

CESSÃO DA EXPLORAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL EM FORMAÇÃO

PARECER (*)

Pelo Prof. Doutor Antunes Varela

CONSULTA

Por contrato celebrado em 27 de Agosto de 1976, mediante documento particular subscrito pelos representantes de ambas as partes, a *LUSOTUR — SOCIEDADE FINANCEIRA DE TURISMO, S.A.R.L.*, com sede na Rua Tomás Ribeiro, n.º 50-2.º, em Lisboa, cedeu à Sociedade *AMASATUR — EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS, LDA.*, com sede na Rua Ramalho Ortigão, n.º 3-3.º, da mesma cidade de Lisboa, a exploração comercial dum campo de golf instalado na área do empreendimento turístico de Vilamoura, no Algarve.

Estipulou-se no contrato que a cessão da exploração principiaria em 1 de Outubro de 1976 e caducaria dez anos depois, ou seja, no dia 30 de Setembro de 1986, embora o contrato pudesse ser rescindido unilateralmente pela *LUSOTUR*, depois de decorridos quatro anos, se entretanto tivesse sido construído o hotel previsto para determinada zona do empreendimento turístico e

(*) Parecer junto aos autos pela *Recorrida* (LUSOTUR), no recurso de revista para o S.T.J.

a *LUSOTUR* tivesse interesse em ceder antes a esse hotel o direito de exploração do campo de golf.

No instrumento do contrato, a *LUSOTUR* assumiu várias obrigações especiais relativamente ao prédio arrendado, como a de nivelar e arrelvar o campo de prática (do golf) até ao dia 1 de Janeiro de 1977, a de construir uma casa de apoio *definitiva* (baseada num projecto em seu poder) até 1 de Julho de 1978 e a de fornecer, até à construção da casa de apoio definitiva, uma construção *provisória*, dispondo de dois vestiários, cada um deles com dois duches, dois W.C. e dois lavatórios.

A *AMASATUR* obrigou-se, por seu turno, a pagar trimestralmente, como compensação da cessão, a importância correspondente a 50% da receita bruta do campo, acrescida da soma correspondente a 10% da receita bruta de qualquer outra exploração comercial que viesse a instalar como serviço de apoio à exploração do golf.

Foi ainda convencionado entre as partes o seguinte:

- a) que, na hipótese de alguma delas rescindir unilateralmente o contrato ou dar *justa causa* à rescisão da outra, pagaria uma indemnização a esta, equivalente ao montante das prestações vincendas, na base de 125 000\$00 por trimestre;
- b) que as despesas com a conservação e reparação do campo de golf, bem como da respectiva casa de apoio, incluindo os gastos com o pessoal, água, electricidade, combustíveis e adubos, e bem assim as despesas de conservação de todo o equipamento cedido, correriam por conta da *LUSOTUR*, com excepção dos gastos relacionados com deteriorações não resultantes de um uso normal e prudente das coisas.

Cerca de dois anos após as negociações, por virtude de desinteligências havidas acerca da interpretação e aplicação do contrato, a *LUSOTUR* ingressou em juízo com uma acção destinada a obter não só a *declaração de nulidade* do contrato, como a *recuperação* do campo de golf, da casa de apoio provisória e de todo o seu equipamento.

Os fundamentos invocados para a *declaração de nulidade* do contrato foram a *falta de forma* prescrita na lei (enquanto esta exige a redução do contrato a *escritura pública*, os contraentes celebraram o seu acordo por *mero escrito particular*) e a *indeterminação* do objecto das duas cláusulas em que se fixa o quantitativo da renda a cargo da AMASATUR e, ainda, da cláusula em que se enumeram os encargos de manutenção e exploração do campo de golf suportados pela LUSOTUR.

A AMASATUR contestou, alegando que a falta de forma é *imputável* à contraparte e não pode legalmente ser por ela invocada, que o objectivo das obrigações referidas pela Autora é *indeterminado* mas perfeitamente *determinável*, e que o contrato realizado entre as partes não é de *cessão de exploração de estabelecimento comercial*, mas de *arrendamento* de prédio rústico, visto não existir nenhum estabelecimento comercial implantado no terreno, à data em que o contrato se efectuou.

Na réplica, a LUSOTUR manteve a qualificação do contrato, não obstante faltarem à data da sua celebração alguns elementos acessórios do campo de golf. Aliás, ainda que de arrendamento se tratasse, o contrato não deixaria, em seu entender, de ser *nulo*, por virtude das cláusulas essenciais nele insertas, que são incompatíveis com o regime jurídico do arrendamento, mas sem as quais a LUSOTUR o não teria realizado.

Entretanto, a LUSOTUR ampliou em parte, nesse articulado, tanto o *pedido* como a *causa de pedir*.

Mantendo o pedido de declaração da nulidade do contrato, pelos fundamentos invocados na petição inicial, a LUSOTUR requereu que, na hipótese de o contrato ser considerado *válido*, se declarasse judicialmente *rescindido*, em virtude da rescisão efectuada no dia 20 de Julho de 1978.

Na réplica, a AMASATUR voltou a insistir na qualificação do negócio como contrato de arrendamento para fins comerciais, sustentando que devem considerar-se como não escritas as cláusulas do acordo que sejam incompatíveis com o regime jurídico do arrendamento e acrescentando que a *notificação judicial avulsa*, por meio da qual a LUSOTUR promoveu a rescisão (unilateral) do contrato, não é meio idóneo de *resolução* do contrato de arrendamento.

A acção acabou por ser julgada procedente no tribunal da comarca de Loulé, tendo o contrato sido declarado nulo por falta de forma e a Ré condenada a indemnizar a Autora pelos prejuízos sofridos, a liquidar em execução de sentença, além de ter sido considerada como litigante de má fé.

