ou destino, o regime aplicável, analogicamente, deverá ser esse. Porque, como dissemos, tratam-se de autênticas despesas de investimento, destinadas não à mera fruição da coisa, mas ao aumento da sua capacidade produtiva, enquanto organização económica.

⁽³⁴⁾ In CJ, ano XXI, 1996, tomo I, pp. 127 ss.

Assim, o regime deliberativo há-de ser o estabelecido no art. 1425.º (maioria *duplamente* qualificada: maioria dos condóminos presentes e maioria representativa de 2/3 do capital investido no edifício).

O regime de repartição das despesas há-de ser o estabelecido no art. 1426.º, com uma especialidade: nunca o condómino terá a possibilidade de se eximir à participação na despesa, na medida em que a despesa não tem natureza voluptuária (tem natureza útil — art. 216.º, n.º 3 CC — não sendo indispensáveis para a conservação da coisa, aumentam-lhe o valor).

Pode, no entanto, verificar-se que a despesa não seja proporcionada à importância do edifício. É o que ocorrerá, por hipótese, se o condomínio de um Centro Comercial de província, com uma esfera de influência bastante limitada, tanto territorial como demograficamente, deliberar a contratação de publicidade muito dispendiosa numa televisão de âmbito nacional.

Atentemos agora num outro aspecto: na redacção do art. 1426.º, n.º 2, anterior ao D.L. n.º 267/94, de 25 de Outubro, o condómino só podia ser compelido a participar neste tipo de despesas ⁽³⁵⁾ se a sua recusa fosse judicialmente infundada. Após a alteração legislativa o regime mudou substancialmente as suas feições: o condómino que não tenha aprovado a inovação é obrigado a concorrer para as respectivas despesas, salvo se a recusa for judicialmente havida como fundada. Significa isto uma desjurisdicionalização potencial da cobrança das despesas tidas com inovações, na medida em que é agora o condómino que tem de recorrer a instâncias judiciais se pretender eximir-se ao pagamento. Trata-se de um passo importante no sentido da simplificação do processo, mas, no domínio dos Centros Comerciais a exigência, que, salvo o devido respeito por melhor opinião, nos parece impreterível, de uma maioria duplamente qualificada acaba por constituir mais um obstáculo ao pleno funcionamento do Centro Comercial como verdadeira unidade económica.

⁽³⁵⁾ Com inovações, em geral, e já não com despesas de publicidade, pois cremos que nunca esteve na *mens legis* que o regime da propriedade horizontal servisse o propósito de alicerçar juridicamente a figura, aliás nova, do Centro Comercial.

Estando a tratar a questão de despesas comuns, e desviando-nos do objecto central em análise nesta alínea, aproveitamos o ensejo para fazer uma breve referência aos n.ºs 3 e 4 do art. 1424.º: estatui este preceito que as despesas relativas aos diversos lanços de escadas ou as partes comuns do prédio que sirvam exclusivamente algum dos condóminos ficam a cargo dos que delas se servem e que nas despesas dos ascensores só participam os condóminos cujas fracções por eles possam ser servidas.

No caso dos Centros Comerciais, *quid juris*? Afigura-se-nos que no caso sobre que nos debruçamos não há que estabelecer esta distinção, entre condóminos cujas fracções possam ser servidas por escadas ou por ascensores. Isto porque, na nossa óptica, mesmo as fracções sitas no rés-do-chão são servidas pelas escadas de acesso aos andares superiores e ao ascensor. Todas as fracções são servidas pela clientela (pela potencial clientela) que circula nas partes comuns do Centro Comercial. Ou seja, todas as fracções recolhem exactamente o mesmo benefício pelo facto da limpeza, da vigilância, segurança e conservação geral de todo o edifício, isto apesar do condómino da loja n.º 1, por exemplo, não necessitar de utilizar certas partes do edifício para aceder à sua loja. A questão é que a clientela que entra na sua loja pode passar ou ter passado por essas partes comuns ⁽³⁶⁾.

