

PAGAMENTO DE *RESERVA DE INGRESSO* EM CENTRO COMERCIAL E MALOGRO DO CONTRATO DEFINITIVO DE UTILIZAÇÃO DE LOJA

Pela Prof. Doutora Ana Isabel Afonso(*)

SUMÁRIO:

1. Natureza e função do acordo de reserva de ingresso em centro comercial e da quantia paga a título de remuneração do direito de ingresso. 1.1. O acordo de reserva de ingresso em centro comercial. 1.2. Função e natureza jurídica do pagamento da quantia de ingresso. **2. Destino da quantia paga pelo lojista a título de reserva de ingresso no caso de inviabilização do contrato definitivo de utilização de loja.** 2.1. Falta de celebração (ou de eficácia) do contrato imputável ao lojista. 2.2. Falta de celebração do contrato definitivo imputável à gestora. 2.3. Frustração do processo negocial não imputável a título principal a nenhuma das partes.

Pela exploração de loja em centro comercial, o titular do direito de utilização do espaço (lojista) fica vinculado a pagar uma contrapartida pecuniária, composta por várias parcelas distintas, cuja causa reside nos diversos serviços e prestações efetuados pela entidade que promove e gere a exploração do empreendimento de conjunto (vulgarmente designada gestora). Com efeito, pela celebração do contrato

(*) Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica — Porto.

de utilização de loja em centro comercial, o lojista obriga-se, tipicamente, a pagar uma remuneração fixa, como contrapartida pela utilização do espaço, uma remuneração variável, correspondente a uma percentagem da faturação da sua loja, associada às vantagens retiradas da gestão planificada e unitária do centro pela gestora, a comparticipar nas despesas comuns, decorrentes do funcionamento do centro comercial (limpeza, segurança, climatização, etc.), e a contribuir para um fundo comum de promoção e publicidade do centro comercial. A estas prestações pecuniárias adiciona-se o pagamento de uma quantia inicial, que é satisfeita a título de “reserva de ingresso” no centro, como contrapartida do acesso ao empreendimento criado pela gestora e da reserva de localização de uma certa loja do centro comercial.

Conforme já em outro local tivemos oportunidade de assinalar, a causa do pagamento do valor de ingresso é a remuneração da promotora do centro comercial pelos estudos de viabilidade económica, procura de local, pesquisa de mercado e planeamento de “*tenant mix*” que aquela efetuou com vista à conceção e implementação do empreendimento de conjunto. A integração nesta estrutura comercial permite valorizar a atividade desenvolvida em cada uma das lojas (quer pela presença de outros estabelecimentos de comércio de idêntica especialidade, funcionando a “atração cumulativa”, quer pela vizinhança de lojas “âncora”, dotadas de um especial poder de captação de clientela, ou ainda pelo benefício da economia de escala em termos de promoção e publicidade e pelo poder de atração acrescido derivado da presença de espaços de diversão e lazer, suscetíveis de, por si só, atraírem clientela), incrementando o respetivo “aviamento”. Cada loja constitui uma peça de um conjunto comercial, criado com base em estudos técnicos e em obediência a um plano de diversificação e coordenação de atividades comerciais, de modo a tornar-se alvo das preferências dos consumidores, estimulando e conferindo conforto ao ato de consumo. Sendo assim, é contratualmente justo que o lojista retribua a licença que lhe é conferida de integrar esse empreendimento, pagando uma “chave” ou “ingresso”⁽¹⁾.

(1) Cf. a nossa *Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais — Qualificação e regime jurídico*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, pp. 331 a 334, onde nos centramos sobretudo em afastar a criminalização da cobrança do valor de

A obrigação de pagamento da “reserva de ingresso” constituir-se-á, por vezes, quando o centro comercial já foi inaugurado e está em pleno funcionamento, integrando o contrato definitivo de instalação do lojista no centro comercial como correspondente pecuniário da adesão do lojista ao empreendimento planejado e explorado pela gestora. Conquanto a hipótese de o pagamento da “reserva de ingresso” ser exigido com a celebração do contrato definitivo de utilização de loja, no momento da adesão ao empreendimento, possa suscitar questões merecedoras de reflexão crítica — designadamente, a da legitimidade da cobrança de novo valor de ingresso pela renovação do contrato⁽²⁾ —, não são estas que aqui irão prender a nossa atenção.

ingresso à luz do art. 14.º do então vigente RAU (Decreto-Lei n.º 321/90, de 15 de Outubro), que punia como crime de especulação o recebimento pelo senhorio de quantia superior ao mês de caução na celebração do contrato de arrendamento. PINTO FURTADO, *Os centros comerciais e o seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 36-37, partindo do entendimento de que os contratos de utilização de loja em centro comercial correspondem a simples arrendamentos para comércio, propugnava que os gestores de centros comerciais teriam de ser punidos criminalmente quando tivessem exigido o pagamento do valor de ingresso. A doutrina brasileira (que se debatia igualmente com a questão de saber se a cobrança de valor de ingresso deveria ser considerada como pagamento de “luvas”, proibido pela legislação arrendatícia) sustentava, dominantemente, a legalidade da cobrança de tal quantia como preço de adesão ao empreendimento. Assim, cf. CAIO MÁRIO PEREIRA, *Shopping centers — Organização económica e disciplina jurídica*, in “*Shopping centers*” — *Aspectos jurídicos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p. 76, MODESTO CARVALHOSA, *Considerações sobre relações jurídicas em “shopping centers”*, in “*Shopping centers*” — *Questões jurídicas*, Editora Saraiva, Rio de Janeiro, 1991, p. 175, e RENAULT PINTO, *O fundo de comércio dos “shopping centers” e o Decreto n. 24.150/34*, in “*Shopping centers*” — *Questões jurídicas*, Editora Saraiva, Rio de Janeiro, 1991, p. 231, PAULA CASTELLO MIGUEL, *Contratos de “shopping centers”*, Revista de Direito Mercantil, ano XXXVI (1997), p. 150. Na jurisprudência portuguesa, ver ainda o Acórdão da Relação de Lisboa de 2 de Outubro de 2003, in <www.colectaneadejurisprudencia.com>, decidindo que “não é usurária a exigência de uma quantia na data da celebração do contrato” porquanto “antes da instalação da loja esta já tem um valor comercial”.

(2) Em certos contratos de utilização de loja em centro comercial fica, efetivamente, previsto o pagamento de novo valor de ingresso no caso de renovação do contrato celebrado. A correspondência entre aquele pagamento e este momento da vida da relação contratual poderá resultar quer da previsão no contrato da obrigação de pagar uma certa quantia em dinheiro como contrapartida da renovação da adesão ao empreendimento, quer do fracionamento da prestação de ingresso em distintos momentos temporais, o último dos quais coincidente com a renovação do contrato. Se a contrapartida pecuniária pelo acesso ao empreendimento já foi satisfeita, o que significa que já foi remunerada a realização de

A questão que nos propomos abordar é a de saber qual o destino a conferir à quantia que foi entregue pelo lojista à gestora, a

estudos, projetos de viabilidade comercial, planeamento de *tenant mix* com lojas âncora, não deveria exigir-se ao lojista, com a renovação do contrato, o pagamento de nova contrapartida pelos serviços já remunerados. Com efeito, o lojista paga um valor tendencialmente mais elevado de renda fixa pela exploração da sua loja num centro comercial, isto é, num lugar tido como privilegiado para o exercício do comércio, contribuindo, além disso, para todos os encargos comuns associados ao funcionamento do centro comercial; acresce que o estabelecimento do nexo de correspondência pecuniária sinalagmática entre a eficiência dos serviços de gestão e dinamização do centro, prestados pela gestora, e o lucro do lojista fica assegurado com o pagamento da parcela de remuneração variável devida pela utilização da loja que é determinada em função de uma percentagem do seu volume de faturação. Na hipótese de o contrato de utilização de loja ter sido celebrado com base em clausulado contratual geral, o controlo de conteúdo definido na LCCG permitiria cominar com a sanção de nulidade a cláusula que prevê o pagamento de valor de ingresso pela renovação do contrato, na medida em que esta seja contrária à boa fé (cf. arts. 15.º, 16.º e 12.º LCCG). A propósito da questão de pagamento de “*front money*” pela renovação de contrato de franquia, que revela clara afinidade com a nossa, PESTANA DE VASCONCELOS, *O contrato de franquia (Franchising)*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 35, sustenta que há ilegítimo exercício de poder contratual pelo franquizador posto que ocorre uma duplicação do pagamento de uma mesma prestação. O direito de entrada, “*front money*” ou “*initial fee*” é uma das contrapartidas pecuniárias que o franquiado fica, tipicamente, vinculado a satisfazer, como remuneração do direito que lhe é concedido de fazer parte de uma rede, beneficiando da licença de utilizar um método ou fórmula de explorar uma empresa. Sobre a causa do pagamento de direito de entrada no *franchising*, cfr. igualmente MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O contrato de franquia — Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 186 a 188, (sublinhando que, mesmo na hipótese de a marca ser desconhecida da clientela local, o franquizador põe à disposição do franquiado uma experiência sucedida e suscetível de ser explorada), ESPERANZA GALLEGO SANCHEZ, *La franquicia*, Trivium, Madrid, 1991, pp. 64-65, e WALTHER SKAUPY, *Franchising — Handbuch für die Betriebs und Rechtspraxis*, Vahlen, 1995, p. 135 (que destaca o custo do planeamento e construção do sistema). Na verdade, afigura-se-nos que a cobrança de novo valor de ingresso pela renovação de contrato de utilização de loja em centro comercial se apresenta ainda menos destituída de fundamento do que no contrato de franquia. Com efeito, o lojista não beneficia, no exercício da sua atividade individual de exploração da loja, da vantagem comercial de uma fórmula ou modelo de negócio ou da licença de utilização de bens de propriedade industrial pertencentes a outrem. A integração em centro comercial valoriza certamente o seu estabelecimento, na medida em que beneficia de fatores suscetíveis de atrair clientela de passagem, mas em nada contribui para o “saber-fazer” ou modelo de comércio adotado pelo lojista, no exercício da sua autónoma e individual atividade de comércio. Todavia, como também nota PESTANA DE VASCONCELOS, *ibidem*, p. 36, se não estiver em causa um contrato formado com base em clausulado contratual geral, e tendo sido cumpridos os deveres de esclarecimento e de informação determinados pela boa fé na fase pré-contratual, estará, em princípio, vedado ao julgador proceder à redefinição do equilíbrio interno do contrato.

título de reserva de ingresso, em momento anterior à inauguração do centro comercial, com fundamento em acordo de índole preliminar ou preparatória relativamente ao contrato de utilização de loja, no caso de a frustração do processo de negociações inviabilizar a definitiva instalação do lojista no centro comercial⁽³⁾. O lojista tem o direito de exigir a restituição da quantia entregue como remuneração da reserva de localização da loja e do acesso ao empreendimento, posto que se frustra a instalação no centro, ou, inversamente, tem a gestora o direito de conservar a quantia paga a esse título?