Inconformada com a decisão, a AMASATUR interpôs recurso de apelação para a Relação de Évora, insistindo nas teses que sustentara na 1.ª Instância.

A Relação de Évora manteve a decisão apelada, qualificando o contrato como verdadeira locação de estabelecimento comercial e ratificando a declaração da sua nulidade por falta de forma.

O acórdão insere, porém, um voto de vencido, no qual se nega a qualificação do contrato como locação de estabelecimento comercial e se advoga a aplicação a esse contrato da regra da liberdade de forma.

Estando o núcleo central do litígio já versado num douto Parecer junto aos autos, gostaríamos entretanto de conhecer a posição de V. Exa. sobre os dois pontos especialmente focados no voto de vencido: a qualificação do contrato celebrado entre as partes e a aplicação a esse contrato da regra do artigo 219.º do Código Civil.

RESPOSTA

1. **Esquema do parecer.** O litígio suscitado entre a *LUSOTUR* e a *AMASATUR* passa, realmente, pela *qualificação jurídica* do contrato que celebraram entre si.

A *LUSOTUR*, partindo da *denominação* que encabeça o instrumento negocial, entende tratar-se de um *contrato de cessão de exploração dum estabelecimento comercial*, do tipo negocial previsto no n.º 1 do artigo 1085.º do Código Civil.

A *AMASATUR*, com o fundamento de que não existia á data do contrato nenhum estabelecimento comercial, ou seja, nenhum campo de golf devidamente concluído e apetrechado,

sustenta tratar-se, pelo contrário, de um *contrato de arrendamento*, nos termos do n.º 2 do citado artigo 1085.º do Código Civil, visto a transmissão do *imóvel* não ter sido acompanhada da transferência, em conjunto, dos elementos que integram o estabelecimento comercial (art. 1118.º, 2, do mesmo Código).

A negação da existência de uma *locação de estabelecimento comercial* é também subscrita pelo Mmo. Desembargador FOLQUE DE GOUVEIA, no seu voto de vencido, mas com um outro fundamento: o de não haver *aviamento*, e não se conceber a existência de *estabelecimento* sem a presença desse elemento fundamental.

Interessa averiguar de qual dos lados está a razão, visto o regime do *contrato de arrendamento* e o do *contrato de cessão da exploração de estabelecimento comercial* (vulgarmente designado por *locação do estabelecimento comercial*) divergirem em pontos capitais, que podem influir de modo decisivo no julgamento da causa.

Apurada a *qualificação jurídica* da espécie em exame, importa enfrentar o problema da sujeição do contrato celebrado entre as partes à regra da *liberdade de forma*, proclamada no artigo 219.º do Código Civil.

E interessará, finalmente, analisar um por um os argumentos usados no voto de vencido em defesa da tese oposta à que triunfou, quer no tribunal de 1.ª Instância, quer na decisão da Relação.

A) QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO

2. **Distinção entre o arrendamento do imóvel para fins comerciais ou industriais e a locação de estabelecimento comercial.** São, de facto, espécies negociais distintas o *arrendamento* de prédio (urbano ou rústico) para qualquer fim directamente relacionado com uma actividade comercial ou industrial (o abreviadamente chamado *arrendamento comercial ou industrial*, a que se refere o artigo 1112.º do Código Civil), e a *cessão temporária da exploração dum estabelecimento comercial*, também chamado

por muitos autores *locação do estabelecimento comercial* ⁽¹⁾ e de que faz menção o artigo 1085.º do mesmo Código.

No primeiro caso, o *locador*, por via de regra o dono do imóvel, limita-se a proporcionar ao outro contraente (o locatário) o *gozo temporário do prédio urbano ou rústico*, para que o locatário possa instalar nele a actividade comercial ou industrial que pretende exercer.

No segundo caso, o *titular* do estabelecimento comercial cede temporariamente a *fruição*, não apenas do *imóvel* ou só dos *móveis* que interessam à unidade mercantil, mas de *todos* os elementos *materiais e imateriais* que integram a organização da empresa («desde os móveis e imóveis até à clientela, às patentes e segredos de fabrico, aos contratos com o pessoal e às entidades financeiras, aos angariadores, intermediários, agentes e auxiliares, às licenças, alvarás, assinaturas de telefones, etc.») ⁽²⁾.

A distinção, há muito tempo formulada na doutrina e acentuada na jurisprudência, tanto nacionais, como estrangeiras, encontra hoje assento legal expresso no artigo 1085.º do Código Civil.

Não é havido como arrendamento de prédio urbano ou rústico, diz-se no n.º 1 desse preceito legal, «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».

Distinguindo assim entre o *arrendamento do prédio* e a *locação do estabelecimento comercial*, o legislador *recusa* estender à locação do estabelecimento comercial, mesmo que ela envolva a cedência do gozo do imóvel onde o estabelecimento se encontra instalado, a protecção excepcional de que goza o arrendamento comercial.

A razão da recusa reside, como é sabido, no facto de, no *arrendamento para fins comerciais ou industriais*, a *iniciativa* da actividade comercial ou industrial (que a lei especialmente visa

⁽¹⁾ Vide, por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, 1967, Coimbra, pág. 268 e nota 83.

⁽²⁾ ANTUNES VARELA, anot. ao ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Fevereiro de 1967, na *Rev. Leg. Jurisp.*, 100.º, pág. 270.

tutelar) partir do *locatário* e não do *locador* (que se limita a ceder o gozo temporário do imóvel onde a actividade se exerce), ao passo que, na *locação do estabelecimento*, é o *cedente* quem tem a *iniciativa* da concepção, criação ou manutenção do estabelecimento, foi ele quem *concebeu* e *criou* esse instrumento fundamental de riqueza (a *empresa*; o *estabelecimento*) que a lei, no interesse geral, quer especialmente proteger.

