

**Tribunal da Relação de Lisboa**  
**Processo nº 348/2008-6**

**Relator:** MÁRCIA PORTELA

**Sessão:** 15 Janeiro 2008

**Número:** RL

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** APELAÇÃO

**Decisão:** REVOGADA A DECISÃO

**ARRENDAMENTO**

**RESOLUÇÃO**

**TRESPASSE**

**ÓNUS DA PROVA**

**TRANSMISSÃO DA POSIÇÃO DE LOCADOR**

**MATÉRIA DE FACTO**

**IMPUGNAÇÃO**

## Sumário

1. A natureza instrumental de um facto não obsta à sua inclusão na base instrutória.
2. Embora os factos instrumentais não careçam de ser incluídos na base instrutória, podendo ser considerados oficiosamente em sede de motivação ou de resposta à matéria de facto, devem ser incluídos nesta peça processual se a parte que os alegou manifestar interesse nesse sentido, designadamente por pretender apresentar prova.
3. A matéria considerada assente e a base instrutória não fazem caso julgado formal.
4. Em acção destinada à resolução do arrendamento por cedência não autorizada do locado, cabe ao senhorio alegar e provar a cedência a terceiros, e ao trespassário a existência de trespasses.
5. A circunstância de o senhorio ter alegado na petição inicial a inexistência de trespasses não descaracteriza a distribuição do ónus da prova: trata-se apenas de uma defesa antecipada, no pressuposto de que será alegado trespasses.
6. A afirmação da existência do trespasses faz-se alegando quais foram os elementos efectivamente abrangidos pelo negócio, permitindo ao tribunal concluir (ou não) pela existência do trespasses, por referência à delimitação negativa ínsita no nº 2 do artigo 115º RAU.

7. Da resposta negativa a um artigo da base instrutória não resulta a prova do contrário, tudo se passando como se tal facto não tivesse sido alegado.  
(MP)

## **Texto Integral**

### **Acordam no Tribunal da Relação de Lisboa**

#### **1. Relatório:**

L e outros, residentes em Lisboa, intentaram acção declarativa, com processo ordinário, contra Armazéns, Ld<sup>a</sup>, com sede em Lisboa, e G, Ld<sup>a</sup>, com sede em Lisboa, pedindo que:

a) Seja decretada a resolução dos contratos de arrendamento, seja por, inexistindo trespasse, a cedência do gozo dos locados ser ilícita, ou, assim não se entendendo, seja por aquele ser ineficaz relativamente aos AA., e seja a R. (inquilina) condenada a despejar imediatamente os arrendados;

Ou, assim não se entendendo,

b) Seja decretada a resolução dos contratos de arrendamento por falta de pagamento de rendas no tempo e lugar próprios, e a 2<sup>a</sup> R. condenada a despejar imediatamente os arrendados;

c) E, seja a 2<sup>a</sup> R. condenada a pagar aos AA. as rendas já vencidas no montante de € 3.412,83, e as rendas vincendas, acrescidas de juros moratórios à taxa legal em vigor desde a data do respectivo vencimento, bem como a pagar por cada mês em que se mantenha na fruição dos locados para além da data da resolução, e até à sua efectiva restituição, uma indemnização mensal correspondente ao valor da renda estipulada em dobro.

Alegam, para tanto e em síntese que:

- São os proprietários do prédio descrito sob a ficha n<sup>o</sup>, inscrito na matriz predial urbana da freguesia de Santa Justa, em Lisboa;

- A 1<sup>a</sup> R. explorou um estabelecimento instalado em diversos andares daquele prédio, enquanto arrendatária ao abrigo de um contrato de arrendamento celebrado por escrito particular em Julho de 1921, nos termos do Dec. n<sup>o</sup> 5411, de 17.04.1919;

- Por efeito do referido contrato, a 1<sup>a</sup> R. é arrendatária das seguintes casas do identificado prédio:

a) uma loja com os n<sup>os</sup> 21 a 24 do Largo..., pela renda, em Maio de 2004) de € 320,99;

b) 1<sup>o</sup> andar direito e 1<sup>o</sup> andar esquerdo, ambos com entrada pelo n<sup>o</sup> 47 da Rua, pela renda de € 296,87;

c) 2<sup>o</sup> andar esquerdo, com entrada pelo n<sup>o</sup> 47, pela renda de € 173,19;

d) 3<sup>o</sup> andar esquerdo, com entrada pelo n<sup>o</sup> 47, pela renda de € 74,27;

e) águas furtadas, lados direito e esquerdo, com entrada pelo nº 47, pela renda de 49,52;

- A 1ª R. tem por objecto a compra e venda de tecidos, malhas e confecções;