A resposta a esta questão não pode, quanto a nós, ser única, tendo antes de ser múltipla, porquanto se impõe considerar diferenciadamente as hipóteses de a frustração do processo negocial ser imputável ao lojista, ser imputável à gestora, ou ainda a de não ser possível individualizar um responsável principal pela inviabilização do processo de negociações (quer porque esta não seja imputável a nenhum dos contraentes, quer porque ambos contribuíram de modo não exclusivo ou dominante para a falta de conclusão do contrato definitivo).

Naturalmente que a solução do problema equacionado não pode ser adequadamente fornecida sem antes se indagar sobre a natureza e função do “acordo de reserva de ingresso” em centro comercial bem como da quantia a esse título paga. Na exposição subsequente, partimos daquelas que julgamos serem as hipóteses mais típicas (socialmente) ou paradigmáticas, sem, evidentemente, ignorarmos que a atuação da autonomia contratual não dispensa uma análise casuística do conteúdo do acordo celebrado.

⁽³⁾ A obrigação de pagamento de reserva de ingresso pode igualmente integrar o conteúdo do contrato definitivo de utilização de loja, celebrado em momento anterior à inauguração do centro comercial, e cujos efeitos adquirem, na sua generalidade, eficácia nesta data. Habitualmente, o pagamento do valor de ingresso terá de ser totalmente pago antes deste momento; nos casos em que fica previsto um pagamento em prestações, a última prestação coincide com a data da inauguração. Por regra, pelo menos em parte, o valor de ingresso é satisfeito em momento anterior ao da celebração do contrato definitivo, com a aceitação da proposta de ingresso. Desse pagamento é habitualmente feita menção na parte individualizada do contrato de utilização de loja.

1. Natureza e função do acordo de reserva de ingresso em centro comercial e da quantia paga a título de remuneração do direito de ingresso

1.1. O acordo de reserva de ingresso em centro comercial

O acordo de reserva de ingresso constitui, tipicamente, um dos elementos documentais escritos que integram o processo negocial conducente à instalação de um lojista em certo *shopping center*. A complexidade, especificidade técnica e necessária delonga do processo de implementação de um centro comercial reflete-se, naturalmente, na pluralidade intrincada de efeitos jurídicos decorrentes dos vários documentos negociais subscritos pelas partes tendo em vista a exploração de loja. O acordo de reserva de ingresso corresponde, pois, a uma etapa jurídica do período faseado conducente à instalação de um lojista em determinado centro comercial, sendo negociado (ou, em boa medida, proposto para adesão) no decurso da conceção, construção imobiliária, equipamento técnico e implementação do *shopping center*. Se bem que a rica diversidade da *praxis* negocial dificulte a obtenção de uma resposta unitária e inequívoca sobre a sua qualificação ou delimitação de natureza jurídica, uma coisa se nos afigura certa: o acordo de reserva de ingresso não constitui a meta final do processo de negociação, não se identifica com o negócio definitivo, ou seja, não vincula os contraentes ao cumprimento das típicas obrigações de um contrato de utilização de loja. Este apenas será celebrado ou tornar-se-á eficaz (conforme a configuração jurídica eleita pelos contraentes) no momento em que o centro comercial for inaugurado e entrar em funcionamento.

Como é sabido, durante o processo de negociações tendente à celebração de um contrato definitivo são firmados acordos e subscritos documentos dotados de diversa eficácia e natureza jurídica. Estes acordos podem estar desprovidos de efeito vinculativo de índole contratual, porquanto comprometem as partes a prosseguirem negociações de boa fé, sem as vincularem a específicos direitos e obrigações, ou podem já estar dotados de natureza contratual, obrigando os contraentes à realização de prestações, a adotar ou a abster-se de adotar

determinado comportamento. A expressão máxima de vinculação negocial, nesta fase que antecede a celebração de contrato definitivo, é representada pelo contrato-promessa, posto que este consubstancia a obrigação de os contraentes emitirem as declarações negociais correspondentes ao contrato final⁽⁴⁾. Conforme assinala ANA PRATA, no quadro de convenções criadoras de vínculos preliminares, o contrato-promessa diferencia-se por obrigar as partes à celebração de um contrato ulterior cujo conteúdo essencial logo define⁽⁵⁾.

Ora, o acordo de reserva de ingresso pode ou não ser configurado como promessa bilateral de contratar a instalação definitiva no centro comercial. De todo o modo, ainda que não consubstancie um contrato-promessa, o acordo de reserva de ingresso também não se limita a vincular genericamente os negociantes à observância dos ditames da boa fé, ultrapassada que está a fase pré-contratual de anúncio de implementação de um centro comercial, com convite à apresentação de propostas de ingresso e aceitação das (ou algumas das) propostas formuladas⁽⁶⁾. No processo destinado à instalação de lojista em centro comercial, o acordo de reserva de

⁽⁴⁾ Sobre a natureza e eficácia jurídica dos acordos firmados pelas partes durante a fase de negociações para a celebração de um contrato e sobre a diversidade de contratos preliminares já dotados de específica relevância contratual, ver, entre nós, SANTOS JÚNIOR, *Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato*, ROA, ano 57 (Janeiro de 1997), pp. 565 e ss., e MENEZES LEITÃO, *Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais*, ROA, ano 60 (Janeiro de 2000), pp. 49 e ss. Sublinha a diferença entre acordos preliminares sem eficácia contratual específica e acordos instrumentais ou preparatórios geradores de direitos e obrigações independentes que constituem, em si mesmos, contratos autónomos, o Acórdão do STJ de 18 de Fevereiro de 2014, in <www.dgsi.pt>. Sobre o compromisso de negociar com fundamento em carta de intenção, cfr. MARIANA COSTA, *Ruptura de negociações pré-contratuais e cartas de intenção*, Coimbra Editora, 2011, pp. 107 e ss.

⁽⁵⁾ *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 17.

⁽⁶⁾ Tratar-se-á, em tal hipótese, de propostas ditas pré-contratuais ou impróprias (cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I — Conceito — Fontes — Formação*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 159), visto que não contém um projeto completo de contrato nem exprimem uma vontade firme e precisa de contratar. A aceitação destas propostas não importa a celebração do contrato de utilização de loja, que apenas em momento ulterior virá a ocorrer, nem tão pouco celebração de contrato preparatório dotado de específica relevância contratual. Naturalmente que hipótese diversa poderá configurar-se na prática, sendo formulada genuína proposta contratual cuja aceitação importe a conclusão do acordo de reserva de ingresso.

ingresso surge, habitualmente, dotado de específica eficácia contratual, ainda que preliminar ou preparatória. De facto, por efeito deste acordo, vinculam-se os intervenientes a direitos e obrigações de índole jurídico-negocial, dos quais o vínculo mais relevante (suscetível só por si de converter um mero compromisso de negociar num efetivo compromisso obrigacional) será mesmo, talvez, a obrigação de o futuro lojista pagar o preço da reserva e direito de ingresso no centro comercial; reciprocamente, o empreendedor do centro comercial obriga-se a reservar ao lojista a utilização de um determinado espaço do empreendimento e o acesso a esse mesmo empreendimento, com a possibilidade de este beneficiar de estudos de viabilidade comercial e de otimização logística como também a de vir a integrar um lugar privilegiado para o comércio.

Com frequência, o contrato de reserva de ingresso envolve igualmente as promessas corresponsivas dos outorgantes de tomar de uso uma certa loja e de garantir a respetiva utilização. A interpretação deste enunciado negocial leva-nos a considerar estarmos perante um verdadeiro contrato-promessa que vincula à celebração de um ulterior compromisso negocial definitivo. Se os contraentes querem assumir a obrigação de contratar, então esta promessa é parte integrante do conteúdo do contrato de reserva de ingresso, ficando os contraentes obrigados à celebração do contrato de utilização de loja, isto é, a emitir as declarações negociais correspondentes (respetivamente, cessão da exploração do espaço para comércio e assunção do dever de respeitar todas as obrigações correspondentes ao funcionamento do centro comercial, constantes do respetivo regulamento interno, além do pagamento das contrapartidas pela utilização da loja), cujo conteúdo essencial fica logo definido, com conhecimento das partes.

