jurisprudência.pt

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 6845/07.3TBMTS.P1

Relator: HENRIQUE ANTUNES
Sessão: 25 Maio 2010
Número: RP201005256845/07.3TBMTS.P1
Votação: UNANIMIDADE
Meio Processual: APELAÇÃO.
Decisão: PARCIALMENTE PROCEDENTE.

ERRO DE CÁLCULO **RECTIFICAÇÃO** **REFORMATIO IN PEJUS**

DIREITOS DO PORTADOR

Sumário

I- Mesmo sendo patente, que a sentença recorrida se encontra, no segmento considerado, ferida de uma incorrecção material, decorrente de erro de cálculo (art° 667 n° 1, 1ª parte, do Código de Processo Civil, como não foi pedida, designadamente pela parte prejudicada a rectificação desse erro e a sentença foi impugnada apenas pela ré, que também não requereu a sua correcção, não pode ela ter lugar.
II- O Tribunal de recurso não está, em caso algum, mesmo no tocante às questões de conhecimento oficioso, isento da sujeição à proibição da reformatio in pejus - e, portanto, o julgamento do recurso não pode agravar a posição do recorrente, tornando- a pior do que seria se não tivesse recorrido — não é lícito proceder à correcção daquele erro, dado que a rectificação importaria a reforma, para pior, da decisão impugnada (art° 684 n° 4 do CPC).

Texto Integral

Proc. nº 6845/07.3TBMTS.P1

Acordam no Tribunal da Relação do Porto:

1. Relatório.
A ré e reconvinte, B……. Lda., interpôs através de requerimento, apresentado, por via electrónica, no dia 22 de Agosto de 2009, recurso de

apelação da sentença da Sra. Juíza de Círculo de Matosinhos que julgou a acção e a reconvenção parcialmente procedentes, declarou nulo, por falta de requisito legal, o contrato de trespasse celebrado entre aquela e a autora, C..... Lda. e condenou a primeira a pagar à última a quantia de 61 250,00 €.
Com o fito de mostrar o mal fundado da decisão recorrida, a recorrente extraiu da sua alegação - apresentada por via electrónica no dia 25 de Outubro de 2009 - estas conclusões:
Entende a Ré que a decisão de que agora recorre deve ser declarada nula, ou revogada, dado que:
1. O Digníssimo Tribunal a quo deveria Interpretar o disposto nos nºs 1 e 2 artigo 14° do Decreto-Lei 168/97 de 4 de Julho, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei 57/02 de 11 de Março. de forma restritiva, concluindo que se trata de uma nulidade atípica, da qual não podia conhecer oficiosamente;
2. Tanto mais que a questão da validade não foi alegada por nenhuma das partes, nem constitui a causa de pedir;
3. Outrossim, as partes bem sabiam da inexistência do Alvará, o que aliás consta expressamente dos contratos existentes nos autos, sendo que, pese embora tal facto, as partes quiseram contratar, pelo que o negócio em causa deveria ser analisado e interpretado por recurso ao artigo 405º do Código Civil;
4. Ainda que se entenda que a nulidade do contrato de trespasse podia ser declarada, deveria o Tribunal notificar previamente as partes para se pronunciarem sobre o novo objecto de decisão. não o tendo feito trata-se de uma "decisão surpresa", que traduz numa nulidade processual por não ter sido dado cumprimento ao principio do contraditório estatuído no artigo 3º n.º 3 do C.P.C.:
Mais,
5. Como corolário da declaração de nulidade, foram decretados efeitos compensatórios para Ré manifestamente insuficientes, não peticionados e não fundados em matéria fáctica constante dos autos, o que claramente viola as exigências próprias do artigo 289º nº 1 do Código Civil;
6. Para finalizar, brota dos argumentos expostos que o Tribunal tomou conhecimento de questões que não podia conhecer, substituindo-se dessa forma à Autora e Ré, contrariando o princípio do dispositivo e consequentemente violando o preceituado nos artigos 3º, 264º 3 668º n.º 1 alínea d) do CPC.
Não foi oferecida resposta.
2. Factos provados.

O Tribunal de que provém o recurso julgou provados os seguintes factos:
Da Matéria Assente:
A) No dia 30 de Junho de 2006, os sócios da autora outorgaram com a ré um contrato que designaram de promessa de trespasse e, nos termos da cláusula segunda do sobredito contrato, convencionaram as partes o seguinte: "pelo presente contrato, a primeira outorgante promete trespassar aos segundos ou a quem estes indicarem (nomeadamente a uma sociedade que irão constituir os segundos outorgantes), livre de quaisquer ónus ou encargos ... o aludido estabelecimento comercial." (Cfr. doc. de fls. 202 a 206).
B) Convencionaram as partes que o preço do trespasse do aludido estabelecimento comercial seria de C150.000,00, pago do seguinte modo:
a) a quantia de € 10.000,00, a título de sinal e princípio de pagamento, que na data da respectiva outorga a aqui ré recebeu dos sócios da aqui autora (Cfr. doc. de fls. 202 a 206);
b) a quantia de € 25.000,00, a título de reforço do sinal no prazo de cinco dias a contar da assinatura do presente contrato (Cfr. doc. de fls. 202 a 206);
c) a quantia de € 40.000,00, na data da celebração do contrato definitivo, a efectuar até 31 de Julho de 2006 (Cfr. doc. de fls. 202 a 206);
d) A quantia de € 75.000,00 a ser paga em 60 prestações mensais, iguais e sucessivas de € 1.250,00 (Cfr. doc. de fls. 202 a 206).
C) No dia 16 de Agosto de 2006, os sócios da aqui autora e a aqui ré outorgam um aditamento ao contrato-promessa de trespasse assinado em 30-06-2006 e, nessa data, procederam ao pagamento da quantia de € 20.000,00 como reforço do sinal, obrigando-se a entregar montante igual de €20.000,00, na data da celebração da escritura, a efectuar até dia 31 de Agosto de 2006 (Cfr. doc. de fls. 207-208).
D) Posteriormente, no dia 31 de Agosto de 2006, foi outorgado o respectivo contrato de trespasse definitivo entre autora e ré, tal como ressuma do doc. de fls. 18 a 20.
E) No mesmo dia outorgaram, autora e ré, outro contrato definitivo de trespasse (referente ao mesmo contrato-promessa de trespasse e aditamento), tal como ressuma do doc. de fls. 21 a 25.
F) Desde a data da outorga do contrato-promessa de trespasse até ao dia 31 de Agosto de 2006 - data da outorga do contrato definitivo, a autora pagou à ré a quantia total de C75.000,00, como havia sido convencionado.
G) Depois do aludido em F), a autora liquidou à ré mais três prestações no montante de € 1.250,00 e vencidas em 1 e 30 de Setembro, e 30 de Outubro de 2006, num total de € 3.750,00, sendo que, a partir de Novembro de 2006, não mais pagou.
H) Ainda convencionaram o seguinte: "O presente contrato é celebrado sob as

condições resolutivas:
a) De a primeira outorgante (aqui ré) obter o licenciamento do estabelecimento, competindo-lhe diligenciar junto da Câmara Municipal de Matosinhos para esse fim, nomeadamente apresentar todos os requerimentos pertinentes e os projectos, incluindo os de especialidade, que venham a ser solicitados;
b) De o proprietário do estabelecimento a que alude a cláusula 11 (aqui ré) não exercer o direito de preferência que legalmente lhe assiste no trespasse do mesmo ou não o impugnar judicialmente.
I) Ainda convencionaram o seguinte: "No caso de se verificar alguma das condições anteriormente referenciadas, a segunda outorgante poderá resolver o contrato, ficando a primeira obrigada a devolver à segunda todas as quantias que por esta lhe tenham sido entregues, no prazo de cinco dias a contar da resolução."
J) No dia 30/01/2007, a autora remeteu à ré a carta de fls. 26, onde se lê, além do mais, "Em conformidade com o contrato de Trespasse celebrado em 31 de Agosto de 2006, sob as condições resolutivas de ser concedido licenciamento ao estabelecimento, objecto de contrato, no qual o Exmo. Sr. fica encarregue de diligenciar junto da Câmara Municipal de Matosinhos, nomeadamente a apresentar todos os requerimentos pertinentes e projectos, incluindo os de especialidade, que venham a ser solicitados, ficam congelados os pagamentos das prestações mensais devidas, por aplicação do referido contrato, até que se faça prova de que se encontra a decorrer o processo de licenciamento" e "assim, em consequência disso, deverá V. Ex., junto do estabelecimento trespassado e no prazo máximo de 30 dias a contar da data desta notificação, proceder à entrega de documentos que sirvam de prova em como o processo de licenciamento se encontra a decorrer, de modo a ser possível dar a quitação das prestações que se encontram vencidas a partir do dia 31 do mês correspondente ao da entrega, nos serviços da Câmara Municipal de Matosinhos, do requerimento para abertura do referido processo."
L) Em 29/12/2006 a ré deu entrada, em nome da autora, com o competente requerimento visando a aprovação do projecto e a emissão da respectiva licença de utilização para restauração e bebidas, tendo o requerimento sido assinado pelo Sr. D....., que tomou integral conhecimento do seu teor. (Cfr. doc de fls. 80)
M) De fls. 81 a 118 resulta certidão passada pela Câmara Municipal de Matosinhos que, além do mais, certifica as peças e elementos que constituíram o processo ali registado sob o número 56/06.
N) De fls. 222 resulta certidão passada pela Câmara Municipal de Matosinhos que, além do mais, certifica que "a 29 de Dezembro de dois mil e seis, deu

