

CESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, ARRENDAMENTO E NULIDADE FORMAL

PARECER (*)

Pelos Profs. Doutores
José de Oliveira Ascensão e A. Menezes Cordeiro

SUMÁRIO

A CONSULTA

I — O CONTRATO OBJECTO DA CONSULTA, OS FACTOS RELEVANTES E OS PROBLEMAS JURÍDICOS SUSCITADOS

- § 1.º *O contrato celebrado*
- § 2.º *Os factos relevantes*
- § 3.º *O processo; os problemas jurídicos envolvidos*

II — TEMAS GERAIS IMPLICADOS NA CONSULTA

- § 4.º *As qualificações em Direito interno*
- § 5.º *A forma negociável; sentido e limites*
- § 6.º *As invalidades formais e a sua alegabilidade*
- § 7.º *O «favor negotii» como princípio jurídico*
- § 8.º *Justiça negocial e Direito cogente; as conversões legais*
- § 9.º *Conclusões*

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

III — PONTOS ESPECÍFICOS POSTOS PELA CONSULTA

- § 10.º *O estabelecimento comercial*
- § 11.º *A cessão de exploração*
- § 12.º *Cessão de exploração de estabelecimentos incompletos?*
- § 13.º *A conversão legal da cessão de exploração em arrendamento*
- § 14.º *Conclusões*

IV — SENTIDO E VALIDADE DO CONTRATO OBJECTO DA CONSULTA

- § 15.º *O contrato celebrado e a cessão de exploração*
- § 16.º *Um arrendamento atípico?*

V — CONCLUSÕES

- § 17.º *Conclusões de ordem geral*
- § 18.º *Conclusões quanto ao contrato*

Abreviaturas

- AcP — Archiv für die civilistische Praxis
- BFD — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BGHZ — Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
- BMJ — Boletim do Ministério da Justiça
- COF — Coleção oficial dos acórdãos doutrinários do Supremo Tribunal de Justiça
- DNotT — Deutscher Notartag
- DNotZ — Deutsche Notar-Zeitschrift
- ED — Enciclopedia del diritto
- FI — Il foro italiano
- FI(R) — Il foro italiano (Repertorio generale)
- FS — Festschrift
- GazRelLx — Gazeta da Relação de Lisboa
- Gruchot — Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
- JhJb — Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
- NJW — Neue Juristische Wochenschrift
- NssDI — Novissimo Digesto Italiano
- RDComm — Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
- RDES — Revista de Direito e de Estudos Sociais
- RdL — Recht der Landwirtschaft
- Recht — Das Recht
- RGZ — Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
- RLJ — Revista de Legislação e de Jurisprudência
- RT — Revista dos Tribunais
- SeuffA — Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
- WM — Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen

A CONSULTA

Em 27 de Agosto de 1976 foi celebrado entre a LUSOTUR, SARL e a AMASATUR, LDA., empresas do sector turístico, um contrato denominado de cessão de exploração de um campo de golfe, situado no Algarve.

Pergunta-se, perante o Direito positivo português em vigor, qual a validade desse contrato, qual o seu regime e que consequências advêm dos vícios que, porventura, o inquiram, no todo ou em parte.

Anexos: — o texto do contrato;

— as peças principais de um processo que o teve por fulcro e que correu nos Tribunais da Comarca de Loulé e da Relação de Évora.

I — O CONTRATO OBJECTO DA CONSULTA, OS FACTOS RELEVANTES E OS PROBLEMAS JURÍDICOS SUSCITADOS

§ 1.º *O CONTRATO CELEBRADO*

I. O cerne da consulta reside num contrato celebrado em 27 de Agosto de 1976, entre a LUSOTUR, SARL e a AMASATUR, LDA. Evita-se transcrever o documento em causa, que consta dum anexo. No entanto, e por ser uma peça decisiva em toda a questão procede-se, de seguida, à destrição dos seus diversos elementos.

II. São eles:

1. *Celebrantes*: LUSOTUR, SARL, e AMASATUR, LDA, empresas da área do turismo algarvio, ambas com sede em Lisboa, identificadas no preâmbulo do contrato.
2. *Objecto*: (também dito *objecto mediato*): o Campo de Golfe n.º 2, incluindo o campo de prática, devidamente

referenciado, na titularidade e posse da LUSOTUR, SARL — cláusula 1 — e várias prestações, discriminadas a propósito do conteúdo.

3. *Conteúdo: (também dito objecto imediato):*

a) *Efeitos imediatos: cedência pela LUSOTUR à AMASATUR da denominada exploração comercial do Campo de Golfe n.º 2, incluindo o campo de prática — cláusula 1.*

b) *Deveres da LUSOTUR:*

1.º *Nivelar e relvar o campo de prática, até ao dia 1 de Janeiro de 1977, a expensas suas — cláusula 2.*

2.º *Construir uma casa de apoio definitiva, baseada em projecto existente na LUSOTUR, a concluir até 1 de Junho de 1978 e com a aprovação das celebrantes, a expensas suas — cláusula 3.*

3.º *Fornecer, enquanto não tiver concluída a construção da casa de apoio definitiva e a partir de 1 de Outubro de 1976, uma construção provisória com a área aproximada de 100 m² dispondo de dois vestiários, cada um deles com dois duches, dois WC e dois lavatórios, com possibilidades de servir para arrecadação de materiais de golfe e ainda para um pequeno escritório de apoio — cláusula 4.*

4.º *Suportar todas as despesas com a conservação e reparação do campo e da parte do imóvel mencionado na cláusula 3 — portanto a casa de apoio definitiva — designadamente no que respeita a pessoal, água, electricidade, combustíveis, adubos e outras, bem como as despesas de todo o equipamento cedido pelo contrato, excepto no que respeita a deteriorações não decorrentes de um uso normal e prudente*

— cláusula 14, a) — especificando-se, ainda, que a conservação em causa deve obedecer às normas da Federação Portuguesa de Golfe — cláusula 14, b).

- 5.º Garantir que, caso rescinda unilateralmente o contrato por ter sido inaugurado um hotel em determinada zona e nas condições que abaixo se indicam, no novo contrato de exploração seja concedido desconto de 50% aos clientes do Hotel D. Pedro na utilização do campo de golfe até 30 de Setembro de 1986 — cláusula 5.

c) Deveres da *AMASATUR*:

- 1.º Pagar à LUSOTUR 50% da receita bruta — cláusula 6 — considerando-se como tal, além dos *green fees* e receitas pela utilização do campo de prática, todas as receitas obtidas pela concessão de facilidades na utilização dos referidos campos, designadamente através de contratos com clubes desportivos, outros empreendimentos, etc. — cláusula 7.
- 2.º Pagar à LUSOTUR 10% da receita bruta de qualquer outra exploração comercial que a 2.ª outorgante venha a fazer, de apoio à exploração de golfe, designadamente bar, boutiques, etc. — cláusula 9.
- 3.º Efectuar os pagamentos trimestralmente, nos primeiros 30 dias do mês seguinte ao encerramento do trimestre anterior e, no caso dos 50%, efectuar o 1.º pagamento em Janeiro de 1977 — cláusula 8.
- 4.º Enviar mensalmente à LUSOTUR os mapas-resumo dos movimentos havidos e pôr à sua disposição sempre que ela o solicite, ou de pessoas ou entidades por esta designadas, todos os livros, registos, talões e demais documentos necessários ou convenientes à determinação dos pagamentos a efectuar — cláusula 10.

- 5.º Conceder aos proprietários individuais de Vila-moura 20% de desconto na utilização do Campo de Golfe — Cláusula 13.
- 6.º Não transmitir a outrem a sua posição contratual sem prévio consentimento por escrito da LUSOTUR — cláusula 11.
- 7.º Suportar todas as despesas com a exploração — cláusula 14, alínea c).

4. *Prazo do contrato e rescisão*

- a) O contrato vigora de 1 de Outubro de 1976 a 30 de Setembro de 1986 — cláusula 5.
- b) A LUSOTUR pode, no entanto, rescindir unilateralmente o contrato antes da data prevista, mas nunca antes de decorridos 4 anos da sua vigência, se entretanto for inaugurado um Hotel nas zonas 2.1/D e tampão e se a primeira outorgante tiver interesse em ceder a exploração do golfe ao referido hotel — cláusula 5.

5. *Cláusula sobre incumprimento*

- a) Salvo o poder de rescisão unilateral da LUSOTUR, acima referido, qualquer parte que rescinda o contrato unilateralmente antes do fim do seu período de vigência ou, por incumprimento, dê justa causa de rescisão à outra parte, pagará à outra parte uma indemnização equivalente às prestações vincendas, calculadas na base de 125.000\$00 por trimestre, sem prejuízo do vencimento imediato da prestação referente à parte do trimestre já decorrido, se de montante superior — cláusula 12.
- b) Todo o atraso que se verifique no cumprimento dos deveres da LUSOTUR de nivelar e arrelvar o campo de prática, de construir a casa de apoio definitiva e de fornecer uma construção provisória implica o

correspondente adiamento nos prazos dos contratos — cláusula 15.

6. *Forma*

O contrato foi celebrado por escrito.

III. Este clausulado, de complexidade relativa, pode sintetizar-se no seguinte: uma parte, a LUSOTUR, cede à outra a exploração de um campo de golfe e obriga-se a realizar, neste, determinadas obras mantendo-as, bem como aquele, em boas condições à sua custa; a outra, a AMASATUR, vincula-se, em contrapartida, a pagar, com periodicidade, certas quantias calculadas na base de determinadas percentagens sobre receitas brutas que realize com a exploração em causa. São, também, previstos prazos, fórmulas de rescisão e cláusulas de incumprimento.

Uma primeira apreciação do negócio em presença revela estar-se perante um esquema atípico e inominado: atípico por não corresponder, em conjunto, a nenhuma figura especialmente regulada no direito privado português vigente; inominado por, para além disso, não dispor de *nomen iuris*, no mesmo direito⁽¹⁾. Não se pode, porém, deste estado de coisas, inferir *a priori* que o regime aplicável seja, ele próprio, dependente, exclusivamente, do que as partes tenham acordado, ao abrigo da sua autonomia privada, recorrendo-se ainda, se disso for caso, às regras da integração negocial: pode suceder que normas injuntivas requeiram a sua aplicação, com prejuízo do estipulado pelas partes. Tão-

(1) Quanto a estas categorias, que por vezes se confundem na doutrina, mas que devem ser mantidas distintas, cf. PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações I* (1972), 223 e MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações I* (1980), 418-419. Poder-se-ia pôr a questão de, *ab initio*, haver aqui uma cessão de exploração de estabelecimento comercial, também dita de locação de estabelecimento comercial: embora as próprias partes não refiram tal figura — falam, tão-só, em cessão de exploração comercial o que, além do mais, não é vinculativo — deve vincar-se que, por um lado, não se menciona, de modo expresso, a existência de um estabelecimento e que, por outro, falta, na nossa Lei, quer um regime cabal para ela, quer a própria denominação clara de tal figura, embora vários preceitos a tenham em conta.

-pouco é possível ajuizar, sem mais, se a forma adoptada — o escrito particular — surge bastante para lhe assegurar a validade.

§ 2.º OS FACTOS RELEVANTES

I. O sentido jurídico do contrato celebrado não depende, apenas, da matéria clausulada. A factualidade envolvida pode implicar aspectos que inflictam, num ou noutro sentido, as soluções de Direito. Acresce que de factos exógenos resultam, por vezes, elementos de interesse para a interpretação e a integração contratuais.

II. Por isso, no processo originado pelo contrato aqui em questão, entendeu-se apurar determinados factos, devidamente quesitados, enquanto outros, por não levantarem, nos termos da lei processual, dúvidas, foram especificados. Alinham-se os mais significativos.

1. O contrato em causa foi, de facto, celebrado, tendo sido assinado por representantes de ambas as partes — especificação, 1.º e 5.º

2. No momento da celebração do contrato, a casa de apoio não estava construída — especificação, 6.º

3. Ambas as partes tinham a vontade de celebrar um contrato válido — especificação, 6.º

4. Na celebração do contrato, a LUSOTUR teve o apoio do director do seu serviço de contencioso — resposta ao quesito 2.º — tendo ele sido elaborado pelos representantes da LUSOTUR e pelo representante da AMASATUR, com a colaboração de funcionários seus — resposta ao quesito 3.º

5. Em 27-Ag.-1976 não estava construída a casa de apoio ao campo de golfe — resposta ao quesito 5.º — não sendo possível, sem uma casa desse tipo, a exploração comercial de um campo de golfe especialmente destinado ao sector do turismo — resposta ao quesito 6.º

6. Para a exploração comercial do campo de golfe é necessário que a casa de apoio seja dotada de cadeiras, armários e secretárias — resposta aos quesitos 7.º e 8.º

7. Além do recheio da casa de apoio, para a exploração comercial do campo de golfe, no sector do turismo, em condições normais, são precisos copos, bandeiras e marcações de saída — resposta ao quesito 10.º

8. A AMASATUR adquiriu mais caixas para o lixo, copos, bandeiras e bases, material este que debitou à autora, adquiriu *trolleys* para o uso no campo e instalou um bar na casa de apoio para o que adquiriu material diverso — resposta ao quesito 12.º

9. A AMASATUR adquiriu parte da clientela para o campo de golfe — resposta ao quesito 13.º

10. Na altura em que foi concluído o contrato, o campo estava apto a funcionar como campo de golfe — resposta ao quesito 15.º

11. Além da casa de apoio, a LUSOTUR entregou à AMASATUR móveis de escritório, convectores e chuveiros eléctricos para recheio da tal casa — resposta ao quesito 16.º

12. Se a LUSOTUR soubesse que não podia ser reconhecida eficácia às cláusulas 6, 9 e 12, referentes às prestações a pagar pela AMASATUR, calculadas na base duma percentagem sobre a receita bruta, ao modo de pagamento e às consequências, para as partes, da rescisão unilateral do contrato ou do dar justa causa para que tal rescisão sobrevenha, respectivamente, não o teria celebrado — resposta ao quesito 18.º

13. Mantendo-se a AMASATUR na posse do campo de golfe, causa prejuízo à LUSOTUR, por não poder dispor dele — resposta ao quesito 22.º

14. A AMASATUR pagou à LUSOTUR o que pensa dever por força do contrato, até ao final de 1978; não o fez no primeiro trimestre de 1979, por recusa desta em receber — resposta ao quesito 25.º

III. Como não provados, foram dados os seguintes factos:

1. Que o contrato tenha sido elaborado pelos serviços de contencioso da LUSOTUR sem qualquer apoio jurídico da AMASATUR — resposta ao quesito 1.º

2. Que o campo de golfe nunca funcionara como tal antes de 27 de Agosto de 1976 — resposta ao quesito 4.º

3. Que a LUSOTUR não tenha fornecido à AMASATUR os móveis e utensílios necessários à exploração — resposta ao quesito 9.º

4. Que a LUSOTUR não tenha fornecido à AMASATUR caixas para o lixo, copos, bandeiras, bases, bandeiras, *trolleys*, carros eléctricos, marcações de saída, sacos e clubes, e que nada disso existisse quando a AMASATUR tomou conta do campo — resposta ao quesito 11.º

5. Que a AMASATUR tivesse tido de adquirir todo esse material — resposta ao quesito 12.º

6. Que a casa de apoio não seja essencial para a exploração comercial do campo de golfe, sendo tão somente um elemento do conjunto destinado à obtenção de lucro e a uma maior eficácia nessa obtenção — resposta ao quesito 14.º

7. Que as partes tenham qualificado de *comissão* as retribuições da AMASATUR — resposta ao quesito 17.º

8. Que a AMASATUR nunca tenha mandado à LUSOTUR mapas-resumo mensais de movimentos havidos — resposta ao quesito 21.º

9. Que em 27 de Agosto de 1976 o campo de golfe nem estivesse nivelado, nem relvado — resposta ao quesito 23.º

10. Que a LUSOTUR não tivesse construído a casa de apoio — resposta ao quesito 24.º

IV. Sendo bastante extensa, não pode considerar-se que a factualidade, acima alinhada, responda, de modo exaustivo, a todas as questões que interessaria conhecer, para o amparo dos aspectos jurídicos a equacionar. Não obstante, a aplicação do Direito não fica prejudicada: dada a proscricção, no espaço jurídico actual, do *non liquet*, consubstanciada na proibição de denegar justiça, quaisquer falhas ou confusões probatórias, normais aliás nos litígios controvertidos, devem ser supridas pelas regras do ónus da prova. O funcionamento destas últimas é, aliás, questão de Direito.

A síntese dos factos relevantes será efectuada a propósito das questões jurídicas a enquadrar.

§ 3.º *O PROCESSO; OS PROBLEMAS JURÍDICOS ENVOLVIDOS*

I. O contrato celebrado terá funcionado normalmente durante dois anos. Desentendimentos entre as partes levaram a LUSOTUR a, mediante notificação judicial, procurar rescindir unilateralmente o contrato, o que a AMASATUR recusou.

A LUSOTUR move, então, contra ela, uma acção da declaração de nulidade, alegando estar em causa um contrato de cessão de exploração comercial, sujeito, pelo art. 89.º *k*) do Código do Notariado, a escritura pública, não observada no caso em análise e, ainda, haver prestações indeterminadas no seu clausulado; pede a restituição do que prestara — petição inicial. Contestando, como Ré, a AMASATUR, para além doutros aspectos, afirma que o contrato celebrado é de arrendamento, não incorrendo em nulidade invocável pela contraparte; também as prestações nele previstas, ainda quando indeterminadas, seriam determináveis, não concitando, por isso, quaisquer invalidades. Em réplica a LUSOTUR reafirma as posições iniciais e amplia o pedido: requer a declaração da nulidade do contrato, fosse ele de cessão de exploração comercial, de locação de estabelecimento comercial, de transferência de propriedade de estabelecimento comercial, qualquer outro que tenha por objecto o gozo de estabelecimento comercial ou de arrendamento; requer a declaração de não se tratar de um arrendamento e, sendo julgado válido não como arrendamento, de se ter rescindido em 31 de Julho de 1978; pede restituição do que prestara e uma indemnização correspondente aos prejuízos sofridos por ela a partir de 16 de Janeiro de 1979, se o contrato for nulo, e 31 de Julho de 1978, se for considerado válido. A AMASATUR replica pedindo a improcedência dos pedidos, antigos e novos.

II. Seguiu-se o saneador, a especificação e o questionário, já indicados a propósito da factualidade, tendo surgido reclamações e agravo do saneador e do despacho que as indeferiu; o competente acórdão da Relação manteria, em geral, a causa nos termos fixados na primeira instância. Houve julgamento, alegações de Direito das partes, que incluíram um Parecer de LOBO

XAVIER e sentença, que concluiu pela existência de um contrato de locação de estabelecimento comercial, nulo por falta de forma, posição mantida, com um voto de vencido, na Relação.

O desenvolvimento do litígio, o comportamento processual das partes — que não interfere com o mérito da causa — e a apreciação das diversas peças que o compõem transcendem o âmbito da presente consulta. Registe-se apenas a preocupação, patente nas intervenções das partes, no Parecer jurídico junto aos autos, e na actuação dos tribunais, que já se debruçaram sobre o litígio, em aprofundar as questões jurídicas nele em aberto: a doutrina e a jurisprudência portuguesa apresentam uma autonomia e uma dignidade científicas, requeridas, aliás, pelas particularidades da sua ordem positiva, que bem suportam o cotejo com as suas congéneres. Mas é sempre útil e ilustrativo conhecer as soluções estrangeiras para questões similares.

Do litígio interessa, apenas, reter os pedidos formulados pelas partes no decurso do processo: o ónus da prova depende, como é sabido, desse factor.

III. O objecto da consulta coloca problemas diversos de direito privado: civil e comercial. Antecipa-se já que eles suscitam dúvidas desiguais: nalguns aspectos, é possível opinar com a segurança própria das respostas em Direito, noutros, a dificuldade é maior, embora não intransponível ao ponto de abandonar a decisão ao sentimento e à intuição. Estão, no primeiro caso, os temas ligados ao estabelecimento comercial; no segundo surge a possibilidade de, por via judicial, corrigir certos aspectos ligados ao *ius strictum* do arrendamento.

Focou-se, acima, que o contrato celebrado sugere, a uma primeira abordagem, um negócio atípico e inominado. Mas só o seu estudo proporciona uma opinião definitiva. A estar em causa, nele, uma locação de estabelecimento comercial, seguir-se-ia uma nulidade formal — art. 89.º k) do Código do Notariado — por falta de escritura pública, de consequências a determinar. Não havendo tal locação, seria necessário indagar a conformação do negócio com outros tipos contratuais a que ele possa ou deva ser reconduzido e, designadamente, com o arrendamento. Por fim, a conformação substancial, perante a lei portuguesa, das

diversas cláusulas, tem de ser estabelecida, com atenção às consequências a associar a qualquer inidoneidade detectada.

