

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACORDÃO DE 18 DE JULHO DE 1985

ARRENDAMENTO FIXAÇÃO DA RENDA EM ESCUDOS LOCAÇÃO DE ESTABELECIMENTO E SEU OBJECTO (*)

SUMÁRIO

I — De acordo com o preceituado no artigo 1086.º do Código Civil, a fixação da renda em escudos é elemento essencial do contrato de arrendamento; sem uma retribuição assim fixada, jamais se poderá estar perante um contrato de arrendamento (urbano e rústico não rural). II — Pode ser objecto de contrato de locação ou cessão de exploração o estabelecimento comercial que ainda não tenha entrado em funcionamento, porquanto o que essencialmente importa para chegar à conclusão de que determinada organização constitui um estabelecimento comercial ou industrial é a prova da sua aptidão para entrar em funcionamento, como tal, ou seja, dentro do fim para que foi criado; e não a de que a sua exploração se tenha iniciado já. III — Resultando das cláusulas acordadas que ambas as partes queriam, realmente, uma ceder, e a outra aceitar a exploração de uma empresa — campo de golf — de que a primeira era titular, estão reunidos os elementos essenciais do enquadramento jurídico desse contrato como locação ou, se se preferir, como cessão de exploração de estabelecimento comercial.

(¹) *Bol. Min. Just.* 349, pp. 471 e segs. Este Acórdão foi também publicado e anotado, na *Rev. de Dir e Economia*, X/XI/1984, 1985, pág. 251, por Ferrer Correia e Maria Ângela Coelho.

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

Em acção ordinária intentada em 24 de Julho de 1978 pela A ..., SARL, contra B ..., Lda., a autora veio alterar o pedido na réplica, assim (passamos a transcrever):

«Nestes termos, deve a presente acção ser julgada procedente e provada e, consequentemente;

I

- a) Ser declarado que o contrato celebrado entre a autora e a ré é nulo, quer se entenda que o mesmo 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; ou então, quando assim, se não julgue,
- b) Ser declarado que o contrato celebrado entre a autora e a ré não é de arrendamento e, sendo julgado válido, não como de arrendamento, se rescindiu, tendo sido o seu termo em 31 de Julho de 1978; e

II

- a) Ser condenada a ré a abrir mão e a entregar à autora o estabelecimento comercial que constitui o campo de golf n.º 2 e bem assim a casa de apoio e o equipamento que o integram, e
- b) Ser condenada a pagar a indemnização que vier a ser liquidada em execução de sentença por todos os prejuízos sofridos pela autora, a partir de 16 de Janeiro de 1979, se for julgado nulo o contrato, e a partir de 31 de Julho de 1978, se for julgado válido, ficando, em qualquer caso, as custas a cargo da ré».

Com a réplica, a autora juntou o documento de fls. 19, instrumento através do qual requereu que a ré fosse notificada na pessoa do seu representante legal ou na pessoa de qualquer seu empregado, nos termos do n.º 3 do artigo 234.º do Código de Processo Civil aplicável por força do artigo 256.º do mesmo Código, a fim de esta tomar conhecimento de que a requerente considera rescindido o contrato referido a partir do fim do mês corrente à data da notificação da requerida, o que logo foi cumprido (cfr. o carimbo de entrada em 20 de Julho de 1978 e o despacho da mesma data ordenando o seu cumprimento, ambos a fls. 59, bem como a certidão do oficial, lavrada no mesmo dia 20 de Julho de 1978, a fls. 60 v.º).

Na tréplica, a B ..., que logo no artigo 1.º alega que reafirma o que articulou na contestação, termina as suas considerações da seguinte forma:

«Termos em que conclui como na constestação, devendo improceder também os pedidos agora formulados de declaração de nulidade do contrato de arrendamento, de entrega do estabelecimento comercial e de condenação em indemnização reclamada».

Findos os articulados, foi proferido o despacho saneador e organizou-se a especificação e o questionário.

A autora agravou do despacho saneador, por nele não se ter conhecido do mérito da causa, e do de indeferimento parcial das reclamações contra a especificação e o questionário.

A Relação de Évora, porém, manteve o despacho saneador e só em parte atendeu o agravo interposto do despacho de indeferimento parcial das reclamações, por Acórdão de 3 de Abril de 1981.

Discutida a causa, o Colectivo proferiu acórdão respondendo aos quesitos, do que não houve reclamações.

Com observância do disposto no artigo 657.º do Código de Processo Civil, autora e ré fizeram juntar alegações sob o aspecto

jurídico da questão, tendo a A ... feito acompanhar as suas de um parecer de um Professor de Direito.

O Ministério Público teve vista dos autos, mas nada requereu.

Por sentença de 6 de Maio de 1983, proferiu-se a seguinte 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 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 de 16 de Janeiro de 1979 e até à efectiva restituição da mesma empresa, a liquidar em execução de sentença;
- d) Condeno a ré no pagamento das custas;
- e) O valor do processo, para efeitos de 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 artigo 121.º do Código das Custas;
- f) Em todo o caso, atendendo à especial complexidade da causa, que esta sentença traduz, elevo o imposto de justiça devido em vinte por cento, nos termos do artigo 51.º do Código das Custas;
- g) Fixo a procuradoria em 100 000\$00;
- h) Condeno a ré, como litigante de má fé, a pagar a multa de 40 000\$00;
- 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 notificada e registada».