entrada nos nossos serviços um pedido de licenciamento para a instalação de um estabelecimento de bebidas, cujo processo foi mal instruído pela falta dos seguintes elementos:
- Extrato da Cópia do projecto aprovado.
- Extrato da Cópia do Título Construtivo da Propriedade Horizontal e Auto de peritagem.
Os documentos em causa nunca deram entrada até à data.
Mais se certifica que o pedido de averbamento do processo foi requerido a vinte e seis de Novembro de dois mil e sete, pela firma B……., Lda.".
O) De fls. 124 a 130 consta uma declaração da autora, ré e "E……, S.A.", cujo teor se dá por integralmente reproduzido.
Da Base Instrut6ria:
1º. A ré sempre soube que o alvará e a licença de ocupação do estabelecimento comercial eram elementos essenciais para a autora contratar.

2°. A ré recebeu a carta referida em "J)" e remeteu-se ao silêncio.
3º. E, por tal motivo, a autora deixou de efectuar os pagamentos das prestações do contrato referido em "O)" e "E)".
4º. Em Abril de 2007, a autora recebeu da Câmara Municipal de Matosinhos o aviso de fls. 28 e remeteu-o para a ré através de correio registado.
5°. Após o envio daquela carta, a ré nada informou e de nada quis saber.
6°. Os representantes legais da autora, quando foram averiguar se a ré havia ou não tratado do processo de legalização junto da Câmara Municipal de Matosinhos, foram informados de que não poderiam manter o estabelecimento comercial aberto ao público sem obtenção da respectiva licença de ocupação e alvará, sob pena de poder sujeitar-se a um processo contra-ordenacional, ao pagamento de uma coima elevada e ao encerramento compulsivo do mesmo.
7º. Diante dessas informações e porque não conseguiam falar com o representante legal da ré, a autora perdeu o interesse no contrato que outorgou com a ré.
8°. A autora viu-se forçada a encerrar o estabelecimento comercial identificado nos contratos acima juntos, tendo procedido à "denuncia do contrato de arrendamento junto do proprietário do imóvel".
9º. Para além disso, em 19 de Julho de 2007, a autora expediu para a ré a carta de fls. 38 a 40.
15º. Quando autora e ré encetaram negociações com vista ao trespasse do estabelecimento situado na Rua ….., n. ° …. - …., da freguesia de S. Mamede de Infesta, foi-lhes declarado pelo representante legal da ré que já decorria na Câmara Municipal de Matosinhos o processo com vista ao licenciamento do estabelecimento em questão.

16°. Pelo representante da autora foi solicitado ao Sr. F....., sócio da ré, que lhe fornecesse o número do processo de licenciamento, sendo que este foi protelando aquela informação até que, em finais de Setembro de 2006, foi-lhe dito que ou entregava os documentos comprovativos de que o processo estava em curso ou a autora deixaria de efectuar as prestações a que se obrigara.
17º. Como o legal representante da ré não entregou à autora, como lhe fora exigido, os documentos comprovativos de que o processo de licenciamento do estabelecimento estava em curso, esta deixou de lhe liquidar as prestações a que se encontrava vinculada até à entrega de tal documento, deixando, assim, de liquidar as prestações de Novembro de 2006 e seguintes, porque aqueles documentos nunca lhe foram entregues, apesar de inúmeras vezes solicitados.

3.1. Delimitação objectiva do âmbito do recurso.
Além de delimitado pelo objecto da acção e pelos eventuais casos julgados formados na instância recorrida e pela parte dispositiva da decisão impugnada que for desfavorável ao impugnante, o âmbito, subjectivo ou objectivo, do recurso pode ser limitado pelo próprio recorrente. Essa restrição pode ser realizada no requerimento de interposição ou nas conclusões da alegação (artº 684 nºs 2, 1ª parte, e 3 do CPC).
Nas conclusões da sua alegação, é lícito ao recorrente restringir, expressa ou tacitamente, o objecto inicial do recurso (artº 684 nº 2 do CPC). Porém, se tiver restringido o objecto do recurso no requerimento de interposição, não pode ampliá-lo nas conclusões[1].
Tendo em conta a finalidade da impugnação, os recursos ordinários podem ser configurados como um meio de apreciação e de julgamento da acção por um tribunal superior ou como meio de controlo da decisão recorrida.
No primeiro caso, o objecto do recurso coincide com o objecto da instância recorrida, dado que o tribunal superior é chamado a apreciar e a julgar de novo a acção: o recurso pertence então à categoria do recurso de reexame; no segundo caso, o objecto do recurso é a decisão recorrida, dado que o tribunal ad quem só pode controlar se, em função dos elementos apurados na instância recorrida, essa decisão foi correctamente decidida, ou seja, se é conforme com esses elementos: nesta hipótese, o recurso integra-se no modelo de recurso de reponderação[2].
No direito português, os recursos ordinários visam a reapreciação da decisão proferida, dentro dos mesmos condicionalismos em que se encontrava o tribunal recorrido no momento do seu proferimento.
Isto significa que, em regra, o tribunal de recurso não pode ser chamado a pronunciar-se sobre matéria que não foi alegada pelas partes na instância recorrida ou sobre pedidos que não hajam sido formulados.

Os recursos são meios de impugnação de decisões judiciais – e não meios de julgamento de julgamento de questões novas[3].
Excluída está, portanto, a possibilidade de alegação de factos novos - ius novarum nova – na instância de recurso. Em qualquer das situações, salvaguarda-se, naturalmente, a possibilidade de apreciação, em qualquer grau de recurso, da matéria de conhecimento oficioso[4].
Face ao modelo do recurso de reponderação que o direito português consagra, o âmbito do recurso encontra-se objectivamente limitado pelas questões colocadas no tribunal recorrido pelo que, em regra, não é possível solicitar ao tribunal ad quem que se pronuncie sobre uma questão que não se integra no objecto da causa tal como foi apresentada e decidida na 1ª instância.
A função do recurso ordinário é, no nosso direito, a reapreciação da decisão recorrida e não um novo julgamento da causa. O modelo do nosso sistema de recursos é, portanto, o da reponderação e não o de reexame[5].
Do modo como é construída a função do recurso ordinário, decorre uma dupla proibição: a da reformatio in melius e in pejus, cuja violação, por importar o conhecimento pelo tribunal ad quem de matéria que não se inscreve na sua competência decisória, determina a nulidade, por excesso de pronúncia, do acórdão correspondente (artºs 668 nº 1 d), 2ª parte, 716 nº 1, 732, 752 nº 3 e 762 nº 1 do CPC).
Como o objecto do recurso é delimitado pela impugnação do recorrente, este não pode, através do recurso, alcançar mais do que a eventual revogação e substituição da decisão impugnada. É nisto que se traduz a proibição da reformatio in mellius, que exprime a vinculação do tribunal ad quem à impugnação do recorrente, impedindo que lhe possa conceder mais do que ele pede no recurso interposto.
A proibição da reformatio in pejus tem o seguinte enunciado: a decisão do recurso não pode ser mais desfavorável ao recorrente que a decisão impugnada (artº 684 nº 4 do CPC)
Não obstante o modelo português de recursos se estruturar decididamente em torno de modelo de reponderação, que torna imune a instância de recurso à modificação do contexto em que foi proferida a decisão recorrida, o sistema não é inteiramente fechado.
A primeira e significativa excepção a esse modelo é a representada pelas questões de conhecimento oficioso[6]: ao tribunal ad quem é sempre lícita a apreciação de qualquer questão de conhecimento oficioso ainda que esta não tenha sido decidida ou sequer colocada na instância recorrida. Estas questões – como, por exemplo, o abuso do direito ou os pressupostos processuais, gerais ou especiais, oficiosamente cognoscíveis – constituem um objecto implícito do recurso, que torna lícita a sua apreciação na instância