Vai, pois, sucessivamente, estudar-se o estabelecimento comercial, a cessão de exploração, a imperfeição desse negócio com as suas consequências, e a autonomia das partes perante normas injuntivas, designadamente as ligadas ao arrendamento. Os elementos obtidos permitirão a valoração do contrato objecto da consulta.

A elaboração de estudos jurídicos a propósito de consultas feitas quanto a problemas concretos, ainda quando dependente de uma ponderação prévia do mérito da causa, comporta sempre algum perigo de distorção: certas particularidades do caso considerado, especialmente impressivas, podem inflectir o esforço de estudo, de tal modo que venham a apontar-se soluções que não confirmam com as que, em abstracto, se encontrariam para os pontos considerados. Não é menos verdade, no entanto, que apenas na aplicação se consubstancia o Direito, surgindo, então, aspectos antes insuspeitados.

Visando minimizar este dilema, vai proceder-se a algumas considerações prévias sobre temas científicos implicados na presente consulta. São eles: as qualificações em direito interno, a forma negocial, a sua alegabilidade e alcance, o *favor negotii* como princípio jurídico, e a justiça negocial e o direito cogente, base das chamadas conversões legais.

II — TEMAS GERAIS IMPLICADOS NA CONSULTA

§ 4.º AS QUALIFICAÇÕES EM DIREITO INTERNO

I. O objecto do litígio poderia traduzir-se num problema de qualificação: consoante se reconduzisse o contrato em estudo a uma figura negocial diversa, assim a solução. O sentido dogmático das qualificações em Direito interno deve ser esclarecido.

A complexidade social regulada pelo Direito, dadas as infinitas configurações que pode assumir, exige a sua redução dogmática: assiste-se, pois, a um processo de elevação e simplifica-

ção da matéria a regular pelo Direito, operada com o reunir em modelos dos seus traços mais característicos: os conceitos. A conceitos diferentes faz-se, por comodidade de figuração, expressão, comunicação e aprendizagem, corresponder designações próprias. Qualificar é atribuir a uma matéria a regular pelo direito a nomeação própria de um conceito, envolvendo com isso a aplicação das regras jurídicas correspondentes.

II. O tema das qualificações ganhou autonomia em Direito internacional privado, desde a sua descoberta, em 1891, por FRANZ KAHN (2); a qualificação, em sentido estrito, veio aí, a ser definida como «... aquela operação que se traduz em subsumir um *quid* concreto nos conceitos que delimitam o objecto ou o âmbito da conexão nas normas de conflitos»(3). Colocando problemas vários do domínio da interpretação e aplicação das normas de conflitos, a qualificação, em Direito internacional privado, é hoje resolvida no sentido de se dever atentar, no seu domínio, à verdadeira materialidade jurídica visada pela regra de conflitos. Numa demonstração da unidade da Ciência jurídica, é essa, também, a direcção que deve tomar a qualificação em Direito interno (4).

III. A qualificação não deve comandar o regime jurídico a aplicar: este depende da materialidade efectivamente implicada. Nesse sentido entende-se, com unanimidade, que as qualificações feitas pelas partes, de um contrato que tenham celebrado, não

(2) FRANZ KAHN, *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, JhJb 30 (1891), 1-143 = *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht* 1 (1928), 1-123 (92 ss.). Uma bibliografia sobre o tema pode ser confrontada nas obras de ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO e de FERRER CORREIA, abaixo referidas.

(3) ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito internacional privado* (1964), 215. Sobre o tema mencionem-se, ainda, na literatura portuguesa as *Lições de Direito Internacional Privado* de I. MAGALHÃES COLLAÇO, de FERRER CORREIA e de BAPTISTA MACHADO, II (1959), 124 ss., (1973), 267 ss. e (1974), 102 ss., respectivamente.

(4) Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito/Introdução e Teoria Geral*, 4.ª ed. (1987), n.º 309.

interferem na sua natureza: esta, ainda que na disponibilidade dos celebrantes, emerge do esquema regulativo por eles adoptado. A qualificação que lhe tenha sido atribuída poderá, quando muito, constituir um elemento coadjuvante para a determinação das vontades implicadas. As próprias qualificações legais não são vinculativas para o intérprete. A lei comanda, mas não teoriza. Assim, se uma norma qualificasse como real um direito para o qual se estabelecesse, depois, um regime obrigacional, este prevaleceria: a qualificação legal deveria, doutrinária e jurisprudencialmente, ser refeita.

Cabe, ainda, enfocar um aspecto da maior importância, ligado às qualificações em Direito interno: a simples qualificação de certa realidade seria insuficiente para ditar o seu regime. Na passagem da materialidade para o conceito, base da qualificação, assiste-se, de modo necessário, a um empobrecimento: por natureza, a formação do conceito implica uma simplificação da matéria a retratar. Por outro lado, a decisão tomada na base da mera qualificação implica o passar do conceito à realidade subjacente. Dadas as simplificações redutivas operadas na elaboração conceitual, a decisão amparada, apenas, na qualificação, opera com um número menor de variáveis do que as efectivamente existentes. Fazendo-o, ou vai ignorar a realidade a decidir, uniformizando o que requer, pelo contrário, um tratamento diferenciado, ou vai aditar, ao modelo da decisão, premissas indemonstradas que já não podem, na qualificação efectuada, buscar apoio positivo⁽⁵⁾. Seria, por exemplo, o caso de, a um contrato de natureza controversa, chamar de compra e venda, para lhe aplicar, na íntegra, o regime desse tipo negocial: ou se ignoraria o clausulado que, nesse contrato, destoando da compra e venda, requereria soluções diferenciadas ou se entenderia, *a priori* e sem demonstração, que, na economia contratual em causa, seria inatendível tudo o que extravasasse a normal compra e venda.

(5) A passagem directa dos conceitos às soluções, com os efeitos apontados, integra o chamado métodos da inversão, vivamente denunciado por PHILIPP HECK e por outros seguidores da jurisprudência dos interesses. Cf. HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*² (1932), 10.

A qualificação é uma operação relevante na interpretação e aplicação do Direito. Mas surge, tão-só, como auxiliar: o regime deve ser dado pela valoração, nos seus vários aspectos, da realidade a tratar e não por meras deduções derivadas da qualificação.

§ 5.º A FORMA NEGOCIAL; SENTIDO E LIMITES

I. Na matéria da consulta põe-se, premente, um tema ligado à forma negocial. Toda a declaração, para o ser, há-de assumir uma forma; de *forma* fala-se, contudo, para designar a solenidade especial que certas declarações devem, por lei, assumir.

Actualmente, as diversas ordens jurídicas vivem dominadas pelo princípio da consensualidade na formação dos negócios. O Direito, pela autonomia privada, reconhece às pessoas a possibilidade de, livremente, produzir efeitos jurídicos. Basta, pois, que as vontades respectivas se exteriorizem nesse sentido, independentemente de terem assumido esta ou aquela configuração. Tal princípio está consagrado, com clareza, no art. 219.º do Código Civil (6). E é importante: desde o antigo Direito romano, todo o progresso jurídico tem operado contra o formalismo, na busca de soluções materiais verdadeiras (7). Uma evolução paralela ocorreu no antigo Direito germânico (8).

II. No entanto, os diversos Direitos da actualidade requerem, em certos sectores delimitados, formas específicas, de maior ou menor solenidade, para o dimanar de declarações negociais (9).

(6) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, tit. IV, *Ações e factos jurídicos* (1983/84), 183 ss. Esta orientação é comum aos ordenamentos da actualidade; p. ex., D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB* (1982), 209.

(7) Cf. LORENZ, *Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge*, AcP 156 (1957), 381-413 (385-398) e COING, *Form und Billigkeit im modernen Privatrecht*, DNoTZ 1965, 29-50 (29-30).

(8) Cf. KARL LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*⁵ (1980), 371.

(9) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* cit., 1, 415.

Esse formalismo residual tem sido, na doutrina, justificado com algumas proposições: a necessidade de impor, às partes, uma reflexão particular antes da celebração de negócios de gravidade acentuada, a intenção legislativa de facilitar a prova e as exigências de publicidade para os actos jurídicos praticados. Embora consistentes, é duvidoso que tais proposições sejam, em concreto, asseguradas pela exigência simples de formas solenes: a possibilidade de irreflexão mantém-se, mesmo na solenidade, havendo para lhe fazer frente esquemas jurídicos consagrados, como a anulação por erro; a facilidade de prova conduziria, quando muito, ao estabelecer de solenidades *ad probationem*, quando é sabido que, na generalidade, a forma opera *ad substantiam*; a publicidade, por fim, é satisfeita por meio de esquemas a tanto dirigidos, como o registo. A fraqueza justificativa das formas solenes que, ainda hoje, se exigam, nalguns negócios, acentua-se ainda pelo facto, muito citado, de haver uma marcada dissonância entre as exigências formais juspositivas e a importância real dos actos a que respeitem: oneram-se actos de relevo social e económico em regressão — como, por ex., os referentes à propriedade imobiliária —, enquanto outros, de maior importância, se conservam consensuais.

III. Os Códigos civis modernos conservam, de facto, resíduos de formalismo, num fundo dominado claramente pelo consensualismo negocial. Mas não desconhecem os óbices que, das solenidades, resultam para uma sistematização harmoniosa e funcional do tecido jurídico. Consagram, por isso, várias disposições destinadas a minorá-los. No Código Civil português em vigor, pode, nessa linha, apontar-se matéria vária. O art. 221.º exceptua ao regime da forma boa parte das chamadas estipulações acessórias. O art. 238.º/1 e /2 admite que o sentido da declaração possa ter um mínimo de correspondência no documento requerido pelo regime formal, ou até, em certas circunstâncias, nem ter qualquer correspondência. Os arts. 292.º e 293.º aceitam a redução e a conversão dos negócios jurídicos, com viabilidade, pois, da passagem de negócios inquinados por inobservância de forma legal para tipos negociais menos exigentes. Tudo isto reforça a ideia de primazia consensual, revelando a intenção legislativa

de, em consonância com longa e sedimentada evolução histórica, limitar o formalismo ao mínimo tido por necessário.

IV. Ligado, por essência, à autonomia privada ⁽¹⁰⁾, princípio básico do Direito privado actual ⁽¹¹⁾, o consensualismo domina, no actual estágio histórico, a panorâmica geral da ordem jurídica. Pontualmente apenas, por injunção legal, ele é afastado, a favor da exigência da solenidade para a produção válida de efeitos jurídicos. E ainda então confluem, num todo significativo, uma fraqueza teleológica marcada e a existência de vários esquemas criados, por lei, para minorar o *ius strictum* da forma jurídica.

A injunção legal de certa forma negocial tem de ser respeitada. Mas deve ser dado acolhimento, também, aos vectores juspositivos que se opõem às solenidades, num âmbito onde imperam, salva excepção, a liberdade e a responsabilidade. Por isso, às normas que determinem formas específicas para certos negócios não deve ser dado um âmbito maior do que o que elas, de modo expresso e injuntivo, prescrevam. Excluída, desde logo, a sua aplicabilidade por analogia — art. 11.º — comprometida fica, em geral, qualquer tentativa de as interpretar extensivamente: dado o vigor da consensualidade, todo o espírito legislativo tende para a sua restrição.

§ 6.º AS INVALIDADES FORMAIS E A SUA ALEGALIDADE

I. À inobservância da forma legal corresponde, em princípio, a nulidade do negócio ⁽¹²⁾. Esta solução, muito enérgica, requer uma ordenação conveniente.

⁽¹⁰⁾ Cf. HANS BROX, *Allgemeines Schuldrecht*¹¹ (1983), 24.

⁽¹¹⁾ Cf. MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito Civil* (1976), 65 ss., MENEZES CORDEIRO, *D. obrigações* cit., 1, 49 ss. e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria geral* cit., III, IV, 26.

⁽¹²⁾ Art. 220.º do Código Civil.

Na celebração de um negócio, assiste-se ao empenhamento da palavra das partes na observância de determinadas condutas recíprocas. Essa palavra, livremente assumida, deve, por força de fortes representações éticas, sociais e psicológicas, ser respeitada. Expectativas compreensíveis de continuidade e de previsibilidade, dentro do espaço jurídico, requerem o seu acatamento. O próprio sentimento comum de justiça, quando não haja vícios intrínsecos na formação e na exteriorização da vontade, inclina-se para o cumprimento do que, voluntariamente, tenha sido contraído (13). Ao associar, à inobservância da forma legal, uma nulidade, o Direito privado contende com todas essas realidades. Pode, sem dúvida, fazê-lo. Mas é de admitir que o faça, apenas, com boas razões. Dizia-se, com frequência, haver, na base da nulidade radical cominada às invalidades formais, razões de interesse público. Tende-se, na actualidade, para a superação desse entendimento: qualquer norma jurídica prossegue interesses públicos e privados, sendo problemática e desfigurante a tentativa de os destinar (14). A determinação da predominância do interesse público tinha relevo quando o Direito nacional não contrapunha, com clareza, as chamadas nulidades absoluta e relativa: ela seria indício no sentido de ocorrer a primeira das referidas invalidades. Hoje, e na base dos regimes associados à nulidade e à anulabilidade, pode assegurar-se que aquela corresponde ao estatuir de normas injuntivas, cujos efeitos não se encontram, por isso, na disponibilidade das partes. A esta luz deve ser vista a nulidade dos negócios por vícios formais (15). Contraria-se, assim, a natureza essencialmente supletiva do Direito das Obrigações (16),

(13) Militam, aqui, as razões de fundo que levam, no momento pré-jurídico, a condenar o *venire contra factum proprium*. Cf., por ex., WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB* (1956), 28, e CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*² (1983), 288.

(14) Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais/Sumários* (1984/85), § 1.º, n.º 1.

(15) É sabido que a alegação, pelas partes, de nulidades formais, corresponde à intenção de proteger os seus interesses privados. E estão no seu direito.

(16) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* cit., 1, 73 e PESOA JORGE, *Direito das Obrigações*, 1 (1972), 196 ss.

numa saída que, sendo possível e legítima, concita cautela e ponderação.

II. A evolução milenária do Direito contra o formalismo gera, sobre as cominações de formas solenes para os negócios jurídicos, uma pressão histórica. Essa pressão mais se acentua pela nulidade que, como sanção, corresponde à inobservância da forma prescrita e que pode, no concreto, levar a injustiças, agravadas pelo próprio regime da nulidade: a qualquer interessado compete alegá-la — art. 286.º do Código Civil. No limite, uma pessoa pode, com dolo até, induzir outra a celebrar um negócio sem a forma prescrita, retirar, da aparência daí emergente, as vantagens que lhe aprouver e, em qualquer momento que lhe convenha, impugnar o que, com liberdade, celebrou. Acresce ainda que as apregoadas razões justificativas da *forma* podem mostrar-se salvaguardadas: assim, por exemplo, quando na celebração do contrato formal viciado tenham intervindo juristas e outros técnicos que assegurem a reflexão necessária, quando, no mesmo, não se ponham questões probatórias e quando, por fim, não esteja em causa a posição de terceiro, a quem, por definição, se destina a publicidade.

Há, por tudo isto, pressões tendentes a limitar a possibilidade de alegação de nulidades formais.

III. No espaço jurídico português a inalegabilidade de nulidades formais, em certas circunstâncias, foi analisada, há quase quarenta anos, por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, precisamente a propósito do arrendamento (17). Segundo esse Autor, o

(17) O Autor avança na base da Lei n.º 1662, de 4 de Setembro de 1924, cujo art. 4.º determinava: «Os arrendamentos de prédios urbanos serão, não obstante a falta de título escrito, reconhecidos em juízo, por qualquer outro meio de prova, quando se demonstre que a falta é imputável a negligência, coacção, dolo ou má fé do senhorio». Este preceito foi alargado pelo art. 1.º do Decreto n.º 22661, de 13 de Junho de 1933, que dispõe: «Os arrendamentos de prédios urbanos serão, não obstante a falta de título escrito, reconhecidos em juízo por qualquer outro meio de prova, quando se demonstre que a falta é imputável ao senhorio ou ao arrendatário».

arrendamento formalmente viciado não deixaria de ser nulo; os efeitos ainda então produzidos, por disposição legal, explicar-se-iam por o arrendamento nulo funcionar como facto jurídico *stricto sensu* (18). Esta concepção tinha pontos de contacto inegáveis com a doutrina das relações contratuais de facto, entretanto surgida na Alemanha (19), embora tenha sido desenvolvida sem ter, com ela, quaisquer ligações.

Em termos mais amplos, a possibilidade de bloquear a alegabilidade de nulidades formais, já sem um enfeudamento directo a uma disposição legal ímpar, taxável, com facilidade, de excepcional, foi retomada na doutrina portuguesa por MANUEL DE ANDRADE, com recurso ao instituto do abuso do direito. Esse autor deixou em aberto a hipótese de perante uma «arguição verdadeiramente escandalosa» de uma nulidade formal, se lhe fazer frente com o abuso do direito (20). A ideia foi retomada por VAZ SERRA (21) e foi já referido pelo Supremo Tribunal de Justiça, em termos de viabilidade, embora, dela e por motivos de outra ordem, não tivesse feito aplicação (22).

IV. No entanto, é na jurisprudência alemã que se pode descobrir o desenvolvimento e a evolução de esquemas juscientíficos destinados a evitar a alegação injusta de nulidades formais.

(18) GALVÃO TELLES, *Arrendamento/Lições no ano lectivo de 1944-45* (1945/46), 172 ss. (184-185).

(19) Recorde-se GÜNTHER HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse* (1941). Quanto à situação actual dessa doutrina, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* 2.º vol. (1980), 29 ss.

(20) MANUEL DE ANDRADE, *Sobre a validade das cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, RLJ 87 (1955), 305-308 (308); em termos dubitativos, M. DE ANDRADE reconduz aqui o abuso a um dever de indemnizar. O Código actual permitiria uma perspectiva mais alargada.

(21) Uma primeira alusão sua ao tema consta do escrito *Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)*, BMJ (1959), 243-343 (305). Mais tarde VAZ SERRA, anotação a STJ 4-Mar.-1969, RLJ 103 (1970), 213-216 (215) refere, de novo, a possibilidade de, com recurso ao abuso do direito, paralisar a alegação de uma nulidade formal, retomando o tema na anotação a STJ 11-Jun.-1969, RLJ 103 (1970), 439-447 e 451-458 (451).

(22) STJ 11-Mar.-1982, BMJ 315 (1982), 249-254 (253-254).

Num primeiro tempo, os Tribunais foram confrontados com situações clamorosas nas quais uma das partes, tendo induzido a outra a não adoptar a forma legalmente prescrita para o contrato, vinha, depois, alegar a nulidade. A procedência de tais acções veio a ser bloqueada com o recurso à *exceptio doli* (23) a qual, não estando expressamente consagrada no Código Civil alemão, era, no entanto, derivada do princípio geral de boa fé.

O rigor inicial na concessão desta defesa foi-se atenuando na evolução subsequente: o bloquear da alegação do vício formal veio a ser concedido quando o autor na acção de nulidade lhe tivesse dado lugar, ainda que sem intenções dolosas (24) e, mais tarde, sempre que o autor tivesse, por negligência, facultado o vício que vem aduzir a seus favor (25). Esta evolução, consubstanciada em numerosas decisões (26), teve, como fundamento jurídico-positivo, o preceito do § 242 do Código civil alemão, que firma a regra de boa fé na realização das prestações.

(23) A viragem jurisprudencial nesse sentido, depois de um período de hesitação, consubstanciou-se na sentença do então Tribunal do *Reich* de 15-Nov.-1907, SeuffA 63 (1908), 349-350 (349) = *Recht* 1907, 1527 n.º 3757 = Gruchot 52 (1908), 1044-1046 (1044-1045). Acontecera o seguinte: num contrato de locação de coisa produtiva, sujeito, pelo Direito alemão, a documento particular, o autor impedira o réu, com falsas informações, de promover a redução a escrito de uma alteração acordada entre eles; vindo o autor alegar em juízo a nulidade formal, o Supremo Tribunal alemão decidiu que ele «...atenta contra a boa fé ao pretender retirar, do facto de a alteração, por causa exclusiva da sua própria culpa, não ter sido reduzida a escrito, uma desvantagem para o réu e uma vantagem para si. O actual comportamento do autor justifica a excepção de dolo».

(24) Decisão do Tribunal do *Reich* de 28-Nov.-1923, RGZ 107 (1924), 357-365 (364-365); desta feita, o autor pedia a declaração de nulidade dum contrato dissimulado por falta de forma; no entanto, fora ele que, tendo experiência de transacções imobiliárias, ainda que sem o intento de gerar uma nulidade, declarara ao réu a juridicidade do negócio assim celebrado. O Tribunal de revista concedeu a *exceptio*, com base na boa fé.

(25) Decisão do Tribunal do *Reich* de 21-Mai.-1927, RGZ 117 (1927), 121-127 (124); fora alegada a nulidade formal de uma compra e venda de imóvel; o Supremo alemão considerou, a esse propósito, que se deve exigir, no bloqueio da nulidade formal, por parte do réu, o erro sobre a necessidade da formalidade e por parte do autor, pelo menos, uma actuação negligente que tenha originado o vício.