Inconformada, a ré apelou.

A Relação de Évora, porém, por seu Acórdão de 29 de Março de 1984, com um voto de vencido, negou provimento ao recurso, confirmando a sentença recorrida.

Tendo-lhe sido indeferido um pedido de aclaração e novamente inconformada com o decidido, recorre de revista para este Supremo Tribunal.

Tanto ela, como a autora, fizeram acompanhar as respectivas minuta e contraminuta de pareceres (um a recorrente, e dois a recorrida) de Professores de Direito.

Na «conclusão» (sic) da sua alegação, e desde a alínea *A*) à alínea *Z*), a recorrente expressa resumidamente as razões por que se não conforma com o decidido pelo acórdão ora impugnado. Assim:

- A)* Autora e ré celebraram em 27 de Agosto de 1976, um contrato a que chamaram «cessão de exploração»;
- B)* A denominação que as partes deram ao contrato é irrelevante;
- C)* Através desse negócio a autora declarou ceder à ré a exploração comercial de um campo de golf;
- D)* Mas não alegou factos capazes de caracterizarem o conceito de estabelecimento comercial;
- E)* De qualquer modo, à exploração de um campo de golf, no sector do turismo, é indispensável a presença de uma casa de apoio;
- F)* Essa casa de apoio não existia no momento da outorga do contrato;
- G)* E não se provou que já existisse em 1 de Outubro de 1976, data em que teria início a exploração;

- H)** Assim, quando a autora transferiu para a ré a fruição do imóvel, não cedeu também a exploração de um estabelecimento comercial ou industrial nele instalado;
- I)** Ao alegar a existência de um contrato de locação de estabelecimento incumbia à autora, o ónus de provar a existência do estabelecimento; v. artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil;
- J)** Incumbia-lhe provar a transferência para a ré de uma universalidade de bens materiais e imateriais, agregados numa organização concreta e actual, com projecção junto do público e posição no mundo da concorrência;
- L)** Porque a autora não fez essa prova tem de concluir-se não ser de locação de estabelecimento comercial o contrato ajustado com a ré;
- M)** Não sendo de locação de estabelecimento, o contrato terá de ser havido como um arrendamento por força do disposto nos artigos 1085.º, n.º 2, e 1118.º, n.º 2, alínea *b*), ambos do Código Civil;
- N)** Estas normas, por serem de natureza injuntiva, não podem ser afastadas pela vontade das partes, operando-se, por via delas, a conversão do negócio;
- O)** O acórdão recorrido, ao tomar em conta, na sua decisão, a vontade hipotética das partes violou os citados preceitos;
- P)** Por força dele. o contrato em questão é de arrendamento;
- Q)** Não obsta à sua validade a circunstância de a renda ser indeterminada;
- R)** Com efeito, o contrato contém os critérios que permitem com segurança determiná-la;
- S)** Também é irrelevante a alegada circunstância de alguma das cláusulas do contrato colidirem com a natureza específica do arrendamento;
- T)** De resto, se habilmente interpretadas, nenhuma delas colide realmente com o regime legal do arrendamento;
- U)** Seja como for, tratando-se de um fenómeno de conversão «ope legis», a eventual colisão apenas levaria a con-

- siderar essas cláusulas nulas ou inexistentes, salvando-se o contrato por força do princípio do «favor negotii»;
- V) Em resumo: o tribunal recorrido violou o disposto nos artigos 342.º, n.º 1, 1085.º, n.º 2, e a alínea b) do n.º 2 do artigo 1118.º, todos do Código Civil, bem como o princípio da conservação dos negócios jurídicos;
 - X) A recorrente não estabeleceu a confusão nos autos nem alegou factos que sabia serem falsos;
 - Z) A sua condenação como litigante de má fé, com tais fundamentos, constitui uma violação ao disposto no artigo 456.º do Código de Processo Civil.

«Nestes termos ..., deve julgar-se o recurso procedente, revogando-se o douto acórdão e absolvendo-se a ré do pedido e da condenação como litigante de má fé».

«A manutenção do acórdão será ofensiva da Lei e da Justiça».

Este o remate da alegação do recurso da recorrente, a ré B ..., Lda., que, de fls. 656 a fls. 788, inclusive, lhe junta um parecer jurídico com vinte e duas conclusões de ordem geral (fls. 779 a 784) e mais vinte e uma «... quanto ao contrato» (fls. 784 a 788) dos Profs. José Oliveira Ascensão e A. Menezes Cordeiro.

A autora A..., SARL, ora recorrida, contra-alega de fls. 789 a fls. 851, inclusive, redigindo a sua «conclusão» de tudo o que se lhe oferece expor como exame crítico da tese desenvolvida pela recorrente de fls. 630 a 654 inclusive, cujas conclusões acabamos de reproduzir, e do aludido parecer jurídico, da seguinte forma:

«CONCLUSÃO

42. Foram demasiado extensas estas alegações, mas não tivemos tempo para escrever menos...

Dos factos alegados na petição inicial e provados pelo documento de fls. 5 e 6 e daqueles que alegados foram na réplica, os quais foram dados como provados nas respostas ao questionário, resulta que a autora cedeu à ré o Campo de Golf n.º 2 de....