- A 1º R. nas identificadas casas explorava um estabelecimento de venda/comércio retalho de atalhados, cobertores, panos de lençol, jogos turcos, malhas, meias, batas, tapetes, colchas, espelhando a imagem do tipo grandes armazéns;

- Ao longo dos últimos anos, o estabelecimento da 1ª R. foi entrando em decadência, com vendas a decair e resultados líquidos negativos;

- A 1ª R. é ainda arrendatária das seguintes casas do identificado prédio: (...);

- Estas duas casas tinham sido arrendadas à sociedade com a firma «Casa Ldª», a primeira por escritura pública de 27.04.1961, a segunda por escritura pública de 27.11.1978, para o fabrico e venda de malas de senhora, de viagem e artigos de pele, a qual tinha nelas instalado um estabelecimento, que explorava, de venda/comércio a retalho de tais produtos;

- A 1ª R. viria a adquirir, por trespasse, tal estabelecimento da referida «A, Ldª», tendo-lhe sido transmitidos dos referidos dois arrendamentos;

- Por carta registada com A/R, datada de 27.05.2004, expedida e subscrita pela 2ª R., e endereçada e recebida pela mãe dos AA. em 28.05.2004, a 2ª R. comunicou a esta que «por contrato de trespasse de 14.05.2004, se efectivou o trespasse do estabelecimento comercial «Armazéns, Ldª»;

- Acontece que, em data indeterminada, durante o primeiro trimestre de 2004, a 1ª R. havia encerrado o estabelecimento em causa, dele retirando o que lá existia, designadamente as mercadorias, equipamentos, arquivos e documentos;

- A 1ª R. procedeu também, nessa altura, à cessação dos contratos de trabalho dos trabalhadores afectos a esse estabelecimento;

- Concomitantemente, foram iniciadas obras na loja e 1º andar direito do estabelecimento encerrado;

- Em dia indeterminado do mês de Abril de 2004, após a conclusão das obras, abriu um novo espaço na referida loja e 1º andar direito, e apenas confinado a estas duas casas do identificado prédio, dedicado, na loja, à venda a retalho de pronto-a-vestir com peças baratas de vestuário, e dedicado, no 1º andar direito, à venda a retalho de detergentes, produtos de higiene, guardanapos, molduras, brinquedos, utensílios de plástico para cozinha, cadernos, lápis, bijuteria, objectos decorativos, em suma, o tipo de bens e de loja a que habitualmente se designa por «loja dos trezentos»;

- Este estabelecimento surgiu como novo espaço, totalmente remodelado, com diferente disposição, com recurso a novas prateleiras e à introdução de carrinhos expositores, um circuito interno de vídeo com monitor e pequeno

balcão à entrada com um computador;

- Este novo estabelecimento abriu sendo a maioria dos empregados, e o responsável pelo local, o Sr. G, cidadãos de etnia oriental;

- Ao contrário do que consta no contrato de trespasse celebrado entre a 1ª R. e a 2ª R., naquela data, e já há algum tempo, inexistia qualquer estabelecimento nas identificadas casas;

- As identificadas casas estavam desprovidas de qualquer mercadoria ou equipamento, com sujidade entranhada de anos sem limpeza, com prateleiras velhas, paredes e tectos cheios de humidade, com madeiras podres e com sistema eléctrico que apenas suportava a iluminação;

- Concertadamente com a 1ª R., a 2ª R. concebeu, projectou e implantou a referida loja/estabelecimento que abriu as portas em Abril de 2004;

- Para além dos melhoramentos correspondentes às referidas lojas, aquela mercadoria e parco mobiliário, nada mais foi transmitido no trespasse a não ser a posição de arrendatária da 1ª R.;

- A 1ª R. também não vendeu, não trespasou à 2ª R. qualquer estabelecimento de venda de malas de senhora, de viagem e de artigos de pele, que havia adquirido por trespasse à sociedade «A, Lda», porquanto também a 1ª R. não desenvolvia aquele ramo de comércio;

- As referidas casas - 3º andar direito do nº 47 e 3º andar esquerdo do nº 39 - encontrava-se, à data do alegado trespasse celebrado com a 2ª R., desprovidas de qualquer mercadoria ou equipamentos, apenas com prateleiras vazias e cheias de pó, com as paredes degradadas e sujidade entranhada;

- Inexistindo trespasse, já que não foi transmitida qualquer organização de factores reunidos e preparados pelo trespasante para o exercício de uma actividade económica, a cedência da posição de arrendatária por parte da 1ª R. à 2ª R. apresenta-se ilícita, porquanto os AA. nunca autorizaram ou deram o seu consentimento a tal cedência, nem reconheceram a 2ª R. como arrendatária;