III. Estruturas normativas, deliberatórias e executórias do condomínio. Inadequação à sua “função comercial”.

A finalizar o nosso estudo, faremos uma breve análise dos mecanismos à disposição de um Centro Comercial constituído no regime da propriedade horizontal para a satisfação das suas necessidades.

⁽³⁶⁾ Tudo isto depende, evidentemente, da própria topografia do edifício. Mas se o edifício foi, de raiz, concebido para ser um Centro Comercial parece que há-de, ao menos na generalidade dos casos, ser planificado no sentido não só de permitir mas de fomentar a circulação de público por todo o edifício. Nem se diga que as lojas dos andares superiores têm menos clientela do que as dos andares térreos. Este factor há-de ser um outro a ponderar (o que principalmente se deve ponderar num edifício com estas características), juntamente com a dimensão da fracção, para se determinar a percentagem ou permilagem de cada uma no edifício.

a. *O título constitutivo da propriedade horizontal*

O título constitutivo da propriedade horizontal assume uma função normativa importantíssima. O momento da constituição é o ideal para impor aos condóminos limitações ao exercício de direitos.

No entanto, como tivemos já oportunidade de referir, trata-se de um instrumento de difíceis movimentos — só pode ser alterado por unanimidade dos condóminos e a alteração, para que produza efeitos relativamente a terceiros, tem de ser outorgada em escritura pública e levada ao registo predial.

Não serve, assim, a necessidade dinâmica e extremamente volúvel que é a planificação do Centro Comercial.

b. *O Regulamento do Condomínio*

O regulamento de condomínio, cuja existência é obrigatória quando no edifício hajam mais de quatro condóminos, nos termos do art. 1429.º-A, pode revestir duas formas: (a) ou faz parte do título constitutivo da propriedade horizontal (vd. art. 1418.º, n.º 2, al. b)), ou (b) ou é, posteriormente, elaborado pela assembleia dos condóminos ou pelo administrador, quando esta não o elabore (art. 1429.º, n.º 2).

No primeiro caso, a forma de alteração do regulamento de condomínio é a exigida para alteração ao título constitutivo da propriedade horizontal. Já no caso de elaboração pela assembleia de condóminos é necessário ter presente que este regulamento não pode incluir cláusulas que limitem ou modifiquem a extensão do direito de propriedade dos condóminos⁽³⁷⁾, pois que estes só podem ser limitados no título constitutivo da propriedade horizontal. Uma eventual limitação *a posteriori* só poderá ser efectuada pela forma prescrita para a sua alteração.

(37) Neste sentido, L.P. MOITINHO DE ALMEIDA, in *Propriedade Horizontal*, Coimbra, 1996, pp. 102. Vd., também.

Mas aprovado o regulamento de condomínio pela Assembleia dos Condóminos, poderá este a qualquer momento ser alterado por maioria simples.

No caso da assembleia não elaborar regulamento de condomínio, cabe ao administrador fazê-lo, o que, aliás, está compreendido dentro dos seus poderes de regular o uso das coisas comuns e a prestação dos serviços de interesse comum (art. 1436.º al. g)), que é, precisamente, a finalidade do regulamento⁽³⁸⁾, se bem que este, de uma forma geral e abstracta, é aplicável a todos os condóminos, e esta função do administrador se compreenda numa actividade subsuntória dos pedidos que lhe sejam endereçados pelos condóminos ao regulamento, que deverá sempre existir, como já referimos.

O regulamento do condomínio pode revelar-se de extrema utilidade num Centro Comercial: atendendo a esta possibilidade mais maleável de poder ser elaborado pela Assembleia ou pelo Administrador, é um mecanismo mais apto a adequar-se às necessidades de um Centro Comercial do que, por exemplo, o título constitutivo da propriedade horizontal. Assim, matérias como a afixação de publicidade nas partes comuns ou de realização de actividades, instalação de esplanadas nas partes comuns do edifício ou fixação de penalidades para a inobservância de certas regras ou prazos (prazo para pagamento das prestações de condomínio), por exemplo, podem e devem ser insertas num regulamento de um condomínio desta sorte.