Ora, um campo de golf não se limita a ser um terreno relvado.

Toda a gente sabe que de um campo de golf fazem parte maquinismos para rega, plataformas com relvado especial, copos para buracos onde é lançada a bola pelos jogadores, bandeirolas, bandeiras e bases, tudo fazendo parte do equipamento próprio de um campo de golf.

Por isso a ré alegou, mas não provou, que todo o equipamento foi por ela fornecido, contra o que se encontrava povado através da cláusula 14.ª do referido documento de fls. 5 e 6.

Ora, sabendo-se o que é um campo de golf e sendo este cedido, com todo o seu equipamento, casa de apoio e mobiliário, para ser explorado a fim de obter receitas da exploração, além dos «green fees» todas as receitas obtidas pela concessão de facilidades na sua utilização, como se estipulou na cláusula 7.ª do contrato, não pode negar-se esta universalidade — a esta organização criada para obter lucros (e era esse um dos fins da autora, como provado foi na alínea *a*) da especificação) — e a qualificação de locação de estabelecimento comercial ao contrato celebrado entre a autora e a ré, uma vez que na transferência do campo de golf n.º 2 não houve apenas a transferência do gozo do prédio onde se encontra instalado, mas tudo o mais que referido ficou.

Não tendo ocorrido nenhuma das circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 1118.º do Código Civil não tem qualquer cabimento a conversão *ope legis* de que fala a recorrente e o parecer por ela junto, nem o principio do *favor negotii* que inspira a interpretação e integração dos contratos, tão claro é aquele que foi celebrado pela recorrente e pela recorrida.

Face ao exposto, deve ser negada revista.

Só, assim, confirmada a douda decisão das instâncias, se fará justiça.»

Juntou dois pareceres: um do Professor Ferrer Correia (fls. 852 a 915) e outro do Prof. Antunes Varela (fls. 915-A a fls. 949, inclusive).

O Ex.^{mo} Magistrato do Ministério Público teve vista do processo, mas nada promoveu — artigo 707.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

Corridos os demais vistos legais, cumpre decidir.

OS FACTOS:

As instâncias deram como provados os seguintes factos:

— 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*, na Sentença da 1.ª Instância
a reprodução das cláusulas contratuais)

— O documento em que se encontram exaradas as transcritas cláusulas foi subscrito por representantes da autora e da ré;

— A autora é uma sociedade comercial 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 de propriedades, nomeadamente a promoção do aproveitamento turístico da Quinta da Quarteira, Algarve;

— Neste empreendimento, vulgarmente conhecido por empreendimento turístico de Vilamoura, a autora tem levado a efeito vários estudos, realizando as mais diversas obras e promo-

vendo em larga escala o turismo na referida Quinta em ramos como hotelaria, diversão, 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 autora e da ré celebrarem um contrato válido;

— A autora teve, ao contratar, o apoio do seu Director de serviços de contencioso, Dr. Pinto da Silva — resposta especificada ao quesito 2.º;

— Na altura em que foi celebrado o contrato, o campo estava apto a funcionar como campo de golf — resposta especificada ao quesito 15.º.

Seleccionados assim os factos que consideramos suficientes para resolução das questões — qualificação do contrato celebrado entre a A ... e a B ..., em 27 de Agosto de 1976, e justeza da condenação desta como litigante de má fé — a que, já o dissemos, a recorrente circunscreve o objecto do recurso de revista que nos cumpre apreciar e decidir, e nunca esquecendo que, por via de regra, este Supremo Tribunal tem de aceitar a fixação dos factos materiais da causa tal como as instâncias a elaboraram (artigo 722.º, n.º 2, do Código de Processo Civil), vejamos então qual é o direito (com o âmbito delimitado pelo n.º 2 do artigo 721.º do mesmo Código) aplicável aos factos descritos (condensados).

O DIREITO:

1.ª questão: *como qualificar esse contrato celebrado entre as partes em 27 de Agosto de 1976?*

Pelas conhecidas consequências do resultado a que a indagação nos conduzir, realçadas, aliás, nas teses em confronto, urge responder com toda a precisão e clareza à pergunta, procurando

definir, com todo o vigor, o enquadramento ou qualificação jurídica do negócio em causa.

São três as teses confrontadas a este respeito:

A da autora, ora recorrida, A ..., que defende a integração, pela prova feita no caso vertente, de um contrato de locação de esbalecimento comercial;

A da ré, recorrente, B ..., que interpreta os factos na sua óptica, no sentido único possível de que, «in casu», se integra um contrato de arrendamento de um prédio rústico para fins comerciais, por conversão «ope legis» [artigo 1085.º n.º 2, e 1118.º, n.º 2, alínea b), ambos do Código Civil];e

A do Desembargador que votou vencido o impugnado acórdão da Relação de Évora, que se fixa na orientação (solução) de que a matéria fáctica relevantemente provada integra, aqui, um contrato inominado «concluído»a coberto do artigo 405.º do mesmo Código.