Retratando a *génese* desta *figura negocial*, para explicar o tratamento *discriminatório* estabelecido no artigo 1085.º do Código Civil, escrevemos nós, na referida anotação a um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, o seguinte:

«Por um lado, é ao cedente que se deve a iniciativa da criação ou a manutenção do estabelecimento. É no seu património que o estabelecimento se integra e é na sua titularidade que, mesmo após o contrato, a universalidade continua a existir. Por outro lado, o cessionário não criou o estabelecimento, limitando-se a fruir a utilidade económica que o titular temporariamente lhe cedeu».

3. Dúvidas compreensivelmente suscitadas pela qualificação do contrato celebrado. Conhecido o pensamento subjacente à distinção legal (e doutrinária) entre o *arrendamento para fins comerciais* e a *locação do estabelecimento comercial*, compreendem-se até certo ponto as dúvidas suscitadas pelo litigantes acerca da *qualificação jurídica* do contrato celebrado em 27 de Agosto de 1976 entre a *LUSOTUR* e a *AMASATUR*.

Por um lado, verifica-se que, apesar de os outorgantes falarem expressamente, quer na epígrafe do contrato, quer no texto do seu articulado, na cessão da exploração comercial do campo de golf n.º 2, não havia à data da realização do contrato nenhum campo de golf em funcionamento pleno, cuja exploração normal tivesse sido iniciada pela LUSOTUR. Da simples leitura das cláusulas do contrato, independentemente da prova complementar que se tenha produzido, se conclui que havia mesmo peças integrantes do campo de golf, como a chamada casa de apoio (indispensável à prática do jogo para clientes da categoria que o campo visava atrair), que ainda se não encontravam concluídas.

Por outro lado, e em contrapartida, a LUSOTUR, *dona e legítima possuidora* dos terrenos, muito longe de se limitar a *ceder* o gozo do imóvel, para que a AMASATUR, *por sua iniciativa e a expensas suas*, nele instalasse qualquer *actividade comercial ou industrial*, assume no contrato uma *série de obrigações* (estranhas ao contrato típico de arrendamento, que vão desde o *nivelamento e arrelvamento* do campo da prática, a *construção da casa de apoio* (primeiro, *provisória*; depois, *definitiva*), até às despesas com a *conservação e reparação do campo e da casa de apoio* (incluindo o *pessoal, água, electricidade, combustíveis e adubos*) e às despesas de *conservação de todo o equipamento*.

Em face desta situação *híbrida*, há naturalmente que inquirir sobre se as *obrigações*, especialmente contraídas pela *cedente* da fruição do terreno, não prejudicam a integração do contrato no *módulo legal típico do arrendamento comercial*, como sustenta a AMASATUR, ou são o *quid* bastante para converterem o contrato numa verdadeira *locação de estabelecimento comercial*, como pertence a LUSOTUR.

Para responder com segurança à dúvida levantada, convém pesquisar, em primeiro lugar, a *vontade* dos outorgantes subjacente ao acordo negocial e medir, em seguida, o verdadeiro *alcance* das *obrigações* especialmente contraídas *pela cedente do campo*.

4. Indicações facultadas pela vontade declarada dos contraentes. Os indícios facultados pelas *declarações de vontade* dos interessados são francamente favoráveis à tese da *locação do estabelecimento comercial* e contrárias à ideia do simples *arrendamento para fins comerciais*.

Destaca-se desde logo a *denominação* dada ao contrato pelas partes. O documento (particular) em que o contrato foi firmado pelas empresas outorgantes tem o título de *cessão de exploração* (e não de *contrato de arrendamento*). Na cláusula 1.^a, diz-se que a primeira outorgante cede à segunda a *exploração comercial* do campo de golf (e não se diz que lhe *arrenda o terreno onde ela instalará* o campo de golf). Na cláusula 5.^a, ao fixar-se não só o *início*, mas também o *termo* do contrato, insiste-se significativamente na mesma designação, prescrevendo-se que a *cessão da exploração* tem início em 1 de Outubro de 1979 e *caducará* em

30 de Setembro de 1986 (sendo certo que o termo *caducidade*, adequado ao contrato de locação do estabelecimento, não teria, neste caso, cabimento quanto ao contrato de arrendamento — arts. 1083.º e 1095.º do Cód. Civil).

É certo que a designação dada pelas partes ao contrato não constitui elemento decisivo na qualificação jurídica deste. Mas não é menos certo que essa designação, especialmente quando (como no caso presente)⁽¹⁾ procede de *peritos do Direito*, representa um subsídio muito importante para a fixação da vontade dos outorgantes. Não foi por *mero acaso* ou *inadvertência* que os peritos, autores da minuta que serviu de base ao texto do contrato, deram ao acordo o *nomen iuris* de *cessão de exploração*, e não de *contrato de arrendamento*, que é a designação mais vulgar no comércio jurídico para as espécies contratuais de *cessão de gozo* ou *fruição* de imóveis a outrem.

A confirmação deste intento esclarecido, por parte dos *peritos* que prepararam o texto conclusivo do acordo, reside no segundo facto que importa realçar, no domínio das declarações de vontade escritas pelos contraentes .

Tanto na cláusula 5.ª como na cláusula 12.ª se prevêm *direitos de resolução* do contrato (impropriamente chamados de *rescisão unilateral*), que têm perfeito cabimento na figura da *locação do estabelecimento* (sujeita ao princípio básico da *autonomia privada*), mas que são, como os autores da minuta e subscritores do acordo não ignoravam certamente, *incompatíveis* com disposições *imperativas* que integram o regime jurídico *vinculístico* do contrato de *arrendamento para fins comerciais ou industriais* (arts. 1093.º e 1095.º do Cód. Civil).

