

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE LOULÉ

SENTENÇA DE 6 DE MAIO DE 1983 PROFERIDA PELO JUÍZ PRESIDENTE DOS TRIBUNAIS COLECTIVOS DO CÍRCULO DE FARO

LOCAÇÃO DE ESTABELECIMENTO — ARRENDAMENTO — SUA QUALIFICAÇÃO — ELEMENTOS QUE INTEGRAM CADA UM DESTES CONTRATOS — LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ (*)

SUMÁRIO

1. *Para o Direito, o estabelecimento comercial é uma categoria intelectual que traduz, no plano cultural jurídico, unitariamente, uma realidade económica integrada por elementos corpóreos e incorpóreos, entre si ligados numa organização dinâmica que os torna eficientes em ordem a produzir lucros.*

Para caracterizar a existência e a vida de um dado estabelecimento comercial há que atender aos seus elementos preponderantes. O estabelecimento comercial nasce logo que aquela organização está apta a entrar em funcionamento.

E também pode nascer por um acto jurídico de um comerciante que autonomiza parte de um estabelecimento comercial.

2. *O contrato de cessão de exploração de estabelecimento comercial é integrado por elementos objectivo — cedência tempo-*

* Dado o interesse prático que, hoje, assumem os assuntos relativos à matéria em epígrafe, publicam-se a sentença da Primeira Instância, acórdãos da Relação e do Supremo e, posteriormente, além da anotação da autoria do Dr. Eridano de Abreu que neste número se inicia, pareceres que sobre a matéria foram proferidos pelos Professores Vasco Lobo Xavier, Ferrer Correia, Antunes Varela, da Universidade de Coimbra, e Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro, da Universidade de Lisboa.

rária e onerosa de um estabelecimento comercial — e subjectivo: representação e vontade, que as partes fazem, de que o cedente se mantém na propriedade do estabelecimento e continua interessado na sua exploração e de que a posição de cessionário é eminentemente temporária.

Para além disto, porque de contrato inominado se trata, cabe aos contaentes desenhar os concretos contornos de cada caso.

3. *O contrato de cessão de exploração não se confunde com figuras afins e, em regra, é impossível convertê-lo em tais figuras atendendo à peculiaridade própria do elemento subjectivo da cessão de exploração.*

4. *O contrato de cessão de exploração tem de ser celebrado por escritura pública e a sua falta acarreta a nulidade do contrato, pois que se trata de formalidade ad substantiam.*

Consequência desta nulidade: obrigações de restituir e indemnizar.

A)

EXPOSIÇÃO

«LUSOTUR — SOCIEDADE FINANCEIRA DE TURISMO, S.A.R.L.»

intentou contra

«AMASATUR — EMPREENHIMENTO TURÍSTICO, LDA.»

acção com processo ordinário pela qual pretende que se declare nulo o contrato de cessão de exploração celebrado entre a autora e a ré e, por via disso, que se condene a ré a entregar à autora o campo de golf cuja exploração comercial lhe foi cedida e, bem assim, a casa provisória de apoio ao mesmo campo e todo o seu equipamento.

Para tanto alega, em resumo, que a autora explora a indústria do turismo na Quinta da Quarteira, desta Comarca de Loulé, vulgarmente conhecida por Vilamoura, nomeadamente nos ramos da hotelaria, diversão, recreio, desporto e náutica. Neste âmbito, construiu um campo de golf, designado por «Campo de Golf N.º 2» cuja exploração cedeu à ré por contrato de 27 de Agosto

de 1976, titulado por mero escrito particular. A retribuição da autora consiste em percentagens fixadas no mesmo contrato. Ora, o contrato é nulo por falta de forma ou, quando assim se não entenda, por serem de objecto indeterminável algumas das obrigações nele estipuladas.

Fundamento de direito, no disposto nos artigos 88.º, h) do Código do Notariado, 220.º, 280.º e 289.º, do Código Civil.

Juntou-se um documento e procuração forense.

Regularmente citada, a ré contestou, pugnando pela improcedência da acção.

Para tanto alega, em resumo, que o contrato celebrado foi de arrendamento pois que a autora não cedeu à ré a exploração de um complexo de bens constituindo um estabelecimento comercial, mas apenas um prédio destinado à prática do golf, que nunca funcionara. E quanto às cláusulas acerca da remuneração da autora não estabeleceu obrigações indetermináveis mas, quando muito, indeterminadas.

Juntou procuração forense.

A autora replicou, aproveitando este articulado para reformular e ampliar o pedido inicial. Pede, agora, que se declare que o contrato celebrado entre a autora e a ré é nulo, quer se entenda que é de cessão de exploração comercial, de locação de estabelecimento comercial, de transferência da propriedade de estabelecimento ou é qualquer outro que tenha por objecto o gozo de estabelecimento comercial, quer se entenda que é de arrendamento.

Subsidiariamente a este pedido, para o caso de assim se não entender, que se declare que o contrato celebrado entre a autora e a ré não é de arrendamento e, sendo julgado válido, se rescindiu, tendo o seu termo em 31 de Julho de 1978.

Cumulativamente, pede a autora a condenação da ré a abrir mão e entregar à autora o «Campo de Golf N.º 2», respectiva casa de apoio e equipamento que o integram; bem como a pagarlhe indemnização, a liquidar em execução de sentença, por todos os prejuízos sofridos pela autora com a detenção do mesmo campo pela ré, desde de 16 de Janeiro de 1979, no caso de procedência

do primeiro dos pedidos principais, ou desde 31 de Julho de 1978, no caso de procedência apenas do pedido subsidiário.

Para tanto, mantém a sua inicial posição quanto aos factos, esclarecendo-os.

Juntou um documento.

A ré treplicou, pugnando pela improcedência de todos os pedidos.

Para tanto, mantém a sua inicial posição, esclarecendo-a. Juntou treze documentos.

Foi proferido doutro despacho saneador e organizou-se com proficiência a especificação e questionário.

Procedeu-se a julgamento.

As partes alegaram, doutamente, de direito. Com a sua alegação, a autora juntou douto parecer do Professor de Direito, Doutor Vasco Lobo Xavier.

O M.º P.º viu.

B)

QUESTÕES A RESOLVER

Após a prolação do despacho saneador não sofreu a instância qualquer modificação, quer objectiva quer subjectiva, sem prejuízo de, na sua douta alegação de direito, a autora ter pedido a condenação da ré a pagar-lhe indemnização, por litigância de má fé.

Assim, está para apreciar e decidir:

- a) Se o contrato celebrado, por escrito particular, entre a autora e a ré, datado de 27 de Agosto de 1976, é de cessação de exploração de estabelecimento comercial, sendo nulo por falta de forma;
- b) Ou se tal contrato é de arrendamento mas sendo nulo, por algumas das obrigações nele estipuladas serem de objecto indeterminável;

- c) Subsidiariamente, se tal contrato não é de arrendamento e foi rescindido, tendo tido o seu termo a 31 de Julho de 1978;
- d) Se a ré deve abrir mão e entregar à autora o «Campo de Golf N.º 2» de Vilamoura, com a respectiva casa de apoio e equipamento respectivo;
- e) Para a hipótese de se declarar a nulidade do contrato, nos termos das duas primeiras alíneas, se a ré deve pagar à autora indemnização pelos prejuízos que lhe está a causar, a liquidar em execução de sentença, a partir de 16 de Janeiro de 1979;
- f) Para a hipótese de se decidir que o contrato é válido mas foi rescindido, nos termos da terceira alínea, se a ré deve pagar à autora indemnização, a liquidar em execução de sentença, pelos prejuízos que lhe está a causar com a detenção dos bens a restituir, a partir de 31 de Julho de 1978;
- g) Se a ré deve pagar à autora indemnização por ter litigado com má fé.

