

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

ACÓRDÃO DE 29 DE MARÇO DE 1984

CONTRATO DE ARRENDAMENTO CESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE ESTABELECIMENTO (*)

SUMÁRIO

I — Não pode ser qualificado como arrendamento o contrato em que seja indeterminada a retribuição a pagar pelo utilizador do imóvel.

II — Não tem essa natureza o contrato por via do qual uma das partes cedeu à outra a exploração comercial de um campo de golf pelo prazo de 10 anos, mediante o pagamento de 50% da receita bruta, com a faculdade de ser denunciado pela cedente depois de 4 anos de vigência, verificado certo condicionalismo.

III — Pode ser objecto de contrato de cessão de exploração o estabelecimento comercial que ainda não tinha entrado em funcionamento, desde que disponha de todos os elementos que devam integrá-lo, ou se, faltando alguns elementos, não forem essenciais.

LUSOTUR — intentou na Comarca de Loulé acção com o processo ordinário contra

AMASATUR — a fim de obter a declaração de nulidade do contrato entre ambas celebrado em 27 de Agosto de 1976 e

(*) *Col. de Jur.* Ano IX — 1984 — Tomo 2, pág. 278 e segts. e *Rev. do Notariado*, 1985/1, pág. 84 e segts.

designado por «cessão de exploração», tendo por objecto o Campo de Golf n.º 2, integrado no empreendimento turístico de Vila-moura pretencente à Autora.

Como fundamento do pedido alegou a A, em resumo, que o contrato não foi celebrado por escritura pública, exigida na alínea *k*) do artigo 89.º do Código no Notariado, pelo que é nulo, nos termos do art. 220.º do Código Civil e que, mesmo que assim não fosse, sempre seria nulo face ao disposto no art. 280.º do Código Civil, por serem indetermináveis algumas das obrigações nele estipuladas.

Realizado o julgamento, foi o contrato declarado nulo por falta de forma e a ré condenada a indemnizar a Autora pelos prejuízos sofridos, a liquidar em execução de sentença, como fora pedido na réplica, tendo, ainda sido condenada como litigante de má fé.

Recorreu a Ré, que na sua alegação formulou as seguintes conclusões:

OMISSIS

(vid. Sentença da 1.ª Instância)

Tudo visto cumpre decidir

Consta da especificação que, em documento datado de 27 de Agosto de 1976, com as chancelas da Autora e da Ré e rubricas ilegíveis por baixo das firmas, e intitulado Cessão de exploração», exararam as partes as seguintes cláusulas:

OMISSIS

Vide *Supra* a reprodução destas clausulas contratuais, na Sentença da 1.ª Instância.

Figuram ainda na especificação os seguintes factos:

- o documento onde se encontram exaradas as transcritas cláusulas foi subscrito por representantes da A. e da Ré;
- a A. é uma sociedade comercial anónima que se dedica ao comércio e indústria, tendo por objecto o estudo e a realização

de investimento para fins turísticos, incluindo a compra e venda e desenvolvimento de sociedades, nomeadamente a promoção do aproveitamento turístico da Quinta da Quarteira, Algarve;

— neste empreendimento, vulgarmente conhecido por empreendimento turístico de Vilamoura, a A. terá 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;

— A Ré foi constituída por escritura pública de 30 de Setembro de 1972, tendo-lhe sido fixado como objecto social a realização de empreendimentos turísticos, nomeadamente a exploração de um hotel integrado no complexo turístico de Vilamoura;

— na altura da celebração do contrato a casa de apoio não estava construída;

— foi vontade da A. e da Ré celebrarem contrato válido;

— A. e R. qualificaram de «comissão» as retribuições da R. à A., constantes do documento atrás transcrito.

O objecto do presente recurso, tal como emerge das conclusões da alegação da recorrente, circunscreve-se à qualificação jurídica do contrato celebrado pelas partes e à apreciação da condenação da R. como litigante de má fé.

Nos termos do artigo 1022.º do Código Civil: «Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição».

Afastando-se das correspondentes disposições do Código Civil de 1867 — artigo 1595.º — e do Decreto n.º 5.411 — artigo 1.º — a definição actual não se refere a «certa» retribuição ou a «determinada» retribuição, o que pode levar a pensar que a retribuição do locador poderá ser indeterminada.

Mas não é essa a posição que temos por correcta.

Galvão Telles — *Arrendamento*, lições 1944 — 1945, pág. 97 — ao analisar a definição dada pelo artigo 1.º do decreto n.º 5411, então em vigor, afirmava a certo passo: «A renda portanto, tem de ser conhecida de antemão, tem de estar fixada, de outro modo poderá celebrar-se um contrato válido, mas esse contrato será de sociedade ou inominado, não de arrendamento.