Embora assim possa ser, não cremos, todavia, que a promessa de contratar seja sempre (talvez nem sequer habitualmente) a correta configuração jurídica deste tipo de negócio. Na verdade, não existirá contrato-promessa nas hipóteses em que os outorgantes não têm a intenção de se vincularem à obrigação de emitir novas futuras declarações negociais correspondentes ao contrato definitivo. Muitas vezes sucederá que estas declarações até já foram emitidas (ou são emitidas na mesma data) e constam de um documento

conjunto assinado pelas duas partes. Simplesmente, este contrato (final ou definitivo) não produz imediatamente os seus efeitos posto que só assume interesse prático negocial relevante quando o centro comercial abrir as portas ao público e o lojista der início ao exercício da sua atividade comercial. Antes disso, *medio tempore*, há, porém, que definir prazos e regras para a realização de obras na loja e termo para a respetiva conclusão, além das consequências ligadas ao respetivo incumprimento ou, até, também a eventualidade de não ocorrer a inauguração do centro comercial e as consequências por esta falta determinadas. O acordo de reserva de ingresso vem, pois, reger as relações entre lojista e gestora/promotora no período que antecede a inauguração do conjunto comercial, tendo em vista a mais perfeita concretização desse momento. Com a inauguração do centro comercial, tem início a produção dos efeitos jurídico-negociais do contrato de utilização de loja ou, em alternativa, se a reserva de ingresso coenvolve a promessa de contratar, são emitidas as declarações correspondentes ao contrato definitivo.

Em suma, a implementação de um centro comercial é uma tarefa complexa e progressiva, o que, necessariamente, se comunica aos instrumentos negociais que lhe servem de base. O acordo de reserva de ingresso é uma etapa do processo negocial destinado à instalação de um lojista num centro comercial, que está dotado de eficácia contratual específica, vinculando os outorgantes ao cumprimento das obrigações aí assumidas, sob pena de responsabilidade contratual. O conteúdo concreto e portanto a configuração jurídica deste acordo é variável, mas contém sempre a obrigação de o lojista pagar uma quantia a título de remuneração do direito de ingresso em centro comercial. Habitualmente, a sua finalidade é a de reger as relações entre as partes no período posterior à fase das negociações e anterior à eficácia do acordo definitivo de utilização de loja, que ocorrerá na data da inauguração do centro comercial. O acordo de reserva de ingresso é uma antecâmara do contrato de utilização de loja, tendo por função conferir seriedade ao compromisso negocial (isto é, tornar firme a vontade de exploração de loja em centro comercial) e dotar de eficácia imediata certas obrigações cuja execução atual é imprescindível para a boa consecução do

objetivo almejado de implementação e funcionamento do centro comercial.

Entre o contrato preliminar ou preparatório, seja ou não contrato-promessa, e o contrato definitivo estabelece-se uma conexão funcional: o acordo de reserva de ingresso assegura a adesão do lojista ao empreendimento, constituindo para a gestora a garantia de que o lojista não vai desistir ou falhar a preparação da sua loja antes da inauguração, na medida em que o vincula a desembolsar imediatamente uma quantia pecuniária pelo direito de ingresso. O negócio preliminar prepara a execução do negócio definitivo e o lojista paga antecipadamente pelo menos uma parte da quantia devida por uma vantagem de que só virá a colher os frutos quando tiver início o funcionamento do centro comercial. Independentemente da concreta configuração do acordo de ingresso, julgamos que se estabelece uma coligação negocial entre o contrato preparatório e o definitivo porquanto aquele se destina a preparar e garantir a execução do segundo. Esta coligação entre os dois negócios é, por vezes, evidenciada pelo estabelecimento de uma dependência entre a celebração do contrato definitivo e o cumprimento das obrigações predispostas no contrato preliminar. O cumprimento das (ou algumas das) obrigações do acordo de reserva (nomeadamente, o pagamento atempado das prestações do preço de ingresso ou elaboração e apresentação do projeto da loja ou realização das obras no tempo devido) é, em tais hipóteses, erigido em condição para a celebração ou para a produção dos efeitos do contrato de utilização de loja⁽⁷⁾.

(7) Como já em outro lugar tivemos oportunidade de mencionar (*A condição como elemento accidental do negócio jurídico — Ensaio em torno de modalidades especiais de compra e venda*, Universidade Católica, Porto, 2012, pp. 45-46), uma das formas de constituir uma coligação negocial é a de estabelecer num contrato uma condição que diz respeito à eficácia de outro contrato. Falar-se em condição para a celebração de um contrato corresponde, todavia, a um emprego impróprio ou não técnico do conceito.

1.2. Função e natureza jurídica do pagamento da quantia de ingresso

Conforme assinalámos *supra*, o valor de ingresso (“direito de entrada”, “chave”, “*initial fee*”, “*key money*”, “*front money*”) tem por causa remunerar os custos que a promotora do centro comercial suporta com a respetiva conceção e implementação. A criação de um empreendimento comercial desta natureza acarreta, evidentemente, despesas avultadas com a realização de estudos de mercado, destinados a aferir a viabilidade económica de implementação do *shopping* em certo lugar e o tipo de clientela-alvo, com a elaboração de fórmulas de *marketing* para captar o segmento de clientela eleito (nomeadamente, a idealização dos espaços de lazer, a angariação dos lojistas cujas marcas possam servir como motor de atração de consumidores) e otimizar a distribuição dos vários ramos de atividade e respetivos lojistas no complexo imobiliário, com o pagamento de consultas jurídicas, projetos arquitetónicos e de engenharia, etc. Se bem que nos documentos negociais não seja habitualmente feita menção deste aspeto, o pagamento do valor de ingresso destina-se igualmente a contribuir para custear as dispendiosas obras de construção do complexo imobiliário.

O acesso a esta estrutura, vocacionada para o exercício do comércio, confere à loja um valor empresarial adveniente do incremento da sua capacidade lucrativa pelo que o pagamento da quantia inicial de ingresso é apresentado como contrapartida do acesso ao empreendimento de conjunto, isto é, o preço a pagar pela integração num lugar privilegiado para o comércio.

Por outro lado, atendendo a que o contrato definitivo não foi celebrado ou, quando menos, não adquire eficácia antes da inauguração do centro comercial, o pagamento do valor de ingresso desempenha a importante função de conferir firmeza ou seriedade ao compromisso negocial, confirmando a intenção do lojista de aderir ao empreendimento de conjunto. A quantia de ingresso serve como garantia de que o lojista não irá desistir do projeto ou falhar a preparação da sua loja na data prevista. Para este efeito, prevê-se, habitualmente, a perda das quantias já vencidas, a título de reserva de ingresso, nas hipóteses quer de o lojista desistir do contrato

definitivo quer de faltar ao cumprimento das obrigações preliminares constantes do acordo de reserva de ingresso. O pagamento da chave acaba por ter igualmente, nesta medida, uma feição compulsória e/ou indemnizatória.

Sendo certo que a prática negocial é capaz de oferecer, na sua rica variedade, exemplo de configuração negocial em que se estabeleça correspondência sinalagmática entre o pagamento do valor de ingresso e a mera reserva de localização de loja — o que segundo o entendimento professado pela Relação de Lisboa, no Acórdão de 22 de Outubro de 2009, teria sucedido no litígio submetido à sua apreciação⁽⁸⁾ — julgamos que, habitualmente, o valor

(8) *In* <ww.dgsi.pt>. Com base na previsão contratual de que “como contrapartida da reserva de localização da loja acima indicada e devido ao facto de se tratar de um empreendimento único e com elevado nível de procura, haverá lugar ao pagamento do valor de 14 meses de remuneração fixa correspondentes a direitos de ingresso, no valor total de €22 413,44”, o tribunal concluiu que se tratava de um acordo de reserva de localização em centro comercial, pacto inominado, de natureza preliminar. Deste acordo bilateral resultava para o lojista a obrigação de pagar a quantia combinada e, para a gestora, a obrigação de reservar a loja indicada. A prestação pecuniária — decidiu a Relação de Lisboa — “era exclusivamente devida pela simples conservação da atribuição de espaço comercial e não tinha ligação com qualquer contraprestação ulterior relativa ao «contrato de utilização de loja» que as partes se propunham celebrar posteriormente”. Sendo assim, qualquer que fosse o destino do contrato posterior, não teria de haver lugar à restituição da totalidade ou de uma parte do preço pago. Este não tinha a função de prevenir o incumprimento ou reforçar o direito do credor ao cumprimento, mas sim constituir contrapartida da prestação efetuada pela gestora: reservar um espaço no centro comercial. Ainda que a decisão de reconhecer à gestora o direito de conservar o valor de reserva pudesse, no caso concreto, ser justa e adequada, discordamos, conforme melhor se perceberá do discurso subsequente, do enquadramento jurídico que lhe serviu de base. Em face de cláusula contratual com redação assemelhada — “no acto de celebração do presente contrato, a primeira outorgante compromete-se a reservar o espaço destinado à loja identificada, nomeadamente não o cedendo a terceiro enquanto vigorar o presente contrato”; “pela reserva referida no número anterior e como contrapartida do cumprimento desta obrigação por parte da primeira outorgante, a segunda outorgante pagará à primeira outorgante a quantia de €20 128,00 (...)” — e apesar de a análise do STJ não ter recaído especificamente sobre a causa do pagamento do valor da reserva, no Acórdão de 24 de Outubro de 2013, *in* <www.dgsi.pt>, o Supremo Tribunal terá provavelmente partido de idêntico entendimento. Com efeito, tendo mantido parte da decisão judicial anteriormente proferida — anulabilidade do contrato com base em erro sobre os motivos e condenação da gestora a restituir ao lojista o valor dos “direitos de ingresso” e a indemnizá-lo pelo investimento feito na loja —, revogou-a na parte respeitante à obrigação de restituir o valor de ingresso à lojista, decidindo que a gestora tinha direito a conservar essa quantia. Como é sabido, a

de ingresso tem a função de remunerar não tanto a reserva de um certo espaço no complexo imobiliário, mas sobretudo o acesso a um empreendimento comercial e a todas as vantagens ou utilidades associadas ao seu pleno funcionamento. Apesar de o acordo que faz surgir a obrigação de pagamento do valor de ingresso assumir feição preliminar ou preparatória (em relação ao contrato definitivo de instalação de lojista em centro comercial), a quantia de ingresso tem por causa a participação no empreendimento comercial de conjunto que o centro virá a ser depois de inaugurado, ultrapassada a fase preparatória ou de projeto. Somente depois de iniciada a exploração do seu estabelecimento virá o lojista a beneficiar das utilidades proporcionadas pelo funcionamento do conjunto, isto é, da capacidade lucrativa adicional derivada da sua integração num centro vocacionado para o comércio, resultante dos estudos de viabilidade e de planeamento ou definição de estratégia comercial desenvolvidos pela promotora; ou seja, o pagamento do valor de ingresso está conexionado com a prestação ulterior da promotora/gestora do centro de conceder a exploração de uma loja num local a que conferiu feição ideal para o comércio⁽⁹⁾.