C)

MOTIVAÇÃO DE FACTO

Ficou *especificado* e provado:

1. Entre a autora e a ré foi celebrado um contrato, titulado por escrito particular, datado de 27 de Agosto de 1976, junto a fls. 5 e 6 destes autos, do seguinte teor:

«CESSÃO DE EXPLORAÇÃO

Entre «LUSOTUR — Sociedade Financeira de Turismo, S.A.R.L.», com sede na Rua Tomás Ribeiro, n.º 50, 2.º, em Lisboa, adiante designada como primeira outorgante, e «Amasatur — Empreendimentos Turísticos, Lda.», com sede na Rua

Ramalho Ortigão, n.º 3, 3.º, em Lisboa, adiante designada como segunda outorgante, é acordado o seguinte:

- 1 — A primeira outorgante cede à segunda, que aceita, a exploração comercial do «Campo de Golf N.º 2», incluindo o campo de prática, dos quais é dona e legítima possuidora, que se desenvolvem nos sectores 2 e 3 do empreendimento turístico de Vilamoura, Freguesia de Quarteira, Concelho de Loulé.
- 2 — A primeira outorgante compromete-se, a expensas suas, a nivelar e arrelvar o campo de prática, até ao dia 1 de Janeiro de 1977.
- 3 — A primeira outorgante obriga-se ainda, a expensas suas, a construir uma casa de apoio definitiva, baseada no projecto existente na Lusotur, e que deverá estar concluída até 1 de Julho de 1978, devendo ter a aprovação das duas outorgantes.
- 4 — Enquanto a Lusotur não tiver concluído a construção da casa de apoio definitiva, fornecerá a partir de 1 de Outubro de 1976, uma construção provisória com a área aproximada de cem metros quadrados dispondo de dois vestiários, cada um deles com dois duches, dois W.C. e dois lavatórios. Terá ainda possibilidades de servir para arrecadação de materiais de golf e ainda para um pequeno escritório de apoio.
- 5 — Esta cessão de exploração tem início em 1 de Outubro de 1976 e caducará em 30 de Setembro de 1986. No entanto, este contrato poderá ser rescindido unilateralmente pela primeira outorgante antes da data prevista, mas nunca antes de decorridos quatro anos da sua vigência, se entretanto for inaugurado um hotel nas zonas 2, 1/D e tampão, e se a primeira outorgante tiver interesse em ceder a exploração do golf ao referido hotel. Nesta hipótese, compromete-se a primeira outorgante a garantir que no novo contrato de exploração seja concedido desconto de 50% aos clientes do Hotel D. Pedro na utilização do campo de golf até 30 de Setembro de 1986.
- 6 — A segunda outorgante pagará à primeira, pela exploração cedida por este contrato, 50% da receita bruta.

- 7 — Considera-se como receita bruta de exploração, além dos «green fees» e receitas pela utilização do campo de prática, todas as receitas obtidas pela concessão de facilidades na utilização dos referidos campos, designadamente através de contratos com clubes desportivos, outros empreendimentos, etc..
- 8 — O pagamento será efectuado trimestralmente, nos primeiros trinta dias do mês seguinte ao encerramento do trimestre anterior, e a primeira prestação será efectuada em Janeiro de 1977.
- 9 — Por qualquer outra exploração comercial que a segunda outorgante venha a fazer, de apoio à exploração do Golf, designadamente, bar, restaurante, «boutiques», etc. pagará à primeira, nos termos da primeira parte da cláusula anterior, dez por cento da receita bruta.
- 10 — Para os efeitos das cláusulas 8.^a e 9.^a, a segunda outorgante enviará, mensalmente, à primeira, os mapas-resumo dos movimentos havidos e compromete-se, sempre que a primeira outorgante o pretenda, a pôr à sua disposição ou de pessoas ou entidades por esta designadas todos os livros, registos, talões e demais documentos necessários ou convenientes à determinação dos pagamentos a efectuar.
- 11 — A segundo outorgante não poderá transmitir a sua posição contratual a outrem sem prévio consentimento por escrito da primeira outorgante.
- 12 — Exceptuando o disposto na cláusula 5.^a, se qualquer das partes rescindir o contrato unilateralmente antes do fim do seu período de vigência ou, por incumprimento, der justa causa de rescisão à outra parte, pagará a esta uma indemnização equivalente às prestações vincendas, calculadas na base de 125.000\$00 por trimestre, sem prejuízo do vencimento imediato da prestação referente à parte do trimestre já decorrido, se de montante superior.
- 13 — A segunda outorgante compromete-se a, durante a vigência deste contrato, ceder desconto de 20% na utilização do campo de golf aos proprietários individuais de Vila Moura.

- 14 — a) Todas as despesas com a conservação e reparação do campo e da parte do imóvel de apoio mencionado em 3, designadamente no que respeita a pessoal, água, electricidade, combustíveis, adubos e outras, bem como as despesas de conservação de todo o equipamento que por este contrato se cede, serão de conta da primeira outorgante, excepto no que respeita a deteriorações não decorrentes de um uso normal e prudente.
- b) A conservação a efectuar pela primeira outorgante deverá obedecer às normas da Federação Portuguesa de Golf.
- c) Todas as despesas com a exploração correm por conta da segunda outorgante.
- 15 — Qualquer atraso que se verifique no cumprimento dos prazos previstos nas cláusulas 2.ª, 3.ª e 4.ª implicará correspondente adiamento dos prazos previstos na cláusula 5.ª».

2. A autora é uma sociedade anónima que se dedica ao comércio e indústria, tendo por objecto o estudo e a realização de investimentos para fins turísticos, incluindo a compra e venda e desenvolvimento de propriedades, nomeadamente a promoção do aproveitamento turístico da Quinta da Quarteira, no Algarve.

3. Neste empreendimento vulgarmente conhecido por empreendimento turístico de Vilamoura, a autora tem levado a efeito vários estudos realizando as mais diversas obras e promovendo em larga escala o turismo na referida Quinta em ramos como hotelaria, diversões, recreio, desporto e náutica.

4. Na ocasião da celebração do contrato a casa de apoio não estava construída.

5. Foi vontade da autora e da ré celebrarem um contrato válido.

6. A ré confessa que celebrou com a autora um contrato a que ambas chamaram «Cessão de Exploração».

7. Autora e ré qualificaram de «comissão» as retribuições da ré à autora, em dinheiro, referidas no contrato supra-mencionado.

8. A autora teve, ao contratar, o apoio do seu director de serviços de contencioso, Dr. Pinto da Silva.

9. A elaboração do que consta do documento supra referido em 1. ficou-se a dever aos representantes da autora e da ré com a colaboração de funcionários seus.

10. Em 27 de Agosto de 1976 não estava ainda construída a casa de apoio deste campo de golf.

11. Sem uma casa de apoio não é possível a exploração comercial de um campo de golf especialmente destinado ao sector do turismo.

12. Para a exploração comercial do campo de golfe é necessário que a casa de apoio seja dotada de cadeiras, armários e secretárias.

13. Para a exploração comercial do campo de golfe, no sector do turismo, em condições normais, além do recheio da casa de apoio, são precisos copos, bandeirolas e marcações de saída.

14. A ré adquiriu mais caixas para o lixo, copos, bandeirolas, bandeiras e bases, material este que debitou à autora.

15. A ré adquiriu «trolleys» para uso do campo.

16. A ré instalou um bar na casa de apoio para o que adquiriu material diverso.

17. A ré angariou parte da clientela para o dito campo de golf.

18. Na altura em que foi celebrado o contrato acima referido no número 1., o campo estava apto a funcionar como campo de golf.

19. A autora entregou à ré, além da casa de apoio, móveis de escritório, convectores e chuveiros eléctricos para recheio da tal casa.

20. Se a autora soubesse que não podia ser concedida eficácia às cláusulas quinta, sexta, nona, décima-primeira, décima-segunda e décima-terceira do contrato supra, referido no número primeiro, não teria autorgado com a ré o dito contrato.

21. Mantendo-se a ré na posse do «Campo de Golf N.º 2», está a causar prejuízos à autora em virtude de esta não poder dispor dele.

22. A ré pagou à autora aquilo que declarou dever pagar por força do contrato especificado em primeiro lugar, acima no número um, até ao final do ano de 1978, inclusive, não o tendo feito no primeiro trimestre de 1979 por a autora ter recusado o pagamento que a ré lhe ofereceu.