correspondente, embora, quando isso suceda, de modo a assegurar a previsibilidade da decisão e evitar as chamadas decisões-surpresa, o tribunal ad quem deva dar uma efectiva possibilidade às partes de se pronunciarem sobre elas (artº 3 nº 3 do CPC).
Um dos fundamentos da impugnação consiste na nulidade, cometida pelo Sra. Juíza de Direito, em que se resolve a declaração, ex-offício, da nulidade do contrato de trespasse de estabelecimento comercial concluído entre as partes, sem as ter notificado para se pronunciarem sobre o novo objecto da decisão; não o tendo feito, trata-se, sublinha a recorrente, de uma decisão surpresa.
Entre os princípios instrumentais do processo civil, i.e., aqueles que procuram optimizar os resultados do processo, conta-se, seguramente, o princípio da cooperação intersubjectiva, de harmonia com o qual, as partes e o tribunal devem colaborar entre si na resolução do conflito de interesses subjacente ao processo (artº 266 nº 1 do CPC).
O tribunal está, portanto, vinculado a um dever de colaboração com as partes, dever que se desdobra, entre outros, no dever de consulta: o tribunal tem o dever de consultar as partes sempre que pretenda conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (artº 3 nº 3 do CPC). É o que sucede, por exemplo, quando o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é perspectivada pelas partes. Este dever – que se mantém durante toda a tramitação da causa - tem uma finalidade evidente: evitar as chamadas decisões-surpresa, i.e., as decisões sobre matéria de conhecimento oficioso sem a sua prévia discussão pelas partes.
Uma decisão dessa natureza afecta um valor particularmente relevante da decisão judicial - o da previsibilidade: a decisão do tribunal deve corresponder aquilo que é alegado e discutido durante o processo, não devendo as partes ser – desagradavelmente – surpreendidas com uma decisão que, embora baseada numa matéria de conhecimento oficioso, aprecia uma questão que nenhuma das partes alegou ou discutiu.
A observação da realidade judiciária mostra que as partes não se queixam de toda e qualquer decisão-surpresa – mas apenas das de indeferimento ou de improcedência. Seja como for, é exacto que, no caso, a sentença final da causa conheceu de uma questão – a nulidade do contrato de trespasse de estabelecimento comercial, rectior, do contrato que lhe serve de base, em torno do qual gravita a controvérsia entre as partes – que nenhuma delas alegou ou discutiu, e, portanto, sem lhes ter dado possibilidade de se pronunciarem sobre tal questão.
A violação do dever de consulta, na vertente considerada, integra uma simples nulidade processual, dado que se resolve na omissão de um acto imposto (artº

201 nº 1 do CPC).
Trata-se, portanto, de uma nulidade inominada – e não de uma nulidade da sentença, sujeita a um numerus clausus - que só é apreciada mediante reclamação da parte interessada na repetição ou eliminação do acto e que deve ser alegada no prazo de 10 dias a contar de qualquer intervenção da parte na acção ou da sua notificação para qualquer termo do processo, sempre que a parte não esteja presente no momento em que ela foi cometida (artºs 153 nº 1 202, 2ª parte, 203 nº 1 e 205 nº 1 do CPC)[7]. Esta nulidade deve ser imediatamente julgada pelo tribunal após a resposta da contraparte (artºs 206 nº 3 e 207 nº 1 do CPC).
Ora, o que pode ser impugnado no recurso, é uma decisão do tribunal a quo anterior, pelo que é claro que a parte não pode aproveitar esse recurso para suscitar ex-novo uma qualquer questão que deveria ter colocado em momento anterior. Assim, no caso de nulidades cometidas na 1ª instância, o que pode ser impugnado por via do recurso é a decisão que conhecer da reclamação por nulidade – e não a nulidade ela mesma. A perda do direito à impugnação por via da reclamação – v.g., por caducidade – importa a extinção do direito à impugnação por via do recurso ordinário.
Isto só não é assim no tocante às nulidades cujo prazo de arguição comece a correr depois da expedição do recurso para o tribunal ad quem e no tocante às nulidades que sejam de conhecimento oficioso e de que seja lícito conhecer em qualquer estado do processo, enquanto não devam considerar-se sanadas, dado que estas últimas constituem objecto implícito do recurso, pelo podem ser sempre alegadas no recurso ainda que anteriormente o não tenham sido (artº 205 nº 3 do CPC).
Mas não é isso, decerto, o que sucede com a nulidade resultante da omissão de audição das partes. Uma tal nulidade não é de conhecimento oficioso e o prazo de arguição esgotou-se antes mesmo da expedição do recurso para esta Relação.
Efectivamente, na espécie sujeita é claro que a recorrente tomou conhecimento da nulidade alegada no momento em que foi notificada da sentença final, dado que nesse momento tomou necessariamente consciência que aquela sentença declarou oficiosamente a nulidade do contrato de trespasse de estabelecimento comercial, rectior, do contrato base, sem que, previamente, a sua autora, tivesse o cuidado ou a prudência de ouvir, sobre essa questão, ambas as partes.
Dado que o requerimento de interposição do recurso foi apresentado no dia 10 de Agosto de 2009, segue-se, naturalmente, que a recorrente tomou conhecimento da nulidade acusada ao menos nessa data, tendo o prazo da sua arguição – por se tratar de férias judiciais – iniciado o seu curso no dia 15 de

Setembro de 2009 (artºs 144 nº 1 do CPC e 12 da LOFTJ, aprovada pela Lei nº 3/99, de 13 de Janeiro).
Como, porém, a recorrente só a arguiu na alegação do seu recurso – oferecida no dia 25 de Outubro de 2009 – é irrecusável a extinção, por caducidade, do direito de reclamar contra ela (artºs 144 nºs 1 a 3, 145 nºs 1 e 3 e 153 nº 1 do CPC).
A nulidade apontada – além de não constituir fundamento e objecto admissível do recurso – deve, por isso, considerar-se sanada ou suprida.
Nestas condições, tendo em conta o conteúdo da decisão impugnada e das alegações da recorrente, as questões concretas controversas que o acórdão deve resolver são as de saber se a sentença apelada se encontra ferida com o vício grave da nulidade e se incorreu em erro de julgamento no tocante ao efeito da declaração de nulidade do contrato de trespasse, no plano do do dever de restituição a que a recorrente – e a recorrida - se encontram vinculadas.
A resolução destes problemas exige uma exposição leve, mas minimamente estruturada, sobre o trespasse do estabelecimento comercial e a sua forma e formalidades, o regime da nulidade desse negócio e da decisão judicial, e sobre as consequências daquela invalidade e do non liquet quanto ao exacto valor de umas das prestações restituitórias.
3.2. O trespasse do estabelecimento comercial e a sua forma.
O estabelecimento comercial é um conjunto de coisas, corpóreas e incorpóreas, devidamente organizado para a prática do comércio[8].
O estabelecimento comercial compreende, portanto, elementos da mais variada natureza que, em comum, têm apenas o facto se encontrarem interligados para a prática do comércio.
O tocante ao activo o estabelecimento compreende coisas corpóreas e incorpóreas.
No que toca a coisas corpóreas ficam abarcados os direitos relativos, por exemplo, a móveis – mercadorias, matéria primas maquinaria, mobília, instrumentos de trabalho – portanto, todas as coisas que, estando no comércio, sejam, pelo comerciante, afectas a esse exercício. No tocante a coisas incorpóreas pode-se distinguir, por exemplo, o direito ao uso exclusivo da insígnia, do nome do estabelecimento, das marcas, patentes de invenção e os direitos a prestações provenientes de posições contratuais – contratos de trabalho, contratos com fornecedores, contratos de distribuição, de publicidade, de concessão comercial, de agência, de franquia e mesmo contratos relativos a bens vitais (v.g. água, electricidade, gás, telefone) e, bem assim, os direitos provenientes de licenças concedidas pela administração.
Portanto, apesar de no Código Comercial o estabelecimento surgir, algumas