Conquanto a celebração de um acordo de reserva de ingresso assuma feição instrumental relativamente ao contrato definitivo de utilização de loja, estabelece-se uma clara conexão entre os dois negócios de tal modo que o sucesso do segundo repercutir-se-á, em princípio, de algum modo, sobre os efeitos do primeiro. Consideramos assim, ao contrário da Relação de Lisboa, no Acórdão citado *supra*, que a falta de celebração do negócio definitivo pode reper-

anulação de um negócio tem por consequência a destruição retroativa dos efeitos produzidos e a reposição do *status quo ante*. Ora, se o pagamento do valor de ingresso fosse configurado como contrapartida sinalagmática da licença de acesso a um projeto comercial, o seu pagamento deveria ser restituído, visto que a anulação do contrato elimina retroativamente a licença de exploração de loja.

(⁹) Além disso, para que ao valor da reserva de localização se assinalasse tão-só uma finalidade de garantia ou caução, seria necessário que, com a celebração do contrato definitivo de utilização de loja, aquela quantia fosse devolvida ao lojista ou computada no valor da prestação pecuniária devida pela exploração da loja (“rendas”). Na verdade, mesmo nas hipóteses em que, com a proposta de ingresso se exige ao lojista o pagamento de uma caução, esta não é devolvida no momento da celebração do contrato de utilização de loja, antes deduzida ou computada no valor global de ingresso a satisfazer.

cutir-se sobre o destino a dar à quantia paga pelo lojista a título de “reserva de ingresso”.

Com a ressalva de ter sido efetivamente essa a intenção negocial dos contraentes, julgamos que o pagamento da quantia inicial, antes de ter início a exploração da loja, não desempenha a função característica de “preço de imobilização”. Por um lado, o acordo de reserva de ingresso que constitui a obrigação de pagamento não se configura como vínculo unilateral que obriga apenas um dos sujeitos, deixando o outro livre para decidir se quer ou não aceder ao gozo ou utilização de uma coisa pelo que deva compensar o promitente, temporariamente impedido de negociar com outros potenciais interessados a utilização do mesmo espaço. Tão pouco se configura como um pacto de opção, suscetível de conferir ao lojista o direito potestativo de escolher entre instalar-se definitivamente no centro comercial ou ficar de fora desse projeto, ou seja, de aceitar ou não o contrato⁽¹⁰⁾. O acordo de reserva de ingresso estabelece um compromisso bilateral destinado a vincular ambas as partes a um conjunto de obrigações específicas na fase que antecede a inauguração do centro comercial, coenvolvendo a obrigação de tomar de uso a loja do centro comercial. Por outro lado, também não se nos afigura que a quantia de ingresso constitua, em princípio, o preço do direito de arrependimento ou de desistência do *tradens*, não assumindo tipicamente a feição de “sinal penitencial”; ainda que possa ser esta a configuração adequada (ou mais próxima) do pagamento de “valor de reserva”, nas hipóteses em que se esvazie este da sua função de remunerar o acesso ao empreendimento, sobrepujando-se a tarefa de servir como contraprestação da reserva de localização de um espaço, na medida em que se constitua como contrapartida da desistência da promessa de tomar de uso a loja⁽¹¹⁾.

(10) Sobre o conceito de “preço de imobilização” e a diferença entre promessa unilateral de venda e pacto de opção, cf., na doutrina portuguesa, CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 35 e ss. Sublinha que a promessa unilateral remunerada não constitui um contrato-promessa bilateral, mas não deixa de ser um contrato bilateral, que gera obrigações para ambas as partes, RIBEIRO DE FARIA, *O contrato-promessa. Alguns pontos do seu regime*, Scientia Iuridica, 2001, n.º 291, pp. 145 e ss.

(11) O sinal constituirá, em tal caso, o preço do arrependimento ou da desistência, reservando-se o devedor a faculdade de substituir a prestação devida por uma prestação

Segundo cremos, a função negocial do pagamento do valor de ingresso não é a de salvaguardar a liberdade do lojista mediante um preço, isto é, permitir a desvinculação lícita e discricionária do lojista, mas antes, diversamente, a de garantir o compromisso negocial deste. A gestora exige o pagamento da quantia de ingresso (na sua totalidade ou em parte) como meio de custear o empreendimento e como forma de compelir o lojista ao respeito do vínculo assumido⁽¹²⁾; o lojista, por seu turno, paga esta quantia tendo em vista a futura integração no centro comercial, muito mais como antecipação do cumprimento da futura obrigação de remunerar a mais-valia comercial que lhe é concedida do que como compra de um direito ao arrendamento. Importa ter presente que a loja individual é entregue em “tosco”, “vazia de acabamentos”, antes da entrada em funcionamento do centro comercial, para que o lojista proceda à respetiva montagem e equipamento. Se, com a celebração do acordo de ingresso, o lojista recebe a loja, dando início à respetiva preparação, conforme regras e prazos fixados pela promotora e paga um valor de ingresso, mal se compreende que o objetivo deste acordo e do pagamento da dita quantia seja o de salvaguardar a licitude da desistência de exploração de loja em centro comercial.

Conforme decorre do que viemos de dizer, afigura-se-nos que o pagamento do valor de ingresso (em data anterior ao início da exploração da loja) assume, para o lojista, a índole de antecipação do pagamento da totalidade ou de uma parte da obrigação de remunerar a mais-valia comercial adveniente da instalação em *shopping center*; para a gestora, o pagamento desta quantia é uma forma de “prender” a contraparte ao compromisso negocial assumido, compulsando o lojista a respeitá-lo e acautelando os danos sofridos com uma eventual desistência deste (tendo que, por exemplo,

diferente da devida, conforme NUNO PINTO OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 271.

⁽¹²⁾ O pagamento de um montante correspondente a 14 meses de renda (conforme estipulado no acordo de reserva de localização submetido à apreciação da Relação de Lisboa no Acórdão de 22 de Outubro de 2009) ultrapassará, em princípio, o dano previsivelmente sofrido pela gestora com a desistência do lojista.

encontrar rapidamente um outro parceiro negocial para evitar a existência de uma loja vazia no centro). Sendo assim, julgamos que, nesta medida, o pagamento do valor de ingresso desempenha, no processo negocial conducente à exploração de loja em centro comercial, a função característica do “sinal confirmatório”.

Como é sabido, o sinal consiste na entrega por um dos contraentes ao outro de uma quantia em dinheiro logo no momento em que se celebra o contrato (habitualmente, dotado de feição preliminar ou preparatória ou, se definitivo, ainda com eficácia total ou parcialmente suspensa)⁽¹³⁾. Tradicionalmente, o sinal desempenha ou uma função confirmatória, ou uma função penitencial, ou uma mistura das duas e serve, assim: para confirmar a celebração do contrato (que, por algum motivo, não é imediatamente cumprido), conferindo solidez, segurança, às declarações proferidas; para permitir a qualquer das partes desistir licitamente do contrato, constituindo o preço do direito de arrependimento; como critério da sanção aplicável ao faltoso em caso de não cumprimento do contrato (perda da prestação se o faltoso é o *tradens* e restituição do sinal em dobro se é o *accipiens* o inadimplente). O sinal envolve ainda uma antecipação de cumprimento, de modo que a quantia entregue é computada na prestação devida ou restituída se isso não for possível⁽¹⁴⁾. Ora, o pagamento do valor de ingresso em centro comer-

(13) A qualificação como sinal não fica necessariamente comprometida por não ter ocorrido uma efetiva “deslocação física” do dinheiro, bastando a imediata constituição do crédito a favor do *accipiens*, conforme sublinha o Acórdão STJ de 25 de Outubro de 2012, in <www.dgsi.pt>.

(14) Assim, PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 164-165. Cf., sobre as funções do sinal no quadro das mutações da lei civil portuguesa, BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral — A dualidade execução específica-resolução*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 61 e ss. Sobre as características e funções do sinal, consultar ANA PRATA, *O contrato-promessa...*, cit., pp. 743 e ss., CALVÃO DA SILVA, *Sinal...*, cit., pp. 89 e ss., 189 e ss., ANA COIMBRA, *O sinal: contributo para o estudo do seu conceito e regime*, O Direito, 122 (1990), pp. 642 e ss., e NUNO PINTO OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, cit., pp. 9 e ss. Este Autor rejeita, todavia, uma conceção unitária do sinal, sustentando, por um lado, que o sinal penitencial tem uma índole e regime diverso do sinal com função confirmatória (pp. 89 e ss.) e quanto a este, por outro lado, que as funções compulsiva-sancionatória e indemnizatória do sinal excluem-se reciprocamente (p. 40). Cf. ainda sobre as funções do sinal no direito civil português: ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000,

cial partilha a estrutura e a função da cláusula de sinal. De facto, o valor de ingresso consiste na entrega de uma quantia pecuniária por um dos contraentes ao outro em fase anterior à eficácia plena do contrato definitivo de utilização da loja. Seja porque se destine a remunerar o acesso ao empreendimento — que ainda não está em funcionamento — caso em que se destaca a feição confirmatória e a componente de antecipação de cumprimento; seja porque constitua contrapartida da reserva de localização de loja, hipótese em que ganha relevância a índole penitencial, verifica-se igualmente uma afinidade funcional entre as duas cláusulas.