Nas instâncias fez vencimento a primeira tese, não importando que na 2.ª instância, ou seja, na Relação, o bem fundado da pretensão da A ... haja sido reconhecido por maioria apenas.

Com o que acabamos de afirmar, bem pode perceber-se que estamos já a começar a conclusão — que nos propomos fundamentar, o melhor possível, a seguir — de que, por correcta, aceitamos a aplicação do direito tal e qual como nelas se fez, isto é, o enquadramento jurídico dos factos provados quanto a esta primeira questão, centrada, como dissemos, na determinação da espécie de negócio jurídico tido em vista pelas partes, ao contratar como contrataram.

Neste aspecto, ou melhor, quanto a este primeiro objecto da presente revista, em nada temos a censurar o acórdão recorrido que negou provimento à apelação, confirmando a sentença da comarca de Loulé, que assim ficou sendo a primeira decisão favorável à tese da autora.

A da ré não mereceu a concordância de qualquer dos julgadores que foram chamados a apreciá-la, sendo de notar que nem mesmo o voto de vencido do acórdão visado, no presente recurso de revista, lhe é favorável.

A tese de que, no caso vertente, se integra um contrato de arrendamento de um prédio rústico para fins comerciais, como defende a ré, recorrente B ..., é de rejeitar.

Com efeito, o estudo do processo e, designadamente, o do clausulado no contrato de 27 de Agosto de 1976 antecedentemente transcrito, conjugado com o da correspondência posteriormente trocada e, agora junta aos autos, não autorizam outra conclusão que não seja a de que as partes nunca tiveram a intenção de ultimar um contrato de arrendamento de um prédio rústico, ou melhor, «nunca quiseram concluir um contrato cujo objecto fosse pura e simplesmente a fruição, a título de arrendamento, de um terreno rústico» (Ferrer Correia, «Parecer», fls. 865). A precisão, concisão e clareza da linguagem própria ou técnico-jurídica com que está redigido esse contrato, nítido reflexo daquela assistência de um técnico de direito a que se faz especial referência na resposta especificada dada a um dos primeiros quesitos, precisamente o 2.º, não podem deixar de nos levar «a uma bem diversa conclusão».

Esta:

«Foi muito conscientemente que estas duas sociedades comerciais (que não poderão considerar-se propriamente *debutantes* no mundo dos negócios) celebraram um contrato através do qual uma pretendeu ceder e a outra assumir a exploração de algo mais do que um simples terreno com relva — *um todo organizado* de forma tal que *ambas as partes* o consideram como um *estabelecimento mercantil*.» (Ferrer Correia, mesmo «Parecer», a fls. 865 e 866).

Quer dizer:

Na letra da lei entre as partes, que é esse instrumento contratual, esta interpretação, que não podemos deixar de perfilhar no caso vertente, da qualificação ou enquadramento jurídico desse negócio nele vertido, encontra até mais do que o mínimo necessário de correspondência verbal.

Admitamos, porém, que a vontade dos contraentes de entre si celebrarem um contrato de locação (cessão de exploração) de um estabelecimento comercial — quanto a nós, e pelo que aca-

bamos de ponderar, inelutavelmente exteriorizada nesse documento (contrato) — não pudesse ser assim integrada juridicamente por se entender que o objecto cujo exploração havia sido cedida não era um verdadeiro estabelecimento (adiante mostraremos a sem razão do argumento): ainda assim nunca qualificaríamos o mesmo negócio como um contrato de arrendamento (ou tão-somente como uma válida locação dessa espécie).

E por isto:

Está-se geralmente de acordo com a afirmação de que inerente à natureza de um contrato de arrendamento, da espécie daquele por cuja integração neste caso se orienta a tese da recorrente, é prova insofismável a existência de uma retribuição precisa, isto é, de uma renda paga em escudos — artigo 1089.º do Código Civil.

Quer dizer:

De acordo com o preceituado neste artigo, essencial elemento do contrato de arrendamento (urbano e rústico não rural) é a fixação da renda em escudos; a tal ponto que, bem podemos afirmar: sem uma retribuição assim fixada, jamais se poderá estar perante um contrato de arrendamento desta espécie. E mais: Pereira Coelho tende «a considerar *nula* a cláusula pela qual o inquilino se obriga a satisfazer, além da renda, a contribuição predial ou quaisquer outros encargos do prédio arrendado» — *Revista de Direito e de Estudo Sociais*, ano XXI, pág. 228-229, final da nota (77). É certo que discorre apenas para os arrendamentos para habitação. Não vemos, porém, razão para não julgarmos válida esta sua doutrina no que se refere a todos os arrendamentos cujo quantitativo da renda tem de ser fixado em escudos (citado artigo 1089.º), como é o caso daquele por cuja existência a recorrente aqui defende tese.

As instâncias, de resto — e note-se que neste ponto houve unanimidade no ora impugnado acórdão da Relação de Évora —, excluíram também a possibilidade da qualificação do contrato como arrendamento (ou, pelo menos, como arrendamento válido), atenta «a extrema incerteza e vaguidade dos critérios que se apresentam para determinação da contraprestação a pagar pela B ...»