vezes, na acepção de armazém ou loja a verdade é que a confusão do estabelecimento com o direito ao local é um erro grosseiro, só compreensível numa fase pré-histórica da teoria do estabelecimento ou da empresa (artºs 95 nº 2 e 263 § único do Código Comercial)[9].
É claro que esta conclusão não colide com a eventualidade do elemento local – independentemente de o empresário ser titular do direito real de propriedade sobre ele ou simplesmente titular de um direito de uso – assumir, no estabelecimento concreto, uma importância extraordinária, qualquer que seja a causa. Com aquela conclusão quer-se simplesmente vincar que, como princípio, o que não se pode afirmar é que o direito ao local absorve o estabelecimento, tanto em termos de função, como em termos de valor.
O estabelecimento pode ser objecto de transmissão definitiva ou temporária. Trata-se, de resto, do ponto mais significativo do seu regime: a possibilidade da sua negociação unitária, através de trespasse – se essa transmissão for definitiva – ou cessão de exploração - se a cedência do estabelecimento for meramente temporária (artºs 1109 e 1112 nº 1 a) do CC)[10].
Em princípio, perante um conjunto de situações jurídicas distintas funciona a regra da especialidade: cada uma delas, para ser transmitida, vai exigir um negócio jurídico autónomo. Estando em causa um acervo de bens ou direitos, a lei e prática consagrada admitem que a transferência se faça unitariamente. Trata-se de um aspecto que abrange não apenas as coisas corpóreas articuladas, susceptíveis de negociação conjunta através das normas próprias das universalidades de facto, mas também todas as realidades envolvidas, incluindo o passivo. Há-de, porém, reparar-se que não deixa de haver transmissão unitária pelo facto de para a perfeita transferência de alguns dos elementos envolvidos se exigir o consentimento de terceiros. É o que sucede com o passivo, com os contratos de prestação de serviços e com a própria firma (artºs 424 nº 1 e 595 do Código Civil e 44 RNPC). O trespasse do estabelecimento que tudo englobe continua a fazer-se por um único negócio, com todas as facilidades que isso envolve.
O trespasse é, portanto, a transmissão definitiva e unitária do estabelecimento comercial, o que o afasta da cessão de exploração e da concessão do usufruto, por serem transferências pro tempore.
O trespasse é apenas uma transmissão definitiva do estabelecimento. Só por si, não nos diz a que título. Quer isso dizer que pode operar por via de qualquer contrato, típico ou atípico, que assuma eficácia transmissiva: compra e venda, dação em pagamento, sociedade, doação ou outras figuras diversas. O regime do trespasse dependerá, portanto, do acto que, concretamente, estiver na sua base.
No caso, a recorrente declarou trespassar à segunda, mediante um preço, o

estabelecimento comercial - de pastelaria/cafetaria - denominado G……
Trata-se, caracteristicamente, de um contrato de compra e venda (artº 874 do Código Civil).
Do contrato de compra e venda emergem, no nosso Direito, três efeitos primordiais: o efeito translativo do direito; a obrigação de entrega da coisa; a obrigação de pagamento do preço (artº 879 do Código Civil).
Não oferece dificuldade a qualificação deste contrato como bivinculante, sinalagmático e oneroso: do contrato derivam obrigações para ambas as partes, como contrapartida umas das outras e ambas suportando esforço económico.
O contrato de compra e venda é real quoad effectum quando estejam em causa, naturalmente, direitos reais (artº 408 nº 1 do Código Civil). As partes, podem, todavia, à sombra da sua autonomia privada, excluir esse efeito, através do chamado pactum reservati domini (artº 409 nº 1 do Código Civil).
Foi, de resto, o que sucedeu no caso: o vendedor reservou para si a propriedade do estabelecimento até ao recebimento integral do preço.
Seja como for, o acto que está na base do trespasse é o contrato de compra e venda, com reserva de propriedade. O regime do trespasse é dado, no caso, por aquele contrato de troca.
O trespasse é um negócio formal: o contrato que lhe serve de base deve ser celebrado por escrito (artº 1112 nº 3 do Código Civil, na redacção que lhe foi dada pelo artº 3 da Lei nº 6/2006, de 27 de Fevereiro)[11]. Além dessa forma, o contrato deveria, no caso, dado que tem por objecto mediato um estabelecimento de restauração, observar outras formalidades. Essas formalidades eram a menção da existência de alvará de licença ou de utilização para serviços de restauração (artº 14 nº 2 do 168/97, de 4 de Julho, na redacção que lhe foi dada pelo artº do DL nº 57/2002, de 11 de Março)[12].
Esta formalidade era exigida não apenas para o contrato definitivo que constitui o título do trespasse – mas igualmente para o contrato promessa que eventualmente o precedesse (artº 14 nº 2 do DL nº 168/97, de 4 de Julho).
Efectivamente, ao tempo em que foi em que foi concluído o contrato de compra e venda através do qual se procedeu ao trespasse, o funcionamento dos estabelecimentos de restauração – entendendo-se como tais os estabelecimentos destinados a prestar, mediante remuneração, serviços de alimentação e bebidas, no proprio estabelecimento ou fora dele – dependia da titularidade de alvará de licença ou de autorização de utilização para serviços de restauração ou de bebidas (artºs 1 e 14 nº 1 do DL nº 168/97, de 4 de Julho)[13].
A omissão daquela exigência formal é cominada, por declaração expressa, mas desnecessária, do legislador, com a nulidade (artº 14 nº 2, in fine, do DL nº

168/97, de 4 de Julho).
E foi justamente com base na inobservância patente daquela formalidade que a sentença apelada declarou a nulidade do contrato subjacente ao trespasse.
A recorrente sustenta, porém, que à sentença apelada não era lícita tal declaração dado que, no seu modo de ver, a nulidade cominada para a inobservância daquela formalidade é atípica pelo que, não tendo sido alegada por qualquer das partes, ao tribunal estava vedado o seu conhecimento.
Dada a importância da discussão deste problema para a declaração do direito do caso, justifica-se, inteiramente, a sua consideração separada.
3.3. A invalidade do trespasse por inobservância da formalidade de menção no documento da existência de alvará de licença ou de autorização de utilização para serviços de restauração e bebidas.
Consoante o regime em jogo, opera-se na invalidade um distinguo fundamental entre a nulidade e a anulabilidade.
A nulidade, que assenta em dois grandes fundamentos - a falta de elementos essenciais do negócio e a contrariedade à lei imperativa – atinge o negócio em si mesmo e caracteriza-se por ser invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, podendo ser declarada oficiosamente pelo tribunal (artº 286 do Código Civil).
Diversamente, a anulabilidade, por respeitar, não a uma falha estrutural do negócio, mas ao interesse de uma parte, só pode ser invocada pela pessoa em cujo interesse a lei a estabeleceu – a quem é concedido um verdadeiro direito potestativo de impugnação do negócio – no prazo dum ano subsequente à cessação do vício, sendo admissível a confirmação (artºs 287 nº 1 e 288 do Código Civil).
A simetria da dicotomia entre nulidade e anulabilidade é quebrada através das invalidades mistas ou atípicas, que se caracterizam pela impossibilidade de recondução aos modelos puros da nulidade e da anulabilidade.
São exemplos dessas invalidades atípicas – que obedecem fundamentos finais e a intencionalidades diversas – a invalidade por simulação e a invalidade do contrato promessa urbano (artºs 242 nº 1 e 410 nº 3 do Código Civil e Assentos do STJ nºs 15/94, de 28 de Junho de 1994 e 3/95, de 1 de Fevereiro de 2005, DR, I Série-A nº 236, de 12 de Outubro de 1994 e DR, I Série-A, nº 95, de 22 de Abril de 1995, respectivamente).
Em face de qualquer desvio face ao modelo puro da nulidade, há que apurar, por via de interpretação, os exactos contornos do seu regime. Mas o intérprete e o aplicador estão dispensados desse esforço interpretativo sempre que a lei se limite a cominar, sem qualquer reserva, a nulidade. Quando isso suceda, não há espaço para qualquer hesitação: aplica-se o regime geral dessa invalidade.