(26) Uma panorâmica geral pode ser confrontada em WILHELM WEBER, *Treu und Glauben* (1961), 847 ss..

Tal jurisprudência do antigo Tribunal do *Reich*, extinto depois da capitulação alemã de 1945, foi prosseguida pelo actual Tribunal Federal alemão, em funções desde 1949; este viria mesmo a estendê-la a certos negócios *post mortem* (27). Mais recentemente, é no entanto possível detectar nova evolução significativa. No início, a protecção contra a alegação de nulidades formais era concedida quando o autor da acção de nulidade tivesse dado aso ao vício em si. Tinha, quase, um cunho punitivo. Hoje, o remédio é atribuído tendo em conta a posição do réu. Exige-se, neste, uma conjunção de dois elementos (28); o primeiro é subjectivo: ele devia, sem censurabilidade, desconhecer, na celebração, a necessidade de forma; o segundo surge objectivo: o réu na acção de nulidade haveria, caso o negócio fosse destruído, de ficar colocado numa situação de efeitos «não apenas duros, mas insuportáveis» (29). Os requisitos reportados ao autor — dolo, negligência ou implicação na nulidade — foram caindo na sombra. No fundo, visa-se a protecção da confiança da parte que acreditou na validade do negócio e que, sobre essa aparência, construiu toda uma actividade digna de tutela. A regra da boa fé a tanto conduziria.

Curiosamente, todo este desenvolvimento processou-se, no início, contra a doutrina (30); ainda hoje, esta manifesta dúvidas quanto a tal jurisprudência, recomendando os maiores cuidados (31).

(27) P. ex., a decisão de 16-Fev.-1954, BGHZ 12 (1954), 286-308 (287-288, 305-306 e 307-308) = DNotZ 1954, 307-313 (307-308 e 313) = NJW 1954, 121 (só o sumário) = RdL 1954, 153-159 (153 e 159).

(28) Esta clivagem surge pressuposta na decisão do Tribunal Federal de 10-Jun.-1977, NJW 1977, 2072-2073 = WM 1977, 1144.

(29) Por último, a decisão de 16-Nov.-1978, NJW 1980, 118.

(30) Por ex., OERTMANN, *Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit*, Recht 1914, 8-12.

(31) P. ex., WIEACKER, *Präzisierung* cit., 2962, GERNHUBER, *Formnichtigkeit und Treu und Glauben*, FS Schmidt-Rimpler (1957), 151-179 (154), LORENZ, *Formnichtige Schuldverträge* cit., 398-408, COING, *Form und Billigkeit* cit., 35, HÄSEMAYER, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte* (1971), 294 ss. e LARENZ, *Allgemeiner Teil* cit., 377-378 e *Lehrbuch des Schuldrechts 1 — Allgemeiner Teil*¹³ (1982), 134-135.

V. A possibilidade de transpor para o espaço português as ideias básicas acima expostas reveste-se, à partida, de grande aliciente, tanto mais que, no contrato objecto da consulta, uma das partes foi apoiada por um jurista, chefe de contencioso (resposta ao quesito 2.º), o que era de molde a criar na outra a confiança na validade do instrumento acordado. E nem levantaria dúvidas jurídico-positivas de maior: a boa fé está consagrada, como princípio geral, no Código Civil português de 1966, com uma veemência que ultrapassa largamente a do Código alemão. Poderia ser utilizado o art. 762.º/2 ou, melhor ainda, o art. 334.º — abuso do direito.

Há, no entanto, que pôr reservas e cautelas a tal transposição (32), apesar de ela já se ter iniciado, como acima foi dada conta, sobretudo quando existam outras soluções que dispensem o recurso à boa fé, tendencialmente supletiva.

Na verdade, as normas civis que impõem certas formas a alguns tipos negociais e que, à sua inobservância, fazem corresponder a nulidade, parecem não prosseguir escopos particularmente claros. As referências clássicas à reflexão das partes, às facilidades probatórias e à publicidade — a que se poderiam acrescentar simples razões fiscais — operam sobretudo a nível de política legislativa, motivando o legislador quando afaste a consensualidade. Pode mesmo dizer-se que a lei prescritora de formas contratuais, desistindo de tratar o igual por igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença, visou, apenas ou primacialmente, em obediência à segurança jurídica, uniformizar certos negócios no tocante ao modo de celebração.

Nem por isso as partes ficam sem protecção, na nulidade formal. As pretensões de restituição resultantes do art. 289.º/1 (33) contribuem para evitar danos nos celebrantes, num esquema que pode ser complementado pelas regras da culpa na formação dos

(32) Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral* cit., III, IV, 199, considerando a hipótese de estarem em causa interesses públicos.

(33) E nas quais, segundo uma jurisprudência recente do Supremo que merece aplauso, se deve ter em conta a desvalorização monetária.

contratos ⁽³⁴⁾. Há todo um mundo de dispositivos capazes de minorar, nas mãos da jurisprudência, as injustiças advenientes da aplicação conceitual das regras que regem a forma de certos tipos negociais. Em última instância, o abuso do direito poderia ser considerado.

VI. Este excuro permite, contudo, e noutros prismas, salientar a particularidade do formalismo ainda hoje subsistente. No seio de situações disponíveis (nas quais o Direito abandonou ao livre jogo da negociação particular a realização em concreto dos interesses públicos e privados que prossegue) as distorções a que a exigência de solenidades pode conduzir, explicam os desvios encontrados pela jurisprudência para contornar tal *ius strictum*.

O modo mais conveniente de enquadrar o problema é reduzi-lo às proporções exactas que a lei lhe comina. Apontadas, pelo legislador, para certos tipos negociais — em termos que, na prática, mesmo os leigos conhecem — as exigências formais devem manter-se acantonadas nos domínios precisos para que foram prescritas. Alargá-las, para além de provocar disfunções dentro do sistema, iria mesmo pôr em causa o escopo principal que, no fundo, as legitima: a segurança jurídica. Nunca se poderia dizer onde começa a exigência de solenidade enquanto que a destruição de negócios assumidos coloca, em alto grau, o espectro da insegurança.

§ 7.º O «FAVOR NEGOTTI» COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

I. A presente consulta recai sobre um contrato cuja validade levantou dúvidas. No litígio subsequente, e para além do tema da sua invalidade global, foram postas em causa algumas das suas cláusulas. Tem por isso interesse apurar a existência e

⁽³⁴⁾ No limite, poderia mesmo pensar-se numa indemnização em espécie — cfr. arts. 562.º e 566.º/1, *a contrario* — consistente na obrigação de validar o contrato, a qual poderia ser especificamente executada — art. 830.º, por interpretação extensiva.

o alcance no Direito positivo português, de um princípio dito do *favor negotii*.

II. Na base do *favor negotii* encontram-se factores fundamentais para a própria essência do jusprivatismo. O Direito privado vive dominado pelos vectores da igualdade e da liberdade, por oposição ao *ius imperii* e à competência que informam o Direito público. Não há, nele, qualquer quebra dos valores colectivos fundamentais a realizar pelo Direito: simplesmente, eles são prosseguidos pelo jogo livre da actuação das pessoas.

A autonomia privada — a entender como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos — viabiliza, aos particulares, o desenvolvimento livre da sua actividade jurídica. Ela tem conhecidos limites. Postos, especificamente, pela lei, tais limites exprimem, seja a intromissão de técnicas estranhas ao Direito privado — sempre possível, dada a unidade fundamental do ordenamento — sejam providências destinadas a salvaguardar a própria autonomia privada. Em qualquer caso, a autonomia privada mantém-se como dado básico do jusprivatismo: ela reaparece quando não seja especificamente afastada e, para além disso, informa as suas próprias limitações, a atender ora num prisma excepcional ora na perspectiva de visarem, no fim de contas, a própria autonomia, depurando-a de desvios que possam inquiná-la.

III. A autonomia privada está genericamente prevista no art. 405.º do Código Civil. Além disso, e no que toca ao seu conteúdo material, está firme na Constituição da República, designadamente através da garantia da propriedade privada, art. 62.º/1 — recorde-se que «propriedade» é aqui utilizada em sentido amplo, abrangendo todos os direitos patrimoniais privados e não, apenas, o direito real de propriedade⁽³⁵⁾ — da liberdade de iniciativa económica privada, art. 61.º/1, e da liberdade do trabalho, art. 47.º/1: estas garantias constitucionais implicam

(35) Cf. MENEZES CORDEIRO, *A constituição patrimonial privada*, em *Estudos sobre a Constituição*, III (1979), 365-437 (371); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*⁴ (1983), n.º 67/III.

liberdade de celebração de todas as operações jurídicas necessárias à sua efectivação e, como é natural, a consistência dos negócios a tanto destinados.

Tem ainda interesse apurar o sentido da tutela do instituto negocial no Código Civil.

IV. As normas de conflitos dão as primeiras achegas úteis para o problema. O art. 36.º do Código Civil, relativo à lei aplicável à forma da declaração negocial, dispõe, no seu n.º 1: «a forma da declaração negocial é regulada pela lei aplicável à substância do negócio; é, porém, suficiente a observância da lei em vigor no lugar em que é feita a declaração, salvo se ...». No n.º 2: «A declaração negocial é ainda formalmente válida, se em vez da forma prescrita na lei local, tiver sido observada a forma prescrita pelo Estado para que remete a norma de conflitos daquela lei, sem prejuízo ...». O art. 65.º do mesmo diploma, referente à lei aplicável à forma das disposições por morte manda, no seu n.º 1: «As disposições por morte, bem como a sua revogação ou modificação, serão válidas, quanto à forma, se corresponderem às prescrições da lei do lugar onde o acto for celebrado, ou às da lei pessoal do autor da herança, quer no momento da declaração, quer no momento da morte, ou ainda às prescrições da lei para que remeta a norma de conflitos da lei local». Verifica-se, pois, que o Direito português de conflitos consagrou, quanto à lei reguladora da forma dos actos jurídicos, um esquema de conexões alternativas que visa, tanto quanto possível, salvaguardar a validade dos mesmos actos. É o *favor negotii*.

A nulidade do negócio simulado não afecta a validade do dissimulado, segundo o art. 241.º.

O art. 271.º/2, 2.ª parte, considera como não escritas as condições resolutivas física ou legalmente impossíveis⁽³⁶⁾. O art. 283.º permite a qualquer das partes em negócio usurário obstar à sua anulação, promovendo a sua modificação segundo juízos

(36) Se a condição for suspensiva, a 1.ª parte desse preceito comina a nulidade do negócio. O que é natural: em tal caso, as partes demonstraram, no uso da sua autonomia, não querer o negócio.

de equidade. O art. 288.º consagra a possibilidade de, por confirmação, sanar o negócio anulável. Os arts. 292.º e 293.º incluem, no Direito português, as figuras da redução e da conversão: pela primeira, a invalidade parcial não afecta, em certos termos, a substância do respectivo negócio; pela segunda, o negócio inválido pode transformar-se noutra de tipo ou conteúdo diferente, para manter uma eficácia querida pelas partes. O art. 437.º admite, no caso da alteração das circunstâncias, que qualquer das partes obste à revogação do contrato atingido, optando pela sua modificação segundo juízos de equidade — num dispositivo aplicável ao erro sobre a base do negócio, nos termos do art. 252.º/2. Na venda de bens alheios, o vendedor fica obrigado, perante o comprador de boa fé, a proceder à convalidação do contrato — art. 897.º — e, sendo os bens parcialmente alheios, tem, além disso, aplicação o regime da redução — art. 902.º. A invalidade de uma disposição testamentária não inquina, em várias hipóteses, todo o testamento — arts. 2186.º, 2192.º/1 e /2, 2194.º, 2196.º, 2197.º, 2198.º, 2200.º, 2201.º e 2202.º; as condições física ou legalmente impossíveis, bem como as contrárias à lei, à ordem pública ou ofensivas dos bons costumes, têm-se por não escritas no testamento — art. 2230.º. Como se vê, a nível do Direito material, disposições de índole diversa concentram-se no fim comum de, perante um negócio jurídico ameaçado, salvar, dele, o mais possível. É o *favor negotii*.

V. Várias disposições legais, algumas das quais muito significativas, consagram, em zonas variadas, esquemas destinados a evitar a destruição radical de negócios jurídicos, feridos por vícios de tipo diverso. No domínio dos negócios *inter vivos*, fica claro que tais esquemas hão-de operar por vontade de uma das partes e contra o desejo da outra: se ambas estivessem de acordo, seja na supressão total do negócio, seja na sua renovação sem vícios, poderiam sempre fazê-lo, ao abrigo da sua autonomia, sem que surgissem dúvidas ou problemas.

Consideradas em conjunto e atento o teor geral do Direito privado, dominado pela autonomia — a qual só tem conteúdo se os compromissos livremente assumidos forem vinculativos —

pode considerar-se que as manifestações diversas do *favor negotii* exprimem o aflorar dum princípio geral que as transcende.

Tal princípio tem um papel na interpretação, na aplicação e na integração da lei e dos próprios negócios em si. *Sempre que haja dúvida, quanto a várias interpretações, aplicações ou integrações possíveis e esteja em causa a validade de um negócio jurídico, deve prevalecer aquela ou aquelas que não ponham em causa a sua subsistência.* Naturalmente, havendo mais de uma saída nessas condições, haverá que recorrer a outros parâmetros para efectuar o desempate.

No caso mais concreto das interpretação, aplicação e integração negociais, para além da eficácia, sempre presente, do princípio do *favor negotii*, como vector geral da ordem privada portuguesa, surgem três argumentos suplementares que o concretizam. A declaração deve ter o sentido inferido pelo declaratório normal — art. 236.º/1; ora o declaratório normal não lhe iria emprestar um alcance que conduzisse a um negócio inválido, sendo certo que pretende celebrar um contrato eficaz e que julga fazê-lo. A integração obedece à vontade hipotética das partes — art. 239.º, 1.ª parte; tal vontade não será a que levaria à invalidade, firmado que esteja terem as partes pretendido contratar em termos efectivos. Joga ainda, como forma de controlo, a boa fé — art. 239.º, 2.ª parte: esta, exprimindo a essência do sistema, com atenção particular à protecção da confiança e à prevalência da materialidade jurídica, opor-se-á a integrações que promovam invalidades evitáveis.

§ 8.º *JUSTIÇA NEGOCIAL E DIREITO COGENTE: AS CONVERSÕES LEGAIS*

I. Fala-se numa justiça negocial. A locução compreende duas acepções: ora exprime o emergir dos valores fundamentais do Direito em cada regulação contratual concreta, ora manifesta a subsistência da economia pactuada pelos celebrantes e a tutela que lhe é conferida.

Tal duplicidade encobre um dos dilemas fundamentais da temática ligada ao negócio jurídico. Em cada momento histórico

existe, no seio de sociedades geograficamente delimitadas, um conjunto de postulados correspondentes à ideia de justiça, aí dominante. O equilíbrio das prestações será, sem dúvida, um deles, no espaço português actual. Mas esta ideia de justiça negocial não é a mais operacional. Se bem se atentar, o equilíbrio das prestações só integra a justiça negocial quando as partes o tenham pretendido e negociado. O Direito português admite negócios gratuitos, no todo ou em parte; será, pois, justo, para cada negócio, aquilo que as partes validamente tenham assumido, com tónica, pois, no segundo dos sentidos acima apontados.

II. A autonomia privada tem limites. Fora deles, aquilo que, negocialmente, seria justo por corresponder ao livremente pactuado, entra em conflito com a justiça global do sistema, devendo ceder.

O Direito positivo português utiliza várias técnicas para limitar a autonomia privada. A mais simples consiste em fazer cessar a autonomia em certos campos; a actividade jurídica das partes que pretendem invadi-los não será, então, reconhecida; os actos implicados revelam-se nulos. É a ideia fundamental do art. 294.º do Código Civil, ao considerar nulos os actos contrários à lei.

Noutros casos, porém, a técnica limitativa é diversa. Em vez de destruir a actividade jurídica prevaricadora, o direito reage, associando-lhe efeitos não correspondentes ao visualizado pelas partes. É a conversão legal.

III. O Código Civil oferece vários exemplos de conversões legais. Sem preocupação de exaustividade, apontem-se os seguintes:

Artigo 946.º/2: a doação que houver de produzir os seus efeitos por morte do doador vale como disposição testamentária, se estiverem salvaguardados os aspectos formais.

Artigo 1025.º: a locação perpétua ou a celebrada por mais de trinta anos consideram-se reduzidas a este limite.

Artigo 1091.º: a antecipação da renda superior à correspondente a um mês e por tempo superior a uma mês, relativamente ao período a que respeita, fica reduzida a esses limites.

Artigo 1085.º/2: a transferência temporária e onerosa da fruição de um prédio, quando não seja acompanhada das circunstâncias referidas no art. 1118.º/2, é havida como arrendamento.

Artigo 1306.º/1: os negócios jurídicos que visem constituir situações jurídicas reais não previstas por lei, têm natureza obrigacional.

Artigo 2251.º/2: o sucessor que aceite a disposição feita em seu benefício, mas que esteja onerada com um legado de coisa pertencente a ele ou a terceiro, fica obrigado a transmitir a coisa ao legatário ou a adquiri-la e a retransmitir-lha; pagando-lhe o seu valor, apenas, quando isso não seja possível. Mas este exemplo é menos flagrante.

Artigo 2289.º: a nulidade da substituição fideicomissária não envolve a nulidade da instituição ou da substituição anterior.

Fenómeno semelhante ocorre em certas reduções legais. Assim, por exemplo (37):

Artigo 812.º: é nula a cláusula que impeça a redução, segundo a equidade, de cláusulas penais.

Artigo 994.º: é nula a cláusula que institua um pacto leonino.

III. Em todos estes casos há, sem dúvida, ainda uma manifestação de *favor negotii*. Mas de modo particular. Nas conversões e reduções comuns, a lei orienta-se pela justiça negocial, uma vez que subordina a sua verificação, respectivamente, a não se mostrar que o negócio não teria sido concluído sem a parte viciada e à eventualidade do fim prosseguido pelas partes permitir supor que elas teriam querido o novo negócio, se tivessem previsto a invalidade — arts. 292.º e 293.º Pelo contrário, nas conversões e reduções legais abdica-se dessas cautelas. O legislador desiste

(37) A propósito do *favor negotii*, foram indicados exemplos que funcionam, também, como exemplo de reduções legais. Cfr. *supra*, § 7.º, IV.

da justiça negocial, tal como as partes a articularam e prescreve as soluções que entende justificadas. A justiça negocial cede perante o Direito cogente.

IV. A existência de conversões e reduções legais pode, quando não integrada no todo sistemático donde promana, parecer chocante. De facto, por força dos seus maquinismos, sucederá por vezes que uma das partes ⁽³⁸⁾ se vai encontrar numa situação dita contratual que não só não quer como, de todo em todo, não quis e não previra na celebração. Neste último caso haverá erro: a parte atingida não fica sem tutela, podendo anular o negócio, nos termos gerais do art. 251.º ⁽³⁹⁾. Mas não pode evitar as reduções ou as conversões legais, quando devam ter lugar.

V. Há que apontar, nas disposições que consagrem hipóteses de conversões e reduções legais, normas contrárias à autonomia privada e à justiça negocial, no segundo dos sentidos acima apontados; a sua justiça é a de toda a ordem jurídica. Pode-se ir mesmo mais longe: elas são excepcionais e passíveis, no seu funcionamento, de interpretações restritivas ⁽⁴⁰⁾, partindo do pressuposto que só razões muito fortes e delimitadas terão levado o legislador a instituí-las. Mas fora isso, elas são direito cogente: só a sua inconstitucionalidade ou os remédios clássicos para a correcção do Direito estrito — como a boa fé ou o abuso do direito, com as cautelas que implicam — pode levar ao seu afastamento.

⁽³⁸⁾ Se ambas as partes não quiserem o negócio reduzido ou convertido, não há dúvidas de maior: segue-se um distrate. A lógica e o drama do Direito privado reside, precisamente, no jogo livre dos interesses privados: a perda de uma partes é, muitas vezes, o lucro da outra, o que, nas margens prescritas, é lícito.

⁽³⁹⁾ É o erro sobre o conteúdo do negócio; cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral* cit., III, IV, 121.

⁽⁴⁰⁾ Cf. por ex., os limites apontados à conversão legal constante do art. 1306.º/1 do Código Civil em OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais* (1968), 98 ss.

§ 9.º CONCLUSÕES

A segunda parte do presente parecer, dedicada ao estudo de temas gerais implicados na consulta, permite apontar as seguintes conclusões:

1.º As qualificações, sejam elas das partes, sejam do próprio legislador, não comandam os regimes a aplicar; estes resultam antes das próprias características da matéria que requer a intervenção do Direito.