D)

MOTIVAÇÃO DE DIREITO

1. *Estabelecimento Comercial*

Sem entrar na polémica acerca da natureza do estabelecimento comercial (mera unidade comercial ou funcional, como quer Fernando Olavo em *Direito Comercial*, I, p. 283, universalidade de direito ou unidade jurídica, como quer Ferrer Correia em *Reivindicação do Estabelecimento Comercial como unidade jurídica* e Barbosa de Magalhães, *Do Estabelecimento Comercial*, organização, como ensina Ferrara, embora afastando-se as teorias da personalidade e da autonomia patrimonial que a nossa lei não permite acolher), já que tal polémica não tem interesse para a decisão do pleito, verifica-se que um estabelecimento comercial,

economicamente falando, pode ser integrado por elementos de três distintas naturezas.

E digo pode ser, porque a relação que se faça dos elementos que constituem o estabelecimento comercial é sempre exemplificativa ⁽¹⁾. Tais elementos variam de caso para caso: num caso, dado estabelecimento pode ser integrado por todos os elementos que irei apontar; noutro caso, dado estabelecimento será integrado só por alguns desses elementos; noutro, ainda, poderá encontrar-se um estabelecimento comercial só com um elemento ⁽²⁾ ou, ao menos, só com um elemento de cada grupo.

A meu ver, os elementos, que podem integrar um estabelecimento comercial, economicamente falando, podem classificar-se em *corpóreos*, *incorpóreos* e *qualidades*.

São elementos corpóreos os imóveis [a doutrina francesa, dos «fonds de commerce», que os excluía do estabelecimento comercial, nunca teve aplicação entre nós ⁽³⁾], a armação, as mercadorias, as matérias primas, as máquinas, os títulos de valores, etc.

São elementos incorpóreos as marcas os modelos, as patentes, direitos de monopólio (ou os monopólios de facto), os alvarás, os créditos, o nome e insígnia do estabelecimento, a firma, as relações com os fornecedores, as relações com os Bancos, as relações com o poder político, os contratos de trabalho, os contratos de representação, as relações de facto com interesse económico, etc.

São qualidades a «organização» de todos estes elementos corpóreos e incorpóreos, entre si, numa relação dinâmica e funcional entre eles (diferente da mera soma atomística de todos esses elementos), de tal sorte que os torna eficientes em ordem à produção de um resultado; e o «aviamento» que é a potencialidade deste conjunto produzir lucros futuros ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Jean Escarra, *Principes de Droit Commercial*, p. 277, n.º 459, do Tomo I.

⁽²⁾ Cfr. Jean Escarra, *Principes de Droit Commercial*, p. 427, n.º 431, b), do Tomo I.

⁽³⁾ Desde que este elemento só por si integre empresa capaz de produzir lucros.

⁽⁴⁾ J. Escarra *ob. cit.*, p. 482, n.º 463.

Juridicamente falando, o estabelecimento comercial é uma categoria intelectual que no mundo do direito corresponde ao descrito ente económico e que representa a já apontada unidade negocial ou funcional, universalidade de direito ou organização, consoante os autores. É uma categoria intelectual ou instituto graças ao qual o direito refere unitariamente, a descrita realidade económica (1).

Do exposto resulta este aspecto: o estabelecimento comercial não se confunde com cada um dos elementos económicos que o integram, nem, sequer, com um certo conjunto rigorosamente determinado (2). O facto de o estabelecimento comercial ser integrado hoje por determinado imóvel, determinada armação, certas mercadorias, este alvará, não impede que, amanhã, o estabelecimento continue a ser o mesmo ainda que mude de imóvel, substitua a armação, renove as mercadorias, se passe a dirigir a clientela de tipo diferente (v.g., o hotel vocacionado a receber milionários, que passa a captar excursões organizadas de operários em férias).

Esta consideração conduz à verificação de uma realidade da vida prática: a de que, em regra, existe para cada estabelecimento comercial um elemento (ou uns quantos elementos) que são os predominantes e que, melhor caracterizam o estabelecimento (3), (4). Num caso pode ser o próprio imóvel e a sua localização. Noutro caso podem ser as mercadorias. Noutro, um certo monopólio ou um segredo de fabrico. Ora é a este elemento ou a estes elementos preponderantes que há que olhar em ordem a caracterizar a existência e a vida do estabelecimento comercial. Esquecer o que é essencial e característico para discutir determinado aspecto secundário do estabelecimento comercial em apreço

(1) Cfr. Pinto Loureiro, *Tratado da Locação*, III, p. 142 e segts.

(2) Orlando Carvalho, in *Rev. de Leg. e de Jur.*, 115.º, p. 167.

(3) Jean Escarra, *ob. cit.*, p. 480, n.º 462.

(4) No acórdão da Relação de Évora de 7 de Julho de 1977, Bol. 271, p. 239, dá-se a estes elementos o nome de «elementos decisivos». Orlando de Carvalho, in *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, dá a este elementos e nome de essenciais, ou, em latim, *essentia*; os restantes elementos são os *maturalia* e os *accidentalia* ou *excepcionalia*.

será, assim, caminho certo para escamotear a verdade e a correcta visão dos problemas a resolver.

A lei portuguesa acolhe a noção de estabelecimento comercial, com o apontado sentido, nos artigos 118.º, § 3.º, do Código Comercial, 89.º al. k.) do Código do Notariado, 24.º do Código Comercial, e 55.º do Dec. n.º 5411, de 17 de Abril de 1919. Noutras disposições legais refere-se o estabelecimento comercial com outro sentido (artigos 425.º e 95.º do Código Comercial, 82.º e 603.º i), do Código de Processo Civil, 263.º, § único, do Código Comercial).

Para que exista um estabelecimento comercial não é necessário que a respectiva organização económica que serve de suporte ao ente jurídico esteja a funcionar, em movimento: basta que esteja *apto para entrar em movimento* (Ferrer Correia, *ob. cit.*, logo no seu início).

Na verdade, podem conceber-se, com fundamento no que a vida prática oferece, muitas hipóteses em que é indubitável que existe um estabelecimento comercial, juridicamente falando, sem que o estabelecimento comercial, como realidade económica, esteja a funcionar.

Será o caso de um hotel que só abra as suas portas na época balnear: mesmo no inverno entre duas épocas, estando fechado, continua a existir como estabelecimento comercial.

Será o caso de uma empresa cujo proprietário, por motivo de doença, fecha temporariamente as portas na esperança de vir a recobrar saúde e reabrir o negócio; até que, verificando que não mais terá saúde para o dirigir, resolve, sem retomar o funcionamento do estabelecimento, aliená-lo ou ceder a sua exploração. Apesar de não se encontrar em movimento, o estabelecimento comercial, alvo de um destes negócios, continua a ser uma realidade.

Será também o caso, tão frequente hoje em dia em que a vida económica é cada vez mais complexa e especializada, de quem se dedica profissionalmente a montar estabelecimentos comerciais (v.g., obtendo imóvel ou direito de o utilizar, instalando ali maquinismos e outra armação, obtendo o necessário alvará e outras licenças, comprando matérias primas ou outorgando contratos

para o seu fornecimento regular, contratando o crédito, estabelecendo ou contratando organização para a venda dos produtos, etc.), para, uma vez tudo organizado e apto a funcionar, os vender ou locar. É este o exemplo, real, de estabelecimentos «aptos a entrar em movimentos» a que se refere Ferrer Correia. Um estabelecimento assim pode ser objecto de negócios jurídicos.

Chega-se, assim, à conclusão de que *o estabelecimento comercial nasce ainda antes de entrar em funcionamento*. Ele nasce, como entidade económica e como entidade jurídica, logo que se encontre apto a funcionar. E isto acontece logo que se reúnem por forma organizada os elementos prodominantes (no sentido já apontado), necessários a esse funcionamento. Isto não exclui que posteriormente ao nascimento do estabelecimento comercial, como ente económico e jurídico, o mesmo seja melhorado, valorizado e fortalecido pelo acrescentamento de outros dos elementos, acima descritos, capazes de integrar o estabelecimento.

É a vida de todos os dias que nos apresenta casos de estabelecimentos comerciais (economicamente falando) que iniciam a sua vida com falhas, ainda sem clientela, tantas vezes ainda antes de licenciados; mas que, apesar destas deficiências, são desde logo uma realidade que o direito não pode ignorar, e que existem, juridicamente falando, como estabelecimentos comerciais, logo que reunidos organizadamente os respectivos elementos.