Assim acontecerá se se estabelecer como retribuição uma quota de frutos, uma percentagem de lucros, etc.».

E acrescentava: «Mas com a ideia de determinação da renda não colide propriamente uma tal ou qual variabilidade, como acontecerá se se estipular que se pagará certa quantia até dada época e daí em diante outra quantia. Num caso destes já se sabe com antecipação qual a renda em relação a cada um ds períodos».

E concluía por propor, como mais rigorosa a seguinte definição: «Contrato de arrendamento é aquele pelo qual alguém concede a outrem, mediante retribuição determinada, o gozo total ou parcial de uma coisa imóvel».

Sugeria ainda, que, em vez de «concede» poderia dizer-se «obriga-se a proporcionar».

Incumbido de elaborar o ante-projecto de novo Código Civil, na parte, referente aos contratos em especial, é da sua autoria o ante-projecto relativo à *locação*-Bol. 13, pág. 27 e seguintes — em cujo artigo 1.º se diz como «contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição».

O ter-se omitido o adjectivo «determinada» não terá sido certamente por o autor do ante-projecto (pretender) ver consagrada no novo Código a solução, de que a renda pudesse ser indeterminada.

Elucidativo, a tal respeito, é o artigo 92.º, § 1.º, do ante-projecto, onde se afirmava que «o quantitativo tem de ser fixado em escudos» disposição que, tal como a definição de locação, chegaram sem alteração ao texto definitivo do Código, passando aquele a constituir o artigo 1089.º, primeiro período.

O que mais provavelmente se terá tido em vista com a redacção proposta para a definição de locação foi tornar menos duvidosa a possibilidade de a «tal ou qual variabilidade» abranger as chamadas «rendas escalonadas», que já então suscitavam algumas tomadas de posição favoráveis — Pinto Loureiro, *Manual do Inquilinato*, vol. I, pág. 24, *Tratado de Locação*, vol. I, pág. 71, e Acórdão da Relação do Porto aí sumariado — e que actualmente, em certos casos, nomeadamente em matéria de arrendamento para comércio ou indústria, e desde que não envolvam abuso de direito, têm sido admitidas (v.g., Pires de Lima e Antu-

nes Varela, *Cód. Anot.*, II, pág. 330, Pereira Coelho, *Arrendamento*, 1980, págs. 15 e 44, e Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 17-2-83, *Bol.*, 324, pág. 565).

Por outro lado, tendo o legislador resolvido integrar a parceria agrícola no contrato de arrendamento rural, essa opção conduziu a que, ao tratar do problema da retribuição, tivesse que contemplar as duas modalidades, surgindo assim o artigo 1067.º do nosso Código Civil preceituando que «a renda será fixada em dinheiro ou géneros e pode ser certa ou consistir numa quota de frutos».

Sendo o arrendamento uma das modalidades da locação, na definição desta não podia figurar qualquer vocábulo que envolvesse rigidez no que respeita à retribuição, que brigaria com o sistema remuneratório característico da parceria.

Porém, a par da alusão à «quota dos frutos», aquela artigo exigia, quanto ao arrendamento rural propriamente dito, à semelhança do artigo 1089.º, que a renda fosse «fixada» em dinheiro.

Do que precede resulta que o artigo 1022.º do Código Civil não permite que a renda, não só de prédios urbanos, mas também de prédios rústicos não destinados a fins agrícolas, florestais ou pecuários, como é o caso dos autos, seja indeterminada ou variável. De resto, na data em que as partes celebraram o contrato já tinham sido revogados os artigos do Código relativos ao arrendamento rural (Dec. Lei n.º 201/75 de 15 de Abril) entre os quais o mencionado artigo 1067.º, passando a renda, também nos arrendamentos rurais, a ter de ser fixada, não podendo ser indeterminada (artigo 9.º da Lei N.º 76/77, de 29 de Setembro).

Assim, é de concluir que o sistema de retribuição acordado pelas partes e constante das cláusulas 6.ª e 9.ª, e que designaram como comissão (n.º 8 da especificação), pela incerteza e indeterminação que o caracterizam, não se ajusta ao arrendamento de prédios rústicos para fins recreativos, podendo inclusivamente, conduzir à inexistência de retribuição, o que sucederia, por exemplo, se a recorrente permitisse a utilização gratuita do campo de golf, suas instalações e apetrechos e não fizesse qualquer exploração comercial dos locais de apoio ao campo.