No caso que constitui o universo das nossas preocupações, o legislador é terminante na cominação, para a inobservância da formalidade representada pela menção da existência de alvará de licença ou de autorização de utilização para serviços de restauração no documento que cristalize as declarações de vontade de transmissão do estabelecimento – e mesmo da simples promessa de transmissão – da nulidade, tout court. De resto, o estabelecimento dessa cominação – como expressamente decorre do preâmbulo do DL nº 57/2002, de 11 de Março – foi umas finalidades conspícuas da modificação legislativa corporizada naquele diploma.
A opção por este valor negativo severo do negócio explica-se pelos valores subjacentes: os interesses públicos no não funcionamento de estabelecimentos de restauração que não ofereçam garantias de segurança, salubridade, higiene, conforto e qualidade para os utentes.
Dado o carácter eminentemente público – e, portanto, indisponível - dos interesses que com aquela exigência de forma se visava tutelar, seria deveras singular que a alegação da nulidade ficasse na inteira dependência da vontade das partes.
Tendo a nulidade sido estabelecida em homenagem a interesses públicos eminentes, deixar a sua arguição na disponibilidade dos contratantes, seria naturalmente, fazer sair pela janela aquilo que, com a cominação da nulidade, o legislador não quis que entrasse pela porta.
A superveniência do DL 234/2007, de 19 de Junho, não depõe sem sentido contrário. Decerto que com este diploma passou a admitir-se a possibilidade de, em casos contados, a abertura do estabelecimento poder ocorrer independentemente da emissão de título que legitime a utilização do imóvel. Mas essa possibilidade só é admitida, no caso do não cumprimento, pelas entidades competentes, dos prazos relativos à realização da vistoria ou de emissão do alvará de licença ou autorização para estabelecimento de restauração ou de bebidas, através de declaração de responsabilidade do promotor, director técnico da obra e dos projectos de especialidades e de segurança, que devem acompanhar uma declaração prévia do interessado (artºs 10, 11 e 12). A responsabilização daquele conjunto de pessoas, salvaguarda, no ver do legislador – como resulta do preambulo do diploma – o interesse público. Era justamente esse mesmo interesse público que subjazia à exigência da formalidade apontada que, na espécie do recurso, não foi observada pelos contratantes.
O interesse público subjacente é o mesmo. A única coisa que varia – por razões atendíveis de fluidez e agilização da actividade económica e de subtracção à ineficiência da administração pública – é a forma de tutela desse interesse.

Numa palavra: aquela invalidade é uma nulidade pura e não uma invalidade atípica, designadamente no plano da sua declaração oficiosa pelo tribunal. Portanto, ao tomar dela conhecimento, o tribunal tem o dever, ex-officio, de a declarar, sendo-lhe licito, também oficiosamente, retirar, dessa declaração, as consequências que a lei substantiva associa a essa declaração. Quer dizer: ao contrário do que sugere a alegação da recorrente, a actuação da nulidade não constitui objecto de um direito potestativo que a lei tenha reservado para as partes do negócio atingido por ela. Pelo contrário, o tribunal deve declará-la.
Decerto que – como salienta a recorrente – esta e a recorrida tinham inteira consciência de que o estabelecimento não tinha alvará de licença. Este facto extrai-se, sem dificuldade, da condição resolutiva a que, por expressa – qualificação - e convenção das partes, foi subordinada a eficácia do contrato.
O código Civil dá esta noção de condição: cláusula contratual típica que vem subordinar a eficácia de uma declaração de vontade a um evento futuro e incerto (artº 270). Depois de dar esta noção, o mesmo Código procede a um distinguo entre a condição suspensiva e a condição resolutiva. A condição diz-se suspensiva quando o negócio só produza efeitos após a verificação do evento; a condição é resolutiva sempre que o negócio deixe de produzir efeitos após a eventual verificação do evento em causa (artº 270).
Além desta classificação legal, a condição é susceptível de uma multiplicidade de classificações de origem puramente doutrinal[14].
A condição seja ela suspensiva ou resolutiva, releva, inteiramente, da autonomia privada das partes e, como tal, deve ser respeitada (artºs 270, 405 e 406 nº 1 do Código Civil). A regra geral – emergente da liberdade contratual - é a da livre oponibilidade de condições: quem é livre de estipular, pode condicionar.
A pendência da condição cessa com a verificação ou não verificação; a certeza de que a condição se não verificará equivale à não verificação (artº 275 do Código Civil).
Verificada a condição os seus efeitos retrotraem-se, em princípio, à data da conclusão do negócio a que foi aposta. Portanto, sendo resolutiva, aquele negócio tem-se como não celebrado (artºs 276 e 277 do Código Civil).
Desde o momento da celebração do negócio condicionado e até à altura em que se verifique a condição – ou que haja a certeza de que não se verificará – esta está pendente. A pendência da condição é, assim, o período que medeia entre a celebração do negócio e a verificação ou não da condição.
Durante esse tempo, no caso de condição resolutiva, os efeitos negociais produzem-se plenamente. Todavia, a verdade é que a situação jurídica condicionada é, por definição, uma situação instável, e, consequentemente, uma fonte de conflito de direitos: o titular do direito condicionado é, de algum

modo, um titular precário.
A condição opera, naturalmente, uma distribuição de riscos, dado que da sua pendência ou da sua verificação podem ocorrer danos para os intervenientes no negócio. Trata-se, porém, de um risco assumido, por decorrer, por inteiro, da actuação da autonomia privada, que, como tal deve ser suportado, com resignação, pela parte prejudicada.
Simplesmente, tratando-se de um elemento acidental ou acessório do contrato, a condição só será válida se o negócio a que for aposta também o for. Se o negócio for nulo, nula será também aquela cláusula típica: vitiat e vitiatur. É justamente, o que sucede na espécie sujeita: a nulidade do contrato, pela causa apontada, compreende a condição.
Diferente da aponibilidade da condição é a sua licitude. A condição, dadas as suas relações com o negócio pode conduzir ou implicar resultados proibidos pelo Direito. Sempre que seja aposta uma condição ilícita, o negócio é, no seu todo nulo (artº 271 nº 1 do Código Civil).
No caso, as partes subordinaram a cessação dos efeitos do negócio à obtenção do licenciamento do estabelecimento. Porém, a existência desse licenciamento – e a menção desse facto no contrato que serve de base ao trespasse – é um verdadeiro pressuposto de validade desse contrato: a sua falta gera a nulidade dele e, portanto, impede a produção dos efeitos que, normalmente, é idóneo ou apto a produzir. Quer dizer: as partes subordinaram a cessação dos efeitos do contrato a um facto que, segundo a lei, impede, ab initio, a produção desses efeitos: o propósito de ladear a exigência legal é patente. Na verdade, se a lei não quer o acto produza, geneticamente, quaisquer efeitos, é evidente que não é admissível, pelo funcionamento da condição, obter essa eficácia, ainda que sujeita à resolução. A conclusão de que a condição não é, em si mesma, lícita – e, portanto, é nula - é meramente consequencial (artº 271 nº 1 do Código Civil).
De resto, tal como está disposta, a verificação da condição conduz a um resultado absurdo. O contrato é celebrado – diz-se expressamente na respectiva cláusula – sob condição resolutiva de ser concedido licenciamento ao estabelecimento, podendo o trespassário, verificada a condição, resolver o contrato. Literalmente, os efeitos do negócio cessam com o preenchimento do requisito de que a lei faz depender a produção desses mesmos efeitos. Como é claro, o facto que as partes quiseram associar a cessação da produção dos efeitos do negócio – foi a não obtenção do alvará de licença, dado que não faria sentido permitir a destruição retroactiva do contrato justamente quando seria legalmente admissível a abertura e o funcionamento do estabelecimento (artº 236 nº 2 do Código Civil).
Seja como for, o licenciamento – e a menção da sua existência no documento