Tais estabelecimentos comerciais (juridicamente falando) não obstante se encontraram economicamente incompletos, são juridicamente existentes a actuais e, como tais, podem ser objecto de negócios jurídicos.

Antes do seu nascimento, o estabelecimento comercial (como realidade económica) pode ser uma *coisa futura*, no sentido que lhe dá o art.º 211.º, do Código Civil.

Tanto pode acontecer no caso de ainda não se encontrar construído nenhum dos vários elementos corpóreos que o hão-de integrar, nem obtido nenhum dos elementos incorpóreos; ou que só se tenham obtido alguns dos elementos predominantes; ou que os elementos não se encontrem ainda organizados.

Não obstante, como coisa futura, o estabelecimento comercial já pode ser objecto de negócios jurídicos, como flui nomeadamente dos artigos 880.º e 893.º do Código Civil, normas estas que, embora integradas no capítulo do contrato de compra e venda, são aplicáveis a outros contratos onerosos na medida em que sejam conformes com a sua natureza (art.º 939.º do Código Civil).

Há que marcar distinção entre estabelecimento comercial, no sentido acima descrito, e o de loja, armazém ou outro *local* em que o titular do estabelecimento comercial exerce o comércio ⁽¹⁾

O Código Comercial, aliás, emprega o termo estabelecimento, por vezes, no sentido de loja (Cfr. artigos 95.º, 114.º, n.º 2, e 263.º, § único).

Ora, tanto sucede que o comerciante possua um estabelecimento comercial com várias lojas, como sucede que um comerciante possua vários estabelecimentos comerciais, cada um deles prosseguindo uma actividade diferenciada e servido por uma distinta organização ⁽²⁾.

Em cada caso concreto poderá ser fácil apurar se a hipótese é de várias lojas do mesmo estabelecimento comercial ou de vários estabelecimentos comerciais. Em todo o caso, a linha orientadora é a apontada: diferenciação ou confusão de actividades e de organização.

O que também pode é suceder que dado comerciante, titular de um estabelecimento comercial com várias lojas (v.g., uma cadeia de supermercados), autonomize uma das lojas através de dado negócio jurídico, criando assim um novo estabelecimento comercial (v.g., a venda ou a locação de um dos supermercados da cadeia). Este negócio jurídico marca o nascimento de um novo estabelecimento, à semelhança da célula que se reproduz dividindo-se em duas.

O estabelecimento comercial é uma coisa móvel, nos termos do art.º 205.º, do Código Civil. Não é como seria tentador,

⁽¹⁾ Fernando Olavo, *ob. cit.*, pág. 261.

⁽²⁾ Pinto Loureiro, *Tratado da locação*, III, pág. 121.

uma coisa composta, já que esta noção só vale para as universalidades de facto integradas exclusivamente por coisas móveis, enquanto que o estabelecimento comercial é *universalidade de direito* e pode compreender imóveis. Isto mostra bem o carácter relativamente secundário do imóvel no estabelecimento comercial (mesmo que o imóvel seja, em dado estabelecimento, elemento preponderante) e explica porque o estabelecimento comercial continua a ser o mesmo quando se vai instalar noutro local, nomeadamente quando deixe de ser integrado pelo direito de propriedade sobre dado imóvel e passe a sê-lo pelo direito (de natureza obrigacional) ao arrendamento do mesmo ou de outro imóvel. É assim que o Código Civil, nos artigos 94.º, n.º 3, e 1682.º-A, n.º 1, contrapõe imóveis a estabelecimento comerciais como coisas distintas na sua natureza ⁽¹⁾, ⁽²⁾.

O estabelecimento comercial, como entidade económica, tem um *âmbito mínimo* integrado pelos seus elementos ou elemento predominante, decisivo ou essencial, como se lhe queira chamar, um *âmbito natural* integrado, além do mínimo, pelos elementos naturais que são os valores que naturalmenteacampanham o predominante, aqueles que o predominante naturalmente atrai e que só não farão parte do estabelecimento em caso de expressa exclusão (não sendo, por isso, necessário referi-los discriminada e expressamente para se considerarem abrangidas por negócio jurídico que respeita à empresa), e um *âmbito máximo* integrado, além do mínimo e natural, pelos elementos acidentais ou excepcionais (para estes já é necessário referi-los expressamente para se deverem considerar abrangidos por um negócio jurídico que respeite à empresa — Estabelecimento Comercial ⁽³⁾). Assim, num hotel, o âmbito mínimo será o local (seja em propriedade, seja em arrendamento) e certos móveis como as camas; no âmbito natural compreendem-se quadros que decorem os quartos; mas já só cabe no âmbito máximo o recheio de uma loja de objectos de ourivesaria existente na recepção.

⁽¹⁾ João de Matos, *Manuel do Arrendamento e do Aluguer*, I, 218 e 55.

⁽²⁾ Orlando de Carvalho, *loc. cit.*, pág.168.

⁽³⁾ Cfr. Orlando de Carvalho, *ob. cit.*, pág. 233.

2. CONTRATO DE CESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE ESTABELECIMENTO

O contrato de cessão de exploração do estabelecimento comercial caracteriza-se por elementos de ordem objectiva e de ordem subjectiva (intelectual-volitiva).

Mas antes de adiantar a sua caracterização, há que não esquecer que, acima de tudo, é um contrato inominado. Por isso, não tem que obedecer a um figurino fixo. São os contraentes que, ao abrigo do disposto no art.º 405.º do Código Civil, o desenharam. Daqui que as suas características sejam relativamente indefinidas e variáveis, caso por caso.

Como elemento objectivo, ocorre que a cessão de exploração do estabelecimento comercial é a cedência temporária e onerosa de um estabelecimento comercial, como universalidade jurídica, para que o cessionário o explore ⁽¹⁾.

Não é necessário que se inclua um imóvel no substrato económico desse entre jurídico que é o estabelecimento comercial.

A este propósito, a Jurisprudência tem caído em equívocos (Cfr. Acórdãos do Supremo de 14 de Junho de 1978, no *Boletim*, 278, pág. 178, e de 1 de Junho de 1973, no *Boletim*, 228, pág. 186), a que é levada pela redacção do art.º 1085.º do Código Civil.

Mas o que sucede é aparecer o art.º 1085.º, integrado na secção do Código Civil que versa o contrato de arrendamento, resolvendo, portanto, apenas questões referentes à cedência de imóveis; não está aquela disposição integrada na parte geral do contrato de locação, nem em capítulo ou secção que trate expressamente do contrato de cessão de exploração de estabelecimento comercial, que não existe.

Mais feliz é, assim, o Acórdão da Relação de Évora de 7 de Julho de 1977, *Boletim*, 271, pág. 289.

(1) Cfr. V. Lobo Xavier, *Parecer*, fls. 398 deste processo.

O que é necessário é que o tomador do estabelecimento continue a explorar o mesmo ramo do comércio ou indústria; de outro modo, o tomador ao explorar outra indústria ou comércio, cria outro estabelecimento comercial, desaparecendo o anterior. É este o sentido do art.º 1118.º n.º 2, a) do Código Civil.

E também é necessário que a cessão abranja os elementos predominantes do estabelecimento comercial. Mas já nada impede que os contraentes, ao abrigo da liberdade contratual, excluam elementos naturais do estabelecimento comercial ⁽¹⁾. E só por referência expressa no contrato este abrange os elementos excepcionais do estabelecimento comercial, é neste sentido que há que interpretar o art.º 1118.º, b) do Código Civil.

E o que sobretudo é necessário é que o cedido seja efectivamente um estabelecimento comercial, com o sentido já acima caracterizado. Pode ser objecto de contrato um estabelecimento comercial, apto a funcionar, embora nunca tenha funcionado. Pode ser objecto de contrato um estabelecimento comercial futuro, já que se podem negociar coisas futuras. Mas tem que ser um estabelecimento comercial. Não pode ser apenas um imóvel, embora se possa tratar de um estabelecimento comercial em que o imóvel seja o elemento predominante ou essencial. Tem que se estar na presença de uma organização capaz de produzir lucros, para além dos frutos, naturais ou civis, que o imóvel produz periodicamente. De outro modo, sendo unicamente um imóvel, fora de qualquer actividade organizada, ir-se-à necessariamente cair no contrato de arrendamento e no respectivo regime vinculativo, caso este regime seja compatível com a vontade das partes ao contratar; ou, caso o não seja, num negócio nulo, por falta de objecto (o estabelecimento), nos termos do disposto no art.º 280.º do Código Civil.