Já outras, como aquelas que envolvam limitações ao exercício de direitos, como a fixação de horários de funcionamento, ou a obrigação de participar em campanhas publicitárias: nada impede que constem no regulamento de condomínio. Aliás, esse facto pode ter o mérito de consciencializar os condóminos para a necessidade de respeitar certas limitações a adoptar certas condutas, a que já nos referimos. Mas se o que está em análise é o seu valor jurídico, e a sua eficácia na vinculação jurídica dos condóminos, então o caso muda de figura, e, prescrevendo sobre estas matérias,

⁽³⁸⁾ Art. 1429.º-A, n.º 1 — *Havendo mais de quatro condóminos e caso não faça parte do título constitutivo, deve ser elaborado um regulamento do condomínio disciplinando o uso, a fruição e a conservação das partes comuns.*

nada pode impor ao condômino que não o tenha aprovado a sua observância.

c. A Assembleia de Condôminos

Tradicionalmente as questões discutidas e deliberadas no seio da assembleia de condôminos estão circunscritas à resolução de problemas relacionados com a inovação, conservação e fruição das partes comuns do prédio (arts. 1424.º e 1425.º Código Civil) ⁽³⁹⁻⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ A Assembleia tem como funções próprias todas aquelas que não estão compreendidas no art. 1436.º, e que tenham que ver com a administração das partes comuns do edifício. Em especial são de sua competência matérias que podem exceder, mesmo, a administração das partes comuns, e invadir a esfera de administração das partes privativas dos condôminos (neste sentido: PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, loc. cit., III, pp. 442; contra: ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA in *Direitos Reais*, Coimbra, 1971, pp. 285), como se pode divisar da letra da lei. Assim, é de sua competência deliberar a modificação do título constitutivo da propriedade horizontal (por unanimidade) (art. 1419.º); autorizar a modificação da linha estética do edifício, por obras a realizar por um dos condôminos (maioria de 2/3 do valor total do prédio) (art. 1422.º/2); autorizar a alteração ao uso dado a certa fracção autónoma, quando o título não disponha expressamente sobre o fim de cada uma (maioria de 2/3 do valor total do prédio) (art. 1422.º/3); autorizar a divisão de fracções (aprovação sem oposição) (art. 1422-A/3); autorizar obras que constituam inovações (deliberação de 2/3 do valor total do prédio) (art. 1425.º/1); designação de forma de venda de terreno e materiais, em caso de destruição do edifício (art. 1428.º/1) ou a sua reconstrução (art. 1428.º/2); fixar o valor do seguro de incêndio (art. 1429.º); elaborar e aprovar o regulamento de condomínio (art. 1429.º-A/2); estabelecer a obrigatoriedade de celebração de compromissos arbitrais para a resolução de litígios entre condôminos ou entre estes e o administrador, e fixar penas pecuniárias para a inobservância das disposições do Código Civil, do regulamento de condomínio ou de decisões do administrador (art. 1434.º); eleger e exonerar o administrador (art. 1435.º/1); atribuir funções ao administrador (art. 1436.º); autorizar o administrador a agir em juízo em matérias fora da sua competência (art. 1437.º/1) e em acções relativas à propriedade ou posse dos bens comuns (art. 1437.º/2); decidir os recursos interpostos pelos condôminos dos actos do administrador (art. 1438.º); administrar o fundo comum de reserva (art. 4.º/3 D.L. n.º 268/94, 25/10); deliberar o montante de cada actualização do seguro de incêndio (art. 5.º/2);

⁽⁴⁰⁾ Já as questões relativas as limitações ao exercício de direitos, nas relações entre condôminos (art. 1422.º, conjugado com os arts. 1346.º, 1347.º e 1349.º todos do Código Civil) não é da competência da Assembleia dos Condôminos, sob pena de ineficácia, só lhe sendo lícito deliberar quando a limitação imposta ao exercício de certo direito por um condômino seja em proveito das partes comuns (neste sentido, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, in *Código Civil Anotado*, III vol., loc. cit., que, em anotação ao art. 1430.º, ressaltam a hipótese da deliberação relativa às fracções autónomas ser válida quando ratificada pelos condôminos por ela afectados).