Se essas verdadeiras *cláusulas resolutivas*, apesar de *inconciliáveis* com o regime do *contrato típico de arrendamento*, foram incluídas no contrato por pessoas que sabem do seu ofício, é porque o contrato por elas visado era, efectivamente, o de *cessão de exploração do estabelecimento comercial*, subordinado à regra

(1) Cfr. artigos 2.º e 3.º da contestação.

da *liberdade contratual*, e não o de *arrendamento comercial*, sujeito à *legislação vincultística específica* da locação de imóveis.

E não se diga, sequer, que esse pode ter sido o pensamento da *cedente*, apoiada na elaboração e conclusão do contrato pelo Director dos seus Serviços de Contencioso, mas não foi o da *cessionária*, que não teve assistência técnica nesse momento, *porque confiava inteiramente nos técnicos da autora e na sua boa fé* (art. 4.º da contestação).

Se confiou no *saber* e na *boa fé* dos peritos da autora, que prepararam a redacção final do contrato, é porque *aceitou o sentido e alcance* que a cedente pretendeu imprimir à sua *declaração de vontade* e que no texto dela *transparece* com meridiana clareza.

Mas há mais do que essa *adesão inicial de boa fé*. E esse é, realmente, o *terceiro elemento* que no respeitante à *intenção* dos outorgantes merece ser salientado.

É que, em duas cartas muito *posteriores* à data da celebração do contrato, a *cessionária* do campo (que nessa altura já tinha tempo mais do que suficiente para, se dúvidas tivesse acerca da natureza do contrato, as ter esclarecido com seus assessores ou consultores jurídicos) revela ter *plena consciência* de haver realizado, *não um contrato de arrendamento, prorrogável* a seu livre arbítrio, mas um contrato de *cessão de exploração comercial*, cuja revogação dependia da *quiescência* da cedente.

Escreve-se, com efeito, na carta dirigida pelo *Clube de Golf Dom Pedro* à *LUSOTUR*, em 9 de Fevereiro de 1978, junta aos autos a fls. 73, textualmente, o seguinte:

«Quando da *renovação* do nosso contrato, se ⁽¹⁾ este não for renovável os trolleys serão debitados à Lusotur».

E na carta posterior, de 1 do mês subsequente, versando ainda o mesmo tema da aquisição dos 100 trolleys e da imputação do respectivo encargo, a *AMASATUR* volta a revelar *perfeita cons-*

(1) Os sublinhados são de nossa autoria, para realçar a importância dos termos usados na declaração.

ciência da não obrigatoriedade da renovação do contrato, quando afirma que a «nossa organização»

«quer saber se a Lusotur aceita, desde já, ficar com esses trolleys no caso de se não renovar o nosso contrato de exploração...»

Se a renovação dependesse apenas da vontade da *AMASATUR*, esta não poria, evidentemente, o problema em semelhantes termos. Mais ainda: se a *AMASATUR* fosse a *titular* do estabelecimento (Campo de Golf) e a *LUSOTUR* a mera locadora do imóvel, não faria mesmo sentido nenhum a dúvida sobre a pertença dos trolleys, como *elementos integrantes* da universalidade que é o dito estabelecimento.

5. Sentido e alcance específico das obrigações assumidas pela Lusotur. E assim se passa naturalmente para o exame do *segundo aspecto* da negociação, que interessa à *qualificação jurídica* do contrato.

Conclui-se da leitura do contrato que, à data da sua celebração (27 de Agosto de 1976), o campo de golf ainda *não existia como tal*, nem *como tal* estava já a ser explorado, embora a sua *criação* estivesse decidida, a *localização* estivesse fixada, o respectivo *projecto* traçado, os *terrenos* onde ia funcionar se encontrassem na *propriedade* e posse da cedente, e o *campo principal de jogo* (distinto do chamado campo de prática) também estivesse, se não praticamente concluído, pelo menos em fase adiantada de arranjo ⁽¹⁾.

Dos documentos juntos aos autos resulta ainda que, à *data da proposição da acção*, ou seja, cerca de dois anos depois, ainda não se encontravam concluídos todos os elementos acessórios previstos para a complexa instalação do campo de golf (a começar pela própria *casa de apoio definitiva*), mas que a falta desses elementos *não tinha impedido o funcionamento da nova unidade turística*.

(1) Chegou a *jogar-se golf* no campo, antes da celebração do contrato.

Na carta, já acima referida, que a direcção do *Clube de Golf Dom Pedro* dirigiu, em 9 de Fevereiro de 1978, à *LUSOTUR*, queixa-se a signatária de que o *Campo de Golf Dom Pedro* «está a perder jogadores, por falta de trolleys e de carros eléctricos». Mas, *se estava a perder jogadores, é porque já tinha jogadores* e o campo se encontrava em *pleno funcionamento*, embora com falhas e deficiências, naturais numa unidade recentemente montada.

E já na carta de 4 de Junho de 1977, também junta aos autos (a fls. 71), a *AMASATUR* se lamenta de não dispor

«de instalações para fazer face à afluência de golfistas que se regista».

Ora, é precisamente em face desta *realidade factual* — da cessão da exploração de um campo de golf *já projectado e implantado no solo*, mas só *completado*, e com falhas, na *vigência do contrato* — que importa saber se as *obrigações contraídas* pela cedente, no contexto do negócio, são as próprias de *locador do terreno*, que nada tem com o estabelecimento comercial ali instalado, ou as características do *locador do estabelecimento*, cuja *titularidade lhe pertence* (a ele, *locador*, e não ao *locatário*).