Por seu turno, o elemento subjectivo, de ordem intelectual-volitiva, que integra e caracteriza o contrato de cessão de explo-

⁽¹⁾ Cfr. o caso do Acórdão da Relação de Évora, de 7 de Julho de 1977, no *Boletim*, 271, pág. 289.

ração do estabelecimento comercial, é a representação que as partes fazem, ao contratar, de que o cedente se mantém na propriedade do estabelecimento comercial e continua interessado na vida, exploração e *aviamento* (isto é, na sua capacidade de continuar a produzir lucros, mesmo para além do termo temporal do contrato); de que o contrato é eminentemente temporário, podendo o cedente recuperar o estabelecimento comercial findo o prazo e devendo o tomador entregá-lo apto a continuar a funcionar; a consciência do tomador da precaridade da sua posição; a consciência do tomador de que as suas obrigações económicas e jurídicas, relacionadas com aquele estabelecimento, não vão além, nem para o passado nem para o futuro, do tempo marcado no contrato; e a vontade de que tudo isto seja assim e não de outro modo.

Este elemento intelectual-volitivo caracteriza a generalidade dos institutos jurídicos (já que se trata de categorias intelectuais humanas e não de coisas exteriores à mente do homem) e, por isso, deve ter-se presente e investigar-se ao decidir o que é, qual a natureza de um concreto contrato ou de um concreto negócio jurídica.

O contrato de cessão de exploração de estabelecimento comercial é um *contrato inominado* que, assim, se rege em primeiro lugar pelas regras que as partes fixaram, nos termos do art.º 405.º do Código Civil; depois, porque oneroso, e na medida em que isso seja compatível, pelas normas do contrato de compra e venda, nos termos do disposto no art.º 939.º do Código Civil; e, finalmente, pelas normas gerais que regulam as obrigações.

Assim este contrato não é nem de arrendamento, nem de alugar, nem misto ⁽¹⁾.

Que não é de arrendamento dispõe-o art.º 1085.º do Código Civil, e já resultava do art.º 1023.º do mesmo Código na medida em que o objecto do arrendamento é coisa imóvel e o estabelecimento comercial é coisa móvel, ainda que em dado momento se

⁽¹⁾ Fernando Olavo, *Direito Comercial*, I, p. 267, nota; Acórdão do Supremo de 1 de Junho de 1973, no *Boletim* 228 pág. 186; Vasco Lobo Xavier, *Parecer*, a fls. 398.

inclua no seu substrato económico o direito de propriedade ou outro direito real sobre o imóvel.

Mas também não é de aluguer, porque na cessão de exploração quer o cedente quer o cessionário ficam directamente interessados na boa exploração do negócio em empresa, de sorte a pelo menos manter o aviamento; o interesse do cedente não é apenas o de receber uma renda ou aluguer, mas também o de que a empresa funcione bem, mantendo-se ou aumentando o seu aviamento, e vindo a recebê-la produtiva no termo do contrato. Concomitantemente existe obrigação do cessionário nesse sentido, o que em muito ultrapassa as obrigações enumeradas no art.º 1038.º do Código Civil.

E, finalmente, não é um contrato misto porque não tem por objecto cada um dos elementos corpóreos (móveis e imóveis) e incorpóreos que integram o substrato económico da empresa, mas sim o estabelecimento comercial como um todo, incluindo os seus elementos qualitativos que não estão ligados a qualquer das partes, mas apenas ao todo (¹).

Mas a *distinção* entre a cessão de exploração de uma empresa e as figuras afins faz-se, também, por recurso ao momento intelectual-volitivo que caracteriza a cessão de exploração e que é peculiar, como acima ficou dito.

É a peculiaridade deste momento que, em regra, constituirá obstáculo intransponível à conversão da cessão de exploração de empresa, nula ou anulada, em contrato afim, v.g., no arrendamento, como aliás se dispõe no art. 293.º do Código Civil. A afinidade nos contratos ora referida é muito apartada, em especial tendo em consideração o momento intelectual-volitivo de tais contratos.

É por isto que constituiria autêntica violência transformar esse contrato em arrendamento, privando o proprietário do estabelecimento, que ele não alienou, e convertendo em perpétuo um negócio jurídico feito por tempo determinado (²).

(¹) Cfr. Acórdão do Supremo de 1 Junho de 1973, in *Rev. Tribunais*, 92, pág. 117 e seguintes.

(²) José G. Sá Carneiro, in *Rev. Tribunais*, ano 92.º, pág. 127.

Desta sorte, é a esta luz que há que interpretar cuidadosamente o dispositivo no art.º 1085.º, n.º 2 do Código Civil, distinguindo os casos de cessão de exploração nula dos casos em que efectivamente se justifique a aplicação do regime vinculado ou vinculístico do arrendamento; estes serão, em principio, apenas aqueles *em que* não existe estabelecimento comercial (ainda que como coisa futura) e se lançou mão do contrato de cessão de estabelecimento com o intuito de defraudar a lei e o que se dispõe nela acerca da renovação obrigatória do contrato de arrendamento; ou *em que*, concomitantemente com a cessão, se desmantela o estabelecimento comercial só se transmitindo ao cessionário o direito a utilizar dado imóvel ⁽¹⁾; ou *em que* o cessionário ponha termo à anterior empresa e levante ou construa outra, com o conhecimento e sem reacção do cedente.

Só para os casos agora referidos vale o disposto no art. 1085.º, n.º 2, do Código Civil.

Para os casos de nulidade é aplicável o regime estabelecimento nos artigos 285.º e seguintes do Código Civil. Neste sentido, o Acórdão do Supremo de 24 de Junho de 1975, no *Boletim* 248, pág. 439 e seguintes, seguiu o caminho correcto ⁽²⁾.

A propósito escreveu J. G. Sá Carneiro, *Rev. dos Tribunais*, ano 92.º, pág. 125:

«Não deve, porém, ter sido intento do legislador — isso constituiria violência inaudita — desvirtuar a vontade das partes, obrigando a julgar como de arrendamento contratos em que os outorgantes excluíram a natureza locativa. O princípio da autonomia da vontade é fundamental no comércio da vida privada».

Confira-se, ainda, Ferrer Correia, *ob. cit.*, pág. 265 a 268, nota 2, para caso semelhante.

⁽¹⁾ Mas sem esquecer que continua a haver estabelecimento comercial ainda que se não cedam alguns dos elementos não predominantes da empresa, como é o caso das mercadorias apreciado no Acórdão da Relação de Évora de 7 de Julho de 1977, *Boletim* 271, pág. 289.

⁽²⁾ Cfr. as anotações feitas a este acórdão por Vaz Serra e Orlando de Carvalho, na *Rev. de Leg. e Jur.*, respectivamente nos anos 109, pág. 230 e segts. e 110, pág. 311 e segts.

FORMA DO CONTRATO DE CESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE EMPRESA. CONSEQUÊNCIAS DA SUA NÃO OBSERVÂNCIA

O contrato de cessão de exploração de estabelecimento comercial tem de ser celebrado por escritura pública — art.º 89.º, k) do Código do Notariado.

Trata-se uma formalidade *ad substantiam* pelo que aquele documento não pode ser substituído — art.º 364.º do Código Civil.

Por consequência, é nulo o contrato de cessão de estabelecimento comercial que seja celebrado em simples documento particular — art. 220.º do Código Civil.

[Cfr. os Acórdãos do Supremo de 15 de Dezembro de 1977, no *Boletim* 272, pág. 196 e segts., de 28 de Outubro de 1975, no *Boletim* 250, pág. 159 e segts. (¹); e da Relação do Porto, de 11 de Outubro de 1974, no *Boletim*, 240, pág. 276].

A declaração de nulidade obriga à restituição de tudo o que tiver sido prestado. Assim, se na execução de um contrato de cessão de exploração de estabelecimento comercial o cedente entregou ao cessionário dada empresa, deve este restituí-la àquele — art.º 289.º do Código Civil (Cfr., também, os artigos 473.º, 479.º e 480.º, do mesmo Código).