Nos termos do art. 1430.º, n.º 1 do Código Civil, a administração das partes comuns do edifício compete à assembleia dos condóminos e a um administrador. As funções do administrador são enumeradas no art. 1436.º do mesmo diploma legal.

No tipo de condomínio sobre que nos debruçamos, contudo, surge amiúde uma nova temática sobre a qual a assembleia é chamada a deliberar, e a que já nos referimos *supra*: trata-se da gestão comercial dos destinos do Centro. E trata-se de matéria susceptível de levantar muito mais questões (e mais frequentemente) do que aquelas que tradicionalmente ocupam estas assembleias — é que a componente comercial num edifício desta sorte ocupa um papel determinante no próprio investimento realizado pelo condómino, cuja frutificação depende do sucesso das medidas que se delibere adoptar. Sendo estas as principais preocupações dos condóminos, é natural que sejam também elas que venham mais frequentemente à liça. E é um tipo de decisões que, sujeitas a respostas do mercado, exigem inflexões e novos redireccionamentos, pelo que nunca nada está definitivamente fixado.

Contudo, e não obstante a necessidade de intervenção do colégio de proprietários da organização económica que é o Centro assim constituído na deliberação sobre estes importantíssimos temas, a verdade é que aqui deparamos com o primeiro obstáculo à adequação deste regime de propriedade horizontal ao funcionamento de Centros Comerciais. O esquema de funcionamento da assembleia é demasiadamente pesado para as solicitações que lhe são feitas, senão vejamos:

As assembleias têm de ser convocadas com a antecedência mínima de dez dias, por carta registada ou por aviso convocatório. Esta determinação legal, inderrogável, encontra explicação no facto das temáticas tradicionalmente discutidas no seu seio se prenderem com questões de ordem predial e, logo, com uma certa estabilidade. As necessidades do Centro, contudo, prendem-se com a sua gestão comercial, o que torna a Assembleia de movimentos difíceis e imprópria para acorrer às voláteis exigências do mercado e da concorrência;

A regra na tomada de deliberações é a da maioria do capital investido, sendo esse também o *quorum* exigido para que a assembleia possa reunir em primeira reunião;

No caso de falta de *quorum* (caso não raro) ⁽⁴¹⁾, e em caso de omissão da convocatória, a segunda reunião considera-se convocada para uma semana depois;

As deliberações tomadas pela assembleia têm de ser comunicadas aos condóminos ausentes por carta registada com aviso de recepção;

Para além da possibilidade de anulação de deliberações contrárias à lei ou a regulamentos anteriormente fixados (prazos de vinte ou de sessenta dias — n.º 4 do art. 1433.º Código Civil), da sua sujeição a tribunal arbitral (trinta dias), podem ainda os condóminos presentes, no prazo de dez dias (contados da deliberação ou da sua notificação) exigir a convocação de uma assembleia extraordinária.

Ou seja, para decisões que se querem prontas, o esquema funcional da assembleia está desadequado. Entre o tempo da constatação da necessidade de deliberar e o tempo da deliberação medeia um lapso temporal que não raro torna ineficaz, por extemporânea, a execução da deliberação.

Outro obstáculo é este: o facto da gestão comercial do Centro estar contido no leque de poderes da assembleia, por se tratar de uma matéria de capital importância na rentabilização do investimento de condóminos e lojistas, como defendemos, não quer dizer que todos os condóminos sintam a importância da sua participação neste órgão colegial.