«Isto quer dizer, segundo nos parece, que para haver arrendamento será preciso que dos termos do contrato resulte, se não

a própria determinação do quantitativo da retribuição a pagar pelo arrendatário, pelo menos um critério objectivo que permita determiná-lo ulteriormente.» (Acórdão deste Supremo, de 17 de Fevereiro de 1983, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 324, pág. 568).

A não ser assim o negócio poderá ser um contrato de comodato (artigo 1129.º e segs. do Código Civil); de arrendamento, é que não é certamente.

É que, por conhecidas ou óbvias razões que não temos que pormenorizar no caso vertente, o legislador, contrariamente ao que acontece na grande maioria dos contratos, entendeu dever impor limitações ao princípio da liberdade contratual, no que especialmente se refere ao contrato de arrendamento. E fê-lo, precisamente, através do preceituado no citado artigo 1089.º do Código Civil que, juntamente com outras disposições igualmente limitativas dessa liberdade, assim ficou a integrar um conjunto de normas imperativas — «jus cogens» — de que as partes não podem dispor, sendo nulas as cláusulas em que se pretenda afastar a aplicação dessas normas.

Pereira Coelho, que já na edição de 1975-1976 dos seus «Sumários das lições do Ciclo Complementar de Ciências Jurídicas» afirmava «que a renda tem de ser *fixada em dinheiro*, quer se trate de arrendamento urbano ou rústico não rural (artigo 1089.º)», afirma agora que o tem de ser em escudos, exemplificando que, deste modo, não poderá «num arrendamento para residência, estipular-se que o inquilino pagará certa percentagem dos lucros ou determinada importância por dormida» — «apud cit. «Parecer», fl. 868.

Perante isto temos para nós como inelutável, face ao estado actual da nossa legislação sobre a matéria (cfr., sobre algum dos seus antecedentes e evolução, o citado Acórdão deste Supremo, de 17 de Fevereiro de 1983, a págs. 567-568), é evidente que, pela sua «incerteza e vaguidade», a retribuição acordada e vertida nas cláusulas 6.ª, 9.ª e 13.ª do contrato em causa está manifestamente contida no âmbito do exemplo dado por Pereira Coelho.

Assim, por falta da fixação da renda em escudos, nunca o contrato celebrado entre a recorrente e a recorrida poderá ter o enquadramento jurídico de um arrendamento.

A essencialidade deste requisito torna-se perfeitamente compreensível atento o seu ímpar regime jurídico que, inclusivamente, em matéria de actualização de rendas, está sujeito a um muito rigoroso condicionalismo.

A não ser assim, quer dizer, a não se interpretar o preceito do artigo 1089.º do Código Civil no sentido de que, no momento da celebração do contrato, a renda tem de ser fixa com o significado e alcance a que acabamos de nos referir, podendo, pois, variar em função de certos parâmetros, frustraríamos tudo o que se pretende com o particular regime do arrendamento e estorvos à liberdade contratual, de que o legislador o rodeou por razões já nossas conhecidas. É ver-se o que de incerto e oneroso poderia acontecer com a indexação do montante da renda aos índices da inflação e, no caso do exemplo apontado pelo Prof. Doutor Vasco Xavier no Parecer que juntou ao processo, da renda integrada por uma quota dos lucros de um estabelecimento instalado num prédio, o que praticamente possibilitaria uma actualização não contemplada na legislação condicionadora de uma tal actualização.

Quanto à novidade — e novidade porque, perante as instâncias a recorrente não argumentou assim — de que, «in casu», se detecta a figura jurídica da conversão do negócio jurídico, operando «ope legis», baseada nos artigos 1085.º e 1118.º, n.º 2, do Código Civil, por serem de natureza injuntiva estas normas e, por isso, insuceptíveis de rejeição pelas partes, devemos ponderar que é menos exacta a afirmação de que, não havendo estabelecimento comercial — e há, como melhor veremos quando desta questão nos viermos a ocupar —, teria que aplicar-se o disposto nestes dois artigos.

Para se ver que assim é, na verdade, quer dizer, que ainda aqui a recorrente não tem razão, basta pensar que a doutrina do voto de vencido, que nos cumpre apreciar a seguir, poderia ter obtido vencimento, assim se negando a natureza injuntiva que se pretende atribuir aos artigos 1085.º e 1118.º, n.º 2, do Código Civil.

E tratar-se-á, na realidade, de um contrato inominado?

No voto de vencido que responde afirmativamente a esta pergunta, põe-se claramente a questão do enquadramento jurídico do caso «sub judice» através desta figura negocial, válida, aliás, quer substancial, quer formalmente, sendo que a primeira, em que a validade ainda aqui se bifurca, vai entroncar no princípio da liberdade contratual consagrado no artigo 405.º do Código Civil, e a segunda, ou seja, a formal, no da liberdade de forma das declarações negociais, acolhido pelo artigo 219.º do mesmo Código.

Com este resultado da maior importância:

É que, na tese do dito voto, não se integrando, «in casu», um contrato de arrendamento, nem se podendo, como não poderiam, dar por provados pressupostos de um contrato de locação de estabelecimento comercial, estava automaticamente dispensada a celebração do negócio por escritura pública — artigo 89.º, alínea k), do Código do Notariado.