A questão pode pôr-se mesmo em termos mais incisivos. Em face do texto do contrato e da realidade dos factos que interessam à sua *interpretação e aplicação*, quem *criou* o estabelecimento comercial que gravita em torno do Campo de Golf? Quem é o *titular* desse estabelecimento?

Também nesse aspecto a resposta não pode deixar de ser *francamente favorável* à tese da *LUSOTUR*.

Foi ela, *inquestionavelmente*, a autora da *iniciativa* da afectação do *local à prática do golf* e à *exploração comercial da respectiva modalidade desportiva*; como foi ela quem, *elaborando o programa* das instalações, encomendou o *correspondente projecto*.

Foi ela, numa palavra, quem *concebeu* o estabelecimento, por ter sido ela quem teve a *iniciativa* da sua criação e tomou as providências necessárias à sua *implantação* no local.

Além disso, foi a *LUSOTUR* quem se obrigou a instalar o novo estabelecimento e a assegurar a sua *dispendiosíssima manutenção*, como tal.

Na cláusula 2.^a, a *LUSOTUR* compromete-se, a *expensas suas*, a *nivelar e arrelvar* o campo de prática, cuja *exploração* faz parte integrante do campo de golf.

Na cláusula 3.^a, a cedente obriga-se ainda a *construir à sua custa a casa de apoio definitiva*, baseada em *projecto já existente em seu poder*; e enquanto a *casa de apoio definitiva* não estivesse concluída, obrigou-se a mesma contraente a fornecer uma *construção provisória*, a partir de 1 de Outubro de 1976.

E na cláusula 14.^a chama a *LUSOTUR* a si *todas as despesas com a conservação e reparação do campo e da casa de apoio*, incluindo nelas as despesas, que hão-de ser *vultuosíssimas*, com *pessoal, água, electricidade, combustíveis, adubos* e outras, bem como as despesas de *conservação de todo o equipamento*.

Quer isto dizer que a *LUSOTUR* assumiu nesta cláusula, *não* como mera *locadora* do imóvel, mas como incontestável *titular do estabelecimento*, não apenas *as despesas de conservação e reparação da peça principal da nova unidade*, como também os *encargos mais gravosos da exploração* (água, electricidade, adubos para a manutenção da relva, etc.).

Aliás, só nessa *perspectiva negocial* — de que o novo estabelecimento ficava *pretencendo à LUSOTUR*, de que esta era não apenas a *locadora* do terreno, mas a *titular* do Campo de Golf — se pode explicar que, na cláusula 5.^a, a *LUSOTUR* se tenha expressamente *reservado a faculdade* de, ao cabo de quatro anos de vigência do contrato, *ceder a exploração do campo de golf* ao *nova hotel* que viesse entretanto a ser aberto em determinada zona.

Como poderia, na verdade, a *LUSOTUR ceder a outrem a exploração* de um *estabelecimento comercial que lhe não pertencesse*? E como poderia ela adquirir a *titularidade* do estabelecimento, no termo de quatro anos de duração da relação contratual, se no contrato tivesse intervindo como *simples locadora do terreno, alheia* à actividade exercida pelo locatário?

De resto, outro não é o entendimento das coisas que a *própria AMASATUR* revela em toda a correspondência trocada com a sua interlocutora e que se encontra junta aos autos.

Na carta de 30 de Novembro de 1977 (a fls. 68), por exemplo, informa a *cessionária* ter efectuado a aquisição do equipamento necessário ao Golf n.º 2, lançando o respectivo encargo à *conta da LUSOTUR*, de acordo com o contrato celebrado.

Como poderia a *AMASATUR* levar à *conta* da outra contraente a despesa com a *aquisição do equipamento necessário ao campo de golf*, se esta fosse apenas a *locadora* do terreno e não a *verdadeira titular* do novo estabelecimento?

Na carta de 4 de Julho do mesmo ano de 1977 (a fls. 71 dos autos), em que a signatária insiste na necessidade urgente da construção da casa de apoio definitiva e se queixa de algumas deficiências da casa de apoio provisória, reconhece a *AMASATUR* expressamente a *titularidade* da *LUSOTUR* sobre o estabelecimento (e não apenas a sua *propriedade sobre o terreno*), quando escreve o seguinte:

«*Dado que se trata de um Empreendimento Lusotur e para mais coexplorado por esta* ⁽¹⁾, achamos que será de toda a justiça que esta consessionária monte a devida sinalização em igualdade de informação que fornece para qualquer outro empreendimento».

Resumindo, pode asseverar-se que as obrigações assumidas pela *LUSOTUR* no contrato celebrado em 27 de Agosto de 1276:

- a) *transcendem* em larga medida, e sob vários aspectos, os *deveres jurídicos próprios* do contrato *típico de arrendamento* (de prédios rústicos) para fins comerciais;
- b) revelam a existência de um contrato de *locação de estabelecimento em vias de instalação*, no qual, além de pro-

(1) O sublinhado é uma vez mais da *nossa autoria*. É interessante salientar a forma como o dirigente da *AMASATUR* anota o facto de a *LUSOTUR* ter ido, nas obrigações que assumiu, além dos encargos *normais* do *cedente* da exploração comercial de um estabelecimento. Com efeito, o cedente da exploração de um teatro, de um cinema ou de um estabelecimento comercial, limita-se a transmitir a fruição temporária do seu estabelecimento ao outro contraente, sem participar *nas despesas de exploração* (desde as despesas com o *peçoal* à despesa com a *água, electricidade e adubação* do campo).

meter o *complemento* da instalação do estabelecimento, a cedente transfere para o outro contraente o gozo temporário dele e assume a maior parte dos encargos da sua exploração.