Acontece frequentemente que, tal como o explorador do Centro, o condómino não é comerciante. É um proprietário que decide aplicar as suas poupanças num investimento predial que se lhe afigura como potencialmente rentável. Mas não é comerciante,

(41) Aliás, a própria redacção do preceito deixa notar que as assembleias de condóminos estão predestinadas a um certo insucesso, face ao desinteresse dos condóminos pelos assuntos do edifício: na primeira reunião exige-se *quorum* deliberativo (e de funcionamento da assembleia) da maioria do capital investido; mas em segunda reunião exige-se apenas a comparência dos condóminos que representem 1/4 do capital investido... e a deliberação pode ser tomada apenas por maioria deles! Permitindo concluir no mesmo sentido estão os n.ºs 5 e 8 do art. 1432.º (preceitos introduzidos recentemente, pelo D.L. n.º 267/94, de 25 de Outubro): a deliberação que careça de ser tomada por unanimidade pode ser tomada por unanimidade dos condóminos presentes (contanto que representem 2/3 do capital investido). E a aprovação da deliberação, na sequência de ulterior comunicação aos condóminos ausentes (n.º 6 e 7) é tácita (n.º 8).

estando, as mais das vezes, inconsciente da postura peculiar que estes têm de ter num mercado cada vez mais exigente e agressivo.

Assim, raros são os casos em que o condómino não lojista participa nas reuniões; ainda mais raros são os casos em que constitui seu procurador o seu arrendatário, para que este possa tomar parte na assembleia. E temos sido confrontados inúmeras vezes com esta situação: o lojista, comerciante, anseia poder participar na assembleia, porque está consciente da sua importância na formação da unidade económica que é o Centro, e desta na formação de uma clientela de que ele há-de beneficiar; o senhorio, por seu turno, desconhecendo as necessidades do comércio, em geral, e dos Centros Comerciais em especial, não está minimamente sensibilizado para lhe passar procuração. E estando, compreendendo as necessidades do Centro, não passa procuração nem vai às assembleias, porque teme que sejam deliberadas despesas elevadas em contratação de publicidade pelas quais ele seja ou venha a ser responsabilizado. Ou quando vai, opõe-se obstinadamente a essas deliberações, que importam um ónus adicional nas prestações de condomínio, que não estariam no seu horizonte aquando do seu investimento, que julgava unicamente predial. O que constitui mais uma peia ao funcionamento deste órgão e, destarte, à eficácia do Centro como uma unidade económica apta a gerar mais-valias.

As presenças nas assembleias de condóminos, ressalvadas honrosas excepções, limitam-se aos condóminos lojistas e aos lojistas munidos de procuração.

d. *O Administrador do Condomínio* ⁽⁴²⁾

O Administrador do Condomínio é, essencialmente e sem embargo das restantes funções que lhe estão especialmente acome-

(42) São funções do administrador (a) convocar a assembleia dos condóminos, (b) elaborar os orçamentos anuais das receitas e despesas relativas a cada ano, (c) verificar a existência do seguro contra o risco de incêndio, propondo à assembleia o montante do capital seguro, (d) cobrar as receitas e efectuar as despesas comuns, (e) exigir dos condóminos a sua quota-parte nas despesas aprovadas, (f) realizar os actos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns, (g) regular o uso das coisas comuns e a prestação dos serviços de interesse comum, (h) executar as deliberações da assembleia, (i) representar o conjunto dos condóminos perante as autoridades administrativas, (j) prestar contas à

tidas, ou de outras de que seja incumbido pela a Assembleia, o órgão executivo do Condomínio.

Os seus poderes estão, portanto, limitados pelos próprios poderes da Assembleia dos Condóminos. Numa estrutura dinâmica e funcional, como se pretende que seja o Centro Comercial, o Administrador deveria desempenhar funções semelhantes à do gerente comercial. Não desempenha. Mesmo porque, dentro desses limitados poderes cuja execução toma nas suas mãos, está, salvo deliberação da Assembleia, limitado na sua acção a tarefas de carácter não decisório.