Destarte, nunca se poderia invocar, com êxito, a nulidade proveniente da falta desse instrumento notarial com as conhecidas consequências legais — artigo 286.º do Código Civil, por exemplo.

Mas, mesmo que nos deparássemos com um contrato inominado, ainda assim a ré, no caso vertente, estaria sempre obrigada a restituir o que lhe foi cedido, a coberto desse contrato inominado ou atípico.

Razão de ser?

Vejamos:

Antes de mais, há que ter presente que, como sustenta Vaz Serra em anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Março de 1969, na *Revista de Legislação e Jurisprudência* (ano 103.º págs. 222 e segs., especialmente na pág. 227) a qual constitui «uma verdadeira monografia» (*Boletim*, n.º 300, pág. 8), o especial regime dos contratos atípicos ou inominados há-de buscar-se, primeiramente, nas estipulações das partes.

Sendo assim e já que nos cumpre convencer do bem fundado da afirmação de que, no caso concreto, a B ... estaria sempre constituída na obrigação de restituir o que lhe foi cedido, uma cláusula contratual importa considerar já, especialmente.

Trata-se da 12.ª, assim redigida:

«Exceptuado 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 um indemnização equivalente às prestações vincendas, calculadas na base...».

(Entre parêntesis, diremos que a cláusula 5.ª prevê uma outra causa de rescisão do contrato, invocável, porém, exclusivamente pela A ..., e que, dentro da tese do contrato inominado ou atípico ambas são juridicamente relevantes, dado que não são atentatórias de qualquer preceito de lei, sendo-lhe favorável o princípio da liberdade de estipulação).

Fechando o parêntesis, não é difícil, podemos dizer mesmo que é fácil concluir, através do parcialmente transcrito teor dessa cláusula 12.ª, que, na base desta, está a ideia de conceder a cada um dos contraentes a faculdade de, a todo o tempo, fazer cessar os efeitos do negócio, pondo-lhe termo, quer exista quer não justa causa para tanto.

Ora, usando do assim facultativamente clausulado, a A..., como aliás se documenta através do instrumento de fls. 59, junto com a réplica, notificou a B ... de que considerava rescindido o contrato entre ambas celebrado, a partir do fim do mês de Julho de 1978.

Esse documento é, como referimos no início do relatório do presente acórdão, uma notificação judicial avulsa levada a efeito em 20 do mesmo mês.

Prova-se, assim, que a partir do fim do mês de Julho de 1978, a ré se constituiu na obrigação de restituir tudo aquilo que lhe havia sido cedido para exploração, dado ter-se extinguido nessa data o contrato existente entre ela e a autora.

Note-se, no entanto, que a B ... é obrigada a restituir não por virtude da rescisão de um contrato atípico validamente ultimado com a A ..., mas sim por ser nulo, por falta de forma, o contrato de locação de estabelecimento comercial entre ambas na verdade celebrado.

Como dissemos foi um estabelecimento e não um prédio rústico que as partes quiseram negociar. De resto, a um acordo de arrendamento de prédio rústico para fins comerciais, sempre faltaria um elemento essencial (inerente à sua especial natureza).

Este:

Uma renda fixa em escudos (artigo 1089.º do Código Civil)

Também, não se trata de um contrato inominado ou atípico porque se integram as características do contrato nominado por cuja existência nos decidimos.

Mas, ainda que assim não fosse e que realmente de um verdadeiro contrato inominado se tratasse, teria o mesmo sido rescindido pela autora, no uso da faculdade reconhecida pela cláusula 12.ª.

No voto de vencido do acórdão recorrido, negou-se o enquadramento jurídico tal como o entendemos por se ter como certo que, na altura da conclusão do contrato, não havia estabelecimento algum que pudesse ser objecto de locação.

O primeiro fundamento de tal tese está em que não haveria uma organização apta a produzir lucros e como tal negociável.

Para além disso, não haveria aviamento.

Contrariamente, porém, ao aí observado não é exacta a ideia de que um estabelecimento que ainda não entrou a funcionar não existe por falta de aviamento; e provém da confusão entre o conceito de aviamento e o de clientela que são coisas absolutamente distintas.

Aquele, o aviamento, traduz-se na *aptidão* de o estabelecimento dar lucro dentro do fim para que foi criado.

É bem de ver que, pelo só facto de existir como organização, e antes mesmo de incorporar quaisquer valores de clientela, já possui aviamento no aludido e único sentido que este sempre tem.

Independentemente de ter ou não ter entrado já em funcionamento, «como organização de factores produtivos, o estabelecimento representa, dentro da área operacional que lhe é própria, uma fonte potencial de lucros para o respectivo empresário» (Ferrer Correia, «Parecer», pág. 878).

Mas, mesmo depois de o estabelecimento mercantil ter entrado em actividade, não pode identificar-se aviamento com clientela. Em primeiro lugar, porque o lucro não é proporcional a esta; depende de variadíssimos factores tais como, por exemplo, o ser racional a gestão experimentada. Em segundo lugar, porque não se pode afoitamente dar por provado que um estabelecimento se extinga ante uma potencial dispersão da clientela, consequência da mera suspensão de facto da laboração da empresa. Ele existe e pode ser relançado, tudo dependendo das oportunidades de lucros que nele se incorporem e normalmente se ligam à firma, nome e insígnia, marcas, enfim, aos chamados sinais distintivos.