que exterioriza o contrato - não é um facto que produz a cessação dos efeitos do negócio, mas um facto – dado o vício da nulidade a que a sua omissão dá causa - de que depende a produção ab initio desses efeitos.
Permanece, portanto, intocada a conclusão de que a invalidade apontada é uma nulidade pura e não uma invalidade atípica, designadamente no plano da sua declaração oficiosa pelo tribunal. Esta conclusão tem, de outro aspecto, a virtualidade de tornar patente a falta de bondade de um outro fundamento do recurso: a nulidade da sentença apelada.
3.4. Nulidade da sentença impugnada.
Como é, infelizmente, extraordinariamente comum, a recorrente imputam à sentença o vício grave da nulidade. De todas as causas possíveis de nulidade, assaca-lhe esta: o excesso de pronúncia.
Convém, portanto, relembrar, em traços largos, o regime das nulidades da decisão.
O regime das nulidades da decisão diverge do regime geral das nulidades em pontos em três aspectos muito importantes.
Em primeiro lugar, existe aqui um numerus clausus de causas de nulidade[15]. Corolário deste princípio da tipicidade é a de quem nem todo e qualquer vício, de forma ou de conteúdo, da sentença produz nulidade. Estão nessas condições, nomeadamente, os vícios formais diversos da falta de assinatura do juiz, resultantes, por exemplo, da infracção das regras processuais relativas à forma externa da sentença: a sentença que a que falte o nome das partes ou identificação do litígio, encontra-se decerto ferida com um vício formal, mas essa patologia não é causa de nulidade da sentença (artº 659 nºs 1 e 2 do CPC).
Em segundo lugar, com excepção da nulidade formal decorrente da omissão da assinatura do juiz, as demais nulidades da decisão não são de conhecimento oficioso, exigindo, portanto, a arguição das partes (artº 668 nº 3 do CPC).
Por último, todas as nulidades são supríveis ou sanáveis. Deste princípio apenas se afasta a nulidade por falta de assinatura do juiz que proferiu a sentença, quando se mostrar impossível colhê-la (artº 668 nº 2, a contrario do CPC).
A falta de impugnação da sentença nula importa a sanação da nulidade de que se encontra ferida e, consequentemente, o seu trânsito em julgado (artº 677 do CPC).
Uma distinção que o regime dos vícios da decisão judicial inculca é a que separa os vícios formais dos vícios substanciais ou de conteúdo.
Exceptuando o vício formal da falta de assinatura do juiz todas as demais causas de nulidade – omissão e excesso de pronúncia, falta de fundamentação

e contradição entre os fundamentos e a decisão - têm por objecto vícios de substância ou de conteúdo.
A decisão é nula quando conheça de questões de que não podia tomar conhecimento, portanto, quando esteja viciada por excesso de pronúncia (artº 668 nº 1 d), 2ª parte, do CPC). Por força deste corolário do princípio da disponibilidade objectiva, verifica-se um tal excesso, por exemplo, sempre que o juiz utiliza, como fundamento da decisão, matéria não alegada ou condena ou absolve num pedido não formulado.
Na espécie do recurso, a nulidade da decisão impugnada resultaria do facto de ter conhecido de questão de que não era lícito conhecer – a nulidade do trespasse – e ter condenado num pedido não formulado: a restituição de parte do preço convencionado.
Todavia, face ao enunciado do fundamento de nulidade alegado pela recorrente é bem de ver que a sentença impugnada não se encontra ferida com o vício feio da nulidade que a recorrente lhe assaca.
A exposição anterior mostrou que a nulidade do negócio é uma nulidade pura e não uma invalidade mista e, que, por isso, ao tribunal era lícito declará-la oficiosamente. Ergo, segue-se, evidentemente, que ao declarar a nulidade apontada, o decisor da 1ª instância não conheceu de matéria não alegada em condições em que estivesse impedido de o fazer.
Sem prejuízo de melhor detalhe, a declaração de nulidade dá lugar a deveres legais recíprocos de restituição (artº 289 nº 1 do CPC). Esse dever legal de restituição prevalece, em princípio, sobre a obrigação de restituir o enriquecimento, meramente subsidiário[16], e pode ser decretado pelo tribunal, quando, oficiosamente, conheça da nulidade (Assento do STJ nº 4/95, de 28 de Março, DR I Série-A, nº 114, de 17 de Maio de 2005)[17].
A sentença apelada depois de ponderar a vinculação de ambas as partes a deveres de restituição e de identificar um fenómeno de compensação, julgou a recorrente adstrita ao dever de restituir o preço convencionado da transmissão e a recorrida ao dever de restituir o estabelecimento – que já se mostrava satisfeito – e, bem assim, de restituir o valor correspondente ao gozo durante 11 meses, do estabelecimento. Com essa finalidade, computou o valor desse gozo no valor correspondente às prestações em que as partes fraccionaram a obrigação de pagamento do preço. Operada a compensação, condenou a recorrente a restituir à recorrida a quantia de 61 250,00€.
Como já se notou, ao tribunal é lícito decretar, oficiosamente, a vinculação de ambas as partes ao dever de restituição das prestações realizadas com base no contrato declarado nulo.
Nestas condições, ao condenar a recorrente no dever de restituir à recorrida parte do preço traditado – e implicitamente, a recorrente no dever de restituir

o valor do gozo do estabelecimento – a sentença apelada não incorreu em excesso de pronúncia.
É claro que a sentença apelada pode ter-se equivocado quanto ao valor da compensação devida pela recorrida à autora e correspondentemente no valor do preço que a apelante deve restituir à apelada. Mas sendo isto exacto, então a sentença pode ter incorrido num error in judicando mas não, decerto, no error in procedendo, como é aquele que está na origem da nulidade substancial da decisão.
Do que vem de ser dito, pode extrair-se esta conclusão: dado que a declaração de nulidade e a vinculação das partes ao dever de restituição das prestações realizadas, em espécie ou em valor, são matéria de conhecimento oficioso, a sentença apelada, ao proferir aquela condenação e ao condenar nesta restituição não incorreu em nulidade, por excesso de pronúncia.
De resto, a arguição da nulidade da sentença não toma em devida e boa conta o sistema a que, no tribunal ad quem, obedece o seu julgamento.
O julgamento, no tribunal hierarquicamente superior, da nulidade obedece a um regime diferenciado conforme se trate de recurso de apelação ou de recurso de revista.
Na apelação, a regra é da irrelevância da nulidade, uma vez ainda que julgue procedente a arguição e declare nula a sentença, a Relação deve conhecer do objecto do recurso (artºs 715 nº 1 do CPC).
No julgamento da arguição de nulidade da decisão impugnada de harmonia com o modelo de substituição, impõe-se ao tribunal ad quem o suprimento daquela nulidade e o conhecimento do objecto do recurso (artºs 715 nº 1 e 731 nº 1 do CPC).
Contudo, nem sempre, no julgamento do recurso, se impõe o suprimento da nulidade da decisão recorrida nem mesmo se exige sempre sequer o conhecimento da nulidade, como condição prévia do conhecimento do objecto do recurso.
Exemplo desta última eventualidade é disponibilizado pelo recurso subsidiário. O vencedor pode, na sua alegação, invocar, a título subsidiário, a nulidade da decisão impugnada e requerer a apreciação desse vício no caso de o recurso do vencido ser julgado procedente (artº 684-A nº 2 do CPC). Neste caso, o tribunal ad quem só conhecerá da nulidade caso não deva confirmar a decisão, regime de que decorre a possibilidade de conhecimento do objecto do recurso, sem o julgamento daquela arguição.
Raro é o caso em que o recurso tenha por único objecto a nulidade da decisão recorrida: o mais comum é que a arguição deste vício seja apenas mais um dos fundamentos em que o recorrente baseia a impugnação. Sempre que isso ocorra, admite-se que o tribunal ad quem possa revogar ou confirmar a

decisão impugnada, arguida de nula, sem previamente conhecer do vício da nulidade. Isso sucederá, por exemplo, quando ao tribunal hierarquicamente superior, apesar de decisão impugnada se encontrar ferida com aquele vício, seja possível revogar ou confirmar, ainda que por outro fundamento, a decisão recorrida. Sempre que isso suceda, é inútil a apreciação e o suprimento da nulidade, e o tribunal ad quem deve limitar-se a conhecer dos fundamentos relativos ao mérito do recurso e a revogar ou confirmar, conforme o caso, a decisão impugnada (artº 137 do CPC).
A arguição da nulidade da decisão – de resto, muitas vezes assente numa lamentável confusão entre aquele vício e o erro de julgamento – é uma ocorrência ordinária. A interiorização pelo recorrente da irrelevância, no tribunal ad quem, que julgue segundo o modelo de substituição, da nulidade da decisão impugnada, obstaria, decerto, à sistemática arguição do vício correspondente.
Também por este lado o recurso não dispõe de bom fundamento.
3.5. Erro de julgamento.
A declaração de nulidade tem efeito retroactivo (artº 289 nº 1, 1ª parte, do Código Civil).
Declarada a nulidade, estabelece-se entre as partes do negócio declarado nulo uma relação de liquidação, que vincula à restituição de tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não se mostrar possível, o valor correspondente (artº 289 nº 1, 2ª parte, do Código Civil).
Nos contratos de execução continuada em que uma das partes beneficie do gozo de uma coisa – como, por exemplo, no contrato de arrendamento – a restituição em espécie não é possível. Quando isso suceda, deve ser restituído o valor correspondente. Esse valor é, naturalmente, o valor da contraprestação convencionada desse gozo[18]. Assim, para manter o exemplo dado, declarada a nulidade de um contrato de arrendamento, o senhorio deve restituir as rendas recebidas, e o arrendatário o valor relativo ao gozo que lhe foi proporcionado e que equivale, por expressa convenção das partes, ao das rendas. Neste caso, ambas as prestações restituitórias se extinguem, então, por compensação e, portanto, a declaração de nulidade não tem, verdadeira ou materialmente, uma eficácia retroactiva[19].
Como se notou já, a sentença impugnada ponderou que a recorrente estava obrigada a restituir à recorrida o preço convencionado do trespasse já pago, mas que a recorrida estava vinculada a restituir à recorrente o valor relativo ao gozo do estabelecimento durante 11 meses. Simplesmente, computou o valor desse gozo no valor das prestações em que as partes fraccionaram a obrigação de pagamento daquele preço.
Esta solução merece a veemente discordância da recorrente. E aqui com