IV. Algumas Considerações Finais

Passadas em revista as principais questões que lográmos poder divisar na constituição de Centros Comerciais em regime de propriedade horizontal, ficamos com a nossa opinião inicial — de que semelhante regime, apesar de formalmente compatível, não é materialmente adequado a desempenhar as funções a que, no caso dos Centros Comerciais, é chamado — sai grandemente reforçada. Na realidade as expectativas do lojista que decide instalar o seu estabelecimento comercial num Centro Comercial excedem largamente uma mera "aquisição predial". Pretende, acima de tudo, estabelecer-se numa estrutura dotada de mecanismos comerciais funcionais, e isto é algo que não está na *mens legis* do regime da propriedade horizontal, como julgamos ter tido a oportunidade de demonstrar.

Nem o lojista proprietário da fracção nem o lojista seu arrendatário desejam instalar-se aí pelo facto do espaço físico onde têm, necessariamente, de instalar o seu comércio. Tomam esta opção porque esperam poder contar à partida com uma organização de diversos elementos, preexistentes, que lhes permita beneficiar de uma *achalandage* muitas vezes vital para a sua subsistência. Na

assembleia, (l) assegurar a execução do regulamento de condomínio e das disposições legais e administrativas relativas ao condomínio e (m) guardar e manter todos os documentos que digam respeito ao condomínio. O preceito, contudo, não é taxativo, no sentido em que a assembleia pode delegar no administrador outras funções (art. 1436.º).

verdade, a sua *clientèle*, a clientela que ele cria no seio da sua própria organização de fim, é — ressalvando-se as excepções que, nos Centros Comerciais, sempre têm de existir — encontrada nessa clientela genérica que ocorre diariamente ao Centro Comercial.

Outro tipo de lojistas há. Esses, pelo contrário, beneficiando da clientela do Centro, contribuem activamente para a criar: são as chamadas lojas-âncora ou magnéticas. Em seu torno gravitam todas as restantes.

Dentro dos Centros Comerciais — dos verdadeiros *Shopping Centers* — na criação dessa clientela genérica, tem um papel fundamental o chamado explorador do Centro. Parte importante da sua actividade é dirigida neste sentido: contratar a instalação (estratégica) de lojas-âncora, por um lado, como forma de captação de clientela; e a publicitação do Centro junto do grande público, por outro. A gestão do espaço, mantendo dentro do Centro condições ideais de concorrência, é outra tarefa de importância determinante para a instalação do lojista. Depois há o fornecimento, ao cliente do Centro, de comodidade.

É todo este conjunto de qualidades significativa de capacidade produtiva do Centro, o seu aviamento, que em princípio são desenvolvidas conscienciosamente pelo explorador, a causa da instalação do lojista, mesmo suportando prestações pecuniárias bastante mais pesadas do que se se instalasse numa loja de rua.

No domínio da propriedade horizontal a realidade, como pudemos demonstrar, muda radicalmente de figura. O papel organizador, à minguagem de melhor, cumpre à assembleia dos condóminos, que não tem nem condições para limitar a utilização que cada condómino faz da sua fracção autónoma, nem tão pouco para captar para o interior do Centro, em condições privilegiadas, lojas que, pelo seu renome, sirvam de lojas-âncora. Assim, as que existam ou que funcionem como tal instalam-se aqui espontaneamente; da mesma forma cada um dos outros condóminos instala na sua fracção o tipo de comércio que bem entende. Outra coisa que o regime da propriedade horizontal impede é, não apenas a selecção dos comércios, mas também a selecção dos sujeitos que se hão-de instalar no seu interior.

No capítulo das despesas de investimento, sempre necessárias à manutenção do carácter dinâmico dos modernos estabelecimentos comerciais, as dificuldades são mais que muitas, como se demonstrou. A tendência é, sobretudo, para se encarar os orçamentos anuais da mesma forma que se encaram os orçamentos destinados a custear as despesas de fruição e conservação de um prédio de habitação (ou pelo menos de um prédio onde a organização com vista ao funcionamento comercial unitário não é uma preocupação), sendo objectivo primordial dos condóminos limitar ao mínimo a sua participação nas despesas ⁽⁴³⁾.