Sendo certo que aos contraentes pode muito bem faltar a vontade de conferir ao pagamento do valor de ingresso, na fase de construção e implementação do centro comercial, a feição de sinal — relembre-se que apenas no contrato-promessa de compra e venda se presume ter “carácter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor”, presunção, aliás, ilidível (art. 441.º CC) —, não é o menos que os contraentes preveem, frequentemente, a perda das importâncias pagas a título de reserva no caso de desistência do lojista ou do incumprimento por este de outras obrigações previstas no acordo de ingresso, o que, segundo cremos, confere à cláusula de reserva a natureza de sinal (penitencial/penal).

Fora do núcleo de hipóteses de promessa de compra e venda, é necessário que os contraentes confirmem carácter de sinal à quantia em dinheiro entregue por uma das partes à outra, em momento anterior ao da eficácia plena do contrato definitivo. Se assim não for, a coisa entregue por um dos contraentes ao outro, que coincida com a prestação a que este fica adstrito, poderá ser havida como antecipação de cumprimento, devendo ser imputada na prestação devida ou restituída quando a imputação não for possível (art. 440.º CC)⁽¹⁵⁾.

pp. 310-313, e, rejeitando a atribuição ao sinal de uma feição de antecipar o cumprimento, *Sobre o contrato-promessa*, cit., pp. 101-102; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil português*, I, 1, 2005, p. 736.

⁽¹⁵⁾ Para ANTUNES VARELA, *Sobre o contrato-promessa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989, p. 67, a antecipação do cumprimento só tem lugar em relação a contratos definitivos que envolvam prestação de coisa; diversamente, o sinal poderia acompanhar quer a celebração de contratos definitivos quer a celebração de contratos preliminares. Cf. tam-

Nesta hipótese, os danos que qualquer uma das partes venha a sofrer com o incumprimento das obrigações assumidas pela outra serão calculados em concreto (segundo o regime que decorre dos arts. 798.º e ss. em ligação com os arts. 562.º e ss. CC), sem que a quantia entregue possa servir como critério abstrato de fixação da indemnização. Para que à quantia entregue seja aplicado o regime do sinal é, pois, imperioso que os contraentes tenham querido atribuir-lhe tal carácter. Haverá portanto que proceder à interpretação da estipulação negocial do acordo de reserva de ingresso para determinar o alcance e sentido da imediata obrigação de pagamento de certa quantia em dinheiro. Da previsão contratual de que a desistência do lojista tem por consequência a perda da quantia entregue a título de ingresso deve deduzir-se a vontade de convenicionar um sinal? Certamente que a cláusula de sinal não terá de ficar expressamente convencionada, mas será necessário que os contraentes queiram aplicar à obrigação de pagar uma quantia inicial aquela feição. Ora, conforme fomos indicando, e com a reserva de uma resposta adequada não prescindir de uma análise cuidada do acordo concreto, julgamos que a cláusula de perda da quantia entregue pelo lojista à gestora, a título de pagamento de todo ou parte do valor de ingresso, conjugada com a promessa de tomar de uso a loja e de assegurar a respetiva montagem a tempo da inauguração do centro corresponde a ou, pelo menos, revela afinidade bastante com uma cláusula de sinal⁽¹⁶⁾. Tratar-se-á, além do mais, em princípio,

bém PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, Vol. I, anot. art. 440.º. De igual modo, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2014, p. 207, acentua que a coisa entregue por uma das partes à outra no âmbito de contrato-promessa nunca se poderia qualificar como antecipação do cumprimento, porquanto nunca pode coincidir com a prestação (de facto jurídico) a que o promissário fica adstrito. Em sentido contrário, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 128, sublinha que de antecipação de cumprimento só deve falar-se relativamente a obrigação ainda não constituída.

(16) O Acórdão da Relação do Porto de 29 de Maio de 2006, in <www.dgsi.pt>, qualificou o acordo de reserva de ingresso em centro comercial *sub iudice* como contrato-promessa de arrendamento comercial por existir vontade das partes de se obrigarem a celebrar o contrato prometido, mas entendeu que a quantia entregue pelo lojista à gestora (20% do direito de entrada) não constituía um sinal antes apenas um princípio de pagamento. Conquanto o tribunal tenha entendido bem que, na dúvida, a entrega parcial deve

de um sinal confirmatório porquanto, em caso de dúvida sobre se o sinal é confirmatório ou penitencial deve entender-se (com NUNO PINTO OLIVEIRA) que o sinal é confirmatório⁽¹⁷⁾.

Com efeito, somos de crer que o pagamento do valor de ingresso, na fase anterior à inauguração do centro comercial, apresenta afinidade bastante com o pagamento do sinal para que se considere a aplicação do regime do segundo ao primeiro. O pagamento do valor de ingresso poderá assim, quanto a nós, servir como critério para fixar a indemnização devida quando a frustração do processo negocial fique a dever-se principalmente a uma das partes.

2. Destino da quantia paga pelo lojista a título de reserva de ingresso no caso de inviabilização do contrato definitivo de utilização de loja

2.1. Falta de celebração (ou de eficácia) do contrato imputável ao lojista

No caso de a frustração do processo negocial conducente à exploração de loja em centro comercial ser imputável ao lojista — este recusa-se a celebrar o contrato definitivo, desiste, sem motivo atendível, da instalação da sua loja ou incumpe outras obrigações

ser havida como começo de cumprimento decide, inconsequentemente, que a gestora tinha o direito de reter a quantia que lhe fora entregue, porquanto o lojista tinha desistido do contrato e não lograra provar o enriquecimento injustificado da gestora com a conservação da percentagem de direito de entrada paga. Na verdade, o pagamento antecipado deve ser restituído ao *tradens* sempre que não possa ser computado na prestação definitiva. No caso de desistência ilícita do contrato por qualquer das partes os danos sofridos terão de ser calculados em concreto. Ora, além de não estarmos certos de que a desistência do lojista lhe fosse imputável a título principal (o interesse em contratar dependia da inexistência de outras lojas vocacionadas para o exercício de atividade concorrente), o certo é que a conservação da quantia pela gestora dependia da respetiva alegação e prova de que sofrera danos em idêntico montante em consequência da revogação unilateral do contrato pelo lojista.

⁽¹⁷⁾ *Ensaio sobre o sinal*, cit., pp. 276. Conforme melhor esclarece o Autor, quando as partes constituem um sinal têm em vista reforçar e não enfraquecer os deveres de prestação.

negociais assumidas — a gestora do centro comercial tem o direito de manter a totalidade da quantia paga a título de reserva de ingresso ou deverá devolvê-la, considerando que a causa do respectivo pagamento (remunerar a mais-valia comercial proporcionada pelo empreendimento de conjunto) veio afinal a frustrar-se?

Julgamos que, nesta situação, a gestora terá, em princípio, o direito de conservar a quantia que lhe foi entregue pelo lojista. Na verdade, nas hipóteses em que o acordo de reserva de ingresso (ou a cláusula de reserva de ingresso inserta no contrato de utilização de loja) preveja a perda de 100% das importâncias entregues pelo lojista à gestora a título de reserva de ingresso ou de reserva de localização da loja, em caso de desistência do contrato definitivo, o problema não estará sequer em questionar o direito da gestora de manter o dinheiro que lhe foi entregue pelo lojista (por aplicação da 1.^a parte do art. 442.º, n.º 2, CC a que conduzissem a qualificação da cláusula como sinal), mas antes em equacionar, por um lado, a admissibilidade de redução equitativa do valor satisfeito por aquele (ou seja, da possibilidade de uma parte da quantia paga ser devolvida ao lojista, a despeito mesmo da previsão contratual) e, por outro lado, a possibilidade de a gestora receber uma indemnização suplementar ao valor da reserva entregue (ou devida) pelo lojista.

Como é sabido, o ordenamento jurídico português admite a possibilidade de redução equitativa da quantia convencionalmente fixada para a hipótese de inadimplemento, quando aquela se revelar “manifestamente excessiva”. Expressão de um princípio de proporcionalidade ou de um princípio geral de proibição do abuso na conformação contratual dos direitos do credor, a aplicabilidade (analogica) da norma do art. 812.º CC a outras cláusulas que, a despeito de apresentarem estrutura diversa, revelem afinidade de função com a cláusula penal tem sido reconhecida pela doutrina e também pela jurisprudência portuguesas (ainda que de modo não unânime). O problema tem-se colocado sobretudo com respeito à cláusula de sinal, isto é, saber se, respetivamente, o *tradens* ou o *accipiens* faltosos têm a faculdade de solicitar ao tribunal a redução equitativa da quantia entregue ou da sua restituição em dobro. Apesar de o sinal, diversamente da pena convencional, consistir na

imediata entrega de uma quantia coincidente (em parte ou totalmente) com a prestação definitiva e não na prévia determinação de uma quantia a satisfazer na hipótese de incumprimento das obrigações contratuais, a correspondência funcional revelada pelas duas cláusulas — cálculo abstrato e pré-fixado do montante indemnizatório que previne as dificuldades de liquidação do valor dos danos sofridos com o incumprimento e que visa compelir ao cumprimento — fundamenta a aplicabilidade analógica do disposto no art. 812.º CC à hipótese prevista no art. 442.º, n.º 2, CC⁽¹⁸⁾. Deste modo, se, atendendo às circunstâncias do caso concreto (nomeadamente, o reduzido grau de culpa do faltoso, o diminuto montante dos danos efetivos, a situação económica das partes, os eventuais benefícios auferidos pelo devedor com a violação), a cláusula de