Apesar de a declaração de nulidade ter efeito retroactivo (art.º 289.º do Código Civil) não é possível levar a obrigação até às últimas consequências: não é possível apagar o facto de o cessionário ter detido o estabelecimento comercial entretanto; e, em contrapartida, não está o cedente obrigado a restituir ao cessionário o preço entretanto recebido correspondente a esse tempo. Isto é o que resulta do art.º 289.º, 1, *in fine* do Código Civil, funcionando o preço ou renda como valor correspondente à referida detenção.

«O contrato nulo é um nada jurídico sem virtualidade para modificar a situação de direito preexistente», como se escreve no

(¹) Anotados por Vaz Serra, in *Rev. de Leg. e Jur.* 110.º, pág 311, e *Rev. dos Tribunais*, 94.º, pág. 60.

Acórdão do Supremo de 28 de Outubro de 1975, no *Boletim* 250, pág. 159 e segts.

Quer isto dizer que tudo se passa, desde o seu início, sem necessidade sequer de qualquer declaração judicial, como se não tivesse havia contrato. O direito, tendo sido celebrado contrato de cessão de estabelecimento comercial nulo por falta de forma, é que o estabelecimento continue na posse e detenção do cedente. A detenção pelo cessionário é ilegítima, porque destituída de causa. O cessionário deve abster-se de tomar conta da empresa ou, se o fizer, deve restituí-la ao cedente, ao menos quando este o pedir. Se o cessionário não proceder àquela restituição ofende o direito do cedente com fundamento no qual a cessão (nula) foi contratada, seja o direito de propriedade sobre o estabelecimento, seja a posse, seja outro direito real. E assiste ao cedente o direito de reivindicar o estabelecimento, ao abrigo do disposto nos artigos 1311.º e 1315.º do Código Civil ⁽¹⁾, bem como o de exigir indemnização pela ofensa a esse direito, nos termos do disposto no art.º 483.º do Código Civil ⁽²⁾. O direito do lesado à indemnização reporta-se a todo o tempo em que dura a sua ofensa, isto é, não nasce apenas com a interpelação do lesante para restituir a empresa, atento o disposto no art.º 805.º, n.º 2, b), do Código Civil.

3. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ

Nos termos do disposto nos artigos 456.º e 457.º do Código de Processo Civil, bem como no artigo 208.º do Código das Custas Judiciais, litiga de má fé, ficando sujeito às obrigações de pagar multa e de indemnizar a parte contrária, aquele que conscientemente altera a verdade dos factos com o fim de conseguir um objectivo ilegal, ou de entorpecer a acção da justiça, ou de impedir a descoberta da verdade.

⁽¹⁾ Cfr. Ferrer Correia, *ob. cit.* pág. 255 e segts.

⁽²⁾ Cfr. o citado Acórdão do Supremo, de 28 de Outubro de 1975.

E)

SUBSUNÇÃO

1. A autora «Lusotur» é dona de um importante estabelecimento comercial, que explora o turismo, na Quinta da Quarteira, nesta Comarca de Loulé, notoriamente conhecido por «Vilamoura». É o que resulta dos pontos de facto dois e três.

Dentro dessa grande organização que é «Vilamoura», os vários polos de atracção da clientela existente no local (Quinta da Quarteira) em que a autora exerce a sua actividade (alojamentos, locais de desporto, locais de divertimento, todos da mais diversa natureza, estabelecimentos da venda de produtos e, até, centros agrícolas de produção de alimentos para serem consumidos pelas pessoas que demandam os locais), confundem-se todos no seio dessa organização por prosseguirem a mesma actividade ou ramo de comércio, a saber, a exploração do turismo ⁽¹⁾.

Nesta ordem de ideias, o «Campo de Golf N.º 2» (tal como o «Campo de Golf N.º 1»), ou os «Campos de Ténis», ou a «Marinha», enquanto mantidos sob a directa exploração da autora, não constituem estabelecimentos comerciais autónomas, mas como que diversas lojas da mesma empresa. Durante este tempo, qualquer desses polos constitui um estabelecimento comercial no sentido apontado no art.º 95.º do Código Comercial, mas não no acima descrito, de empresa, universalidade jurídica. A empresa é «Vilamoura», no seu conjunto, como organização económica que explora a indústria turística.

O «Campo de Golf N.º 2» só se autonomizou como estabelecimento comercial autónomo de «Vilamoura» quando, por efeito de um acto jurídico, a sua exploração passou para as mãos de outra entidade.

Assim, a averiguação a fazer acerca da existência ou não de um estabelecimento comercial denominado «Campo de Golf N.º 2» tem de ser feita com referência a um concreto momento.

(1) Cfr. cláusula 13. do contrato, que bem traduz esta realidade.

Este momento é aquele em que as partes acordaram como sendo o de início do contrato.

Conjugando as cláusulas quinta, décima-quinta e quarta do contrato, referido no ponto um da motivação de facto, conclui-se que o contrato celebrado entre a autora e a ré era para ter o início da sua vigência em 1 de Outubro de 1976, data em que deveria encontrar-se concluída uma casa de apoio ao campo, provisória; mas admitindo-se, desde logo, a hipótese de tal casa ficar pronta em data posterior e que, neste caso, a vigência do contrato só se iniciaria com este facto. De qualquer modo verifica-se pelo documento de fls. 358 que a casa de apoio ficou pronta ou no dia 1 de Outubro de 1976 ou, ao menos, durante esse mês, já que a ré pagou à autora o preço da cessão com referência também a esse mês de Outubro ⁽¹⁾.

Ora, o elemento predominante, decisivo ou essencial (como se lhe queira chamar) de um estabelecimento comercial de Campo Golf é indubitavelmente o próprio campo devidamente nivelado e arrelvado em ordem a ser possível a prática daquele jogo ou desporto. Em estabelecimento comercial deste tipo nada mais é essencial, predominante. O que é preciso é que se não esteja apenas em presença de um vulgar terreno rústico, de um vulgar prado; o que é preciso é que o prédio rústico tenha sido preparado com um certo nivelamento (que, aliás, comporta determinadas ondulações de terreno) de solo adequado ao suporte da relva, arrelvamento (de vários tipos consoante as zonas), sistema de regra adequado ⁽²⁾.

Ora, vê-se pelo ponto de facto dezoito que um campo nestas condições já existia não só à data do início do contrato, mas logo à data em que foi celebrado. Aliás, pelos documentos de fls. 357 e 356, até se sabe que o campo já existia com as aludidas características no princípio desse ano de 1976. E da carta da própria ré de fls. 351 e segts., especialmente a fl. 353, alcança-se que já

(1) Cfr. documentos de folhas 71 e 72, em que a ré confessa, a fls. 72, que o campo começou a funcionar em Outubro de 1976.

(2) É intuitivo que um campo de golf leva muitos meses a construir; se a partir de Outubro de 1976 este campo já produz receita — que a ré pagou à autora — é sinal seguro de que não foi a ré quem o construiu, ao contrário do que sustentou na tréplica.

em Setembro de 1975 o «Campo de Golf N.º 2» era uma realidade existente, não um bem futuro, apto a funcionar. E o mesmo se conclui do próprio contrato celebrado entre a autora e a ré, de cuja cláusulas primeira e segunda, se conclui que o campo de golf propriamente dito já estava então, a 27 de Agosto de 1976, pronto, só faltando, a essa data, nivelar e arrelvar o campo de prática; mas mesmo este foi objecto do contrato como coisa futura.

Para que este «Campo de Golf N.º 2» pudesse ser autonomizado como um estabelecimento comercial, por meio de um acto jurídico, nada mais era necessário existir que este elemento predominante; é que um campo de golf apto a ser jogado é só por si um ente económico capaz de produzir lucros e não meros frutos.

Foi, aliás, nestes termos que a lide foi colocada quer pelo Mm.º Juiz do processo (fls. 98 e V.º), quer pela Relação de Évora (fls. 196, linhas 8 a 12).

De qualquer modo, quando se iniciou a vigência do contrato não existia apenas o elemento predominante.

Existiam também os elementos naturais do campo de golf.