A *AMASATUR* não tomou um terreno de arrendamento, para nele instalar, por sua iniciativa, um campo de golf; ela obteve, pelo contrário, o direito de explorar temporariamente um campo de golf que a cedente estava e continuou instalando em seu nome (1).

6. Regime aplicável à locação de estabelecimento em vias de instalação. A este *contrato de locação de estabelecimento comercial em vias de instalação*, no qual é o *locador* (e não o locatário) quem, *mantendo a titularidade* do estabelecimento, se obriga a *completar* a instalação, não pode deixar de aplicar-se a doutrina do n.º 1 do artigo 1085.º (2).

Qual é, de facto, a razão por que a lei recusa *apertis verbis* a qualificação de *arrendamento* ao contrato descrito naquela disposição?

Manifestamente para não estender a protecção própria do arrendatário *comercial* (renovação obrigatória do contrato; subsistência do arrendamento, após a morte do arrendatário; direito de indemnização especial, no caso de caducidade ou denúncia do contrato; preferência legal, no caso de alienação onerosa do pré-

(1) Precisamente nestes termos, quanto ao essencial da distinção, ensina LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 11a. ed., 1977, § 49, pág. 213) a distinguir entre a *locação da empresa* (*Pacht des Unternehmens*) e o *arrendamento do terreno ou da construção* (do *espaço*) para instalar uma empresa (*Raumpacht*).

(2) Por esta mesma linha de orientação têm a doutrina e a jurisprudência espanhola traçado a distinção entre o chamado *arrendamento de local* e o *arrendamento de indústria* (correspondente à nossa *cessão de exploração do estabelecimento comercial*) excluído da *lei de arrendamentos urbanos* (de 24 de Dezembro de 1964).

«A organização (do estabelecimento), escrevem DIEZ-PICAZO e A. GULLON (*Sistema de derecho civil*, 2a. ed., II, 1980, n.º 26, pág. 404), é, pois, o que constitui a unidade patrimonial, mesmo que se encontre inactiva e pendente de que o locatário a ponha em movimento com os meios organizados (Sentença de 29 de Setembro de 1955)».

dio onde o estabelecimento se encontra instalado; transmissibilidade da posição do locatário, sem necessidade de autorização do senhorio, no caso de *trespasse* do estabelecimento) a quem *não criou* o estabelecimento e apenas vem a receber *um valor nascido da iniciativa* do outro contraente, dono do imóvel.

E é esse precisamente, nas suas linhas essenciais, o desenho da situação correspondente ao contrato em exame. Foi a *LUSOTUR* quem *concebeu e projectou* a ideia do campo de golf; foi essa empresa quem *lhe deu execução*, em parte *antes*, e, numa outra parte, *depois* da celebração do contrato.

Foi a *LUSOTUR* quem, por isso mesmo, *continuou titular* do estabelecimento e, nessa qualidade, se reservou inclusivamente a *faculdade de ceder* a exploração do campo a outra entidade, contentando-se a cessionária, nesse caso, com a concessão de um desconto de 50% aos clientes do seu hotel Dom Pedro na utilização do campo de golf (1).

E não se diga, contra esta qualificação, que doutrina oposta resulta do disposto do n.º 2 do artigo 1085.º do Código Civil, conjugado com o n.º 2, alínea *b*), do artigo 1118.º do mesmo Código.

A hipótese prevista nestes preceitos é a de o *titular* de um estabelecimento instalado em prédio alheio pretender *trespassar* o estabelecimento, para prescindir da necessidade da *autorização* do senhorio, mas sem a transmissão da fruição do prédio ser

(1) A jurisprudência alemã vai mesmo mais longe, quando inclui no âmbito do *arrendamento de coisas frutíferas (Pacht)* — e não da *locação de coisas infrutíferas (Miete)* —, embora na modalidade especial do *Raumpacht (arrendamento do espaço ou do local)*, os casos de *locação do imóvel* com vista à *instalação* de certo estabelecimento. Apesar de, comenta LARENZ (*ob. e vol. cit.*, § 49, I, pág. 214), os *rendimentos* constituírem, em bom rigor, *frutos da empresa*, e não do local destinado à empresa, outra é a premissa de que partem o comércio jurídico e a jurisprudência, quando a *locação do local envolve já o fim da instalação do estabelecimento*.

E, se assim é, quando a *instalação fica a cargo do cessionário*, por maioria de razão *assim sucederá*, obviamente, quando for o *próprio cedente quem*, como no caso do campo de golf Dom Pedro, *se incumbe dos encargos da instalação e da própria exploração*.

acompanhada da transferência global e unitária dos elementos materiais e imateriais que integram o estabelecimento.

Quando assim seja, diz a lei, *não há trespassse* do estabelecimento, mas puro arrendamento do *imóvel*, para significar, fundamentalmente, que é necessária a *autorização* do senhorio para a transferência da fruição do imóvel.

Ora, não é esta, obviamente, a hipótese que ocorre no caso presente.

A *LUSOTUR* não tinha nenhum estabelecimento instalado em *prédio alheio*. Tinha, pelo contrário, em *prédio próprio*, um estabelecimento em *vias de instalação*.

Não foi o seu intento *trespassar* o estabelecimento, *sem querer transferir os elementos integrantes deste*, a fim de prescindir do consentimento do senhorio. A sua intenção foi antes a de conceder a exploração de um novo estabelecimento, *cuja instalação definitiva e completa se obrigou a promover*, tendo-se, além disso, obrigado a custear, a suas expensas, *a conservação e reparação* dos imóveis e a própria exploração do estabelecimento nos seus encargos mais significativos ⁽¹⁾

Todas as razões impõem, por conseguinte, a aplicação da doutrina do n.º 1 do artigo 1085.º do Código Civil ao contrato firmado entre os litigantes; e nenhuma consideração válida se opõe a tal caracterização do contrato.