Mas existem outras razões que levam a ter de se rejeitar a qualificação de arrendamento que a recorrente atribui ao contrato.

Com efeito, estipulou-se na cláusula 5.^a que o contrato caducaria em 30-9-86 e que poderia ser rescindido unilateralmente decorridos quatro anos da sua vigência, se a recorrida tivesse interesse em ceder a exploração do golf a um hotel que deveria ser inaugurado em Vilamoura.

Ora, quer a caducidade, quer a faculdade de rescisão pelo locador (denúncia) são excluídos do regime de arrendamento de prédios rústicos para fins recreativos (artigo 1095.º do Código Civil).

Não pode, pois, ser qualificado de arrendamento o contrato em causa.

Trata-se, sem dúvida, de uma contrato de cessão de exploração de estabelecimento, a que se refere o artigo 1085.º, n.º 1, do Código Civil, ao que não é aplicável o regime proteccionista do arrendamento (legislação vinculística), acentuadamente limitadora da liberdade contratual — Pires de Lima e Antunes Varela, ob. cit., 491, e Vasco Lobo Xavier, Parecer junto aos autos.

Este tipo de contrato tem por objectivo a cedência da universalidade que é o estabelecimento, integrado por bens materiais e imateriais, estes constituídos, nomeadamente, pela organização, os contratos com pessoal que assegure o êxito do negócio, a clientela, os exclusivos e tudo o mais necessário para lhe imprimir a feição de empresa mercantil, capaz de produzir bens ou serviços.

Por o estabelecimento comercial ser uma coisa frutífera, como se exprime Orlando de Carvalho — *Rev. Leg. e Jur.*, 114.º, pág 363 —, daí não resulta necessariamente que só exista quando em funcionamento e desde que disponha de todos os elementos destinados a integrá-lo.

O estabelecimento pode ter-se por existente e ser objecto de cessão da sua exploração antes de começar a funcionar, não impedindo o preenchimento do conceito a falta de alguns elementos, se não forem essenciais.

Um cinema não deixa de ser um estabelecimento comercial por ter sido suspensa a sua actividade por motivo de obras, nem obsta à sua caracterização como tal o facto de ainda não ter entrado em funcionamento ou a falta de algumas peças decorativas previstas.

O que importará é que estejam reunidos os elementos essenciais que individualizam e dão consistência ao estabelecimento.

No caso presente, e baseando-nos ainda, e apenas, no texto do contrato, a cessão de exploração incidiu sobre o Campo de Golf. N.º 2, o qual já existia na data em que as partes contrataram e estava em condições de funcionar, pois dispunha de pessoal, serviço de abastecimento de água e electricidade, como se deduz do próprio contrato, e estava preparado para funcionar e produzir receita.

Faltava, é certo, a casa de apoio provisória referida na cláusula 4.ª e o nivelamento e arrelvamento do campo de prática mencionado na cláusula 2.ª, mas isso não obstava ao funcionamento das actividades desportivas e recreativas a que se destina um campo de golf, posto que tais obras, exigidas pela cessionária, melhorassem as condições de exploração.

De todo o modo teriam de estar prontos, respectivamente, em 1-10-76 (data estabelecida para o início do contrato) e em 1-7-77, e, se não o estivessem, o atraso implicaria, por força da cláusula 15.ª, correspondente adiamento da entrada em vigor do contrato.

Mas se o teor das cláusulas contratuais pudesse deixar quaisquer dúvidas de que se trata realmente de exploração de estabelecimento, tais dúvidas seriam desfeitas por alguns dos factos que posteriormente se apuraram.

Com efeito, como se vê da resposta ao quesito 2.º, provou-se que, ao contratar, a A. teve o apoio do Director dos seus serviços de contencioso, o que permite concluir não ter sido por acaso que surgiu a designação dada ao contrato.

Por outro lado, a carta junta a fls. 351-355, dirigida pela recorrente à recorrida em 12-9-75, e na qual se propunha a exploração do Campo de golf n.º 2, através de contrato que previsse o pagamento de «x por cento a combinar» ou através de «arren-

damento com renda fixa», revela que a recorrente sabia distinguir entre uma coisa e outra e que a opção pela primeira modalidade foi feita conscientemente.

Provou-se, também (resposta ao quesito 15.º) que na data de celebração do contrato o campo estava apto a funcionar como campo de golf.

E o documento junto a fls. 356 comprova que em 19-2-76, meses antes da celebração do contrato, tinham terminado dois torneios de golf no Campo de Golf n.º 2, com a participação de 150 concorrentes.