Isso resulta do próprio contrato, não obstante a desnecessidade de ali se lhes fazer referência, já que os elementos naturais acompanham sempre o preponderante, salvo expressa exclusão.

Na verdade, na cláusula catorze, alínea a) do contrato faz-se expressa referência à inclusão no contrato de «todo o equipamento». O modo como a referência aparece é, aliás, bem significativo do carácter de elemento natural de tal equipamento. E mostra que o cedido não foi apenas um campo de golf, mas um campo de golf equipado, assumindo, até, a autora a obrigação de conservar o equipamento deteriorado por um uso normal e prudente.

É certo — ponto catorze de facto — que a certa altura, já no decurso do contrato, a ré adquiriu «mais caixas para o lixo, copos, bandeiras, bandeiras e bases». Mas o termo «mais» significa que antes da aquisição já havia, ou tinha havido, estes elementos naturais do campo. É preciso ter em atenção as realidades da vida, que se não podem ignorar. Mesmo com uso prudente o equipamento deteriora-se e tem de ser renovado. Além de que se trata de equipamento espalhado pelo campo, ao longo de um percurso de vários quilómetros, e que é impossível evitar que seja

furtado, pelo que há que o substituir. Mas o mais significativo deste ponto é o facto de a ré ter debitado este material à autora, o que bem mostra que era à autora, no entender da própria ré, que incumbia fornecê-lo. Ora, tal só se compreende sendo a prestação da autora não apenas um prédio rústico, mas a empresa campo de golf.

Outro elemento natural de um campo de golf, como estabelecimento comercial, e, até, necessário para a exploração do campo em termos turísticos, é a existência de uma casa de apoio que funcione como escritório e balneário. Ora, provou-se que a autora, com o campo, entregou também a casa de apoio, os móveis de escritório e equipamento para balneário (chuveiro e convectores) — ponto de facto dezanove. É certo que a casa de apoio não estava ainda construída quando o contrato foi celebrado. Mas, não é este o momento que conta (até porque é lícito negociar coisas futuras). O que conta é o momento do início do contrato; e tal momento, por força do próprio contrato, só aconteceu depois da casa de apoio pronta.

Sabe-se que a ré adquiriu «trolleys» para uso no campo; e que instalou um bar na casa de apoio, para o que adquiriu material diverso. Ora, tudo isto não integra o conceito de elemento preponderante, nem o de natural, do estabelecimento comercial de campo de golf. Trata-se claramente de elementos excepcionais que, como tais, não fazem, em princípio, parte de um tal estabelecimento. Os «trolleys» são apetrechos com rodas para os jogadores transportarem os sacos com os seus tacos; e é certo que tal transporte pode ser feito pelos jogadores, às costas, ou por rapazes que a isso se dedicam, os «cadies». E quanto ao bar é isso bem evidente, não necessitando de explicação. Aliás, o carácter acessório do bar resulta claramente da cláusula nona do contrato em que, precisamente porque não caberia à autora fornecê-lo à ré pronto a funcionar, se prevê uma participação da autora nos respectivos lucros de apenas dez por cento, em vez dos cinquenta por cento das receitas próprias do estabelecimento campo de golf.

A clientela não é propriamente um elemento do estabelecimento comercial, mas uma sua qualidade. A clientela não é pertença de uma empresa assim como os servos da gleba estavam, antigamente, adstritos a certo prédio. A clientela é uma quali-

dade da empresa, resultante da sua maior ou menor capacidade de atrair as pessoas a adquirir o produto.

Mas esta qualidade já o campo de golf n.º 2 possuía, potencialmente, ainda antes de entrar em funcionamento. É notório que é a própria existência do conjunto denominado «Vilamoura», com todos os serviços aí existentes, a existência no mesmo local de dois campos de golf (e de mais dois na mesma área, um em «Vale de Lobo» e outro na «Quinta do Lago», ambos no Concelho de Loulé), de outros desportos, de certo clima famoso, de possibilidades de alojamento cómodo, a existência de diversões, o que mais atrai a clientela: as pessoas acorrem a «Vilamoura» não só pela existência de um «Campo de Golf N.º 2» mas, principalmente, pelo conjunto ⁽¹⁾. É a esta Luz que se deve interpretar o ponto de facto dezassete: a ré angariou parte da clientela. Mas isto mesmo é o que em regra acontece com qualquer cessionário da exploração de qualquer empresa, sem que daí se possa concluir que foi o cessionário quem criou a empresa.

Do contrato que a autora e a ré celebraram também se conclui, pela cláusula décima-quarta, alínea *a*), que o «Campo de Golf N.º 2», além de equipado, tinha pessoal a ele adstrito, nomeadamente para efeitos de o regar, adubar, etc., nomeadamente na medida em que se contratou que as despesas com esse pessoal ficavam por conta da autora. Nem podia ser de outro modo, já que a manutenção do campo, por tanto tempo, implica necessariamente a existência de pessoal e de sofisticada maquinaria.

Este campo também tem um nome comercial, pelo qual desde sempre foi designado, e o mais conveniente a vincar a sua existência no seio de uma zona turística maior: o de «Campo de Golf N.º 2», como parece designado em todos os documentos juntos aos autos e no contrato celebrado entre a autora e a ré.

Tudo isto mostra que, à data do início de vigência do contrato, a autora entregou à ré um conjunto organizado, em que o campo de golf propriamente dito é o elemento predominante, apto a funcionar, com capacidade para atrair clientela e produzir lucros.

⁽¹⁾ Resulta da cláusula 13.ª do contrato que uma parte da clientela provém do resto do complexo de Vilamoura.

Isto é tão claro e evidente que até custa a crer que algum dia tenha sido negado.

O que a autora entregou à ré está bem longe de ser porque é muito mais do que um simples prédio rústico bom para nele se fazer uma qualquer sementeira colhendo-se os respectivos frutos; ou mais do que uma amálgama desorganizada, e não relacionada entre si, de bens de diversa natureza.

A ré alegou que só recebeu um prédio rústico, não nivelado, nem arrelvado (artigos 10.º e 11.º da tréplica, a fls. 62 v.º) tendo sido a ré quem criou o estabelecimento comercial, tudo tendo adquirido e feito. Mas, como se disse, a verdade é ter sido a autora quem construiu o campo de golf, sempre o conservou, mesmo na pendência do contrato, o equipou com os elementos naturais de tal tipo de estabelecimento; tudo em zona turística por si criada e capaz de atrair, pelas suas qualidades, clientela. É assim que são significativas as respostas aos quesitos quarto, quinto, nono, décimo-primeiro, décimo-segundo, décimo-terceiro e vigésimo-quarto, pelos quais se indagava se tinha sido a ré quem levantou a empresa, e que mereceram ou resposta negativa (negativa esta que se revesta de significado na medida em que por outras respostas se conclui ter sido a autora que participou os respectivos factos) ou resposta com sentido que exclui a construção da empresa pela ré.

Em conclusão, a autora construiu uma entidade ou um subtrato económico, capaz de produzir lucros, organizado; que entregou à ré, e que pelo contrato celebrado entre ambas foi autonomizado, dando lugar ao nascimento de um novo estabelecimento comercial, já antes apto a funcionar.

À data do início da vigência do contrato nasceu por obra da autora, um estabelecimento comercial.

2. Desta sorte, o contrato celebrado entre a autora e a ré é efectivamente um contrato de cessão de estabelecimento comercial.

É que teve por objecto a cedência, temporária e onerosa, de um novo estabelecimento comercial, por força desse mesmo contrato parido do ventre de «Vilamoura», onde imediatamente antes já existia apto a entrar em funcionamento.

Além deste aspecto objectivo, resulta de modo muito claro a ocorrência do elemento intelectual-volitivo próprio do contrato de cessão de exploração de estabelecimento comercial.

Veja-se, neste sentido, o título de «Cessão de Exploração» dado pelas partes ao contrato o que, embora não decisivo, já que em direito as coisas são o que são segundo a sua natureza e não aquilo que se lhes chama, é actualmente significativo quando os contraentes são duas sociedades comerciais, altamente organizadas, com contencioso e consultadoria jurídica.

Depois, há toda a redacção dada ao contrato, com propriedade de linguagem jurídica, a revelar conhecimento e consciência do que se faz.