⁽¹⁸⁾ Sustentam a possibilidade de redução equitativa do sinal por aplicação do art. 812.º CC: PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 200 e ss.; BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa...*, *cit.*, pp. 133 e ss., e *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 342-343; ANA PRATA, *O contrato-promessa...*, *cit.*, pp. 793-795; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 428, n. 2, e NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Ensaio sobre o sinal*, *cit.*, pp. 226 e ss. (que, todavia, rejeitando uma conceção unitária de sinal exclui a aplicação do art. 812.º CC ao sinal penitencial, pp. 263-264). Nota que o legislador civil configurou o sinal com uma natureza análoga à cláusula penal RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, p. 146. Admite, de um modo geral, a aplicação analógica do art. 812.º CC a casos em que há desvantagens excessivas se alguém não cumprir ou cumprir defeituosamente uma obrigação VAZ SERRA, *Anotação*, RLJ, 102.º, p. 237. Na jurisprudência, decidem pela redução equitativa do sinal: o Acórdão STJ de 8 de Março de 1977, BMJ, n.º 265, p. 210; o Acórdão STJ de 1 de Fevereiro de 1983, BMJ, n.º 324, pp. 552 e ss.; o Acórdão STJ de 18 de Novembro de 2004, in <www.dgsi.pt>. Recusam a aplicação da norma do art. 812.º CC ao sinal ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão STJ de 1 de Fevereiro de 1983*, RLJ, 119.º, pp. 346-348; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1995, pp. 303 e ss. (admitindo, todavia, que “em casos excepcionais, de concretos resultados clamorosamente excessivos e injustos, a redução equitativa do sinal poderá ter lugar”, p. 307; nesta linha, considerando que a redução deverá aplicar-se em situações excecionalíssimas, pode ver-se o Acórdão da Relação de Guimarães de 26 de Maio de 2004, in <www.dgsi.pt>), e RAPOSO BERNARDO, *Sinal — Da sua irreduzibilidade por equidade*, ROA, 56, I, 1996, pp. 402 e ss. (esp. 413 e ss.). Para este último Autor, se o sinal for manifestamente excessivo não é indispensável o recurso ao art. 812.º CC, posto que o ordenamento jurídico contém soluções adequadas ao problema e, assim, nomeadamente, em caso de excessividade originária conjugada com vício da vontade a anulação ou modificação segundo juízos de equidade por usura (arts. 282.º e 283.º CC) ou, no caso de a excessividade se revelar supervenientemente, o recurso às normas que postulam uma atuação segundo a boa fé (arts. 334.º e 762.º, 2, CC).

sinal vier a revelar-se uma sanção excessiva poderá o tribunal determinar a sua redução. Sendo assim, tomando como fonte o critério de equidade, poderia o lojista requerer a redução do valor de reserva de ingresso já entregue à gestora (ou reclamado por esta) quando a perda da totalidade desta quantia se revele manifestamente excessiva em correlação com o reduzido montante do prejuízo sofrido pela gestora ou com o carácter pouco grave do inadimplemento do compromisso negocial assumido. Note-se que a possibilidade de redução do valor que a gestora do centro tenha o direito de conservar (ou de exigir) como resultado da falta imputável ao lojista não requer a qualificação da cláusula que fundamenta a respetiva cobrança como cláusula de sinal, posto que se reconheça que o art. 812.º CC revela um princípio aplicável a todas as hipóteses em que a obrigação de pagamento de uma quantia pré-fixada assuma função indemnizatória ou também compulsória do devedor ao cumprimento⁽¹⁹⁾.

No que diz respeito à segunda questão suscitada, começamos por sublinhar que a possibilidade de a gestora receber uma indemnização superior ao valor do sinal entregue (ou devido) não encontra acolhimento literal nem nas normas que compõem o regime do sinal — o art. 442.º, n.º 4, CC afasta inclusivamente o direito a uma indemnização suplementar — nem tão pouco no regime, suscetível de aplicação analógica, da cláusula penal (cf. art. 811.º, n.º 2, CC). Todavia, a doutrina portuguesa tem professado uma interpretação restritiva de tais preceitos, abrindo a porta à faculdade de o credor receber uma indemnização pelo prejuízo suplementar sofrido. Assim, PINTO MONTEIRO sublinha que o disposto no n.º 2 do art. 811.º CC não se aplica à cláusula penal com feição compulsória⁽²⁰⁾. MENEZES CORDEIRO admite a possibilidade de ser judicialmente determinado o agravamento da pena e, de igual modo, ANA PRATA reconhece a modificação judicial da cláusula penal manifestamente insuficiente, de acordo com a equidade, abrindo o campo

(19) Neste sentido, ver PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal...*, cit., pp. 233-234 e BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, cit., p. 396. Esta perspetiva era também já sustentada por VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 237..

(20) *Cláusula penal...*, cit., p. 432.

de aplicação desta correção à cláusula de sinal⁽²¹⁾. Referindo-se mais desenvolvidamente à cláusula de sinal, NUNO PINTO OLIVEIRA sustenta que o art. 442.º, n.º 4, CC não se aplica ao sinal penitencial, nem ao sinal confirmatório com função compulsória, e nem tão pouco ao sinal confirmatório com função indemnizatória quando o incumprimento seja imputável ao devedor a título de dolo ou de culpa grave; neste último caso, a não ressarcibilidade do dano excedente dotaria o sinal de uma função de limitação da responsabilidade, tendo por consequência a sua invalidade à luz da proibição do art. 809.º CC⁽²²⁾.

No Acórdão de 25 de Março de 2009⁽²³⁾, o STJ considerou que o litígio submetido à sua apreciação correspondia a uma hipótese de falta de celebração do contrato definitivo de utilização de loja em centro comercial por motivo imputável ao futuro lojista, o que conferia à gestora a faculdade de reter as quantias que lhe tinham sido pagas, a título de reserva de ingresso no centro comercial. Com efeito, quando intimado pela gestora para devolver a minuta do contrato definitivo de utilização de loja com a sua assinatura, o lojista dirigira à gestora a comunicação de que se encontrava objetivamente impossibilitado de celebrar o contrato definitivo, mais solicitando a marcação de uma reunião urgente para obter uma solução de consenso. Esta comunicação foi entendida pelo tribunal como recusa de celebração do contrato, isto é, como desistência. Consequentemente, o lojista perdia a favor da gestora todas as quantias que tinha entregado a esta, conforme previsto em cláusula do contrato para ingresso no centro comercial ou de reserva de localização, que o STJ entendeu tratar-se de um contrato preliminar atípico. O tribunal parece admitir a possibilidade de o valor da reserva pago ser reduzido, ou seja, parcialmente devolvido, por aplicação do art. 19.º, c), LCCG; todavia, exclui a redu-

(21) Respetivamente, *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., AAFDL, 1990 (reimpressão), p. 428 e *op. cit.*, pp. 795-796.

(22) *Op. cit.*, pp. 216 e ss. Cfr. igualmente com referência à cláusula penal, *Cláusulas acessórias ao contrato — Cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar — Cláusulas penais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 57 e ss.

(23) In <www.dgsi.pt>.

ção da quantia, ao abrigo desta norma, porquanto tal redução não fora pedida pelo lojista nem tão pouco feita a alegação e prova de elementos suscetíveis de demonstrarem a desproporção entre a quantia entregue e os prejuízos sofridos pela promotora em virtude da desistência do lojista⁽²⁴⁾.

Atendendo aos factos dados como provados pelo STJ, afigura-se-nos dúbio que, na hipótese *sub iudice*, a frustração do processo negocial não tenha ficado a dever-se a faltas cometidas por ambas as partes ou, pelo menos, a uma divergência dos respetivos projetos ou plano de utilização do espaço imobiliário pelo lojista, caso em que a hipótese ficaria incluída no terceiro grupo de situações por nós aqui considerado (cf. 2.3). Com efeito, à vontade do lojista de proceder à reunião de três lojas para aí instalar a sua superfície comercial não podia aceder o empreendedor posto que um desses espaços estava já prometido a um outro lojista que não queria abdicar da sua utilização.

Por outro lado, se do que se trata é de ponderar a desproporção entre uma pena e os prejuízos efetivamente sofridos, a norma cuja aplicação deve ser considerada não é a al. c) do art. 19.º da LCCG, mas antes o art. 812.º CC. Conforme melhor esclarece NUNO PINTO OLIVEIRA, o juízo sobre a validade ou invalidade de uma cláusula é feito com referência ao momento em que as declarações negociais são proferidas pelo que o art. 19.º, al. c), LCCG

(24) Consabidamente, o problema da admissibilidade de redução oficiosa da cláusula penal não encontra resposta unânime na doutrina portuguesa: VAZ SERRA, *Pena convencional*, BMJ, n.º 67, pp. 224-226; ANA PRATA, *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, Coimbra, 1985 (reimpressão 2005), p. 642 e NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias...*, cit., pp. 77 e ss., pronunciam-se no sentido de o juiz reduzir, a título oficioso, a cláusula penal manifestamente excessiva; em sentido divergente, ver PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, cit., anot. art. 812.º; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, p. 436, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 801, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, cit., p. 739, PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal...*, cit., pp. 735 e ss., e BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, cit., p. 397, propugnam a necessidade do pedido do devedor. PINTO MONTEIRO reconhece, contudo, que a pena possa ser reduzida quando a atitude processual do devedor deixe perceber um desacordo relativamente ao montante da pena, em virtude do seu carácter excessivo (p. 736, n. 1654). Decidiu, nomeadamente, que o tribunal não podia reduzir oficiosamente a cláusula penal por incumprimento das obrigações assumidas em contrato de utilização de loja em centro comercial, o Acórdão STJ de 17 de Dezembro de 2009, in <www.colectaneadejurisprudencia.com>.

serve para impedir a desproporção entre a pena e os prejuízos previsíveis; verificando-se desproporção entre a pena e os prejuízos provocados pelo incumprimento, deve aplicar-se o art. 812.º CC: a cláusula é válida, a pena é que deve ser reduzida. Além disso, formular um juízo sobre a desproporção entre o montante da pena e o previsível valor do dano a ressarcir coaduna-se melhor com a índole abstrata do art. 19.º LCCG — a desproporção entre uma pena e os prejuízos realmente sofridos é um julgamento que só em concreto pode ser formulado⁽²⁵⁾. De todo o modo, a previsão convencional da perda das quantias entregues distancia-se da estrutura da cláusula penal, revelando-se antes a afinidade com a cláusula de sinal, pelo que estaria excluída uma aplicação direta tanto da norma da LCCG como do disposto no 812.º CC, o que, todavia, e como antes indicámos, não constituía obstáculo à possibilidade de redução equitativa do valor de reserva ou ingresso pago pelo lojista.