O reconhecimento de uma organização como estabelecimento comercial ou industrial, como as instâncias logo julgaram, não pode, pois, estar dependente da sua entrada em funcionamento.

Devemos ter bem presente, porém, que, a vingar a tese da existência de um contrato inominado como se defende no voto de vencido, ele já não estaria em vigor desde 31 de Julho de 1978 pelas razões e com as consequências antecedentemente expostas.

Temos para nós como certo, no entanto, que no caso ver-tente se integram todos os requisitos necessários para se dar por existente um negócio jurídico da espécie do contrato identificado com a moldura da locação de estabelecimento, pelo seguinte:

Logo à partida, porque a autora era titular do por ela organizado como um conjunto de todos os instrumentos com toda a aptidão para a sua exploração comercial, como uma empresa com o respectivo aviamento no sentido antecedentemente referido, «campo de golf n.º 2»; estabelecimento a respeito do qual não poderá, assim, negar-se a possibilidade de ser objecto de um contrato de locação.

Na verdade, o dito campo de golf, ao tempo da conclusão ou começo de vigência do negócio, representava o cerne (elemento nuclear essencial) de um estabelecimento ou empresa, das que se dedicam à exploração comercial de actividades desportivas, constituindo, pois, uma espécie do género das que fornecem ou prestam serviços ao público, por um preço ajustado. Em concreto esse dispositivo nuclear era integrado por um terreno adequada-

mente conformado à prática do golf, algum equipamento e uma casa de apoio (provisória, com chuveiros e algum mobiliário), instalação de água e electricidade, bem como algum pessoal [cfr. a alínea *a*) da cláusula 14.ª, e o acórdão recorrido a fls. 605 v.º].

Não constitui argumento válido contra o que acabamos de referir o facto de, à data da conclusão (celebração) do contrato, o «Campo de Golf n.º 2» não ter ainda entrado em funcionamento.

O que essencialmente importa para se chegar à conclusão de que determinada organização constitui um estabelecimento comercial ou industrial é a prova da sua aptidão para entrar em funcionamento, como tal, ou seja, dentro do fim para que foi criada; e não a de que sua exploração se tenha iniciado já.

Pelo facto de não estar ainda construída a casa de apoio definitiva, nem arrelvado o denominado campo de prática — o que, de resto, a autora, pelo contrato firmado tem a seu cargo —, não se segue que se não possa deixar de ter por prejudicada a qualificação que fizemos de «Campo de Golf n.º 2». De uma maneira geral, este tinha tudo o que era indispensável para funcionar lucrativamente dentro do fim para que foi feito. Os referidos elementos não passam de acessórios ou adjunções à empresa já existente e respectivo aviamento, reconhecendo-se, embora, que podem vir a concorrer para a sua melhoria, ficando, assim, mais bem apretechada e rentável.

O contrato concluído entre a A ... e a B ... visou o referido estabelecimento, ou seja, o «campo de golf n.º 2». Que assim é, prova-o a matéria contida nas respectivas cláusulas de cuja leitura resulta claramente que ambas quiseram realmente: uma ceder e a outra aceitar a exploração dessa empresa de que a A ... era titular, não constituindo, assim, objecto do negócio o prédio em si mesmo considerado.

Acresce que a transferência resultante do contrato foi «pro tempore» e de exploração onerosa: estes, os elementos essenciais ao enquadramento jurídico desse contrato como locação ou,

se se preferir, como cessão de exploração de estabelecimento comercial.

Nos termos da alínea k) do artigo 89.º do Código do Notariado, os negócios que tenham por objecto o gozo de estabelecimentos comerciais devem ser reduzidos a escritura pública, ficando ferido de nulidade o contrato desta espécie realizado com inobservância dessa forma especial, nos termos do artigo 220.º do Código Civil.

Perante o esquema legalmente descrito, para esta nulidade por falta de forma na realização do contrato, no artigo 286.º do mesmo Código, a autora pode invocar a todo o tempo a nulidade do negócio por vício de forma, a qual, aliás, até officiosamente podia também ser declarada pelo tribunal.

Ora, como o contrato é nulo, os efeitos dessa nulidade são os descritos no artigo 289.º do Código Civil, pelo qual a ré é obrigada a devolver à autora, por carecer de título legítimo para o deter ou possuir, o estabelecimento comercial «Campo de Golf. n.º 2»; e até de que deve indemnizá-la dos prejuízos sofridos como já se decidiu nas intâncias.

Mas, mesmo que assim se não julgasse, a B ... continuaria sem título legítimo para deter o referido estabelecimento comercial «Campo de Golf. n.º 2».

Nesse caso não poderia deixar de se considerar extinto o referido negócio desde 31 de Julho de 1978, data em que, no uso da faculdade exarada na cláusula 12.ª do contrato, a autora, mediante notificação judicial avulsa, fez saber à ré que, desde aquela data, o considerava rescindido.