2.º No Direito privado português actual domina o princípio do consensualismo; as disposições que prescrevam formas solenes para certos negócios contrariam a autonomia privada; devem ser acatadas, mas apenas no âmbito estrito para que foram determinadas, sem aplicações analógicas ou interpretações extensivas.

3.º As invalidades formais geram a nulidade dos negócios atingidos o que pode, em certos casos, ferir a sensibilidade jurídica, visto o vício ser alegável por uma parte implicada na falha, deixando desamparado o parceiro de boa fé. É duvidosa a possibilidade de tornear o problema com recurso ao abuso do direito, embora existam sucedâneos que podem minorá-lo. Em qualquer caso, acentua-se a ideia da estrita delimitação das hipóteses de formalismo, hoje subsistentes, as quais vigoram apenas nos sectores onde a lei o imponha.

4.º Existe, no Direito privado português actual, um princípio dito do *favor negotii*, patente em várias disposições legais. Entre outros aspectos tal princípio leva a que, perante várias interpretações, aplicações ou integrações possíveis, seja da lei seja do negócio, se afastem aquela ou aquelas que conduzam à invalidade de contratos livremente celebrados.

5.º Num dos seus sentidos a justiça negocial equivale ao respeito pelo livremente acordado, por força da autonomia privada. Esta tem limites que actuam, em certos casos, através de conversões e reduções legais as quais, concretamente, podem colocar uma das partes perante saídas ditas

negociais que não correspondam ao que ela quer, ao que quis ou ao que previu. Perante isso, quedará, em certos casos, a anulação por erro. Contrariando a autonomia privada, tais disposições, que integram direito cogente estranho à justiça negocial, devem ser acatadas apenas no âmbito para que foram prescritas, sem aplicações analógicas ou excessivas.

III — PONTOS ESPECÍFICOS POSTOS PELA CONSULTA

§ 10.º O ESTABELECIMENTO COMERCIAL

I. O estabelecimento comercial surge, no Código Comercial, com três sentidos distintos ⁽⁴¹⁾:

- como armazém ou loja: arts. 95.º/2, 114.º/2 e 263.º/§ único;
- como conjunto de coisas corpóreas: art. 425.º, corpo;
- como conjunto de realidades, materiais ou imateriais, afectadas ao exercício do comércio.

Esta última noção, particularmente enfocada na doutrina, constitui, na actualidade, o sentido técnico correcto do estabelecimento comercial ⁽⁴²⁾.

A natureza jurídica do estabelecimento comercial tem sido discutida ⁽⁴³⁾, vindo a doutrina a inclinar-se para lhe reconhecer

⁽⁴¹⁾ Cf. FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, 1.º vol., (1970), 259-260; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial*² (1964), 13 ss., com outras acepções; JOSÉ PINTO LOUREIRO, *Manual do Inquilinato*, vol.II (1942), 99-100, nota 1; GALVÃO TELLES, *Arrendamento* cit., 200-201, referindo dois sentidos.

⁽⁴²⁾ FERRER CORREIA, *Direito Comercial*, 1.º vol. (1973), 201 ss.; FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, 1.º vol. cit., 260; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Estabelecimento Comercial* cit., 14.

⁽⁴³⁾ Cf. o enunciado das teorias clássicas sobre o estabelecimento comercial em FERRER CORREIA, *Direito Comercial* cit., 1.º vol., 211 ss. e FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial* cit., 1.º vol., 271 ss.

uma unidade particular, de tipo funcional, com reflexos jurídicos ⁽⁴⁴⁾. A questão não é decisiva para a determinação do regime jurídico a aplicar, visto ter teor qualificativo. Ora no conhecimento da composição do estabelecimento e na identificação das normas a aplicar há, na doutrina como na jurisprudência, um consenso generalizado.

II. O estabelecimento comercial compõe-se dos elementos mais variados, unificados pela sua interligação no exercício da actividade. Compõem-no, designadamente ⁽⁴⁵⁾:

- coisas imóveis, como o local das instalações quando pertença ao titular do estabelecimento;
- coisas móveis, como mobílias, utensílios, aparelhagem e similares e, ainda, matérias primas e produtos acabados;
- outras situações jurídicas, como posições contratuais, activas e passivas, nos negócios mais variados, e direitos sobre bens imateriais, como patentes, marcas, modelos e desenhos industriais, direitos de propriedade intelectual, nome, insígnia, etc.;
- aviamento e clientela.

Na doutrina portuguesa tem-se suscitado uma discussão conhecida sobre os dois últimos elementos referidos. Na verdade, as dúvidas põem-se por força da dificuldade de ver, no aviamento — conjunto de aptidões organizatórias que possibilitam ao esta-

⁽⁴⁴⁾ Cf. as ob. sup. cit., 229 ss. e 283 ss., respectivamente. A doutrina tradicional já havia alcançado essa unidade através do recurso à ideia de universalidade — cf. por ex. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Estabelecimento Comercial* cit., 117 ss. Há, no entanto, quem a evite pelas dificuldades que suscita, sobretudo a nível de direitos reais.

⁽⁴⁵⁾ As diversas enumerações doutrinárias portuguesas podem ser confrontadas, por ex., em FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial*, 1.º vol. cit., 263 ss.; FERRER CORREIA, *Direito Comercial*, 1.º vol. cit., 202 ss. e BARBOSA DE MAGALHÃES, *Estabelecimento Comercial* cit., 37 ss. Cf. FERRER CORREIA, *Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica* (1957), em *Estudos jurídicos*, II (1969), 255-276 (255 ss.), salientando o relevo do aviamento como qualidade do estabelecimento.

belecimento realizar a sua função — e na clientela — conjunto de pessoas que potencial e provavelmente vão utilizar os serviços do estabelecimento, por força do seu aviamento — algo que possa ser atribuído em termos de direito subjectivo. De novo a questão gira, no entanto, mais em torno de problemas qualificativos do que quanto à necessidade do aviamento para haver verdadeiro estabelecimento.

III. Vale a pena, até porque no processo originado pelo contrato, objecto da consulta, se denota uma influência de elementos jurisprudenciais estrangeiros, passar uma revista rápida sobre as ideias do estabelecimento nas doutrinas francesa, italiana, espanhola e alemã, como as que, mais se aproximando da nossa, podem prestar contributos esclarecedores.

Em França, o estabelecimento comercial (*fonds de commerce*) é definido por GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT como uma propriedade incorpórea que consiste no direito à clientela, ligada ao estabelecimento pelos elementos que servem à exploração. Esses elementos são uns de natureza corpórea: os utensílios e as mercadorias; outros de natureza incorpórea: o nome, a insígnia, o direito à locação, as patentes e as marcas (46). Uma orientação deste tipo constava já de JEAN ESCARRA (47) e expande-se ao espaço belga (48), podendo considerar-se significativa. Sendo semelhante à noção portuguesa, a versão francesa do estabelecimento apresenta, no entanto, duas particularidades: exclui os imóveis (49) e acentua fortemente o elemento clientela, com uma tónica que supera a da nossa doutrina.

Em Itália, ao contrário do que sucede nos outros países, apa-

(46) RIPERT/ROBLOT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*¹⁰, 1.º (1980), 373, n.º 522.

(47) JEAN ESCARRA, *Cours de Droit Commercial*¹⁰ (1952), 160 ss. (n.ºs 231 ss.), sublinhando (n.º 236) a essencialidade da clientela.

(48) LOUIS FREDERICQ, *Précis de Droit Commercial* (1970), 77 ss. Quanto à clientela, diz este autor: «Trata-se, na opinião dominante, do elemento essencial. Não se imagina um estabelecimento sem clientela nem a cessão do estabelecimento sem a cessão de clientela» — *idem*, 77.

(49) Nesse sentido, expressamente, J. ESCARRA, *Cours cit.*, 161, n.º 232.

rece uma definição expressa de estabelecimento (*azienda*): pelo art. 2555.º do Código Civil italiano é o complexo dos bens organizados pelo empresário, para o exercício da empresa. A doutrina trabalha com esta noção, descobrindo nela dois elementos: um elemento formal objectivo — os bens — e um elemento formal finalístico — a organização⁽⁵⁰⁾. ASCARELLI dedica ao estabelecimento comercial páginas muito semelhantes às dos comercialistas portugueses, explicando-o como um conjunto de bens funcional ou instrumentalmente unificados em relação a uma actividade empresarial determinada⁽⁵¹⁾. A doutrina mais recente, baseada na evolução legislativa e jurisprudencial, veio a acentuar o aviamento como elemento fundamental do estabelecimento⁽⁵²⁾. Este ponto não é tão salientado no espaço português.

Em Espanha, e tomando como significativa a obra de RODRIGO URIA, o estabelecimento comercial surge como «conjunto de bens e de serviços coordenados e dispostos de modo mais adequado para a finalidade peculiar da empresa»⁽⁵³⁾.

Na Alemanha, a doutrina recente designa o estabelecimento como empresa, num dos seus sentidos. Compõe-se de coisas corpóreas — imóveis, construções, mercadorias, armazéns —, de direitos — créditos, direito à firma, marcas, patentes, direitos de autor —, e de vinculações. Tais elementos, como dizem CAPELLE/CANARIS, são, no entanto, ainda pouco caracterizadores do estabelecimento: é essencial que o comerciante proceda a uma ordenação ao serviço da prossecução de determinado escopo económico⁽⁵⁴⁾. Incluem-se, pois, no estabelecimento, como elementos fundamentais: «... a repartição de tarefas no estabelecimento, a escrita, os métodos de trabalho, a experiência comercial, os segredos do negócio, bem como os fornecedores, as pos-

(50) GIORGIO FERRARA, *Azienda (diritto privato)*, ED 4 (1959), 680-740 (685).

(51) TULLIO ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*³ (1962), 318.

(52) MARIO CASANOVA, *Azienda*, *Appendice I NssDI* (actualização ao *Novissimo Digesto Italiano*) (1980), 626-635 (631-632; cf. 633).

(53) RODRIGO URIA, *Derecho Mercantil*¹³ (reimpressão, 1986), 35, n.º 23.

(54) K.-H. CAPELLE/C.-W. CANARIS, *Handelsrecht*¹⁹ (1980), 31-32.

sibilidades de venda, a reputação e outros elementos semelhantes» (55). Há um paralelismo claro perante o esquema português — deve ter-se presente que o Direito alemão é o mais românico da actualidade — sendo de enfocar a tónica funcional que, aí, lhe é conferida.

IV. Põe-se o problema delicado de saber se é possível, do estabelecimento, retirar elementos — e quais — sem pôr em causa a sua existência.

Ou, por outras palavras, há que determinar, dos elementos que, em teoria, hão-de integrar o estabelecimento, qual o *quantum* concreto mínimo.

Torna-se impossível responder em termos abstractos. ORLANDO DE CARVALHO chama a atenção para a grande variabilidade apresentada pelos estabelecimentos, com uma série de exemplos (56). Um estabelecimento industrial fortemente objectivado apresenta uma composição diferente do de uma empresa de colocações. Pode, pois, assentar-se em que o estabelecimento está adaptado ao ramo de actividade a que se destine; o seu conteúdo mínimo é função, também, desse factor.

Sem qualquer propósito de cristalizar noções — o que seria particularmente inadequado em matéria comercial, flexível e dinâmica por natureza — pode dizer-se que o estabelecimento comercial deve apresentar, para o ser, o conteúdo mínimo necessário para, face ao escopo a que se destine, o poder prosseguir de modo efectivo. Ele terá pois, seguramente, alguns elementos (bens materiais ou imateriais ou certas posições jurídicas — direitos e deveres) — uma designação e um objectivo, que dêem corpo ao escopo fundamental de qualquer estabelecimento: a realização de uma função produtiva, a que se pode, dentro de uma tradição já por-

(55) CAPELLE/CANARIS, *Handelsrecht*¹⁹ cit., 32. Também GÜNTHER H. ROTH, *Handels- und Gesellschaftsrecht/Das Recht des Kaufmännischen Unternehmens* (1980), 9 ss. e HANS BROX, *Handelsrecht und Wertpapierrecht*³ (1983), 75 (n.º 153).

(56) ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial I — O problema da empresa como objecto de negócios* (1967), 297 ss.

tuguesa, chamar de aviamento, o qual englobará, pela ordem natural das coisas, a clientela.

V. A afirmação de necessidade, para haver estabelecimento, do mínimo de elementos necessários à prossecução das suas finalidades pode ser testada com recurso a algumas considerações simples, que dão a chave para boa parte das questões surgidas em torno do estabelecimento comercial.

O considerar certo conjunto de realidades como um estabelecimento é, tão-só, uma qualificação. Esta, nos termos já explanados — cf. *supra*, § 4.º — não deve ditar o regime, sob pena de inversões conceituais. Pelo contrário: perante certa regulação jurídica se poderá dizer se há ou não estabelecimento.

Como se verá mais detidamente, o cerne do regime do estabelecimento comercial reside na possibilidade de ser, unitariamente, objecto de negócios — *infra*, § 11.º. E isso com dois efeitos práticos:

- todas as realidades incluídas no estabelecimento podem ser negociadas em conjunto, num único contrato; este aspecto é primordial, pois só ele possibilita a transmissão das qualidades não autonomizáveis do estabelecimento, como o aviamento e a clientela e que, na vida dos negócios, são fundamentais para a determinação do seu valor;
- o interesse dessa negociabilidade é tal que, perante ele, o Direito admite a transmissão livre de elementos que, de outra forma, não poderiam ser transferidos sem um suplemento de requisitos. Caso flagrante é, sabidamente, a possibilidade de também alienar o arrendamento integrado em estabelecimento, no caso de trespasse deste, sem autorização do senhorio — art. 1118.º/1 do Código Civil.

Este regime explica-se por haver, no estabelecimento, um sobrevalor que transcende o somatório dos bens que o integram e que pode, com comodidade, ser expresso pelas aludidas qualidades do aviamento e da clientela. O interesse económico e social na preservação e circulação de tal sobrevalor conduz à autonomização da realidade «estabelecimento» e à instituição de uma

regulação própria, para ele. Mas esse sobrevalor só surge quando um acervo complexo se encontra a funcionar, prosseguindo o escopo económico a que se destina. Sem isso, cessa a realidade que exigiu as referidas especificidades de regime. Estas perdem a aplicação. Não há estabelecimento.

O desamparo legislativo dos estabelecimentos aparentes ou não efectivos é tal que permite a sua desarticulação: nos termos do art. 1093.º/1, *h*) do Código Civil, o encerramento, por mais de uma ano, do prédio arrendado para comércio, indústria ou exercício de profissão liberal faculta, ao senhorio, a resolução do contrato. Jurisprudência e doutrina vêm, nesse encerramento, não um dado físico, mas o facto de, no prédio em causa, ter cessado a actividade comercial ou industrial.

§ 11.º A CESSÃO DE EXPLORAÇÃO

I. Foi dito que a justificação profunda do reconhecimento do estabelecimento comercial está na sua negociabilidade em globo ⁽⁵⁷⁾. Outro aspecto, muito importante, mas que tem sido pouco curado em Portugal, reside na possibilidade de, através da ideia de estabelecimento, se conseguir a protecção de elementos que, de outra forma, não conseguem autonomia objectiva: o aviamento e a clientela ⁽⁵⁸⁾. Este não se prende, porém, de modo directo, com o objecto da consulta.

Os negócios que têm por objecto o estabelecimento comercial estão sujeitos à regra geral da autonomia que impera no Direito privado. Não há, no Direito português, uma tipificação legal específica para tais negócios, ainda que, como seria normal, dotada de mero alcance supletivo; certos preceitos legais visam, no entanto, determinadas economias negociais, como haverá a oport-

⁽⁵⁷⁾ A afirmação é assumida pelas diversas doutrinas; cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento comercial* cit., 183 ss.; CAPELLE/CANARIS, *Handelsrecht*¹⁹ cit., 33; ASCARELLI, *Diritto commerciale*³ cit., 320 e ESCARRA, *Droit Commercial* cit., 177 ss., implicitamente, p. ex.

⁽⁵⁸⁾ Trata-se de uma faceta muito salientada no espaço francês e, mais recentemente, no italiano.

tunidade de referir. A prática corrente, na falta da lei, levou à consagração de certas figuras.

II. Dos vários negócios que têm, como objecto, o estabelecimento comercial, sobressai o trespasse. Dotado, no início, de sentidos não coincidentes ⁽⁵⁹⁾, o trespasse veio a ser precisado como «... toda a transferência definitiva e por acto entre vivos da titularidade do estabelecimento» ⁽⁶⁰⁾. Surge, assim, como forma de transmissão e não como fonte ⁽⁶¹⁾: afirmada a existência de um trespasse, sabe-se apenas que operou a aludida transmissão, a título definitivo e entre vivos; resta saber se essa transferência ocorreu como resultado de compra e venda, doação, dação em cumprimento, troca, etc. ⁽⁶²⁾.

Ao lado do trespasse, surge a transferência não definitiva do estabelecimento comercial; fala-se, então, em cessão ou concessão de exploração comercial e industrial ou, com maior precisão, em locação de estabelecimento ⁽⁶³⁾. Em rigor — embora a doutrina não o faça — haveria que distinguir: a cessão de estabelecimento seria a transferência temporária do estabelecimento, operada a qualquer título; a locação de estabelecimento implicaria a cessão titulada por um negócio decalcado da locação, desig-

⁽⁵⁹⁾ Cf., p. ex., BARBOSA DE MAGALHÃES, *Estabelecimento comercial* cit., 213 ss.; TABORDA FERREIRA, *Sublocação e trespasse; elementos para a definição do trespasse*, RDES 9 (1956), 97-112 (97 ss.) e RUI DE ALARCÃO, *Sobre a transferência da posição do arrendatário no caso de trespasse*, BFD 47 (1971), 21-54 (22 ss.).

⁽⁶⁰⁾ FERRER CORREIA, *Direito Comercial* cit., 233.

⁽⁶¹⁾ Quanto a estas categorias, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º vol. (1980), 85 ss.

⁽⁶²⁾ É, no entanto, de admitir, pela prática corrente, que quando se declare simplesmente querer celebrar um trespasse a troco de certa quantia, se pretende falar em trespasse-compra e venda. TABORDA FERREIRA, *Sublocação e trespasse* cit., 102, requer, para a figura, natureza onerosa. Essa posição, que surge pouco justificada, levaria a afastar, do trespasse, apenas a doação e similares, obrigando a encontrar, para eles, outra designação. De qualquer modo, esta questão não releva para a consulta.

⁽⁶³⁾ Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento comercial* cit., 268 e FERRER CORREIA, *Direito Comercial* cit., 1, 236.

nadamente com uma obrigação periódica de pagamento de retribuição, tipo renda ou aluguer.

O interesse da autonomização da cessão de exploração é o do próprio reconhecimento do estabelecimento como objecto de negócios:

- permitiria a cedência temporária do estabelecimento como um todo, sem necessidade de negociar, uma a uma, todas as realidades que o compõem e viabilizando ainda o cômputo de elementos sem autonomia, como o aviamento e a clientela;
- possibilitaria atender à verdadeira realidade em jogo no estabelecimento, afastando normas comuns aplicáveis a outras figuras contratuais como, por exemplo, o arrendamento.

III. O reconhecimento da cessão de exploração como negócio próprio do estabelecimento foi obra da jurisprudência portuguesa, conforme relata ORLANDO DE CARVALHO (64). Um passo importante nesse sentido foi dado pelo Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 8 de Fevereiro de 1935, a propósito do cinema portuense *Águia d'Ouro* (65). Seguiram-se outras decisões similares (66).

Curiosamente, a autonomia da cessão da exploração foi-se afirmando mais pela negativa do que pela positiva. Era inevitável: mantendo-se o silêncio da lei, não havia, para ela, qualquer regulação específica. Caso a caso, havia que, à luz dos princípios gerais do Direito dos contratos e de acordo com as estipulações das partes, encontrar, para as diversas cessões, o regime adequado.

(64) ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento comercial* cit., 268 ss. (272).

(65) STJ, 8-Fev.-1935, COF 34 (1935), 42-43 = RT 53 (1935), 116-117. A justificação era ainda insuficiente, dizendo apenas que a «...concessão de imóvel e móveis e do maquinismo para exploração de espectáculos não está sujeita às regras excepcionais do inquilinato». Donde a nota desfavorável da RT, loc. cit., 117.

(66) Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento comercial*, cit., 272 ss. e 452 ss.

Muito claro, BARBOSA DE MAGALHÃES apresenta, a esse propósito, a ideia dos contratos mistos, recordando as teses clássicas apresentadas para os enquadrar e propondo uma solução (67). Mas tudo isto é necessariamente formal: em abstracto, não se pode esquematizar um regime genérico para a cessão de exploração. Em compensação, pela negativa, foi-se deixando clara a inaplicabilidade, à mesma, de normas dirigidas ao arrendamento (68).