Não obstante o Centro assim constituído continua a revelar-se uma organização económica de diversos elementos — nome, insígnia, fracções autónomas, diverso mobiliário que nele se pode encontrar para uso da sua clientela, funcionários, a sua própria clientela, a sua localização, etc... Trata-se de um estabelecimento em regime de autogestão, que não pode ser qualificado como estabelecimento comercial, e cujo sucesso depende, em cada caso, da argúcia dos condóminos para gizar esquemas alternativos a funcionar paralelamente ao regime da propriedade horizontal, que, como se demonstrou, é uma estrutura demasiadamente pesada para dotar semelhante empresa — o Centro Comercial — de mecanismos de gestão eficazes.

O Acórdão da Relação de Lisboa, de 18 de Março de 1993 ⁽⁴⁴⁾, por nós já citado neste trabalho, após referir que uma das formas possíveis de constituir Centros Comerciais (em geral procedendo à adaptação de edifícios antigos) era estabelecendo entre os condóminos relações de horizontalidade ⁽⁴⁵⁾, refere mais adiante, con-

⁽⁴³⁾ De tal forma isto é assim que o legislador, na revisão legislativa sobre propriedade horizontal, nomeadamente no D.L. n.º 268/94, de 25 de Outubro, art. 4.º, instituiu a obrigatoriedade de constituição de um fundo comum de reserva, destinado a custear as despesas de conservação do edifício, onde cada condómino participa, obrigatoriamente, com 10% da sua participação nas restantes despesas.

⁽⁴⁴⁾ in CJ, Ano XVII, 1993. Tomo II, pp. 118, col. 2.

⁽⁴⁵⁾ *apud* ANTUNES VARELA, in *Os Centros Comerciais (Shopping Centers) — Estudos em homenagem ao Prof Dr Ferrer Correia*, Bol. Fac. Direito, Coimbra, número especial.

Mas mesmo o eminente Professor refere que *há então a tendência para colocar a gestão do conjunto, quanto aos aspectos de interesse comum, nas mãos dos próprios lojistas, organizados horizontalmente como associação de empresas que exercem a sua*

tudo, que vem-se constatando que os Centros Comerciais de organização horizontal têm frequentes dificuldades em manter-se a funcionar de forma harmónica, tornando-se mais um conjunto desajustado de estabelecimentos, sem complementaridade entre si e a caírem rapidamente em degradação (...)

O problema essencial que se nos tem colocado prende-se com a expectativa do condómino ao adquirir uma fracção autónoma num Centro Comercial assim constituído. Idealiza, certamente por evocação de exemplos que conhece, uma concepção dinâmica de Centro Comercial, como são, em geral, os Centros que não são alienados parcelarmente. Só compreende, contudo, as verdadeiras limitações da estrutura em que se envolveu quando já é tarde demais.

Na prática a resolução deste tipo de problemas passa pelo bom senso das partes implicadas e na sua vontade de os ultrapassar. Dessa forma será sempre possível resolvê-los, ou no seio da assembleia dos condóminos (aproveitando o seu carácter colegial) ou firmando soluções contratuais adaptadas às necessidades de cada caso, de molde a ultrapassar os já descritos obstáculos impostos por um direito real que não foi concebido para gerir autênticos estabelecimentos comerciais.

actividade concertada no mesmo local (sublinhado nosso). E no parágrafo seguinte continua, dizendo que, nestes casos, os aspectos que interessam à organização do Centro Comercial, como sejam a criação do regulamento, a organização dos serviços comuns, a distribuição dos ramos de actividade pelos lojistas, etc.: *são feitas em assembleia geral ou de representantes e a direcção do Centro é exercida por pessoa nomeada pelos comerciantes do centro. Usualmente, os donos das lojas são também os donos ou arrendatários do espaço onde estas estão instaladas*