Digna de menção neste contexto, em que a quebra da relação contratual de utilização de loja em *shopping center* fica a dever-se a falta imputável ao lojista, é a sentença proferida pela Relação de Coimbra, em 11 de Fevereiro de 2014⁽²⁶⁾. O tribunal decidiu que havia abuso do direito de exigir o pagamento do valor de ingresso, no montante de 15 000 €, porquanto o lojista apenas usara a loja durante quatro dias e tinha pago dois meses de renda, além do que pouco tempo depois a gestora entregara a loja a um terceiro, não tendo sofrido quaisquer danos. Ainda que a cláusula de ingresso não subordinasse o pagamento à duração efetiva do contrato e que o lojista tivesse chegado a instalar-se no centro comercial, a Relação sublinhou que o contrato deve ser considerado no seu conjunto, com os seus riscos próprios e a repercussão económica que tem para as partes. Conquanto a decisão do tribunal da Relação de Coimbra seja de aclamar e venha — em sentido diverso da análise feita pelo Supremo no Acórdão de 25 de Março de 2009, supracitado — colocar em evidência que o pagamento de “direito de

⁽²⁵⁾ *Cláusulas acessórias ao contrato...*, cit., pp. 118 e ss.

⁽²⁶⁾ In <www.dgsi.pt>.

ingresso ou entrada” é a contrapartida do acesso a uma estrutura organizada que constitui uma “mais-valia comercial”, a hipótese *sub iudice* distancia-se daquela que nos propusemos abordar posto que já fora celebrado e começara a ser cumprido o contrato definitivo de utilização de loja.

2.2. Falta de celebração do contrato definitivo imputável à gestora

No caso de a frustração do processo negocial ficar a dever-se à promotora/gestora do *shopping center* (por exemplo, cede a um terceiro o espaço já prometido), não há dúvidas de que esta deve restituir a quantia que lhe foi entregue pelo lojista a título de remuneração do acesso ao empreendimento e/ou reserva de localização de loja. Esta será a consequência da resolução do contrato: restituição de tudo o que tiver sido prestado (arts. 433.º e 289.º, n.º 1, CC). Além do direito de resolver o contrato terá o lojista igualmente direito a receber uma indemnização pelos danos que lhe foram causados. Ora, o problema que aqui se suscita é exatamente o de saber se esta indemnização pode ser calculada em abstrato, ficando a gestora obrigada à restituição do dobro da quantia recebida (art. 442.º, n.º 2, CC), ou se o cálculo da indemnização terá de ser efetuado em concreto, dependendo da alegação e prova pelo lojista dos prejuízos efetivamente sofridos.

A resposta a dar à questão formulada depende do modo como se qualifique juridicamente a cláusula do acordo de reserva de ingresso em que se preveja a perda das quantias entregues pelo lojista à gestora em caso de desistência do contrato e/ou de incumprimento das obrigações aí assumidas. Se, conforme análise expendida, esta cláusula corresponde a um sinal confirmatório, aplica-se o regime constante da 2.ª parte do n.º 2 do art. 442.º CC, tendo aquele que constituiu o sinal a faculdade de exigir o dobro do que prestou. Com efeito, apesar de o acordo de reserva de ingresso prever, habitualmente, apenas as consequências do incumprimento ou desistência do lojista, a violação por parte da gestora das obrigações contratualmente assumidas no acordo bilateral deverá

desencadear a consequência associada à cláusula de sinal na hipótese de o inadimplente ser o *accipiens*.

Importa ainda considerar uma questão ulterior: a restituição do sinal em dobro poderá não ser suficiente para ressarcir os danos sofridos pelo lojista em consequência do facto de a gestora ter violado a obrigação de conceder o uso de certa loja no centro comercial. Pense-se na eventualidade de o lojista ter procedido a encomendas de mercadorias, de ter sido elaborado projeto arquitetónico para montagem e decoração da loja e até de se ter dado início às obras de acabamento e decoração da loja, com vista à instalação no *shopping*. Esta pergunta já foi equacionada atrás: trata-se de saber se a norma do art. 442.º, n.º 4, CC constitui obstáculo insuperável à indemnização do dano excedente. Se esta admissibilidade for de rejeitar, numa hipótese como a que apresentámos, a injustiça de falta de reparação do dano excedente resultará atenuada quando à restituição do sinal em dobro se adicione a obrigação de a gestora indemnizar as benfeitorias realizadas na loja (cf. arts. 1273.º CC e 1046.º CC)⁽²⁷⁾ ou, se assim não se entender, pelo menos a obrigação de a gestora restituir aquilo com que injustamente se tenha locupletado (arts. 473.º e 474.º CC)⁽²⁸⁾.

(27) Conforme notam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, anot. art. 442.º, a regra que exclui a indemnização suplementar não afasta o direito de receber outras indemnizações que não se fundem no não cumprimento e assim o direito de o possuidor ser indemnizado pelas benfeitorias feitas. Sendo certo que o lojista, antes da celebração do contrato de utilização de loja, não pode ainda considerar-se arrendatário do espaço (caso em que a lei lhe reconhece o direito de ser indemnizado por benfeitorias nos termos aplicáveis ao possuidor de má fé) há, nesta fase, identidade material bastante para que se aplique o mesmo regime. Relembre-se que o lojista recebe a loja “em tosco” ou “vazia de acabamentos” com a obrigação de realizar as obras finais de acabamento a que dá início depois da aprovação do projeto pela gestora.

(28) Como é sabido, a obrigação de restituir o enriquecimento sem causa tem, na nossa lei civil, natureza subsidiária, isto é, só se constitui quando a factualidade que a origina não preencher os pressupostos legais de um outro mecanismo de tutela do empobrecido. Ora, o pagamento da indemnização prevista no art. 442.º, n.º 2, CC não esgota a tutela jurídica da situação de facto; caso se entenda excluir a aplicação ao lojista do regime de indemnização das benfeitorias do art. 1273.º CC, estamos perante uma factualidade que não é regulada por qualquer norma específica e que integra os pressupostos do enriquecimento sem causa. Sobre o significado e alcance do art. 474.º CC, consultar DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão da edição de 1974), esp. pp. 316 e ss., e, criticamente, sobre a regra

2.3. Frustração do processo negocial não imputável a título principal a nenhuma das partes

Não sendo possível individualizar um responsável pelo incumprimento do acordo de reserva de ingresso, designadamente, porque ambas as partes concluem que não estão afinal interessadas em celebrar (ou executar) o negócio definitivo ou surge algum motivo (caso fortuito ou de força maior ou facto de terceiro) que impossibilita a execução do acordo, julgamos que a quantia satisfeita a título de reserva de ingresso deve ser restituída. Apesar de reconhecermos o legítimo interesse da gestora de se assegurar contra o risco de frustração de outras hipóteses de negócio para a loja e de vir a deparar-se com espaços vazios no momento da inauguração (ou de ter de

da subsidiariedade, cf. MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Cadernos de ciência e técnica fiscal, Lisboa, 1996, pp. 941 e ss. (considerando a subsidiariedade um requisito inútil e prejudicial, p. 944), e JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pp. 415 e ss. (concluindo, p. 427, que mais vale “não racionalizar o que não passa de puro acidente histórico”). Como também é sabido, a obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa serve a finalidade de remover o valor com que o enriquecido injustamente se locupletou, tendo como limite o designado “enriquecimento patrimonial”. Sublinha que o enriquecimento patrimonial não é o objeto, mas sim o limite da obrigação de restituir, JÚLIO GOMES, *ibidem*, pp. 105 e ss. Sobre o conceito de “enriquecimento patrimonial”, correspondente à diferença entre a situação real e a situação hipotética do património do enriquecido, cfr., igualmente, PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão da edição de 1999), pp. 36 e ss. No caso concreto, a obrigação de restituir corresponderia ao valor das vantagens auferidas pela gestora do centro com as obras efetuadas pelo lojista ou da utilização que aquela tenha feito ou possa fazer da loja em virtude das melhorias introduzidas pelo segundo. A gestora não teria de restituir ao lojista o valor de todas as obras feitas na loja, mas apenas daquelas de que pudesse tirar proveito, enriquecendo-se nessa medida (p. ex., cedendo a utilização da loja por um valor mais elevado que resulte das obras realizadas ou das benfeitorias introduzidas pelo lojista). Para a defesa de uma restituição do valor calculada objetivamente, de acordo com o valor de mercado do bem, cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 423-424. O enriquecimento da gestora será, ainda assim, em princípio, inferior ao valor das benfeitorias realizadas pelo lojista. Sobre as questões suscitadas pela obrigação de restituir as benfeitorias realizadas em coisa alheia com fundamento em enriquecimento sem causa, consultar JÚLIO GOMES, *ibidem*, pp. 322 e ss. No caso de se excluir a aplicação do art. 1273.º CC (o que não concita a nossa adesão) o enriquecimento sem causa funcionaria como fonte autónoma da obrigação de restituir todas as benfeitorias realizadas.

adiar, por esse motivo, a inauguração com consequente responsabilização perante os outros lojistas), reservando-se o direito de manter o valor de ingresso, afigura-se-nos que a solução mais acertada é a de impor, nas hipóteses assinaladas, a obrigação de restituir. A quantia é entregue em função de um contrato que não vem afinal a celebrar-se. O acordo de reserva de ingresso corresponde, tipicamente, quanto a nós (relembremo-lo), a um contrato preliminar que tem em vista a futura instalação definitiva do lojista no centro comercial; o pagamento do “*front money*” não se reduz a contraprestação pela mera reserva de um certo espaço no centro comercial.