Este aspecto é primordial. O arrendamento, por força da conhecida problemática social que envolve, foi concitando, da parte do legislador, a inclusão, no seu regime típico, de normas injuntivas, isto é, subtraídas à livre disponibilidade das partes. De entre elas, avultam as que se prendem com o regime do termo da situação locatícia, bastante limitativo e com a sua prorrogação automática no termo, e às quais, por influência italiana, se tem chamado regime vinculístico. Ora o estabelecimento comercial implica, muitas vezes, o gozo de bens imóveis o qual, sendo transferido temporariamente, cai, de modo automático, nas normas restritivas do arrendamento. O afastamento dessas normas constitui operação delicada, surgindo, com frequência, *contra legem* (69). Tornou-se, pois, desejável a consagração legislativa da subtracção da cessão de exploração ao regime do arrendamento. O que foi feito, entre nós, pelo Código Civil de 1966.

IV. A possibilidade de, na cessão de exploração, afastar o regime restritivo do arrendamento, obriga a uma delimitação mais cuidada dos seus contornos. À partida, pode dizer-se que deve haver, como objecto do negócio, um estabelecimento comer-

(67) BARBOSA DE MAGALHÃES, *Estabelecimento comercial*, cit., 166 ss.

(68) Cf. VAZ SERRA, anotação a STJ 16-Fev.-1967, RLJ 100 (1968), 262-266 (264), e ANTUNES VARELA, anotação ao mesmo acórdão, loc cit., 266-271 (270), que, de modo incisivo, aponta a necessidade de um estabelecimento em sentido próprio para haver cessão. Do mesmo autor e no mesmo sentido cf., ainda, *Contratos mistos*, BFD 44 (1968), 143-168 (153).

(69) A doutrina jurídica, ainda que com cautelas compreensíveis, teria vindo a admitir a possibilidade de, em certos casos, a jurisprudência intervir *contra legem*; recorde-se o tema da inalegabilidade das nulidades formais, já referenciado neste estudo: *supra*, § 6.º.

cial: é a presença deste, com a sua lógica própria e os seus valores particulares, que conduziu à autonomização prática e conceitual da figura. ANTUNES VARELA justifica a exclusão, na cessão de exploração, dos esquemas injuntivos do arrendamento, acentuando ⁽⁷⁰⁾:

- a inexistência das razões que justificam o protecționismo do inquilinato comercial ou industrial;
- o facto de ao cedente se dever a iniciativa da criação ou a manutenção do estabelecimento, em cujo património ele se integra e continua;
- o facto de o cessionário não ter criado o estabelecimento, limitando-se a fruir o que temporariamente lhe foi cedido;
- a assimilação da cessão de exploração ao trespasse, caso tivesse aplicação o esquema da renovação automática estabelecida para o arrendamento.

O último dos pontos referidos tem um peso relativo: a semelhança com o trespasse ocorreria, apenas, pelo prisma do cedente; além disso, o regime restritivo vigente para o arrendamento aproxima-o da pura transmissão do imóvel sem que, daí, se extraíam consequências dogmáticas.

O Código Civil autonomizou a cessão de exploração precisamente pelo prisma da exclusão do regime do arrendamento. Determinou:

Artigo 1085.º (Estabelecimento comercial): 1. «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».

⁽⁷⁰⁾ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código anotado cit.*, II², 491-492 e RLJ 100, 270 cit.. FERRER CORREIA, noutro prisma mas de modo confluyente, contrapondo a cessão de exploração ao arrendamento, explica que, na primeira, se teve em vista a empresa e não o prédio — *Reivindicação de estabelecimento cit.*, 266, em nota. Este mesmo aspecto é bem enfocado por AVELINO FARIA, *O contrato de exploração de estabelecimento comercial ou industrial*, RT 77 (1959), 66-70 (68-69).

Este texto legal tem, patentes, os elementos relevados como integrando a ideia de cessão de exploração: a presença de um estabelecimento comercial, aliás particularmente salientada em epígrafe, e a sua transferência temporária e onerosa para outrem. O Código Civil não define, de modo directo, o que entende por estabelecimento. Deve entender-se que essa noção corresponde àquilo que, para ela, foi fixado pela Ciência do Direito portuguesa — doutrina e jurisprudência — e de que acima foi dada conta. Noutros locais, a lei portuguesa deu, aliás, sinais claros de a acolher. E com ela, por unanimidade — até ao acórdão da Relação de Évora de 23-Mar.-1984, proferido neste processo — a jurisprudência ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷¹⁾ Assim o Código Civil, no art. 1118.º/2, deixa entender que o estabelecimento há-de compreender uma multiplicidade de elementos, os quais permitem o exercício de um ramo do comércio ou da indústria. O Código da Propriedade Industrial, para efeitos de transmissão de propriedade de marcas, define, no art. 118.º, § 4.º, o estabelecimento como «... a universalidade constituída pela loja, armazém, fábrica, adega ou local de exploração de qualquer indústria ou comércio e todo o seu activo ou passivo, inclusive direito à locação, chave, nome, insígnia, clientela e outros valores». Na mesma linha o Código de Processo Civil, no art. 603.º, j), a propósito das bases legais da avaliação, fala no estabelecimento comercial ou industrial como «... universalidade que compreende tanto o activo como o passivo ...».

Também a jurisprudência portuguesa tem entendido, no trespasse como na cessão de exploração, a necessidade de um estabelecimento, como universalidade ou realidade complexa, apta à prossecução de uma função produtiva. Dispensa-se, aqui, a transcrição de uma série de sumários de decisões, as quais já foram, com oportunidade, citadas nas peças que compõem o presente processo. Aliás, desde o caso do Águia d'Ouro, no Porto, que proporcionou a decisão básica do Supremo Tribunal de Justiça, a partir da qual a cessão de exploração comercial se autonomizou do arrendamento, ficou clara a tónica do tema: a especificidade da cessão de exploração — do seu regime — deriva das particularidades do seu objecto: o estabelecimento comercial.

Refira-se, apenas, como significativo, o acórdão do STJ de 14 de Junho de 1978, BMJ 278 (1978), 178-181 (180). Também aí os autores reclamavam a qualificação de um contrato como sendo de cessão de exploração, para reaverem, no seu termo, certos bens locados; os réus contrapunham tratar-se de um arrendamento, o que obstava à restituição. O Supremo viu, aqui, uma cessão de exploração por se ter provado que «... se deu (...) não só a transferência, temporária e onerosa, da fruição do imóvel onde estava instalada a Garagem S. Jorge, mas também a exploração dessa garagem, no seu todo, como universalidade económica, com todos os seus elementos: móveis, utensílios, clientela, nome do estabelecimento, contratos

V. Existindo um estabelecimento, comercial ou industrial e pretendendo-se, sobre ele, celebrar determinados negócios, pergunta-se se todos os elementos que o integravam devem ser temporariamente cedidos ou se pode, sem prejuízo para o negócio, haver exclusões. Neste ponto, merece acolhimento a fórmula de BARBOSA DE MAGALHÃES, encontrada para o trespasse, mas cuja transposição para a cessão de exploração não levanta dúvidas. Diz ele:

«... por trespasse deve entender-se a transmissão global, em conjunto, de todos os elementos constitutivos do estabelecimento. Mas não impede que, por mútuo acordo, um ou outro desses elementos, ou de parte deles, fique, às vezes, excluído da transmissão; o que é preciso é que a *unidade* do estabelecimento não sofra com isso e que o próprio *negócio*, ou *comércio*, seja compreendido na transmissão» (72).

O critério final continua a ser funcional: havendo um estabelecimento preexistente, pode haver negociação com exclusões de certos elementos ou, até, uma cisão, desde que se mantenha a identidade do conjunto e a sua aptidão efectiva para prosseguir o seu escopo comercial e industrial: a manutenção do aviamento e da clientela constituem um bom banco de ensaio para indagar dessa aptidão.

O problema tem importância suficiente para ser retomado de seguida, focando-se, em especial, a cessão de exploração.

de concessão existentes com a Sacor, contratos de trabalho, contribuições, menos a predial, água, luz, gás e outros combustíveis, etc., etc.».

(72) BARBOSA DE MAGALHÃES, nota ao STJ 19-Fev.-1929, GazRelLx 43 (1929-30), 122-123 e transcrito, de novo, em *Estabelecimento comercial* cit., 222, com os sublinhados indicados. Note-se que o acórdão anotado ia mais longe: exigia que o trespasse compreendesse *todo* o estabelecimento preexistente, sem exclusões.

§ 12.º *CESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE «ESTABELECIMENTOS INCOMPLETOS»?*

I. Numa aproximação cada vez maior ao objecto da consulta põe-se, depois, a questão de saber se pode haver cessão de exploração de um estabelecimento incompleto, isto é, de uma realidade à qual ainda faltem algum ou alguns elementos necessários à prossecução efectiva dos escopos lucrativos em causa.

Como ponto prévio, deve deixar-se claro que não há grande utilidade em tentar resolver o problema pelo alargamento desmesurado do conceito de estabelecimento. A ensaiar-se tal via, soçobrar-se-ia, de novo, na tentação de solucionar questões de Direito material com recurso às qualificações. Não se trata de saber se ao estabelecimento incompleto se pode, ainda, chamar de estabelecimento mas sim se o regime apurado para este tem aplicação àquele; feita tal determinação, e sendo a resposta positiva, o alargamento linguístico poderá ser encarado, se a isso não se opuserem outras razões funcionais e pragmáticas.

II. Como tem sido repetidamente frisado, toda a especificidade regulativa do estabelecimento comercial deriva da presença, neste, de um sobrevalor dado pela sua aptidão produtiva, a qual se exprime, com eloquência, nas ideias de aviamento e de clientela. Faltando tal sobrevalor, desaparece a causa das particularidades de regime; insistir na sua aplicação a algo que já não as requer provoca distorções a evitar.

Um estabelecimento incompleto carece de elementos bastantes para prosseguir os fins lucrativos a que se destine. Se, de facto, estiver incompleto, ele não terá aviamento nem clientela; não traz qualquer sobrevalor nem desempenha, no espaço jurídico, aquele papel especial que levou à tutela jurídica conferida ao verdadeiro estabelecimento.

ORLANDO DE CARVALHO, pretendendo exprimir a variabilidade imensa do conteúdo do estabelecimento comercial ⁽⁷³⁾, vem dizer que «... se negociam empresas que, não só não entra-

(73) ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento comercial*, cit., 297 ss.

ram em funcionamento, mas que carecem, para isso, de relevantes adjunções ou substituições, como também na recentíssima casuística italiana não deixa de pôr-se em relevo...» (74). Como sempre, há que ter cautela com a utilização de transcrições retiradas do contexto geral onde elas se subsumem. Nada, na dissertação de ORLANDO DE CARVALHO, considerada como um todo, permite inferir, no seu Autor, a ideia de que ao «estabelecimento incompleto» é, sem mais, de aplicar o regime cabal do estabelecimento. Pelo contrário: ela pretende, no essencial, pôr em relevo a especificidade do bem-estabelecimento como objecto de negócios, dentro da lógica dos espaços jurídicos ocidentais.

Não há dúvidas que o «estabelecimento incompleto» pode ser negociado: a autonomia privada permite-o. É ainda exacto que certos bens, especialmente adequados a integrar estabelecimentos futuros, sendo negociados, atingem um valor mais elevado, por força dessa sua qualidade. As leis do mercado a tanto conduzem e a liberdade negocial dá-lhe corpo jurídico. Certo, por fim, que esta fenomenologia tem contactos económicos e sociais com o estabelecimento em si, razão por que é objecto da atenção dos estudiosos da empresa. Mas nada disto permite concluir que estabelecimento, «estabelecimento incompleto» e bens adequados a estabelecimentos futuros, sejam uma e mesma realidade, pautando-se, em Direito, por regras idênticas.

III. O litígio objecto da consulta deu lugar a um parecer de LOBO XAVIER onde se defende a aplicabilidade, a estabelecimentos incompletos, das regras dirigidas ao estabelecimento (75). O estabelecimento implica um conjunto de posições jurídicas ordenadas de modo a prosseguir o seu próprio escopo lucrativo; no «estabelecimento incompleto» falta essa aptidão, tornando-se pois, necessário encontrar critérios diferentes para lhe definir os contornos. Sentindo-o, LOBO XAVIER apela para uma clivagem, dada nalguma jurisprudência italiana, como ele próprio reconhece, entre elementos objectivos e subjectivos; reu-

(74) ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento comercial* cit., 306.

(75) LOBO XAVIER, *Parecer*, 12 ss.

nidos estes, a locação de «estabelecimento incompleto» seria de estabelecimento comercial ⁽⁷⁶⁾. Como elementos objectivos, LOBO XAVIER aponta a idoneidade, a destinação e a conformação do local: se este for apto para o negócio projectado, se o seu destino foi marcado pelo dono e se há bens por ele conformados para o negócio referido, haveria locação de estabelecimento ⁽⁷⁷⁾. O elemento subjectivo surgiria quando o dono do prédio encarasse a devolução, no termo do contrato, não pura e simplesmente do prédio, mas de um valor diverso do constituído por esse prédio — «de um valor que a contraparte pôs em movimento...» ⁽⁷⁸⁾.

Posta, nestes termos, a questão, verifica-se o seguinte: como o primeiro dos factores objectivos a atender, segundo LOBO XAVIER e que é, recorde-se, a idoneidade, surge sempre, em qualquer bem — isto é, qualquer bem é sempre idóneo, para integrar algum ou alguns estabelecimentos — ficam-nos como critérios distintivos propostos, a destinação, a conformação e as perspectivas do locador. Tais factores, todos voluntários, ao abrigo das regras próprias do negócio jurídico, só são relevantes quando presentes no negócio em si. O que permite, afinal, colocar a questão em termos não puramente descritivos: podem as partes, ao abrigo da sua autonomia privada, confeccionar estabelecimentos onde não os haja? Ou melhor, para não manter o tema num campo qualificativo: permite a ordem jurídica portuguesa a aplicação das regras próprias do estabelecimento a «estabelecimentos incompletos» quando as partes o desejem?

Tudo depende das regras consideradas. Quando estejam na disponibilidade das partes, estas podem, sem dúvida, fazê-lo, nos termos gerais do art. 405.º do Código Civil. Mas se se tratar de normas injuntivas, a resposta é negativa.

Fica naturalmente assente — e quer LOBO XAVIER, quer a jurisprudência italiana em que ele se apoia o reconhecem, quando recorrem aos critérios suplementares de delimitação, que apeli-

⁽⁷⁶⁾ LOBO XAVIER, *Parecer*, 17 ss.

⁽⁷⁷⁾ LOBO XAVIER, *Parecer*, 18.

⁽⁷⁸⁾ LOBO XAVIER, *Parecer*, 17-18.

dam de objectivos e subjectivos — que o «estabelecimento incompleto» não é estabelecimento comercial: basta ver que a incompleição lhe vem, precisamente, da ausência daquela capacidade específica de, por si, promover a actividade lucrativa a que se destina e que se testa nas qualidades do aviamento e da clientela.

Esclareça-se ainda que nada impede as partes de confeccionarem um negócio pelo qual uma ceda à outra certos bens, com os quais a segunda deverá construir um estabelecimento comercial que, depois, entregará à primeira. Isso conseguir-se-á através de um contrato de prestação de serviços ou de trabalho. Tentá-lo com um arrendamento, uma obrigação de construir o estabelecimento e uma promessa de trespasse a favor do locador já parece problemático, por bulir com normas locatícias injuntivas. Repare-se que não há, aqui, simples jogos qualificativos: uma prestação de serviços tem uma lógica interna e postula valores próprios bem diferentes dos do arrendamento ou da cessão de exploração.

IV. Quer no parecer de LOBO XAVIER, quer no acórdão da Relação de Évora jogou, como tópico decisivo, a existência de jurisprudência italiana que admitira a aplicação das regras próprias do estabelecimento comercial a «estabelecimentos incompletos». Trata-se de um fenómeno curioso de transferências culturais, comuns, aliás, em Direito. A jurisprudência italiana não tem, naturalmente, valor vinculativo entre nós — como não tem em Itália. Mas há inegável interesse em conhecê-la: se, dispondo de quadros legais semelhantes aos portugueses, os tribunais italianos resolvessem, com unanimidade, problemas idênticos aos surgidos no nosso foro, de certa maneira, bem poderia esta revelar-se aconselhável, também entre nós.

Adianta-se já não ser esse o caso: os quadros legais italianos são, no que toca às relações entre a cessão de exploração e o arrendamento, diferentes dos portugueses; não há, na jurisprudência italiana, unanimidade quanto a considerar aplicáveis aos «estabelecimentos incompletos» as regras dos estabelecimentos comerciais, outro tanto sucedendo na doutrina; os problemas que suscitaram a tal jurisprudência controvertida são, por fim, muito específicos, não correspondendo aos que se põem no objecto da consulta.

Principiando pela jurisprudência surge, de facto, com interesse na matéria, uma sentença da Cassação italiana de 14-Jan.-1953. Discutia-se, aí, se a cessão de exploração do *Cinema Reale* era uma locação de estabelecimento ou de imóvel. Tratava-se de um local perfeitamente adaptado a projecções cinematográficas e actividades teatrais, mas o projector não estava montado, aquando da celebração. A Cassação decidiu que havia, aqui, locação de estabelecimento. Pelo seguinte: o locatário assumira a obrigação de conservar a insígnia *Cinema Reale* o que, nas instâncias, fora entendido como medida destinada a conservar o aviamento do local; a falta do projector, elemento essencial, não impedia o desenvolvimento, no sítio, de actividades teatrais, compreendidas, também, no objecto do contrato; a montagem do projector estava em curso, no momento da celebração. O Tribunal Supremo de Itália não teve dúvidas em considerar, nestas circunstâncias, a presença de uma locação de estabelecimento, apesar da falta do aludido elemento essencial ⁽⁷⁹⁾.

Em 21-Jan.-1953 considerou, a mesma alta instância italiana, que a cessão de exploração de indústria albergueira do albergue *Continental* valia como locação de estabelecimento apesar de, na altura, o local não funcionar, carecendo de certas obras e de pessoal: as instâncias teriam entendido que, apesar desse óbice, o estabelecimento sobrevivera como tal ⁽⁸⁰⁾.

Em 16-Dez.-1954, a Cassação Italiana, a propósito, também, do problema em análise, escreveu: «A distinção entre locação de estabelecimento e locação de imóvel com pertenças resulta da função diversa que o imóvel assume num contrato; no primeiro caso, o imóvel é um dos elementos constituintes da *universitas* do estabelecimento no qual se incorpora unitariamente a todos os outros bens materiais e imateriais destinados àquele particular escopo económico-productivo; no segundo caso, pelo contrário, o imóvel tem uma função prevalente e atrai e absorve os outros elementos que têm um carácter de acessoriedade». Também aqui estava em causa um estabelecimento cinematográfico, como tal considerado

⁽⁷⁹⁾ Cssl 14-Jan.-1953, RDComm 1953, II, 99-108 (102 ss.).

⁽⁸⁰⁾ Cssl 21-Jan.-1953, RDComm 1953, II, 108-115 (110).

apesar de não ter condições para funcionamento imediato ⁽⁸¹⁾. E a 24-Abr.-1954, de novo se viu uma verdadeira locação de estabelecimento na cessão de exploração de uma sala de espectáculos, apesar da falta do projector ⁽⁸²⁾.

Se bem se atentar, a sentença relatada de 14-Jan.-1953 deixa intacta a noção clássica de estabelecimento; a de 21-Jan.-1953 surge algo inovatória, enquanto a de 16-Dez.-1954 parte do estabelecimento como tal e apresenta até uma perspectiva útil para a sua destrinça, embora acabe por fazer uma aplicação diversa.

Mas há outra jurisprudência. Como meros exemplos:

Em 14-Fev.-1952, a mesma Cassação escreveu que «... o contrato no qual não se verificou nenhuma cessão de aviamento comercial ou de activo e passivo ou de relações económicas em curso com terceiros ou de stocks ou de elementos semelhantes, faltando, no conjunto do contrato, a cessão do gozo de uma actividade industrial ou comercial produtiva, não pode ser encarado como locação de estabelecimento» ⁽⁸³⁾.

E em Como 13-Jul.-1955, numa decisão curiosa por se integrar no ciclo de litígios sobre locação de salas de espectáculos, surgidos nos anos cinquenta, em Itália, decidiu-se que a transferência do gozo de um cine-teatro que não considere o nome, o aviamento e a organização comercial, tem por objecto um imóvel com pertenças e não um estabelecimento ⁽⁸⁴⁾.

Não há, em Itália, jurisprudência constante sobre o tema, sendo mesmo duvidoso que as sentenças referidas, em autores portugueses e italianos, como admitindo locações de «estabelecimentos incompletos» o façam, todas elas.

⁽⁸¹⁾ CsslIt 16-Dez.-1954, FI(R) 1954, col. 260 (n.ºs 30-36); esta publicação compreende apenas alguns tópicos, não sendo possível reconstruir cabalmente os factos provados nas instâncias.