Repare-se, em primeiro lugar, que remetendo semelhante construção para um esquema de horizontalidade, não a reconduz, pelo menos expressamente, ao regime da propriedade horizontal; e em segundo a situação concreta apresenta algumas especificidades relativamente ao caso sobre o qual nos temos vindo a debruçar: trata-se da adaptação de um edifício já existente, e não da sua edificação, *ab initio*, para este fim, por uma única pessoa, para depois alienar suas fracções a pessoas com quem não tem qualquer relação; trata-se da decisão, tomada por todos os lojistas, de proceder à adaptação e de, no seu seio, por serem já lojistas com ramos definidos, assumirem a obrigação de não mudar de ramo, ou de o fazerem de forma sustentada. Estamos, parece, no domínio obrigacional, e não no domínio do direito real de propriedade horizontal. Aliás, o insigne Autor refere-se expressamente a "associação de empresas...".

São soluções, contudo, que são precárias, não "perseguem", pelo menos de direito, a fracção autónoma e têm o gravoso inconveniente de vincularem apenas quem deseja vincular-se. Só a esses competem os encargos, porque os restantes, os que não desejam assumir esse tipo de obrigações, vêm-se enriquecidos pelo facto de aumentar a clientela do Centro, e logo o volume de negócios dentro dele realizados, sem que lhes sejam exigíveis contrapartidas.

Verificado o vício do ciclo, os lojistas inicialmente dispostos a sacrificar o seu direito de propriedade ao interesse do Centro (e, mediatamente, ao seu próprio interesse) acabam por adoptar a mesma postura.

A questão que vimos tratando, da organização de espaços comerciais em regime de propriedade horizontal é complexa. Tem que ver, essencialmente, com as expectativas de negócio criadas nos adquirentes de fracções autónomas em edifícios chamados "Centros Comerciais" e com a ulterior verificação de que o instituto jurídico que regula toda a estrutura não é adequado para cumprir com essas expectativas.

Com PINTO FURTADO, defendemos que estas novas estruturas comerciais têm de ser regulamentadas. Julgamos que o "conceito" de Centro Comercial tem de ser funcional⁽⁴⁶⁾, com referência à figura do estabelecimento comercial.

O critério não pode ser meramente estrutural. Julgamos ter demonstrado que a estrutura "Centro Comercial" pode existir sem que, funcionalmente, se comporte como tal, com todos os prejuízos a esse facto inerentes.

Propomos algo desta sorte:

O estabelecimento⁽⁴⁷⁾ comercial que, estruturalmente, (a) Agrege um certo número de lojas num único edifício; (b) exer-

⁽⁴⁶⁾ Vd., Oliveira Ascensão e MENEZES CORDEIRO, in Parecer, ROA n.º 47, pp. 878 ss.

⁽⁴⁷⁾ A previsão da referida Portaria n.º 424/85, de e de Julho refere-se a "o empreendimento comercial". Note-se que os Centros Comerciais organizados em regime de propriedade horizontal, constituindo empreendimentos comerciais, não são estabelecimentos comerciais. O Shopping tem, então, de ser caracterizado como um estabelecimento comercial que revista certas características estruturais. Só assim pode desempenhar a sua função económica específica.

cendo-se, em cada uma delas, por pessoas distintas, actividades comerciais diversificadas; (c) existindo entre elas zonas, serviços e regras comuns.

A possibilidade de se constituírem Centros Comerciais em regime de propriedade horizontal passa, na nossa óptica, por duas soluções distintas: ou, no caso de se manter o actual quadro legal da propriedade horizontal, pela proibição, pura e simples; ou pelo estabelecimento de um regime de excepção ao regime da propriedade horizontal, introduzindo nele alterações que permitam articular toda a estrutura condominial com as necessidades próprias de um estabelecimento comercial, aligeirando, nomeadamente, as formalidades de convocação e reunião das Assembleias e respectivos quóruns deliberativos, bem como um aumento do leque de poderes que lhe são conferidos, mormente no que concerne ao estabelecimento de um plano de ocupação do espaço.