Antunes Varela, através do seu «Parecer» junto a fls. 915 e segs., chega à solução por nós perfilhada quanto a esta 1.ª questão da determinação da verdadeira natureza (qualificação) do contrato que as partes celebraram em 27 de Agosto de 1976, firmando as seguintes conclusões:

1.ª — Este contrato não é um simples contrato de arrendamento para o exercício do comércio, visto que a locadora não se limitou a proporcionar à outra parte o gozo

do imóvel, a fim de esta nele exercer determinada actividade comercial de sua iniciativa;

2.ª — Destinando-se o terreno, cujo fruição foi cedida à ré pela autora, à instalação e funcionamento de um campo de golf concebido, projectado e implantado pela dona do terreno, que chamou a si os encargos da instalação, bem como a parte substancial dos encargos de manutenção e das despesas de exploração do campo, o contrato é de *locação de estabelecimento comercial em vias de instalação*;

3.ª — O contrato de locação de estabelecimento comercial em vias de instalação cabe perfeitamente, atenta a *ratio legis* desse preceito, na previsão do n.º 1 do artigo 1085.º do Código Civil, visto:

- a) Ser a senhoria, dona do terreno, quem concebeu, programou, implantou, executou e assegurou a definitiva instalação, conservação e manutenção do estabelecimento;
- b) Ser à senhoria e não à locatária que as partes manifestamente quiseram atribuir a titularidade do estabelecimento;

4.ª — O contrato celebrado entre as partes, visando proporcionar a uma delas o gozo de um estabelecimento comercial (campo de golf) pretencente à outra, deve ser reduzido a escritura pública nos termos do artigo 89.º, alínea k), do Código do Notariado; e, finalmente,

5.ª — O facto de o estabelecimento comercial não estar ainda em pleno funcionamento à data da celebração do contrato e de não possuir ainda, por conseguinte, aquilo a que alguns autores chamam o aviamento, não obsta à existência do contrato de locação de estabelecimento comercial, visto a locadora se ter obrigado no contrato a promover a congregação dos elementos ainda necessários à plena instalação e funcionamento do campo de golf.

No essencial, este, como facilmente daqui se conclui, não diverge daquele que anteriormente referimos como sendo o único

enquadramento jurídico possível dos factos provados no caso vertente.

Improcedem ou são, pois, impertinentes os 21 argumentos contidos nas alíneas A) a V) inclusive, da denominada «conclusão» da alegação de recurso, não se mostrando violados pelo recorrido acórdão da Relação de Évora os artigos 342.º, n.º 1, 1085.º, n.º 2, e 1118.º n.º 2, alínea b), do Código Civil.

O DIREITO (conclusão):

2.ª questão: *Da justeza (ou não) da condenação da ré, recorrente B ..., como litigante de má fé.*

A 2.ª instância, para, ainda aqui, confirmar a sentença da 1.ª, fundamentou o respectivo acórdão assim:

«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 autora apenas lhe cedeu a fruição de um campo arrelvado e nada mais, e que o estabelecimento foi criado por si própria e não pela autora (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 (...) sob alçada do artigo 456.º do Código de Processo Civil».

Reconhecendo, embora, que a ré de certa maneira facilitou e a prova está em que deu causa à condenação como litigante

de má fé nestes termos, e que tanto, por certo, não teria acontecido se em tudo se tivesse havido com redobrada atenção, e meticulosidade, a verdade é que não se nos afigura que a prova seja absolutamente inequívoca no sentido de que, através dela, só possa integrar-se, *in casu* uma lide dolosa por si desencadeada.

E, sabe-se, só uma lide destas e não a simplesmente temerária pode justificar esta condenação como litigante de má fé. São muitos os arestos que sempre se têm orientado neste sentido, bastando para se ver que assim é, na realidade, citar, *v.g.*, o deste Supremo, de 20 de Março de 1970 (*Boletim*, n.º 195, pág. 226).

Manuel de Andrade escreve nas suas *Noções Elementares de Processo Civil*, vol I, pág. 343 (edição de 1956), a propósito, o seguinte:

«Segue-se, portanto, que a má fé substancial directa — e de modo análogo, quanto às outras variantes — só existirá quando a lide seja verdadeiramente *dolosa* (3). Não no caso de lide simplesmente *temerária* (imprudente, errada, sem justa causa de litigar)...».

Além do comportamento da ré, pleiteando, como pleiteou, não ultrapassar os que normalmente (normalidade média) se nos deparam em casos como este, não nos podemos esquecer de que, a ter vencimento a tese defendida no voto de vencido, obtendo ela, assim, ganho de causa, e, portanto, o reconhecimento do bem fundado da sua pretensão, já não seria condenada como litigante de má fé.

Procedem, pois, as alíneas X) e Z) da respectiva minuta.

Em tais termos, revoga-se o acórdão recorrido na parte em que condenou a ré B ... em multa e indemnização como litigante de má fé, e nega-se, em tudo o mais a revista.

Custas pela recorrente e recorrida na proporção de 19/20 para aquela e de 1/20 para esta.

Lisboa, 18 de Julho de 1985.

aa) *Luís Braga Araújo Franqueira* (Relator) — *Lima Cluny* — *Lopes Neves*.