⁽⁸²⁾ CsslIt 24-Abr.-1954, FI(R) 1954, col. 1551 (n.º 380) — só tópicos. Aparecem referidas outras decisões similares; em compensação, em CsslIt 25-Mar.-1961, FI 1961, col. 1144-1150, constatou-se a presença de um estabelecimento perfeito, tendo interesse, apenas, por, numa anotação, aparecerem citadas várias sentenças relativas ao tema, bem como a referência à distinção entre elementos objectivos e subjectivos, já aludida.

⁽⁸³⁾ CsslIt 14-Fer.-1952, RDComm 50 (1952), II, 305-307 (306).

⁽⁸⁴⁾ Como 13-Jul.-1955, FI(R) 1956, col. 301 (n.º 51) — só um tópico.

E à não unanimidade dos tribunais junta-se, também, a divisão doutrinária. Enquanto DE MARTINO, em anotação às sentenças referidas de 14 e 21 de Janeiro de 1953, aplaude a aplicação das regras do estabelecimento a realidades que, como tal, não funcionem, desde que se reunam alguns requisitos suplementares ⁽⁸⁵⁾, P. GRECO, comentando CsslT 14-Fev.-1952, requer, para que de estabelecimento se possa falar, o seu funcionamento efectivo e actual; o aviamento seria, sempre, o seu traço essencial ⁽⁸⁶⁾. Este último ponto tem, aliás, sido salientado na doutrina mais recente ⁽⁸⁷⁾. Por fim, fora dos problemas específicos postos pela cessão de exploração, a doutrina comercialista italiana sempre tem insistido no estabelecimento como unidade dotada de capacidade efectiva — e logo actual — de proporcionar uma actividade lucrativa, com as qualidades que isso implica. E é a noção geral de estabelecimento, com a tónica no aviamento, que informa a cessão de exploração ⁽⁸⁸⁾.

V. A experiência italiana tem interesse porque, nela, o entender um contrato como de locação de imóvel ou de estabelecimento vai bulir, como em Portugal, com a aplicação das normas restritivas do arrendamento, num regime dito vinculístico. Como modo de evitar tal aplicação em casos onde o estabelecimento não parecia suficientemente caracterizado, criou-se um *tertium genus* entre ele e o imóvel simples. É neste ponto que reside, de facto, a novidade italiana. Esse *tertium genus* é a *officina (opificio)*, definido como complexo de elementos (edifício, máquinas e apetrechos) todos coordenados reciprocamente para a actuação de um determinado escopo produtivo ⁽⁸⁹⁾; teria, apenas, elementos materiais,

⁽⁸⁵⁾ ANGELO DE MARTINO, RDCComm 51 (1953), II, 100-115 (100 ss.); este autor não deixa reconhecer que, contra ele, se elevaram, em Itália, autorizadas vozes — *idem*, 103.

⁽⁸⁶⁾ P. GRECO, RDCComm 50 (1952), 305-307 (306).

⁽⁸⁷⁾ Recorde-se MARIO CASANOVA, *Azienda* no cit. apêndice de actualização ao *Novissimo Digesto Italiano*, I (1980), 631-632.

⁽⁸⁸⁾ Cf. ANDREA TABEL, *La tutela dell'avviamento commerciale nel contratto di locazione* (1963), 279 ss.

⁽⁸⁹⁾ CsslT 5-Jun.-1950, *apud* DE MARTINO, RDCComm 1953, II, 106.

não podendo, por isso, ser um estabelecimento. Há jurisprudência que admite esta figura, libertando-a, também, das restrições que pesam sobre o arrendamento ⁽⁹⁰⁾.

Não existe grande mérito em transpor as querelas internas da jurisprudência italiana para o espaço português. A própria ideia de *oficina* não parece aplicável, perante o nosso Código Civil; além disso, não corresponde ao objecto da consulta.

Intervém, aqui, uma diferença de fundo entre os ordenamentos português e italiano. O código italiano não compreende uma norma semelhante à do art. 1085.º/2 do Código Civil, que opera uma conversão legal da cessão de exploração para arrendamento, quando faltem, no estabelecimento, certos elementos.

A falta de correspondência jurídico-positiva entre os ordenamentos italiano e português, a inexistência, no primeiro, de directivas jurisprudenciais e doutrinárias claras e o facto de, nas decisões italianas localizadas, não haver semelhanças, quanto à matéria litigiosa, com o caso objecto da consulta, obsta a quaisquer transposições.

VI. Para além da italiana, teria interesse considerar outras experiências na matéria. A alemã tem, no entanto e neste ponto, pouca utilidade: o Direito alemão não sujeita a locação de estabelecimento a qualquer forma específica ⁽⁹¹⁾ e não conhece, na locação de imóveis, regimes «vinculísticos» rígidos ⁽⁹²⁾. Mas a experiência francesa dá outra faceta ilustrativa curiosa do problema aqui em análise. A braços com uma forte especulação em torno de locação de estabelecimentos comerciais, na qual essa figura era utilizada para promover o aparecimento de novas empresas, sem esforço, por parte dos locadores que, depois, se apropriavam delas e das rendas, o legislador interveio: por Decreto de 1953, limitou a possibilidade de cessão de exploração aos casos

⁽⁹⁰⁾ P.ex., Cssl 12-Jan.-1959, FI(R) 1959, col. 1397 (n.º 40).

⁽⁹¹⁾ Cf. CAPELLE/CANARIS, *Handelsrecht* cit., 37.

⁽⁹²⁾ A locação produtiva (*Pacht*) pode, nos termos gerais, ser sujeita a prazo pelas partes e rescindir-se antes disso, havendo motivos; não se estipulando prazo, dura por um ano renovável, podendo ser rescindida com pré-aviso de seis meses — § 595 do Código alemão. Cf. PALANDT/PUTZO, *BGB*⁴³ (1983), § 571 (595, 1).

em que o locador tivesse explorado o estabelecimento a ceder durante o mínimo de sete anos; uma Lei de 20 de Março de 1956 veio requerer, para o mesmo efeito, que o locador seja comerciante há sete anos e tenha explorado o estabelecimento há dois anos⁽⁹³⁾. Perante este quadro, não se põe o problema de haver cessões de «estabelecimentos incompletos».

§ 13.º *A CONVERSÃO LEGAL DA CESSÃO DE EXPLO—
RAÇÃO EM ARRENDAMENTO*

I. O art. 1085.º/1 do Código Civil isenta a locação de estabelecimento comercial, quando, nela, se inclua a cedência do gozo dum imóvel, do regime restritivo que pesa sobre o arrendamento. O n.º 2 desse mesmo preceito acrescenta:

«Se, porém, ocorrer alguma das circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 1118.º, o contrato passa a ser havido como arrendamento do prédio».

O art. 1118.º, por seu turno, permite a transmissão da posição do arrendatário, por acto entre vivos, sem dependência da autorização do senhorio, em caso de trespasse do estabelecimento comercial ou industrial. O n.º 2 desse preceito dispõe:

«Não há trespasse:

- a) Quando, transmitida a fruição do prédio, passe a exercer-se nele outro ramo de comércio ou indústria, ou quando, de um modo geral, lhe seja dado outro destino;
- b) Quando a transmissão não seja acompanhada de transferência, em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias ou outros elementos que integram o estabelecimento».

Este preceito tem várias utilidades. Por um lado, permite reforçar as concepções acima defendidas quanto à ideia do esta-

(93) RIPERT/ROBLLOT, *Traité* cit., 395.

belecimento: fica claro que ele implica o exercício de um ramo de comércio ou indústria e que, na sua composição, hão-de entrar instalações, utensílios, mercadorias e outros elementos. Muito correctamente, o legislador não se perdeu com qualificações e foi direito ao que pretendia: negou, na falta dos requisitos apontados, dois traços essenciais do regime do estabelecimento: a possibilidade de trespasse e a de cessão de exploração. Por outro, dá, em conjunto com outros preceitos, a solução legal portuguesa para as tentativas de trespassar ou ceder em exploração realidades que, ao estabelecimento, não possam ser reconduzidas.

II. O restringir das figuras do trespasse e da cessão de exploração ao estabelecimento comercial em sentido técnico ou próprio deriva do Direito como Ciência: ambas as figuras exprimem as especificidades regulativas do estabelecimento; não havendo tal correspondência, ou não seriam específicas, ou haveria que procurar noutras latitudes a ideia de estabelecimento. A menção feita nos arts. 1085.º/1 e 1118.º/1 ao estabelecimento tem esse alcance. A lei resolveu salientar, ainda, dois outros aspectos dessa realidade:

- a necessidade, para haver negócios sobre o estabelecimento, que beneficiem do regime especial, da preexistência dele;
- a efectiva colocação do estabelecimento preexistente no núcleo do negócio em causa.

A primeira proposição deriva do art. 1118.º/2, a), que exclui o trespasse e, por remissão do art. 1085.º/1, a cessão de exploração, «quando, transmitida a fruição do prédio, passe a exercer-se nele outro ramo de comércio ou de indústria ...». Repare-se: a tutela legal não visa, a qualquer preço, promover a proliferação de estabelecimentos — o que, como documenta a experiência francesa, poderia redundar num surto de especulação, com um enriquecimento artificial dos locadores; a tutela é concedida, apenas, ao estabelecimento preexistente, que mantenha a sua identidade formal e real e que, como tal, pode circular. Se a «mudança» real de estabelecimento impede o trespasse e a cessão de exploração, por maioria de razão irá fazê-lo a sua pura e sim-

ples inexistência, que representa um *maius* em relação à alteração.

A segunda proposição emerge do art. 1118.º/2, b): trespasse e cessão implicam a transferência, em globo, do estabelecimento: instalações, utensílios, mercadorias ou outros elementos que o integram. Não basta, pois, a preexistência de um estabelecimento; é necessário que este, como tal, seja negociado. Caso contrário, muito simplesmente, não têm aplicação as regras especiais relativas ao estabelecimento. Esta interpretação é comum na doutrina portuguesa, surgindo, até há pouco, como pacífica (94).

III. Num Parecer, já citado, e elaborado a propósito da questão que levou à presente consulta, LOBO XAVIER veio defender uma interpretação diferente do art. 1118.º/2, b), pelo menos na parte em que, para ele, remete o art. 1085.º/2. Se bem se entende, para LOBO XAVIER, apenas seriam afectados os contratos de cessão de exploração nos quais os elementos que, para além do prédio, integrassem o estabelecimento, não fossem transferidos; ficariam a salvo aqueles nos quais tais elementos faltassem, pura e simplesmente. Argumenta com a letra da lei, que diria isso mesmo e com o seu espírito: o legislador teria querido evitar a fraude à lei, consistente em evitar a subordinação à legislação restritiva do arrendamento através de uma pseudo-locação de estabelecimento à qual, previamente, tudo teria sido retirado, excepto o prédio (95).

Esta ideia não pode, aqui, ser sufragada.

Ainda quando o pensamento básico da interpretação em causa — o de que o legislador visou evitar à fraude à lei — colhesse, bastaria notar o seguinte: a fraude tanto pode consistir numa aparente locação de estabelecimento da qual tudo teria sido excluído excepto o prédio, como da também aparente cessão que, por nada

(94) Assim: PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II² (1981), 491 e A. VARELA, RLJ 100, 270, p. ex.

(95) LOBO XAVIER, *Parecer cit.*, 28 ss.

mais preexistir, só fosse, afinal, recair sobre o prédio. Para além disso, deve notar-se:

- que a interpretação do art. 1118.º/2, a preconizar para a cessão de exploração, há-de acompanhar a defendida para o próprio trespasse; ora, não é de admitir esta última figura quando nada mais exista do que o prédio ⁽⁹⁶⁾;
- que o art. 1118.º/2 — e, com ele, o art. 1085.º/2 — não visam, de modo directo, evitar a fraude à lei: não se vislumbra, neles, como requisito, a actuação voluntária destinada a defraudar, requerida, em Direito, para a verificação de tal figura ⁽⁹⁷⁾; esses preceitos apenas realizam uma ordenação dos interesses privados, de modo pouco frequente, por ser injuntiva, mas possível;
- que a letra do art. 1118.º/2, b) não atinge os negócios que não *integrem* determinados elementos para além do prédio (isto é, elementos que eventualmente lá se encontrassem, antes do negócio) mas sim os que não os *integram* (portanto que deviam lá estar, mas não estão); sublinha-se: *integram* e não *integram*, diz o art. 1118.º/2, b).

IV. O segundo aspecto do art. 1118.º/2 consiste em dar a solução para os casos em que se pactue uma cessão de estabelecimento sobre uma realidade que não o seja: a conversão legal em arrendamento.

Nos termos gerais, e entendido que as qualificações dadas pelas partes não interferem, por si, nos regimes a aplicar, a tentativa de subordinar uma cedência temporária e onerosa de um prédio, sem estabelecimento, às regras da cessão de exploração redundaria, naturalmente, num arrendamento comum: as partes acordaram um arrendamento, dizendo negociar uma cessão.

⁽⁹⁶⁾ Por todos, BARBOSA DE MAGALHÃES, ob. e loc. cit. *supra* nota 72. Não foi encontrada jurisprudência ou doutrina de sinal contrário.

⁽⁹⁷⁾ Tradicionalmente, discutia-se se, na fraude à lei devia prevalecer uma construção objectiva ou subjectiva — cf. p. ex., G. GIOCOBBE, *Frode alla legge*, ED 18 (1969), 73-88 (80) e L. CARRARO, *Frode alla legge*, NssDI 7 (1961), 647-651 (648). A síntese fez-se reconhecendo que, quando a figura tenha autonomia, há, pelo menos, uma actividade destinada, de modo voluntário, a contornar a lei.

Ainda nos termos gerais, se as partes, a pretexto de efectuar uma cessão de exploração que, por recair, apenas, sobre um prédio, só pudesse valer como arrendamento, incluíssem cláusulas inadmissíveis na locação de imóveis, haveria que seguir os esquemas da redução e da conversão dos negócios jurídicos: tais cláusulas seriam reconduzidas às congéneres locatícias, «quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido» — art. 293.º — ou tidas por inexistentes «salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada» — art. 292.º

A conversão legal é diferente: nela, não se atende às vontades hipotéticas das partes; passa-se, por injunção da lei, de um tipo negocial a outro⁽⁹⁸⁾. O objectivo do legislador, como foi referenciado é, então, simplesmente, o de se sobrepor às partes, salvando, a todo o custo, o negócio celebrado.

V. Esta solução é violenta? No limite, pode-se demonstrar que as partes pretenderam celebrar uma cessão de exploração de estabelecimento justamente por não estarem interessadas no regime restritivo do arrendamento. E isso sem intenção de defraudar a lei, mas simplesmente de configurar, de modo autónomo, a regulação dos seus interesses.

As conversões e reduções comuns operam sempre contra a vontade de uma das partes: como já foi frisado, se ambas estiverem de acordo, no momento em que se dê pelo problema, procedem à validação do negócio ou ao distrate. Mas queda a saída, para a prejudicada, de apelar à vontade hipotética de ambas, no momento da celebração. Nas conversões e reduções legais o esquema é idêntico, mas sem tal saída.

A questão pode e deve ser discutida *iure condendo*. O direito constituído é, contudo, claro.

(98) Assim sucede nas outras conversões legais, já aludidas — *supra*, § 8.º — e designadamente na do art. 1306.º/1 do Código Civil, que converte os negócios reais em obrigacionais, independentemente de indagar se as partes o teriam querido, se houvessem previsto o óbice — cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais cit.*, 97, e *Observações ao projecto de Código Civil*, separata RDES 13 (1967), 3-4, 19.

Reconheça-se, no entanto, com frontalidade, que a violência apontada na conversão da cessão de exploração em arrendamento advém, não da conversão em si, mas do próprio regime da locação de imóveis. É por demais sabido que o esquema restritivo em vigor, com a quase impossibilidade de rescindir o arrendamento e com a sua prorrogação automática, o tornaram num instrumento expropriativo, nem sempre justificado pelos interesses reais em presença.

Mas se esse é o problema, aí se deve avançar: há que procurar as vias judiciais adequadas e possíveis para minorar a injustiça de certos arrendamentos e não evitar o problema através da manipulação de regras firmes e seguras que regulam a validade dos negócios jurídicos, o estabelecimento comercial e o regime da cessão de exploração.

De qualquer maneira, a saída mais directa e fácil para o contratante desprevenido que seja apanhado nas malhas de uma conversão legal estará sempre na anulação, por erro, do negócio celebrado.

§ 14.º *CONCLUSÕES*

A terceira parte deste Parecer, que pondera pontos específicos de Direito, implicados na consulta, permite formular as conclusões seguintes:

1.ª O estabelecimento comercial corresponde a uma pluralidade de realidades — direitos sobre móveis e imóveis, posições contratuais activas e passivas, direitos sobre bens imateriais, nome, insígnia, aviamento e clientela — unificadas por se encontrarem coordenadas e afectas ao exercício de um escopo: uma actividade produtiva.

2.ª Tendo um conteúdo muito variável, o estabelecimento comercial deve compreender o mínimo necessário à efectiva prossecução do seu escopo, o que pode ser expresso nas suas qualidades essenciais: aviamento e clientela.

3.ª O estabelecimento comercial em sentido próprio pode ser objecto de negócios jurídicos: isso permite não só o tratamento unitário dos elementos que o compõem, mas também o

cômputo das suas qualidades insusceptíveis de autonomização: o aviamento e a clientela.

4.^a A cessão de exploração comercial ou locação do estabelecimento é negócio pelo qual se cede a outrem, temporariamente e a título oneroso, um estabelecimento comercial; distingue-se do trespasse por, neste, a transferência ser definitiva.

5.^a O Código Civil de 1966 veio formalizar a não aplicabilidade, à cessão de exploração de estabelecimento que envolve a cedência de gozo de um imóvel, das regras restritivas que pesam sobre o arrendamento — art. 1085.º/1.

6.^a A cessão de exploração implica a existência de um estabelecimento e a sua transferência temporária; antes e depois do negócio, o estabelecimento deve existir como tal, traduzindo o acervo de realidades aptas ao desenvolvimento da actividade produtiva.

7.^a O «estabelecimento incompleto» não é produtivo e não compreende o sobrevalor que advém do aviamento e da clientela; é diferente do estabelecimento próprio justamente naqueles pontos que levaram à confecção de um regime especial para ele; consequentemente, não se lhe devem aplicar as regras próprias do estabelecimento; por maioria de razão, não se lhe deve chamar estabelecimento.

8.^a As partes podem combinar a aplicação das regras próprias do estabelecimento a «estabelecimentos incompletos»; essa possibilidade cessa quando estejam em causa normas injuntivas.

9.^a A jurisprudência italiana que admitiria a cessão de exploração de «estabelecimentos incompletos» não é constante e levanta dúvidas na doutrina do seu país; ela surge em situações muito específicas, diferentes das da presente consulta; além disso falta, no Direito italiano, uma norma semelhante à do art. 1085.º/2 do Código Civil, o que falseia a comparação. Não há, pois, que operar a transposição.

10.^a Na experiência francesa avultam medidas legislativas destinadas a evitar especulações com pretensos estabelecimentos.

11.^a O direito positivo português vigente só permite a cessão de exploração havendo, como objecto, um estabelecimento verdadeiro e efectivo; na falta deste, converte a cessão em arrendamento — art. 1085.º/2.

12.^a Trata-se de uma conversão legal — susceptível no concreto, de surgir como redução — que, ao contrário das negociais, não pode ser afastada com apelo à vontade hipotética das partes.

13.^a Quando se entenda que a aludida conversão legal conduz a injustiças, há que imputá-las à rigidez do regime actual do arrendamento e, aí, tentar minorar os efeitos nocivos do *ius strictum* locatício o que é possível por várias vias; seria mau método ignorar o problema real, procurando fugir-lhe pela manipulação da ideia de estabelecimento comercial.

14.^a O processo mais adequado para evitar uma conversão legal, de todo em todo não querida, reside na anulação do negócio por erro.

IV — SENTIDO E VALIDADE DO CONTRATO OBJECTO DA CONSULTA

§ 15.º O CONTRATO CELEBRADO E A CESSÃO DE EXPLORAÇÃO

I. O contrato celebrado entre a LUSOTUR e a AMASATUR será de cessão de exploração se, por ele, se tiver transferido temporária e onerosamente um estabelecimento comercial.

As partes chamaram-lhe de cessão de exploração e falam, na cláusula 1.^a de cessão de exploração comercial; por outro lado, não mencionam, em todo o clausulado, o termo estabelecimento. Nenhum destes factos é decisivo, visto as qualificações das partes não serem vinculativas.

A cedência operada incluiu um campo de golfe relvado, um campo de prática não nivelado e não relvado — cláusula 1.^a; a cláusula 14.^a fala em «equipamento que por este contrato se cede», sem dizer qual. Com estes elementos, fica-se sem saber se há ou não estabelecimento.