inteira razão.
É indiscutível que a recorrente deve restituir à recorrida o preço do trespasse recebido e que a recorrida deve restituir àquela o benefício do gozo do estabelecimento, rectius, o valor desse gozo, dado que a restituição em espécie não é, evidentemente, possível.
No entanto, o valor desse gozo não se confunde com o valor das prestações em que o preço foi fragmentado.
O preço acordado é o esforço económico da recorrida devido pela transmissão ou aquisição do estabelecimento e não pelo gozo do estabelecimento, como sucederia, por exemplo, se em vez de trespasse estivéssemos face a uma cessão de exploração. O preço é a contraprestação da transmissão ou transferência definitiva do estabelecimento – e não a remuneração do seu gozo.
É patente que, ao estabelecer, como valor do gozo do estabelecimento que deve ser restituído e compensado com a obrigação de restituição do preço pago, as prestações deste preço, a sentença apelada procurou obviar à dificuldade de não se saber o exacto valor daquele gozo.
Mas a lei de processo oferece, para este problema, uma saída satisfatória: a condenação genérica.
3.6. Consequências do non liquet quanto ao valor do gozo.
Constitui ocorrência ordinária, o juiz chegar à sentença e verificar que, devendo condenar a parte, o processo não lhe fornece, porém, os elementos necessários para determinar o objecto ou a quantidade da condenação. Em face desses factos, só lhe resta uma solução jurídica: proferir uma condenação genérica, quer dizer, condenar aquela parte no que se vier a liquidar (artº 661 nº 2 do CPC)[20].
A condenação genérica no cumprimento de uma prestação pode, assim, dar lugar à incerteza ou à iliquidez da obrigação.
A obrigação é incerta quando a respectiva prestação não se encontra determinada ou individualizada; é ilíquida quando a sua quantidade não se encontra determinada. A iliquidez pode referir-se quer a prestações pecuniárias quer a prestações de dare.
É axiomático que as obrigações ilíquidas não podem ser realizadas de forma coactiva, pela razão evidente de que não se pode executar o património do devedor antes de determinar a quantia devida ou pedir a entrega de uma coisa antes de saber a quantidade que deve ser prestada (artº 47 nº 5 do CPC).
Assim, tem de ser liquidada a condenação em quantia ilíquida (artº 661 nº 2 do CPC).
A regra é esta: a liquidação há-de fazer-se no processo de declaração que tenha por objecto o direito à prestação e, portanto, só pode reservar-se para

momento ulterior, em última extremidade, quando não seja possível fazê-lo naquele processo (artº 378 nº 1 do CPC).
No caso, não oferece dúvida a existência da obrigação restituição que vincula reciprocamente a recorrente e a recorrida. Todavia, ao passo que a prestação restituitória da recorrente se encontra perfeitamente determinada no seu quantum, o mesmo não sucede com a de recorrida: esta deve restituir o valor do gozo do estabelecimento – mas esse valor não se mostra quantificado.
A única solução admissível é a condenação de ambas as partes na apontada obrigação de restituição – e a remessa da fixação do respectivo valor para momento posterior. Determinado o valor da prestação restituitória da recorrida, operar-se-á então a compensação com a prestação idêntica que vincula a recorrente.
Portanto, diversamente da solução normal para as situações de non liquet – que é o proferimento de uma decisão onerada com a prova – a incerteza sobre a quantia devida justifica apenas que se relegue para momento ulterior a sua quantificação (artºs 516 do CPC e 346, 2ª parte, do Código Civil). Esta solução parece decorrer da circunstância de, na determinação do quantum da obrigação, não se poder ficcionar o facto contrário àquele que devia ser provado como fundamento da decisão do tribunal[21].
Este pensamento transparece nitidamente na solução disposta na lei para o caso de, mesmo no incidente ulterior específico da liquidação, a prova produzida pelas partes se mostrar insuficiente para fixar a quantia devida: quando isso sucede, incumbe-se o juiz de a completar, mediante indagação oficiosa e, nomeadamente, através da produção de prova pericial (artº 380 nº 4 do CPC). Mesmo aqui, a persistência do non liquet sobre a quantidade da obrigação não dá lugar à intervenção da regra de julgamento representada pelo ónus da prova e ao consequente desfavorecimento da pretensão do credor, antes se impõe ao tribunal o dever de ultrapassar a deficiência, mediante iniciativa própria. Caso os diversos critérios supletivamente dispostos na lei não se mostrem suficientes para determinar o valor daquele preço, recorrer-se-á então – e só então - à ultima ratio de julgamento também nela indicada: a equidade.
De tudo isto pode retirar-se esta proposição conclusiva: o recurso deve proceder, mas apenas parcialmente.
Uma última consideração.
A sentença apelada foi terminante na afirmação de que o dever de restituição em que a recorrente ficou legalmente investida por força da declaração de nulidade envolve a restituição das prestações pela recorrida até à data da restituição (do estabelecimento). Como também linearmente resulta daquela sentença, as prestações pagas pela recorrida à recorrente foram computadas

em 75 000,00€, o que explica que, depois da subtracção do valor do valor das prestações correspondentes a 11 meses, a recorrente tenha sido condenada a pagar à recorrida a quantia de 61.250,00€ (75 000,00€-1 250,00€x11 meses).
Simplesmente, como decorre da matéria de facto julgada provada – a que não é apontado nenhum error in iudicando – o valor total das prestações pagas pela recorrente foi, não de 75 000,00€ – mas de 78 750.00€. É o que aritmeticamente resulta dos pontos F) e G) da motivação de facto da sentença impugnada - Desde a data da outorga do contrato-promessa de trespasse até ao dia 31 de Agosto de 2006 - data da outorga do contrato definitivo, a autora pagou à ré a quantia total de €75.000,00, como havia sido convencionado (F); Depois do aludido em F), a autora liquidou à ré mais três prestações no montante de € 1.250,00 e vencidas em 1 e 30 de Setembro, e 30 de Outubro de 2006, num total de € 3.750,00, sendo que, a partir de Novembro de 2006, não mais pagou (G) – e mesmo dos seus fundamentos, alinhados sobre a epígrafe, Das consequências da declaração de nulidade do contrato de trespasse.
É, portanto, patente, que a sentença recorrida se encontra, no segmento considerado, ferida de uma incorrecção material, decorrente de erro de cálculo (artº 667 nº 1, 1ª parte, do CPC).
Todavia, não foi pedida, designadamente pela parte prejudicada – a recorrida - a rectificação desse erro e a sentença foi impugnada apenas pela ré, que, naturalmente, também não requereu a sua correcção.
Dado que este Tribunal não está, em caso algum, mesmo no tocante às questões de conhecimento oficioso, isento da sujeição à proibição da reformatio in pejus - e, portanto, o julgamento do recurso não pode agravar a posição do recorrente, tornando-a pior do que seria se não tivesse recorrido - não é lícito proceder à correcção daquele erro, dado que a rectificação importaria a reforma, para pior, da decisão impugnada (artº 684 nº 4 do CPC).
Nestas condições, o valor da prestação restituitória da recorrente terá o limite máximo que lhe foi assinalado pela decisão recorrida: 75 000,00€.
As custas do recurso serão provisoriamente suportadas pela recorrente e pela recorrida, em partes iguais (artº 446 nºs 1 e 2 do CPC).
4. Decisão.
Pelos fundamentos expostos:
a) Julga-se o recurso parcialmente procedente, revoga-se, correspondentemente, a sentença apelada e consequentemente, condena-se a recorrente, B…….. Lda. a restituir à recorrida, C……. Lda., o preço do trespasse do estabelecimento comercial de cafetaria/pastelaria, denominado H……, que recebeu da última, até ao limite de 75 000,00€, subtraído do valor do gozo, pela última, durante 11 meses, daquele estabelecimento, que se

vier a liquidar.
b) Mantém-se, no mais, a sentença recorrida.
As custas do recurso, serão suportadas, em partes iguais, provisoriamente, pela recorrente e pela recorrida.