A seguir, a cláusula primeira em que, muito para além de uma nome, se diz expressamente que o que se cede é a «exploração comercial do campo de golf».

E, principalmente, a regulamentação cuidada e muito pormenorizada, da duração do contrato e da recuperação da exploração cedida pela autora findos certos prazos.

A confirmar esta intenção e consciência da não renovação obrigatória (para a autora) do contrato, temos o documento de fls. 351 e segts., em que a fls. 354, a ré expressamente exclui «a modalidade de arrendamento», bem como os de fls. 73 e 74, também da ré, em que esta expressamente revela a sua consciência do carácter, eminentemente limitado no tempo, do contrato celebrado. E, agora pelo lado da autora, a mesma consciência e vontade revela-se no ponto de facto vinte, pelo qual se apurou que a autora não teria contratado se o contrato não fosse de duração limitada no tempo e não pudesse ela receber de novo a detenção da empresa findo o tempo contratado (1).

Em conclusão, o contrato celebrado entre a autora e a ré, pelo seu objecto e pela sua subjectividade (momento intelectual-volitivo) foi um contrato de cessão de exploração de estabelecimento comercial.

(1) E também tem relevo o ponto de facto cinco, pelo qual se conclui que as partes quiseram, consciente e efectivamente, vincular-se a um contrato não renovável, denunciável, de duração limitada no tempo.

3. Importa, a este ponto chegados, desfazer um equívoco.

A questão que se põe no processo não é a de saber se as partes quiseram celebrar, e celebraram, um contrato de cessão de exploração de empresa ou de arrendamento. Só esta questão se poderia resolver favoravelmente à ré, no sentido no arrendamento. E a questão não pode ser esta porque é perfeitamente claro, porque resulta do contrato celebrado, e não pode ser sofismado, que as partes quiserem celebrar um contrato de cessão de estabelecimento comercial.

A questão que se põe é apenas a de saber se à data do início da vigência do contrato existia ou não *empresa*. Mas esta questão só se pode resolver no sentido ou da existência da cessão ou de não haver nada por carência de objecto.

Não é lícito ir transformar um contrato sobre bem móvel (a empresa) em contrato sobre imóvel (o prédio), um contrato eminentemente limitado no tempo em contrato de renovação obrigatória, e indefinida ou ilimitada; contra aquilo que as partes expressas representaram, declararam e quiseram. Uma tal inaudita violência não a acolhe o direito — que, pelo contrário, faz da vontade das partes pedra basilar — versando o art. 1085.º, n.º 2, do Código Civil hipótese bem diferentes, como *supra* ficou referido (¹).

Mas num outro sentido é esta acção, por parte da ré, um equívoco: em regra, a tese do arrendamento em vez de cessão é apresentada por quem é apanhado de surpresa com a não renovação do contrato que não esperava, por o contrato ser omissivo e esse respeito (só se fixando nele um prazo, sem mais). Mas esse não é o caso dos autos em que pormenorizadamente se fixou o termo do contrato, até, a possibilidade de a autora rescindir unilateralmente o contrato antes do prazo e sem qualquer justificação!

4. Porque o contrato da cessão de exploração de estabelecimento comercial celebrado entre a autora e a ré não foi redu-

(¹) Também o que se escreveu a fls. 174 v.º representa equívoco. O mais que o instituto do abuso de direito poderia autorizar seria considerar o contrato inválido; mas, mesmo neste caso, é denunciável pela autora, como foi. O instituto do abuso do direito nunca poderia fundamentar a conversão em arrendamento.

zido a escritura pública é o mesmo nulo, por força das disposições legais supracitadas.

5. Como consequência da nulidade do contrato está a ré obrigada a restituir à autora, imediatamente, tudo quanto dela recebeu, ou seja a empresa «Campo de Golf N.º 2», incluindo todo o equipamento e a casa de apoio.

6. De resto a obrigação de entregar esta empresa comercial à autora também resulta do facto de ser a autora a dona de todo o empreendimento turístico de «Vilamoura», em que o «Campo de Golf N.º 2» se integra (pontos de facto dois e três), carecendo a ré de título ou causa da sua detenção.

7. Ao manter-se na detenção desta empresa que é o «Campo de Golf N.º 2», sem causa justificativa, contra a vontade da autora que a faz citar para esta acção, a ré ofendeu o direito de propriedade da autora (¹) e, por este ilícito constituiu-se na obrigação de a indemnizar pelos prejuízos que lhe causou, desde a citação (pelo menos), ocorrida a 17 de Janeiro de 1979, até à restituição da empresa (pontos de facto vinte e vinte e um).

Nem seria tolerável que a ré continuasse a explorar gratuitamente a empresa, de mais a mais suportando a autora as despesas de manutenção do campo de golf.

Não era possível, à data da petição inicial, nem é possível ainda, determinar o *quantum* de tais prejuízos, até porque eles são os que decorrem entre a citação e a devolução da empresa à autora. Assim, tais prejuízos, no seu montante, deverão ser fixados em execução de sentença, nos termos do disposto nos artigos 471.º n.º 1, b) e 661.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

8. Ao sustentar que a autora apenas lhe cedeu um prédio rústico que nem sequer estava nivelado e relvado (artigos décimo

(¹) E também violou a obrigação imposta pela art. 289.º do Código Civil, já que a nulidade afecta o acto sem necessidade de ser declarada pelo Juiz, isto é, desde o seu nascimento.

e décimo-primeiro da tréplica) a ré deformou conscientemente a verdade, pois que bem saiba que o campo de golf estava apto a funcionar quando o recebeu, devidamente nivelado e relvado; a ré conscientemente deturpou a verdade, estendendo, na afirmação que fez, ao campo de golf o que só era verdadeiro para o campo de prática.

Com esta atitude a ré lançou a confusão no processo, já que a averiguação da verdade desta matéria passou a ser considerada o ponto fulcral da lide (Cfr. fls. 98 e V.º, e 196, V.º, linhas 1 a 12).

Assim, a ré agiu com má fé, deve pagar uma multa e indemnizar a autora.

Quanto ao último ponto, fixarei a respectiva indemnização em despacho posterior, depois de ouvidas as partes, nos termos do disposto no art. 457.º do Código de Processo Civil.

9. Assim, procedem todos os pedidos principais da autora, ficando prejudicada a apreciação dos pedidos subsidiários.

F)

DECISÃO

Pelo exposto:

- a) — Julgo a acção procedente e, como consequência, declaro que o contrato denominado de «Cessão de Exploração», celebrado entre a autora e a ré, a 27 de Agosto de 1976, titulado pelo escrito particular de fls. 5 e 6, é nulo;
- b) — Condeno a ré a abrir mão e a entregar à autora o estabelecimento comercial «Campo de Golf N.º 2», incluindo o equipamento e a casa de apoio que o integram;
- c) — Condeno a ré a pagar à autora indemnização pelos prejuízos que lhe causou com a detenção do referido estabelecimento comercial, desde 16 de Janeiro de 1979 e

até à efectiva restituição da mesma empresa, a liquidar em execução de seneça;

- d) — Condeno a ré no pagamento das custas;
- e) — O valor do processo, para efeitos das custas, por impossibilidade de se chegar a outro mais ajustado ao volume dos interesses económicos em litígio, fica por enquanto fixado no acordado pelas partes, mas sem prejuízo do disposto no art. 121.º do Código das Custas;
- f) — Em todo o caso, atendemos à especial complexidade da causa, que esta sentença traduz, elevo o imposto de justiça devido em vinte por cento, nos termos do art. 51.º do Código das Custas;
- g) — Fixo a procuradoria em cem mil escudos;
- h) — Condeno a ré, como litigante de má fé, a pagar a multa de quarenta mil escudos;
- i) — Condeno a ré, ainda como litigante de má fé, a pagar à autora indemnização que fixarei por posterior despacho (que ficará a fazer parte desta sentença) depois de ouvidas as partes que, para o efeito, se deverão pronunciar no prazo de cinco dias, a contar da notificação desta sentença, voltando-me então os autos conclusos.
- j) — Ordeno que esta sentença seja registada e notificada.

Faro, 6 de Maio de 1983

a) A. de Sousa Inês