Sendo assim, a aplicação do disposto no art. 442.º, n.º 1, 2.ª parte, CC (a quantia entregue a título de sinal deve ser restituída se a imputação na prestação devida não for possível) ou, caso se exclua a qualificação da quantia de ingresso como sinal, a aplicação da norma do art. 473.º, n.º 2, CC (há obrigação de restituir o que foi recebido em vista de um efeito que não se verificou, ou seja, deve ser restituída a prestação efetuada com o objetivo de um resultado futuro que não se produziu)⁽²⁹⁾ conduzem a este resultado: obrigação de a gestora restituir o valor de ingresso satisfeito pelo lojista⁽³⁰⁾. Acresce que, em caso de incumprimento por motivo não

⁽²⁹⁾ Conforme ensina ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 509 e ss., é preciso que se verifiquem três requisitos, para que se desencadeie uma hipótese de obrigação de restituir aquilo que foi recebido tendo em vista um efeito que não se realizou, a saber: 1) ter-se realizado uma prestação para obter, conforme o conteúdo do negócio jurídico, um especial resultado futuro; 2) depreender-se do conteúdo do negócio jurídico o fim da prestação; 3) que o resultado não se produza. Sobre os requisitos de verificação desta hipótese, consultar igualmente MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa...*, *cit.*, pp. 518 e ss. e *Direito das Obrigações*, Vol. I, *cit.*, pp. 385-386. Conquanto o Autor note que a figura é de aplicação pouco frequente, visto que raramente se reúnem todos os pressupostos exigidos, julgamos que a hipótese considerada em texto corresponde, pelo menos parcialmente, à situação tipo indicada por MENEZES LEITÃO de “realização de prestações antecipadamente à constituição do contrato gerador das correspondentes obrigações”. Ora, na medida em que a quantia inicial paga pelo lojista corresponda a reserva de ingresso no centro comercial sem que se tenham constituído as obrigações do contrato definitivo, o valor de ingresso constitui uma prestação antecipada tendo em vista um efeito que não se verificou.

⁽³⁰⁾ No Acórdão da Relação de Évora de 17 de Janeiro de 2013, *in* <www.dgsi.pt>, o tribunal fundamenta a obrigação de restituir a quantia entregue a título de direito de entrada ao abrigo de um contrato preparatório de um outro, definitivo, que nunca chega a ser celebrado, no art. 473.º, n.º 2, CC, por considerar que teria, pelo menos, ocorrido uma deslocação patrimonial que não tinha por base uma realidade justificativa. Todavia,

imputável a qualquer das partes, o dever de o *accipiens* restituir a quantia de ingresso, a fim de evitar o seu enriquecimento sem causa, encontra fundamento legal nos arts. 790.º e 795.º CC⁽³¹⁾.

A solução de restituir ao lojista a quantia por este entregue à gestora do centro comercial deverá também ser adotada na hipótese de a falta de celebração do contrato definitivo ser imputável a ambas as partes, ou seja, no caso em que, quer um, quer outro dos contraentes, contribuem culposamente para a inviabilização do processo negocial. A tipologia de falta de cumprimento da obrigação por motivo imputável a ambas as partes não é objeto de tratamento específico pela nossa lei civil. Todavia, esta hipótese tem sido alvo da atenção da doutrina⁽³²⁾. Concretamente, no que ao incumprimento bilateral do contrato-promessa diz respeito, a jurisprudência portuguesa tem decidido, com o suporte da doutrina, que o incumprimento de contrato-promessa, por motivo imputável a ambas as partes, confere ao *tradens* o direito à restituição do sinal em singelo⁽³³⁾. Não pode, todavia, ignorar-se (conforme sublinha BRANDÃO PROENÇA, na linha de VAZ SERRA) que o incumprimento bilateral acarreta necessariamente uma componente indemnizatória, que deverá ser concretamente determinada por aplicação do critério resultante do art. 570.º CC e cuja solução poderá não coincidir estritamente com a restituição do sinal em singelo⁽³⁴⁾.

nesta hipótese, a matéria de facto provada indica que teria havido incumprimento imputável ao *accipiens*, caso em que deveriam aplicar-se as regras da responsabilidade contratual.

⁽³¹⁾ Em qualquer das hipóteses, haverá igualmente a obrigação de restituir o enriquecimento resultante das benfeitorias eventualmente realizadas pelo lojista, nos termos atrás assinalados.

⁽³²⁾ Sobre o regime da impossibilidade de cumprir por causas imputáveis a ambos os contraentes, ver BRANDÃO PROENÇA, *Lições...*, cit., pp. 310 e ss.

⁽³³⁾ Cf. BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa...*, cit., p. 104, que fundamenta esta solução no art. 442.º, n.º 1, CC e, no mesmo sentido, ANA PRATA, *op. cit.*, pp. 802-804. Consultar também CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento...*, cit., pp. 292-295, que defende a restituição do sinal com base na resolução do contrato e GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 129. Ver ainda MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 209, notando que, na hipótese de o incumprimento ser imputável a ambas as partes, as recíprocas obrigações de indemnizar extinguem-se por compensação e subsiste a restituição do sinal em singelo.

⁽³⁴⁾ Respetivamente, *Lições...*, cit., p. 318, e RLJ, ano 110.º, p. 186. Cf. também CALVÃO DA SILVA, *ibidem*.

Julgamos que a situação apreciada pelo Acórdão da Relação de Lisboa, de 22 de Outubro de 2009, poderia corresponder a este terceiro grupo de hipóteses — frustração do processo negocial por motivo não imputável a título principal a nenhum dos negociantes — contanto que o contrato preliminar de reserva de ingresso tivesse sido celebrado (conforme pretendia o lojista) com uma cláusula de condição de obtenção de um financiamento bancário. A falta de sucesso do empréstimo bancário — desde que não ficasse a dever-se a desrespeito das obrigações assumidas para a verificação da condição — teria por consequência a falta de eficácia da promessa de tomar de uso certa loja de centro comercial. Se assim fosse, o malogro do contrato definitivo de utilização de loja não poderia ser atribuído a qualquer dos contraentes — teria ficado a dever-se à falta de verificação do evento futuro e incerto obtenção de financiamento bancário. Seria, necessário, porém, que a gestora tivesse querido assumir o risco negocial da eventualidade da falta de verificação do evento, isto é, que tivesse havido a vontade negocial de subordinar os efeitos do contrato à verificação de uma condição — a perda da quantia entregue a título de reserva poderá ser a consequência prevista não só para reagir ao incumprimento das obrigações assumidas no acordo, subjetivamente imputável ao lojista, como também a hipóteses que caibam na esfera de risco negocial deste. Apesar de se estabelecer uma condição de eficácia do contrato, esta poderá respeitar apenas a uma parte dos efeitos jurídico-negociais e assim, nomeadamente, a condição de obtenção de financiamento ter por consequência a ineficácia da obrigação de tomar de uso a loja, mas não a ineficácia da obrigação de entregar à gestora uma certa quantia a título de reserva⁽³⁵⁾.

Suscitavam-se, todavia, algumas dificuldades no enquadramento do caso decidido pela Relação de Lisboa que só em presença de um melhor conhecimento da situação de facto poderíamos devidamente apreciar. Com efeito, o tribunal considerou que

⁽³⁵⁾ Sobre a possibilidade de a condição respeitar apenas a uma parte dos efeitos de um negócio jurídico, cf. ANGELO FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milão, 1941, p. 252. Ver também a nossa *A condição como elemento acidental...*, *cit.*, p. 64.

teria havido violação do acordo celebrado por o lojista ter desistido súbita e inesperadamente da celebração do contrato definitivo e, além disso, inobservância do dever de proceder segundo a boa fé processual porquanto a cláusula de condição não constava do documento negocial, vindo a ser alegada com o intuito de o lojista se furtar ao cumprimento das obrigações assumidas. Ora, se ao óbice de a cláusula não constar de documento escrito se pudesse objetar, no caso de a formação do negócio ocorrer por adesão, que prevalecem as condições individualmente negociadas sobre o conteúdo do acordo pré-formulado (art. 7.º LCCG)⁽³⁶⁾, já uma apreciação fundamentada sobre o comportamento contrário à boa fé está fora do nosso alcance⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ No sentido de que a regra do art. 394.º CC não se aplica aos contratos celebrados por adesão, admitindo-se pois a prova por testemunhas de convenção contrária ou adicional ao conteúdo de negócio jurídico constante de documento escrito, ver CASSIANO DOS SANTOS, *O contrato de instalação de lojista em centro comercial (e a aplicação do art. 394.º do Código Civil quando celebrado por adesão)*, Cadernos de Direito Privado, n.º 24 (Outubro/Dezembro de 2008), p. 6. PEDROSA MACHADO, *Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco*, RFDUL, Vol. XXIX (1988), p. 113, n. 56, considera que os acordos individuais podem ser anteriores, concomitantes ou posteriores à conclusão do contrato, além do que podem indiferentemente ser escritos ou verbais, expressos ou tácitos; o problema é remetido para o ónus da prova do contrato individual ou singular. De modo mais restrito e cauteloso, ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 26, e ANA PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais — Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, 2010, pp. 260-261, consideram que o acordo específico prejudica sempre as disposições gerais, mesmo que aquele seja nulo por falta de forma; neste caso, têm aplicação as normas supletivas pertinentes ou, se necessário, proceder-se-á à integração da lacuna. ANA PRATA, *ibidem*, p. 263, admite como válidas as cláusulas especificamente acordadas oralmente, desde que a lei não as sujeite à forma escrita. Atendendo a que a forma do acordo de ingresso é voluntária e seguindo o entendimento defendido por estes Autores, julgamos que deveria admitir-se a possibilidade de o lojista provar, ainda que por recurso a prova testemunhal, que a condição de obtenção de financiamento fazia parte do acordo (contanto, bem entendido, que este tivesse sido celebrado com base em clausulado contratual geral).

⁽³⁷⁾ Embora o tribunal tenha dado como provado que o lojista, no curso do processo de negociações, questionou a gestora sobre as consequências de uma eventual não obtenção de financiamento, o certo é que o respeito devido ao princípio da boa fé requeria que a importância da obtenção do empréstimo para a formação da vontade de contratar tivesse sido devidamente evidenciada no curso do processo negocial.