(1) Sobre a importância decisiva destes factores, quer na qualificação geral da espécie contratual, quer na aplicação da legislação *proteccionista* do arrendamento comercial, reveste o maior interesse a síntese bastante incisiva que ORLANDO DE CARVALHO (*Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, pág. 412, final da nota 41) traça de certa fase da evolução da legislação francesa sobre a matéria: «De todo o modo, repetimos, seja qual for a tendência da lei — proteger o *fonds de commerce* ou proteger o comerciante — o que é indiscutível é que o comerciante só se protege através do *fonds de commerce*; ou seja, não é o uso do imóvel para fins mercantis que, substancialmente, se tutela, mas o imóvel integrado numa efectiva organização económica».

Ora, o titular do *fonds de commerce* no nosso caso, ou seja, do Campo de Golf n.º 2 de Vilamoura é, como vimos, a *LUSOTUR* e não a *AMASATUR*.

B) FORMA APLICÁVEL AO CONTRATO

7. **Extensão das regras de forma do arrendamento à locação do estabelecimento comercial.** Assente que a *locação do estabelecimento comercial em vias de instalação* (estando a instalação a cargo do locador, no prédio cuja fruição ele cede temporariamente) integra a *figura negocial* prevista no n.º 1 do artigo 1085 do Código Civil, cabe agora perguntar qual a *forma* exigida para a válida celebração desse contrato.

Estender-se-à a essa espécie de locação (do estabelecimento comercial) a regra da *liberdade de forma*, solenemente proclamadas no artigo 219.º do Código Civil, ou estará a locação do estabelecimento comercial sujeita às *exigências excepcionais* prescritas para o arrendamento comercial ou industrial?

O problema tem resposta *directa e categórica* no Código do Notariado.

Na disposição especial desse diploma (art. 89.º) em que se faz a enumeração, a título meramente exemplificativo, aliás, («Devem celebrar-se por escritura pública, *além de outros especialmente previstos na lei...*»), dos actos jurídicos sujeitos a *escritura pública* (como formalidade *ad substantiam*), figuram realmente, ao lado dos *negócios* de transmissão da propriedade *de estabelecimentos comerciais ou industriais*, os *negócios «que tenham por objecto o gozo destes»*.

É manifesto que, com esta categoria dos *negócios* que têm por objecto o gozo dos estabelecimentos comerciais ou industriais, a lei (do notariado) *tem directamente em vista a locação do estabelecimento comercial ou industrial* prevista no artigo 1085.º, 1, do Código Civil, por ser exactamente *a locação do estabelecimento* a espécie negocial através da qual o dono do estabelecimento *se obriga a proporcionar ao outro* contraente *o gozo (e só o gozo) temporário* do estabelecimento.

E compreende-se que seja essa a solução adoptada na lei.

O facto de o artigo 1085.º, 1, do Código Civil excluir a locação do estabelecimento comercial da alçada do princípio da *renovação obrigatória* do arrendamento, consagrado no artigo 1095.º do mesmo diploma, não obsta a que a locação do estabeleci-

mento envolva um *verdadeiro arrendamento de imóvel* (o prédio onde o estabelecimento se encontra instalado), nem a que nessa espécie negocial concorram algumas das razões justificativas da *exigência da escritura pública*.

Apesar de se não poder renovar indefinidamente, se o locatário ou seus sucessores assim o quiserem, como sucede no arrendamento em geral, a *locação do estabelecimento* pode ser convencionalizada por um período de tempo mais ou menos longo e abrange um valor patrimonial (o *estabelecimento comercial ou industrial*) que a lei tutela em termos muito especiais, exactamente por saber que ele constitui muitas vezes o principal suporte económico da vida de um ou mais casais. Facilmente se compreende, por isso, que, em relação a negócios dessa natureza, pelo valor do objecto sobre que incidem (o gozo dos estabelecimentos comerciais ou industriais), a lei procure estimular nas partes a *ponderação*, a *reflexão* e o *cuidado* que a *exigência da escritura pública* (no cartório notarial) favorece em alto grau.

No caso de locação do estabelecimento comercial em vias de instalação, com a instalação a cargo do locador, ao argumento extraído da cedência temporária dum elemento particularmente valioso aos olhos da lei, como é o estabelecimento, pode aditar-se ainda o do gravoso compromisso que o locador assume com os encargos de acabamento da instalação do estabelecimento.

É caso, por conseguinte, de se começar por afirmar, a propósito do problema da forma do contrato de locação do estabelecimento comercial, que *legem habemus* (art. 89.º, al. k, do Código do Notariado), e de acrescentar, em seguida, que *bonam legem habemus*, na medida em que a solução adoptada na lei traduz a que melhor defende os ponderosos interesses em causa nas espécies negociais desse tipo.

C) APRECIACÃO CRÍTICA DAS RAZÕES DO VOTO DE VENCIDO

8. **Qualificação do contrato.** Afirma-se no voto de vencido incluído no acórdão da Relação que a *especialidade* ou *singulari-*

dade do contrato sujeito à apreciação e julgamento dos tribunais reside no facto de o locador ter concebido e *formado* (?) o estabelecimento, mas *não o ter posto em funcionamento*, e de este só nas mãos do locatário *ter vindo a entrar no giro do negócio*.

Esta caracterização da espécie negocial em exame está longe, muito longe mesmo, de retratar com inteira fidelidade os *traços peculiares* da relação contratual criada entre as partes com o contrato de 27 de Agosto de 1976.