10.05.25
Henrique Ataíde Rosa Antunes
Ana Lucinda Mendes Cabral
Maria do Carmo Domingues

_____

[1] Acs. do STJ de 16.10.86, BMJ nº 360, pág. 534 e da RC de 23.03.96, CJ, 96, II, pág.24.
[2] Armindo Ribeiro Mendes, Recursos em Processo Civil, Lex, Lisboa, 1994, pág. 138 e ss., e Recursos em Processo Civil, Reforma de 2007, Coimbra, 2009, págs. 50 e 51, Freitas do Amaral, Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico, Coimbra, 1981, pág. 227 e ss. Embora sem aceitar a invocação de factos novos pelas partes, o recurso de apelação aproxima-se, numa situação específica, do modelo de recurso de reexame. Trata-se da possibilidade de a Relação determinar a renovação dos meios de prova produzidos na 1ª instância, que se mostrem absolutamente indispensáveis ao apuramento da verdade (artº 712 nº 3 do CPC). Nesta hipótese, o tribunal de recurso não se limita a controlar a decisão da 1ª instância sobre a matéria de facto, antes manda efectuar perante ele a prova produzida na instância recorrida.
[3] A afirmação de que os recursos visam modificar as decisões recorridas e não criar decisões sobre matéria nova constitui jurisprudência firme. Cfr., v.g., Acs. STJ de 14.05.93, CJ STJ, 93, II, pág. 62 e RL de 02.11.95, CJ, 95, V, pág. 98.
[4] Ac. STJ de 23.03.96, CJ, 96, II, pág. 86.
[5] Armindo Ribeiro Mendes, Recursos em Processo Civil, Reforma de 2007, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 81.
[6] Ac. do STJ de 23.05.96, CJ, II, pág. 86.
[7] Acs. do STJ de 14.02.04 e de 14.05.09, www.dgsi.pt.
[8] A. Ferrer Correia, Lições de Direito Comercial, Lex, Reprint págs. 117 a 120; Barbosa de Magalhães, Do Estabelecimento Comercial, 2ª ed., 1964 e Fernando Olavo, Direito Comercial, I, 2ª ed., 1979, pág. 259.
[9] Orlando Carvalho, Alguns aspectos de negociação do estabelecimento, RLJ, ano 115, pág. 9).
[10] Manuel Januário Gomes, Constituição da Relação de Arrendamento, Almedina, Coimbra, 1980, págs. 175 e 176 e Ac. STJ de 29.9.98, CJ, STJ, ano

VI, 3, pág. 41.
[11] Carolina Cunha e Ricardo Costa, A Simplificação Formal do Trespasse de Estabelecimento Comercial, E o Novo Regime Jurídico do Arrendamento Urbano, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 38 e ss.
[12] O DL nº 168/97, de 4 de Julho foi, entretanto, revogado pelo DL nº 234/2007, de 19 de Junho. Todavia, esta revogação é, para o problema da validade do trespasse que se discute, inteiramente indiferente. De harmonia com os princípios gerais de aplicação da lei no tempo, *o estatuto do contrato* – as condições de validade de um contrato (capacidade, vícios do consentimento forma etc.) bem como os efeitos da sua invalidade – é regulado pela lei vigente ao tempo em que foi celebrado (artº 12 nº 2, 1ª parte, do Código Civil). Na espécie, as condições de validade do contrato que serve de base ao trespasse, designadamente no tocante à forma e formalidades são regidas pela lei revogada, vigente ao tempo da sua conclusão: o DL nº 168/97, de 4 de Julho. Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. I, Coimbra, 1987, pág. 61, João Baptista Machado, Introdução ao Estudo do Direito e do Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 242 e Oliveira Ascensão, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Fundação Gulbenkian, Lisboa, pág. 443; Acs. do STJ de 16.01.73, 08.02.74 e 02.12.75, BMJ nºs 233, pág. 186, 234, pág. 212 e 252, pág. 123, respectivamente. A lei nova aliviou as formalidades exigidas pela lei antiga como requisito de validade do contrato que serve de base ao trespasse. Pode por isso, perguntar-se – embora esse problema não se mostre colocado no recurso - se o negócio, praticado à sombra da lei antiga, e por esta considerado nulo, se convalida com a entrada em vigor da lei nova, mais favorável. A resposta – por força do princípio da não retroactividade da lei, é, por princípio, negativa: a lei da validade ou da invalidade de qualquer facto é a vigente ao tempo da prática do mesmo facto. Assim como a lei nova não pode por em causa a validade dos actos jurídicos passados, também inversamente uma lei nova mais liberal não produz a convalescença dos actos anteriores, nulos ou anuláveis (artº 12 nº 1, 1ª parte, do Código Civil). Só assim não será se a lei nova tiver um alcance confirmativo, não parecendo, porém, de admitir – dado a sua contrariedade ao princípio da não retroactividade – a figura da lei confirmativa tácita. Cfr. J. Baptista Machado, Sobre a Aplicação no Tempo do Novo Código Civil, Coimbra, 1968, págs. 273 e ss.
[13] Licença é o acto administrativo permissivo de conteúdo positivo que permite a alguém a prática de um acto ou o exercício de uma actividade relativamente proibida. Diz-se relativa a proibição quando a lei admite que a actividade proibida seja exercida nos casos ou pelas pessoas a quem a administração permita: o administrado não tem direito, visto que em princípio

a actividade é proibida, mas a administração pode conferir o poder de exercê-la mediante licença. Cfr. Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, 10ª ed., I. pág. 461. Alvará é um documento firmado pela autoridade competente pela qual faz saber a quem dele tomar conhecimento a existência de certo direito constituído em proveito de determinada pessoa. Alvará é, portanto, a forma solene do acto administrativo, o modo pelo qual a vontade do órgão administrativo se manifesta e é lavrado para exprimir em geral o conteúdo de prévio despacho da autoridade competente (artºs 122 do Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo DL nº 442/91, de 15 de Novembro, com as alterações decorrentes do DL nº 6/96, de 31 de Janeiro e 94 da Lei nº 169/99, de 18 de Setembro).
[14] António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 511 e Castro Mendes, Teoria Geral do Direito Civil, vol. II, AAFDL, Lisboa, 1995, págs. 327 a 334 e da Condição, BMJ nº 263, págs. 37 a 60.
[15] Ac. do STJ de 09.04.92, BMJ nº 416, pág. 558.
[16] Se, porém, a mera obrigação de restituição não assegurar a devolução todas as deslocações patrimoniais verificadas à sombra do negócio nulo, haverá que recorrer às regras do enriquecimento: Acs. da RL de 17.01.91 e 04.06.98, CJ, XVI, I, pág. 140, e CJ, XXIII, III, pág. 123.
[17] Hoje, evidentemente, com a autoridade diminuída de simples acórdão de uniformização de jurisprudência (artº 17 nº 2 do DL nº 329-A/95, de 12 de Dezembro)
[18] Acs. da RL de 17.01.91 e de 28.11.96, CJ, XVI, I, pág. 133 e XXI, V, pág. 113.
[19] Ac. da RL de 04.06.98, CJ, XXIII, III, pág. 122 e João de Castro Mendes, Teoria Geral do Direito Civil, vol. II, AADFDL, Lisboa, 1995, págs. 440 e 443.
[20] De harmonia com o artº 21 nº 3 do DL nº 38/2003, de 8 de Março, o novo regime da condenação genérica aplica-se às sentenças proferidas em processo pendentes em 15 de Setembro de 2003. Portanto, o regime anterior só é aplicável às sentenças proferidas antes daquela data. Nestas condições – ao contrário do que sustenta a recorrente na sua alegação – a liquidação deve ser relegada para momento ulterior, mas não para *execução de sentença*
[21] Miguel Teixeira de Sousa, Acção Executiva Singular, Lex, Lisboa 1998, pág. 110.