A especificação e as respostas aos quesitos vêm esclarecer que: a exploração comercial de um campo de golfe exige, no sector do turismo, uma casa de apoio — resposta ao quesito 6.º —

com cadeiras, armários e secretárias — resposta aos quesitos 6.º e 8.º — e, ainda, copos, bandeirolas e marcações de saída — resposta ao quesito 10.º. Dizem ainda: que na celebração do contrato não havia casa de apoio — especificação, 2.º e resposta ao quesito 5.º; que a LUSOTUR (locadora-cedente) entregou à AMASATUR (locatária-cessionária) a casa de apoio e móveis de escritório, convectores e chuveiros eléctricos — resposta ao quesito 16.º; que a AMASATUR adquiriu mais caixas para o lixo, copos, bandeirolas, bandeiras, bases e *trolleys* e que instalou um bar — resposta ao quesito 12.º; que a AMASATUR adquiriu parte da clientela — resposta ao quesito 13.º. Ficou por provar que nada do necessário — caixas para o lixo, copos, bandeirolas, bases, bandeiras, *trolleys*, carros eléctricos, marcações de saída, sacos e *clubs* — existisse quando a AMASATUR tomou conta do campo. Repare-se que os fornecimentos suplementares feitos pela LUSOTUR à AMASATUR correspondem ao cumprimento de obrigações contratuais por ela assumidas: a sua existência conduziria a pensar que, de facto, não havia estabelecimento; mas não necessariamente: poderia haver já outras coisas instaladas. Este aspecto pode, pois, ser deixado de lado.

A única coisa segura que se depreende do processo é a inexistência, na celebração do contrato, de casa de apoio e a necessidade desta para a exploração comercial dum campo de golfe. Fora isso, a prova efectuada deixa sem saber: quando foi fornecida tal casa e, dos outros elementos necessários, quais existiam na celebração e no início da execução do contrato. Não há qualquer referência a elementos abstractos que integram o estabelecimento e designadamente: posições contratuais, activo, passivo, nome, insígnia, etc. Sabe-se que parte da clientela foi adquirida pela locatária-cessionária; não se sabe da proveniência da outra parte. Em suma: havia um campo de golfe apto a funcionar como tal, mas não como exploração comercial; fora isso, verifica-se uma imprecisão nos factos que impede medir a distância que vai da realidade existente a um verdadeiro estabelecimento.

II. A inexistência, na conclusão do contrato, da casa de apoio implica a inexistência de um estabelecimento comercial, convencidos que ficaram os julgadores de facto de que, sem ela, não

é possível a exploração comercial do campo. A partir daí tudo é dúvida. Mas o Direito português não permite denegar justiça por haver confusão irremediável a nível de factos provados. Todos os elementos com interesse para a determinação da presença do estabelecimento deviam ter sido levados ao processo e provados pela pessoa que, dessa presença, pretendesse ver constituídos direitos. Assim, se alguém, como fez a LUSOTUR, vem a juízo, como autora, alegar a nulidade de um contrato de cessão de exploração por faltar a escritura pública, cabe-lhe provar a existência de um estabelecimento, facto constitutivo do direito à declaração de nulidade — art. 342.º/1 do Código Civil. Contra ela joga o ónus da prova. Provando-se, apenas, um facto contrário à referida existência do estabelecimento e havendo, nos outros aspectos relevantes, uma caracterização insuficiente para se indagar de tal existência, fica por demonstrar a existência do objecto necessário à cessão de exploração.

III. Num primeiro tempo, a presença de um estabelecimento comercial no objecto da consulta e a caracterização do contrato como de cessão de exploração visam a sua submissão à forma «escritura pública», o que implicaria a nulidade. Dado o domínio, como princípio positivo, do consensualismo, havendo várias interpretações legais e negociais possíveis, há-de-se optar por aquela ou aquelas que evitem o formalismo; a existência, como regra efectiva, de um princípio de *favor negotii* determina também, entre várias interpretações negociais e legais possíveis, a prevalência daquela ou daquelas que evitem nulidades negociais.

Para além do facto decisivo de, nos autos, não estar suficientemente caracterizada a presença de um estabelecimento comercial — o que, dada a distribuição do ónus da prova no presente processo, leva a decidir pela sua inexistência — e de, contra ele, jogar a ausência da casa de apoio, surgem, aqui, dois argumentos suplementares no sentido de não ver, no contrato celebrado entre a LUSOTUR e a AMASATUR, um contrato de cessão de exploração.

IV. Caberá aplicar à realidade subjacente o regime da cessão de exploração? Visto não haver, nela, um estabelecimento

comercial ficam, desde já, afastadas as normas que, não solicitadas pelas partes, se destinem, apenas, àquele, e, designadamente, a escritura pública, requerida no art. 89.º, k), do Código do Notariado. Fora esse aspecto, ou outros semelhantes, as partes podem, de facto, ao abrigo da sua autonomia privada, pactuar a aplicação, a um contrato atípico que confeccionem, das regras da cessão de exploração ou quaisquer outras. Mas apenas na medida em que não sejam, por essa via, afastadas normas injuntivas em vigor, isto é, preceitos que, por não estarem na disponibilidade das partes, escapem à permissão genérica do art. 405.º do Código Civil. No caso vertente, a lei portuguesa opera a conversão legal das «cessões de exploração», que recaiam sobre imóveis mas que não integrem estabelecimentos, em arrendamentos — art. 1085.º/2. Tal norma é injuntiva. As partes não podem afastá-la.

Põe-se ainda a hipótese de, por injunção legal — e não, apenas, por vontade das partes — se poder aplicar o regime da cessão de exploração à cessão do campo de golfe verificada. Viu-se como a jurisprudência italiana que admitiu tal aplicação aos «estabelecimentos incompletos» é controversa na terra de origem e como, contra a sua transposição para Portugal, jogam as especificidades, face à italiana, da legislação portuguesa. Perante o contrato objecto da consulta pode, no entanto, rejeitar-se tal possibilidade, mesmo perante os julgadores italianos favoráveis ao alargamento. Este foi concedido em casos nos quais a realidade subjacente, não sendo um estabelecimento perfeito, dele se distanciava em aspectos relativamente secundários e, ainda aí, nunca para fulminar contratos por vício de forma. Ora o contrato em estudo apenas refere a cedência do campo de golfe e do campo de prática — cláusula 1.ª. Na cláusula 14.ª dispõe-se, de facto:

- «a) Todas as despesas com a conservação e reparação do campo e da parte do imóvel de apoio mencionado em 3, designadamente no que respeita a pessoal, água, electricidade, combustíveis, adubos e outras, bem como as despesas de conservação de *todo o equipamento que por este contrato se cede*, serão de conta da primeira outorgante ...»

O contrato celebrado não refere qual seja o equipamento em causa. A prova produzida não foi conclusiva, levando o ónus da prova a decidir este ponto contra a autora. O conjunto do contrato e a sua prática, durante os dois anos que vigorou sem litígios, levam a pensar que as partes terão, com tal referência ao *equipamento*, querido significar o que *foi sendo cedido* na vigência do contrato. Este, pelo menos, é incluído nas referidas despesas de conservação.

E de qualquer maneira, ainda que tivesse sido dado como provada — o que, atentas as regras do ónus da prova, não foi o caso — a transferência de certos bens, isso apenas conduziria a uma cessão de gozo de um imóvel, com certas coisas acessórias. A ideia de estabelecimento é mais exigente.

Frise-se, agora, de novo, que não há qualquer referência aos elementos imateriais que, como vimos, integram o estabelecimento: direitos, posições contratuais, activo, passivo, direitos imateriais, nome e insígnia; tão-pouco são mencionadas as qualidades do aviamento e da clientela. Nada disto foi ultrapassado no processo. O afastamento em relação ao estabelecimento é de tal ordem que não se pode, sequer, falar em «estabelecimento incompleto» nem, muito menos, tentar aplicar ao que exista o regime do estabelecimento em si.

Cabe mesmo perguntar se a vontade expressa das partes não foi simplesmente a de ceder o campo de golfe e o de prática e de pactuar uma série de deveres complementares: a não haver normas injuntivas em jogo, o regime supletivo a aplicar seria o da locação de imóveis, no que não fosse afastado pelas partes e não o do estabelecimento. Certos aspectos fiscais que constam do processo, designadamente a sujeição à contribuição predial e não à industrial, indiciam-no, também.

V. Poder-se-á entender que o negócio celebrado recaía sobre estabelecimento futuro, devendo a LUSOTUR providenciá-lo depois de o contrato ter entrado em vigor? Há que evitar equívocos. O chamado negócio sobre coisas futuras — *maxime* a venda de coisa futura — é, na realidade, um negócio preparatório. Celebrado tal negócio, uma pessoa obriga-se a providenciar para o aparecimento da coisa e, verificado este ou existindo ela, *ab ini-*

tio, a promover a sua transferência para o beneficiário. Tal resulta do art. 880.º do Código Civil, generalizável nos termos do art. 939.º. E emerge, ainda, da natureza das coisas: o bem futuro ou não existe ou não está em poder do disponente — art. 211.º — não podendo, por ele, ser atingido, no momento do negócio.

Para além disso nada, no contrato celebrado, revela terem as partes querido assumir o dever de provocar efeitos jurídicos futuros: a transferência do gozo do prédio operou de imediato, no termo inicial, e os deveres assumidos são obrigacionais. E quando assim não fosse: o contrato sobre «estabelecimento futuro» não é um verdadeiro contrato sobre o estabelecimento, tal como a «venda de bens futuros» não é venda susceptível de transferir o domínio. Ambos implicam, depois, novas vicissitudes jurídicas. Tanto basta para, no fundo e na forma, não terem aplicação as regras relativas à cessão de exploração.

VI. Sublinhe-se, ainda, que uma eventual impossibilidade de reconduzir o contrato celebrado ao arrendamento, bem como a alegada injustiça de tal recondução, não poderiam levar a considerá-lo como de cessão de exploração: esta define-se, como qualquer contrato, pela positiva. As eventuais consequências de ulteriores integrações noutros tipos contratuais devem ser vistas a seu tempo, separadamente.

VII. O contrato celebrado pela LUSOTUR e pela AMASATUR e que constitui o objecto da presente consulta não se integra no tipo «cessão de exploração». Ele não recai sobre nenhum estabelecimento comercial que tenha sido descrito no seu clausulado; além disso, os julgadores de facto deram como provada determinada matéria que, junta às regras do ónus da prova, obriga a concluir pela inexistência efectiva de qualquer estabelecimento, na contratação e na entrada em vigor do contrato. Esta conclusão propiciada directamente pelos factos é reforçada pelo consensualismo e pelo *favor negotii*: evita-se, assim, a nulidade formal do contrato.

Ao contrato em causa não se devem, conseqüentemente, aplicar normas dirigidas à locação de estabelecimento que não tenham

sido inseridas, pelas partes, no clausulado; fica, em especial, prejudicada a aplicação do art. 89.º, *k*) do Código do Notariado.

O clausulado pelas partes tem aplicação, ao abrigo da autonomia privada, desde que não choque com normas injuntivas; o art. 1085.º/2 do Código Civil está nessas circunstâncias.

O regime da cessão de exploração não pode ser, perante isso, repescado: as condições que ditaram em Itália a jurisprudência, controversa, que alargou o regime do estabelecimento ao «estabelecimento incompleto» não existem em Portugal; além disso, resulta dos autos uma grande falta dos elementos que pudessem levar a falar num próprio «estabelecimento incompleto».

O contrato acordado não aponta para uma cessão de estabelecimento futuro: produz efeitos imediatos, no termo inicial. De qualquer modo, o contrato sobre estabelecimento futuro é preparatório, não se lhe aplicando o regime da cessão em si.

O contrato celebrado não pode, por tudo isto, ter-se como inválido por ter desrespeitado o art. 89.º, *k*), do Código do Notariado.

Estas conclusões não são afectadas por possíveis ou alegadas dificuldades na sua conversão legal em arrendamento. Este último problema é diferente, devendo ser ponderado em sede própria.

§ 16.º *UM ARRENDAMENTO ATÍPICO?*

I. O contrato objecto da consulta não é uma cessão de exploração comercial. No seu cerne, assiste-se, sem dúvida, ao proporcionar o gozo de um imóvel de uma pessoa a outra. Mas ele compreende também todo um conjunto de outras cláusulas significativas, centradas no escopo de viabilizar uma exploração comercial turística de um campo de golfe. Poder-se-ia mesmo encarar a hipótese da figura comercial da conta em participação — hoje associação em participação — tratada, aquando da celebração do contrato, pelos arts. 224.º ss. do Código Comercial, depois substituídos pelo Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho: uma pessoa ficou, de algum modo, associada aos lucros de uma actividade comercial desenvolvida por outra. A recondução a esta figura

ou a outras similares que marquem meios termos entre a personalidade colectiva e simples situações de colaboração individual — e que apenas iria confirmar a validade do negócio — não dispensaria, no entanto, a pesquisa dos elementos singulares que fundamentem a aludida participação nos lucros e, designadamente, a transferência do gozo do imóvel.

Mas a importância da qualificação que, em definitivo, se encontre para a figura em análise nem é tão grande: por um lado, como já foi explanado — *supra*, § 4.º — a simples qualificação de uma figura nunca seria bastante para lhe ditar o regime; por outro, porque bem poderá suceder que o contrato celebrado, seja qual for a sua natureza exacta, compreenda elementos que, por accionarem disposições legais imperativas, conduzem a um regime fixado por lei e, como tal, indisponível para as partes.

II. Apesar das dúvidas existentes, deve aceitar-se que o contrato em apreço se situou no giro comercial. Entenderam, também, os julgadores dos factos que, nele, houve uma cedência temporária e onerosa de um imóvel, não se realizando, contudo, a transmissão dos elementos referidos no art. 1118.º/2, b), do Código Civil: não havia um estabelecimento preexistente. Incorre, pois, em pleno, na conversão legal do art. 1085.º/2 do mesmo Código Civil, ainda quando se entenda que tal disposição não comporta aplicações analógicas ou interpretações extensivas; o legislador entendeu reconduzir ao arrendamento as situações de cedência temporária e onerosa do gozo de imóveis, quando falte a transferência dos elementos indicados claramente no citado art. 1118.º/2, b); para tanto apontam a letra e o espírito da lei, ainda quando, *de iure constituendo*, se pretenda defender outras soluções. Estando em causa uma conversão legal, não se pode apelar à vontade hipotética das partes para a evitar — *supra*, § 8.º.

E como, ainda aqui, a questão não pode resolver-se, apenas, com qualificações, queda passar o contrato em estudo pelo crivo do arrendamento, verificando, a essa luz, a validade das cláusulas que o compõem.

Observe-se, no entanto, que embora a presença desta conversão legal seja determinante na pesquisa do regime do contrato *sub judice*, o seu estudo, à face do arrendamento, teria de ser

realizado mesmo na sua falta. De facto, haveria que assentar na presença de um contrato misto: o Direito positivo português não conhece um tipo contratual que se articule nos termos acordados pela AMASATUR e pela LUSOTUR. A interpretação desse contrato constitui, à luz da doutrina e da jurisprudência actuais, uma questão de direito⁽⁹⁹⁾. Ora o regime do contrato misto é discutido, tendo surgido, para o explicar, as teorias conhecidas da absorção, da combinação e da analogia⁽¹⁰⁰⁾. No caso vertente, todo o contrato surge dominado pela cedência do gozo temporário do imóvel. Constitui o cerne deste negócio; as restantes prestações estão-lhe, directa ou indirectamente, funcionalizadas. Pode, pois, dispensar-se uma análise pormenorizada das aludidas teorias: qualquer delas acabaria por concluir pela predominância da componente arrendamento, cuja regulação não contende, de modo fatal, com o clausulado negocial. E em qualquer caso: quando, num contrato misto, certos elementos requeiram a aplicação de normas injuntivas, estas funcionam.

III. À luz da locação, o presente contrato integraria uma modalidade de arrendamento para o exercício de indústria turística; deveria, em consequência, constar de escritura pública — art. 1029.º/1, b), do Código Civil. Não consta. A sanção é uma invalidade atípica: o vício só pode ser alegado pelo locatário e não, como seria de regra, pelo locador ou por qualquer interessado, devendo ainda ser conhecido de ofício pelo tribunal — art. 1029.º/3. Esta solução, insólita na sua linguagem, mas de acordo com certa tradição portuguesa, conduz, no fundo, à desformalização do arrendamento.

(99) CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto — questão-de-direito* (1967), 340 e 344-345, p. ex., fala, dela, como um verdadeiro problema «jurídico-normativo»; o Supremo Tribunal de Justiça, considera-a, hoje, de modo constante, questão de direito, para efeitos do exercício da sua jurisdição; cf. STJ 2-Mar.-1983, BMJ 325 (1983), 519-526 (521), por último.

(100) Entre nós, GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*³ (1965), 392 ss.; VAZ SERRA, *União de contratos, contratos mistos*, BMJ (1960), 28 ss.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*⁴ 1 (1982), ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações* 1.º cit., 424 ss.

IV. Não se impede que, no arrendamento, sejam convenionados deveres suplementares a cargo do locador, ao abrigo do art. 405.º do Código Civil, e que não constem do figurino legal. Nada obsta, pois, à validade das cláusulas 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª 2.ª parte, 14.ª a) e b) — deveres de nivelar e arrelvar o campo de prática, de construir a casa de apoio definitiva e a provisória com certos elementos, de garantir, em determinadas eventualidades, descontos aos clientes do Hotel D. Pedro, de suportar certas despesas de representação e conservação do campo e da casa de apoio e de respeitar as normas da Federação Portuguesa de Golfe, respectivamente.

V. O arrendatário deve pagar, como contrapartida, 50% da receita bruta que obtenha com a exploração, devidamente precisada, e ainda 10% da receita bruta que obtenha com explorações complementares — cláusulas 6.ª, 7.ª e 9.ª; prevê-se ainda o modo de cumprimento dessa obrigação e certos deveres instrumentais perante a mesma — cláusula 9.ª e 10.ª

Em fases anteriores do processo, estas cláusulas foram qualificadas como indeterminadas, arrastando, por isso, a nulidade do contrato, nos termos do art. 280.º/1 do Código Civil. Na verdade, elas são determináveis: as referências simples a 50% da receita bruta da exploração do campo e a 10% das explorações complementares, só por si, já seriam bastantes para operar a determinação, numa operação facilitada pelos exemplos que as partes entenderam inserir no próprio texto do contrato. De qualquer modo, a questão está ultrapassada: os quesitos que permitiriam esclarecer esta parte deste assunto foram eliminados por inúteis havendo, neste ponto, caso julgado; a Relação apenas se ocupou da idoneidade deste esquema face ao arrendamento.

Pode-se fixar uma renda em certa percentagem sobre os lucros? A questão é discutida ⁽¹⁰¹⁾. O art. 1089.º do Código Civil exige uma renda fixada em escudos. Pretende, com isso, apenas

⁽¹⁰¹⁾ Há uma tendência recente no sentido de admitir, com certas cautelas, rendas escalonadas; cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II² (1981), 329 ss. e STJ 17-Fev.-1983, BMJ 324 (1983), 565-570 (567-568); a questão decidida neste acórdão era, no entanto, diversa.

afastar a renda fixada em moeda específica, em posição maximalista, como inculca a segunda parte desse preceito ou vai mais longe, requerendo uma renda fixa? A questão não tem de ser aqui decidida. De facto, viu-se como, neste contrato, além do cerne próprio do arrendamento, foram pactuados deveres extraordinários a cargo do locador. Natural é pois que, por banda do locatário, não haja uma simples renda fixa, mas antes uma retribuição escalonada que vá aumentando à medida que o locador, pelo cumprimento do que assumiu, aumente a rendibilidade da exploração. O que ultrapasse a tal renda fixa — caso fosse imposta por lei — é o correspectivo pelas tais obrigações suplementares a cargo do locador. O processo engendrado pelas partes surge, neste ponto, como equilibrado, nada tendo o Direito a opor-lhe. Por fim, ainda que a existência de uma renda em percentagem fosse contrária ao arrendamento, tal não poderia afastar um regime injuntivamente cominado por lei nem, tão-pouco, implicaria a invalidade de todo o contrato: o Direito português prevê esquemas que levariam à determinação. Mas esses esquemas teriam de ser actuados a pedido do inquilino que não se manifesta nesse sentido, nos autos da consulta.

VI. O locador pode rescindir unilateralmente o contrato antes do termo, mas nunca antes de quatro anos de vigência, se for inaugurado um hotel nas zonas 2.1/D e Tampão — cláusula 5.^a. Vale tal cláusula? O art. 1093.º do Código Civil tipificou as causas de resolução do contrato de arrendamento. Mas tem-se admitido, na doutrina e na jurisprudência ⁽¹⁰²⁾, que nada impede a sujeição de arrendamentos a condições resolutivas. É o caso: não há, aqui, um poder arbitrário de resolução por parte do locador, realidade que o legislador pretendeu evitar, mas a submissão do contrato a uma condição independente das partes e de verificação incerta. A cláusula é, pois, válida.