Não há dúvida, pois, de que o estabelecimento cuja exploração foi cedida já existe e funcionava muito antes de 27-8-76 e que é correcta a qualificação jurídica que as partes deram ao contrato.

E porque foi titulado por simples documentos particular e não por escrita pública, exigida pelo artigo 89.º alínea k), do Código do Notariado, o contrato é nulo, nos termos do artigo 220.º do Código Civil, podendo a nulidade ser invocada por qualquer interessado e ser conhecida officiosamente pelo Tribunal (artigo 286.º).

Quanto à condenação da recorrente como litigante de má fé entende-se de mantê-la.

Além da injustificada e perturbadora confusão que repetidamente estabeleceu nos seus articulados entre o Campo de Golf n.º 2, elemento importante do contrato e da lide, e o campo de prática, produziu diversas alegações contrárias à verdade, por si sabida, sobre factos relevantes para a decisão da causa, nomeadamente: que o campo de golf cuja exploração lhe foi cedida nunca antes funcionara como tal, que foi por si adquirido todo o material necessário ao funcionamento do campo de golf, que a A. apenas lhe cedeu a fruição de um campo arrelvado e nada mais, e que o estabelecimento foi criado por si proprio e não pela A. (artigos 13.º, 20.º a 23.º e 25.º e 26.º da Contestação, e 7.º, 9.º, 17.º 19.º, 21.º, 38.º, 39.º e 43.º da Tréplica). Comportamentos que caem sob a alçada do artigo 456.º do Código de Processo Civil.

Neste termos, nega-se provimento ao recurso confirmando-se a sentença recorrida.

Custas pela apelante, com 60.000\$00 de procuradoria.

Face ao volume do processo e à sua complexidade fixa-se o imposto de justiça em 23.000\$00, ao abrigo do disposto no artigo 51.º do Código das Custas.

Évora, 29 de Março de 1984

aa) *Varela Pinto, Ferro Ribeiro, Folque Gouveia* (vencido)

Agusto Folque de Gouveia (*vencido*): No contrato visado no artigo 1085.º, 1, do Código Civil, designado por locação de exploração de estabelecimento, diz-se que não é havido como arrendamento de prédio urbano ou rústico o contrato pelo qual alguém transfere temporária e onerosamente para outrem, juntamente com a fruição do prédio, a exploração de um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado.

Assim, como caso limite de locação de estabelecimento, e face à doutrina e jurisprudência nacionais que vem caracterizando a sua natureza, põe-se o caso do «estabelecimento que o locador concebeu e formou, mas que ainda não pôs em funcionamento» e que, portanto, só nas mãos do locatário virá a entrar no giro do negócio.

Há, pois, já uma aptidão do estabelecimento, como organização para produzir lucros, e só, como tal, negociável.

Para além disso não há aviamento e, sem este, não há estabelecimento, como acontece nos autos.

Na verdade, no contrato *sub-judice*, prevê-se a criação de um estabelecimento no futuro, em que reinaria a incerteza sobre o significado material para cada uma das partes.

E tal determinaria uma «alea» que está fora dos modelos que, para o contrato de locação de estabelecimento, têm sido figurados por aquelas partes.

Por outro lado, como contrato de arrendamento não poderia ser havido aquele que nos autos está em causa; visto que, fixando-se como retribuição ao locador uma percentagem sobre

as receitas ilíquidas, não só se não fixa uma quantia certa, como preço locativo, como não se estipula o critério que haverá de ser observado para a determinação da renda, elemento essencial deste contrato, como de resto demanda o equilíbrio das prestações (artigo 1022.º do C.C.).

Mas o que se disse, falta de elementos essenciais dos contratos de locação de estabelecimento ou de arrendamento, não tem por consequência a nulidade do contrato celebrado entre as partes, visto a liberdade contratual consignada no artigo 405.º do Cód. Civil.

E, por outro lado, como não houve transferência do gozo do estabelecimento, pois a A. não chegou a formá-lo, não se vê que, quanto à forma, havia necessidade de escritura pública *ex vi* do artigo 89.º, alínea *k*) do Código do Notariado.

Não há factos que consustanciem o dolo instrumental ou substancial do artigo 456.º do C.P.P., que nem sequer vêm especificadamente determinados ou verificáveis, quer na sentença recorrida, quer no acórdão.

Por tudo isto, daria provimento ao recurso, por não verificada a invocada nulidade por falta de forma, o que implica dever manter-se o contrato celebrado entre a A. e a R.