Por um lado, não parece inteiramente feliz a vaga afirmação de que foi a locadora quem concebeu e *formou* (?) o estabelecimento. Certo é que foi a locadora (LUSOTUR) *quem concebeu a ideia do estabelecimento* (campo de golf), elaborando o *programa* das suas instalações, quem *decidiu da sua realização*, encomendando o respectivo projecto e ordenando trabalhos, quem *fixou a sua implantação*, quem *forneceu* desde logo a *peça principal do estabelecimento* que é o *terreno* que serve de suporte ao campo de golf e às instalações complementares, e quem *fez praticamente todo o arranjo do campo principal do jogo* (distinto do chamado campo de prática).

Por outro lado, omite-se na síntese do voto de vencido um aspecto fundamental da situação de facto, que é a de ter sido a LUSOTUR *quem se obrigou*, completando a execução prática da sua iniciativa, a *custear as obras restantes de instalação do estabelecimento* e, o que é mais significativo, a *suportar os pesadíssimos encargos de conservação e manutenção do campo de golf*.

E todas estas obrigações *exorbitam* evidentemente da posição do senhorio no *arrendamento para fins comerciais*, que se limita a proporcionar a fruição temporária do imóvel (urbano ou rústico) para o locatário nele instalar, *a expensas suas*, o estabelecimento que entender ou entre eles for acordado.

Por último, não se faz no douto voto de vencido a menor alusão a um outro elemento importante na qualificação jurídica da espécie contratual que é o *conteúdo da vontade real dos outorgantes*. E, como oportunamente se verificou, a *vontade real dos contraentes* foi toda ela orientada no sentido de *considerarem a LUSOTUR* — e *não a AMASATUR* — como a *titular do estabelecimento*, a *dona do campo de golf*.

Dar à espécie contratual em exame outra qualificação que não seja a de *locação do estabelecimento comercial em vias de instalação ou de conclusão (equiparável, no seu regime, à locação do estabelecimento comercial)* equivaleria, por conseguinte, a *negar a vontade real dos outorgantes*, por um lado, e a desvirtuar, por outro, o sentido inequívoco das obrigações especiais assumidas pela locadora.

9. **Natureza aleatória das prestações convencionadas.** Contra a qualificação jurídica aceite, quer na 1.ª Instância, quer no acórdão da Relação, não depõe de modo nenhum a circunstância de a retribuição devida ao locador consistir, não numa *quantia certa*, mas numa *percentagem* sobre as receitas ilíquidas do estabelecimento, que seria sempre de *montante incerto*.

Não há hoje, como se sabe, nenhuma incompatibilidade intrínseca entre o modelo típico da locação e a *incerteza* da remuneração a cargo do locatário (1).

Nada obstaría, por conseguinte, a que como renda do estabelecimento se convencionasse uma prestação incerta, nomeadamente uma percentagem do rendimento ilíquido do campo de golf ou de outros serviços anexos.

10. **Questão da forma do contrato.** É de igual modo insustentável a tese de que o contrato celebrado entre as partes não está sujeito à exigência de *escritura pública* formulada no ar-

(1) Para esse efeito passou o artigo 1022.º do Código Civil a dizer «*mediante retribuição*», em vez da expressão «*mediante certa retribuição*» usada no artigo 1595.º do Código de 1867.

O objectivo imediato da alteração era o de incluir no conceito *genérico* da *locação* a figura específica do *arrendamento rural*, em que a renda podia consistir (pela absorção da *parceria rural no arrendamento rural*) numa quota dos géneros produzidos pelo prédio (vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II, 2.ª ed., anotação ao artigo 1022.º). E não é a simples circunstância de a absorção da parceria rural pelo arrendamento rural se encontrar de algum modo comprometida na Lei n.º 76/77 que elimina a nota dada no artigo 1022.º do Código Civil de que, sem prejuízo do disposto no artigo 1089.º do mesmo diploma, a *renda* pode ser de *montante incerto*.

tigo 89.º, al. k) do Código do Notariado, por não ter havido nele *transferência de gozo* do estabelecimento.

Esse argumento cai pela base, em face da verdadeira *estrutura* do contrato.

Pertencendo a *titularidade* do estabelecimento (campo de golf), por força da convenção da partes, à *dona do campo*, obrigada a completar a instalação, todos os elementos integrantes do estabelecimento, à medida que nele iam sendo encorporados pela LUSOTUR, ao mesmo tempo que ficavam na *titularidade* desta empresa, eram *transferidos, quanto ao seu gozo*, por força do contrato, *para a sociedade locatária* (a AMASATUR).

Sendo assim, não pode negar-se que o contrato celebrado entre as duas sociedades teve por objecto o *gozo* do estabelecimento (campo de golf). Só que o *gozo* do estabelecimento, em lugar de ser *transferido* de jacto, *num só momento*, como sucede sempre que o estabelecimento se encontra integralmente constituído e em pleno funcionamento, se trasferiu, neste caso, *parcelar e sucessivamente*, à medida que as suas partes integrantes iam sendo nele incorporadas, graças às prestações devidas e realizadas pela locadora.

CONCLUSÕES

11. **Síntese das considerações expostas.** Em face das considerações desenvolvidas para responder às perguntas formuladas, não são difíceis de resumir as conclusões essenciais que interessam ao julgamento do recurso interposto para o Supremo.

1.ª — O contrato que a LUSOTUR e a AMASATUR celebraram entre si, em 27 de Agosto de 1976, *não é um simples contrato de arrendamento para o exercício do comércio*, visto a locadora não se ter limitado 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, cuja fruição foi cedida à AMASATUR pela LUSOTUR, 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* do 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, *k*), do Código do Notariado.

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 que alguns autores chamam o *aviamento*, não obsta à existência do contrato de locação do 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.

Este é, s.m.j., o meu parecer.

Lisboa, 15 de Maio de 1984

a) *Antunes Varela*