⁽¹⁰²⁾ GALVÃO TELLES, *Arrendamento* cit., 103; ANTÓNIO PAIS DE SOUSA, *Extinção do arrendamento urbano* (1980); RPt 16-Jun.-1976, BMJ 260 (1976), 179 (só o sumário). Como diz PAIS DE SOUSA, se as partes podem distrair o contrato directamente, por maioria o poderão fazer na dependência de um facto objectivo e eventual.

VII. A arrendatária não poderá transmitir a outrem a sua posição contratual sem prévio consentimento por escrito da locadora — cláusula 11.^a. Pelo art. 424.º/1 do Código Civil, a cessão da posição contratual exige o acordo do cedido, antes ou depois da sua ocorrência; as partes teriam pactuado que fosse antes. A autorização do cedido — neste caso, o locador — é, ainda, especialmente exigida para a locação — art. 1038.º, f); torna-se, porém, dispensável no arrendamento comercial, quando haja trespasse do estabelecimento — art. 1118.º/1.

A cláusula é válida, não contrariando quaisquer disposições injuntivas. Se a arrendatária não afectar o imóvel a um estabelecimento comercial e enquanto não o fizer, ela esclarece a necessidade de obtenção prévia de autorização escrita ao locador para a transmissão a terceiros; havendo tal afectação, fica vedada a transferência integrada em trespasse.

Não se vê como, desta cláusula, tirar quaisquer argumentos favoráveis ou contrários à existência de um arrendamento ou de uma cessão de exploração: em ambos esses contratos ela seria lícita e útil.

VIII. A cláusula 12.^a dispõe que «... 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...». Estabelece-se, pois, uma cláusula penal para determinados incumprimentos e, ao que parece, uma compensação para certas rescisões. Torna-se difícil entender o que terão as partes querido acordar com isto. À primeira vista, parece que apenas as aludidas penas convencionais e compensações; só que estas funcionam perante «rescisões unilaterais» que não vêm especificadas no contrato, antes parecendo pressupostas. Em boa técnica jurídica, diz-se rescisão ou revogação do contrato a forma de extinção deste que se caracteriza por ser livre, discricionária e não retroactiva; devendo operar, em princípio, por mútuo consentimento — art. 406.º/1 — ela pode ficar na disponibilidade das partes, por convenção. Distingue-se da resolução que surge condicionada, vinculada e tendencialmente retroactiva, isto é: só é admitida quando fundada na lei ou em convenção — art. 432.º/1 —, só se concretiza com a demonstração de certo

fundamento e opera *ab initio*, salvo quando se estipule outra coisa ou a finalidade da resolução a operar imponha a não retroactividade — art. 434.º/1 ⁽¹⁰³⁾. As partes chamaram, ao que parece, rescisão, quer à rescisão propriamente dita, quer à resolução. Se a referência implícita a uma rescisão unilateral (sem justa causa) implicar a concessão às partes de um poder de rescisão técnica, a cláusula será nula na medida em que o estabeleça no contrato de arrendamento: tipificando as causas de resolução e restringindo a denúncia — arts. 1093.º e 1095.º ss. — o Código Civil veda, por maioria de razão, a revogação ou rescisão. E se assim fosse, uma vez que o contrato se encontra no figurino locatício por conversão legal, tornar-se-ia impossível invalidá-lo, no seu todo, por causa da nulidade parcial de uma das suas cláusulas; o apelo à vontade hipotética das partes é, aqui, inoperante.

O *favor negotii* recomenda, no entanto, uma interpretação que, sendo viável, evite nulidades, ainda que parciais. Nessa linha, entenda-se a referida cláusula 12.ª do contrato nos termos seguintes: as partes falaram de rescisão quando queriam dizer resolução; demonstra-o a menção à «justa causa de rescisão»: justa causa é-o de resolução. Quando haja resolução deste contrato — portanto nos casos referidos na lei, mais concretamente no art. 1093.º no que toca à resolução pela locadora e nos outros casos de incumprimento do pactuado, em termos gerais, no que toca à resolução pela locatária — por causa imputável, a título de culpa, a uma das partes («der justa causa à rescisão ...»), funciona, a favor da outra, a cláusula penal; quando haja resolução — sempre nos casos previstos na lei, no art. 1093.º e gerais, no que toca à locadora e à locatária, respectivamente — por causa não imputável, a título de culpa, a uma parte, e a outra, não obstante, use o direito potestativo que lhe cabe de resolver («rescindir o contrato unilateralmente»), cabe à primeira a compensação estipulada. Repare-se que o art. 1093.º não requer *culpa* para o funcionamento das suas alíneas e que há causas gerais de resolução não imputáveis, como as causadas por impossibilidade superveniente.

(103) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, II vol., 162 ss.

Há, ainda, uma consideração de ordem geral que reforça esta interpretação: demonstrada a inexistência inicial de um estabelecimento comercial, este virá, pela lógica própria do contrato, a ser criado pela locatária. Admitir a presença, como actuante, de uma cláusula que, com uma pequena compensação, viesse permitir, a qualquer momento, à locadora, fazê-lo seu, sem dar à locatária a oportunidade de amortizar o investimento feito, levaria a um abuso do direito — art. 334.º. Uma boa interpretação negocial deve evitar a obtenção de resultados potencialmente abusivos ou que, simplesmente, surjam causadores de desequilíbrios entre as prestações. Manda-o, de modo expresse, o art. 237.º do Código Civil.

Posto o que, com este entendimento que postula a subordinação das denominadas rescisões unilaterais aos casos referidos na lei injuntiva, se salva, também, a cláusula 12.^a

IX. Fica, no fim, a questão magna da duração do contrato. O prazo referido na cláusula 5.^a, pela qual o contrato caduca a 30 de Setembro de 1986, é de renovação automática — art. 1054.º —, não podendo o senhorio denunciá-lo — art. 1095.º — excepto nos casos legalmente tipificados — art. 1096.º?

Deve observar-se que, do facto de o contrato em estudo comportar um prazo não pode, de modo algum, retirar-se um argumento contra a sua submissão às regras do arrendamento: este, por definição, postula tal prazo. Mas o facto de tais prazos não terem alcance prático não pode ser escamoteado.

Um arrendamento do tipo aqui em análise, com traços de atipicidade, integra o conflito habitual de interesses que terá levado o legislador a estabelecer a renovação automática, com restrições à denúncia, por parte do senhorio? Esse dispositivo é, aliás, criticável *de iure condendo*, tendo, muito justamente, GALVÃO TELLES procurado eliminá-lo do Código Civil, quando em preparação (104), infelizmente sem sucesso. Não é menos verdade

(104) Cf. MANUEL JANUÁRIO GOMES, *Constituição da relação de arrendamento urbano* (1982), 69.

que, no contrato vertente, o facto de a renda estar como que indexada, evita a sua degradação pela inflação: evita-se, assim, a grande fonte de injustiça que advém da perpetuidade *contra naturam* dos arrendamentos.

Mas o problema mantém-se. Possivelmente, ele estará na origem das posições assumidas no parecer de LOBO XAVIER, junto aos autos, e do acórdão da Relação de Évora.

A jurisprudência italiana, fonte inesgotável de exemplos para todo o tipo de decisões, já foi levada a admitir que, a locações atípicas, não se aplique o regime vinculístico ⁽¹⁰⁵⁾. A injuntividade e clareza da lei portuguesa não permitem, porém, saídas tão fáceis.

Seria muito interessante, a nível académico e social, que a jurisprudência portuguesa, perante a inacção do legislador, corrigisse a lei e operasse a redução teleológica do art. 1095.º: sempre que se mostrasse assegurado o escopo de protecção por ele visado, o senhorio poderia recorrer à denúncia nos termos gerais. Outra hipótese consistiria em ver, na exigência de renovação de certos arrendamentos, um abuso do direito.

Há, neste domínio, um exemplo histórico famoso. Quando, na grande inflação alemã do primeiro pós-guerra, o legislador, entevado por falta de força política, hesitava em decretar medidas de correcção monetária, o Tribunal do *Reich* actuou: decidiu, na célebre sentença de 28-Nov.-1923, recusar a extinção de uma hipoteca por o débito garantido, nominalmente cumprido, o ter sido sem se ter em conta a inflação ⁽¹⁰⁶⁾. Fê-lo contra o nominalismo, *contra legem*, mas baseado na boa fé e no Direito. A partir daí, gerou-se uma jurisprudência constante que abriria as portas à actuação legislativa, fortalecida pela oportunidade da actuação judicial registada.

O *ius strictum* português em vigor exige a manutenção dos arrendamentos, nos termos acima apontados. A globalidade do seu ordenamento permite aos tribunais operar correcções, com recurso à redução teleológica e ao abuso do direito. Caso se veri-

(105) Tribunal de Nápoles, 9-Set.-1954, FI(R), col. 1550 (n.ºs 370-371).

(106) Tribunal do *Reich* 28-Nov.-1923, RGZ 107 (1924), 78-94.

fiquem os requisitos de aplicação destas figuras, a cláusula 5.^a, primeira parte, é válida. No caso inverso é-o também, só que se tornará inoperacional, por força da renovação automática.

Uma decisão final exige o conhecimento e a ponderação das injustiças concretas a que levaria a perpetuidade tendencial do contrato celebrado. O processo, que se desviou para o tema do estabelecimento comercial, não cuidou deste aspecto.

Não se pode, por isso, opinar, em definitivo, em tal ponto.

Mas não é grave: a consulta pergunta apenas pela validade do contrato: ele é válido, como arrendamento, incluindo a cláusula 5.^a. Não se discute, neste litígio, a possibilidade de obstar à sua renovação automática.

V — CONCLUSÕES

§ 17.º *CONCLUSÕES DE ORDEM GERAL*

O estudo realizado sobre o objecto da consulta habilita à apresentação das conclusões, de ordem geral, que seguem.

1.^a A uma primeira leitura, o contrato celebrado entre a LUSOTUR, Sarl e a AMASATUR, Lda., sugere um negócio atípico e inominado. No entanto, só uma análise cuidada pode revelar se ele integra ou não um tipo contratual ou se, por força de normas injuntivas, ele deve ser reconduzido a algum figurino tipificado.

2.^a Os factos relevantes constantes do processo — especificação e respostas aos quesitos — e a matéria que se depreende do próprio contrato não são totalmente clarificadoras para basearem um trabalho de análise jurídica. As regras do ónus da prova, cuja aplicação é questão de direito, permitirão colmatar as lacunas.

3.^a As posições assumidas pelas partes no processo, designadamente as que resultam das suas posições de autora e de ré, viabilizam o funcionar do ónus da prova. A consulta coloca questões de Direito civil e comercial de complexidade desigual;

impõe-se a ponderação prévia de vários temas juscientíficos relevantes para o tema da consulta.

4.^a As soluções jurídicas não devem ser comandadas por qualificações, sejam elas legais ou negociais. Pelo contrário: a materialidade subjacente convoca um determinado regime jurídico o qual, uma vez conhecido, permite a qualificação.

5.^a O Direito português vigente, à semelhança de outros sistemas próximos, é dominado pelo princípio da consensualidade; às normas que imponham formas solenes para certas declarações negociais não deve ser atribuído um âmbito mais extenso do que o resultante, de modo expresso, de regras injuntivas.

6.^a Ao associar, aos vícios formais, a nulidade do negócio, institui-se uma sanção grave que, em certos casos, surge como injusta. O problema já tem sido resolvido através do abuso do direito que obstará à alegação de certas nulidades formais, sobretudo quando uma das partes, por ser, por exemplo, especialmente qualificada, gerasse na contraparte uma situação de confiança na validade do acordado. Esta solução é delicada e requer cautelas; o problema de base pode, porém, ser minorado, limitando as nulidades formais aos casos precisos em que a lei as determina.

7.^a No direito privado português actual vigora um princípio geral positivo dito de *favor negotii*, resultante da consagração da autonomia privada e expresso em várias disposições legais. Para além de outros efeitos, o *favor negotii* determina que, perante várias interpretações, aplicações ou integrações possíveis, seja da lei seja do negócio jurídico, se afastem aquela ou aquelas que conduzam à invalidade de contratos livremente assumidos.

8.^a Num dos seus sentidos, a justiça negocial equivale ao respeito pelo livremente acordado, ao abrigo da autonomia privada. Esta tem limites que, em certos casos, actuam através de conversões e reduções legais, as quais, ao contrário das conversões e reduções comuns, não permitem apelar à vontade hipotética das partes para as evitar. É uma demonstração do Direito cogente, face à justiça negocial. As disposições que instituem conversões e reduções legais devem aplicar-se no âmbito estrito para que sejam determinadas.

9.^a O estabelecimento comercial corresponde a uma pluralidade de realidades — direitos sobre móveis e imóveis, posições

contratuais activas e passivas, direitos sobre bens imateriais, nome, insígnia, aviamento e clientela — unificadas por se encontrarem coordenadas e afectas ao exercício de um escopo: uma actividade produtiva.

10.^a Tendo um conteúdo muito variável, o estabelecimento comercial deve compreender o mínimo necessário à efectiva prossecução do seu escopo, o que pode ser expresso nas suas qualidades essenciais: aviamento e clientela.

11.^a O estabelecimento comercial em sentido próprio pode ser objecto de negócios jurídicos: isso permite não só o tratamento unitário dos elementos que o compõem, mas também o cômputo das suas qualidades insusceptíveis de autonomização: o aviamento e a clientela.

12.^a A cessão de exploração comercial ou locação do estabelecimento é negócio pelo qual se cede a outrem, temporariamente e a título oneroso, um estabelecimento comercial; distingue-se do trespasse por, neste, a transferência ser definitiva.

13.^a O Código Civil de 1966 veio formalizar a não aplicabilidade, à cessão de exploração de estabelecimento que envolve a cedência de gozo de um imóvel, das regras restritivas que pesam sobre o arrendamento — art. 1085.º/1.

14.^a A cessão de exploração implica a existência de um estabelecimento e a sua transferência temporária; antes e depois do negócio, o estabelecimento deve existir como tal, traduzindo o acervo de realidades aptas ao desenvolvimento da actividade produtiva.

15.^a O «estabelecimento incompleto» não é produtivo e não compreende o sobrevalor que advém do aviamento e da clientela; é diferente do estabelecimento próprio justamente naqueles pontos que levaram à confecção de um regime especial para ele; consequentemente, não se lhe devem aplicar as regras próprias do estabelecimento; por maioria de razão, não se lhe deve chamar estabelecimento.

16.^a As partes podem combinar a aplicação das regras próprias do estabelecimento a «estabelecimentos incompletos»; essa possibilidade cessa quando estejam em causa normas injuntivas.

17.^a A jurisprudência italiana que admitiria a cessão de exploração de «estabelecimentos incompletos» não é constante

e levanta dúvidas na doutrina do país; ela surge em situações muito específicas, diferentes das da presente consulta; além disso falta, no Direito italiano, uma norma semelhante à do art. 1085.º/2 do Código Civil, o que falseia a comparação. Não há, pois, que operar transposições.

18.ª Na experiência francesa avultam medidas legislativas destinadas a evitar especulações com pretensos estabelecimentos.

19.ª O Direito positivo português vigente só permite a cessão de exploração havendo, como objecto, um estabelecimento verdadeiro e efectivo; na falta deste, converte a cessão em arrendamento — art. 1085.º/2.

20.ª Trata-se de uma conversão legal — susceptível, no concreto, de surgir como redução — que, ao contrário das negociais, não pode ser afastada com apelo à vontade hipotética das partes.

21.ª Quando se entenda que a aludida conversão legal conduz a injustiças, há que imputá-las à rigidez do regime actual do arrendamento e, aí, tentar minorar os efeitos nocivos do *ius strictum* locatício, o que é possível por várias vias; seria mau método ignorar o problema real, procurando fugir-lhe pela manipulação da ideia de estabelecimento comercial.

22.ª O processo mais adequado para evitar uma conversão legal, de todo em todo não querida, reside na anulação do negócio por erro.

§ 18.º CONCLUSÕES QUANTO AO CONTRATO

O estudo realizado sobre o objecto da consulta permite, quanto ao contrato celebrado entre a LUSOTUR, Sarl e a AMASATUR, Lda., apresentar as conclusões seguintes.

1.ª A autora não fez prova da existência de um estabelecimento comercial, como lhe competia; pelo contrário, o Colectivo deu como provada a inexistência de um elemento essencial ao mesmo.

2.ª O contrato celebrado não pode ser entendido como uma cessão de exploração ou locação de estabelecimento, por falta de tal objecto.

3.^a Não têm aplicação ao contrato as normas legais que, sendo especialmente dirigidas à cessão de exploração, não tenham sido incluídas, pelas partes, no contrato.

4.^a Está, nessas condições, o art. 89.º, k), do Código do Notariado, que prescreve a escritura pública para a cessão de exploração; tal norma, contrariando o princípio geral do consensualismo e o do *favor negotii*, não deve ser alargada nem, muito menos, aplicada por analogia.

5.^a O Direito positivo português não permite alargar o regime do estabelecimento comercial a «estabelecimentos incompletos».

6.^a A factualidade demonstrada não permite falar em «estabelecimento incompleto»; falta, designadamente, qualquer referência a elementos imateriais, que foram centrais na controvérsia suscitada na jurisprudência italiana.

7.^a O contrato celebrado não pode ser visto como contrato sobre estabelecimento futuro; e de qualquer modo, este não é um negócio sobre um estabelecimento.

8.^a A lei portuguesa opera a recondução do contrato celebrado a um arrendamento, nos termos do artigo 1085.º/2 do Código Civil. Este preceito não pode ser afastado com apelos à vontade hipotética das partes e funciona ainda que o contrato fosse passível de outras qualificações, como a de conta em participação.

9.^a Mesmo na falta da aludida conversão legal, o regime do arrendamento seria convocado pelo contrato em estudo por haver nele um negócio misto em que, como preponderante, surge a transferência temporária e onerosa do gozo de um imóvel.

10.^a O contrato deve ser ponderado à luz das normas do arrendamento, sendo a sua interpretação questão de direito.

11.^a Como arrendamento comercial, o contrato devia constar de escritura pública. Não constando, segue-se a invalidade mista do art. 1029.º/3 do Código Civil, que, no fundo, equivale à desformalização do contrato.

12.^a O arrendamento é compatível com o convencionar de uma série de deveres complementares a cargo do senhorio, como acontece no caso vertente.

13.^a Integrado em elementos mistos, o arrendamento é compatível com rendas expressas em percentagens de lucros, que correspondam às prestações suplementares a cargo do locador; isso independentemente da discussão existente sobre a necessidade de a renda ser ou não fixa.

14.^a A eventual irregularidade no modo de fixar a renda conduziria, de qualquer modo, apenas à correcção da cláusula viciada, a solicitar pela locatária.

15.^a Não há, no contrato em estudo, cláusulas indeterminadas que conduzam à nulidade.

16.^a O arrendamento pode ser sujeito a condição resolutiva. A cláusula que permite à locadora rescindir o contrato se for inaugurado determinado hotel tem essa natureza e é válida.

17.^a A cláusula que impede a locatária de transmitir a sua posição contratual a terceiro sem autorização de locadora é útil e válida.

18.^a As partes não estabeleceram cláusulas de rescisão com e sem justa causa; apenas associaram, à resolução, quando permitida na lei, consequências diferentes consoante ela seja imputável, ou não, a alguma delas, a título de culpa.

19.^a A conclusão anterior é reforçada pelo princípio de que, na dúvida, deve prevalecer a interpretação comercial que, nos negócios onerosos, conduza ao maior equilíbrio das prestações — art. 237.º

20.^a A cláusula que estabelece um prazo de caducidade para o contrato é válida, em qualquer caso; saber se esse prazo deve ser automaticamente prorrogado ou se, por via judicial, pode ser corrigido o *ius strictum* do arrendamento, constitui questão intrincada, para a qual faltam elementos no processo e que ultrapassa o âmbito da consulta.

21.^a Com a ressalva da invalidade mista detectada, o contrato celebrado entre a LUSOTUR, Sarl e a AMASATUR, Lda. é válido e deve ser pontualmente cumprido pelas partes, nos termos em que o celebraram.

Tal é, salvo melhor, o nosso parecer.

aa) *José de Oliveira Ascensão*
António Menezes Cordeiro.

OBSERVAÇÃO — Este parecer é de 1984. Desde então os autores têm retomado os temas aqui versados. São particularmente de mencionar:

José de Oliveira Ascensão — *Estabelecimento Comercial e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*, separata da Rev. Ord. Adv., ano 47, Abril, 1987.

— *Direito Comercial (Lições)*, I, 1986-1987, n.ºs 124 a 135.

António Menezes Cordeiro — *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.º vol. (1984), § 29.º

— *Teoria Geral de Direito Civil (Lições)*, 1987-1988, 1.º vol., § 22.º

Não obstante, manteve-se no Parecer a feição originária, sendo apenas actualizadas as remissões para outras obras, entretanto reeditadas.