- Mesmo que assim não se entenda, não é verdade o que consta no alegado contrato de trespasse de que a senhoria seja a Srª M (mãe dos AA.), o que a 1ª R. bem sabia;

- O trespasse, mesmo que lícito, só é eficaz desde que a transmissão da relação arrendatícia seja comunicada ao senhorio no prazo de 15 dias após a outorga do trespasse;

- Se o arrendado se encontra em situação de compropriedade, a comunicação do trespasse efectuado deve ser dirigida a todos os comproprietários, o que não aconteceu no presente caso;

- Mesmo que assim não se entenda, as rendas são pagas no 1º dia útil do mês imediatamente anterior aquele a que diz respeito, no domicílio dos senhorios,

n.º da Av.ª da Liberdade, em Lisboa;

- Nos 1.ºs oito dias de Junho de 2004, a 2.ª R. apresentou-se naquele local para efectuar o pagamento das referidas rendas;
- O respectivo recebimento foi aceite, mas, contudo, os correlativos recibos foram passados à 1.ª R.;
- Por tal motivo, e nessa data, a 2.ª R. recusou-se a pagar as rendas que se tinham vencido no 1.º dia útil de Junho de 2004, bem como posteriormente;
- Encontram-se, assim, em dívida, as rendas que se venceram no 1.º dia útil dos meses de Agosto, Setembro, Outubro de 2004.

Contestou a 2.ª R., alegando, em síntese, que:

- A 2.ª R. enviou a carta comunicando a realização do trespasse a Maria, na qualidade que se lhe conhecia de senhoria do imóvel;
  - Um mês antes a 1.ª R. enviou à mesma Senhora uma carta registada com aviso de recepção anunciando a intenção de proceder ao trespasse do estabelecimento comercial e expondo as condições do negócio, a qual foi recebida e nunca foi dada resposta;
  - As rendas sempre foram pagas à identificada senhora e sempre por esta foram emitidos e assinados dos respectivos recibos;
  - Nunca a 1.ª R., enquanto inquilina, foi notificada de qualquer mudança no titular da posição de senhorio;
  - O trespasse realizado é válido substancial e formalmente e foi eficaz;
  - O trespasse é válido porque não houve mudança de ramo, mas apenas o seu alargamento, sendo certo o contrato de arrendamento autoriza a instalação de estabelecimentos comerciais, sem discriminação de ramo;
  - O trespasse é válido porque não necessitava de incluir trabalhadores nem o Sr. G foi alguma vez responsável pelo estabelecimento antes de realizado o trespasse;
  - O trespasse é eficaz, porque a comunicação da sua efectivação foi feita na pessoa do destinatário certo e dentro do prazo de 15 dias imediatamente seguintes ao da consumação do negócio;
  - A 2.ª R. recusou-se a pagar a renda vencida no 1.º dia útil de Junho de 2004 face à recusa da senhoria na emissão dos recibos a seu favor, pelo que procedeu ao seu depósito na CGD em tempo útil.
- No mais, impugnou os factos alegados pelos AA..

A 2.ª R. também contestou, alegando, em síntese:

- A emissão dos recibos de renda era feita pela Sr.ª Maria;
- As retenções na fonte eram efectuadas pela 1.ª R., a pedido da senhoria, em nome dos seus filhos, ora AA., para evitar pagar rendimentos prediais;

- Com o objectivo de rentabilizar o estabelecimento comercial da 1ª R., esta decidiu, em Fevereiro de 2004, introduzir a comercialização de produtos típicos da loja dos trezentos, a par da manutenção em venda de pronto-a-vestir, botas, tapetes, malas de custo barato, e iniciar obras em Abril de 2004;
- Os funcionários da 1ª R. aceitar a rescisão dos contratos de trabalho
- Enquanto decorria a adaptação do estabelecimento, surgiu o sr. G a pretender negociar o trespasse do estabelecimento;
- Com o intuito de aquilatar das potencialidades do estabelecimento, o sr. G e a 1ª R. acordaram que este e pessoas da sua confiança desempenhariam as funções de empregados, mas sempre sob a direcção e orientação da 1ª R. e sem qualquer contrapartida.

No mais, impugnou os factos alegados pelos AA..

Replicaram os AA., concluindo pela improcedência das excepções invocadas pelas RR., por entenderem que:

- Os depósitos das rendas efectuados na CGD não são liberatórios, não só porque não identificam correctamente os senhorios, como é falso o motivo invocado, porquanto a 2ª R. não voltou a fazer ofertas de pagamento das rendas e porque não foi recusado o recebimento da renda, mas apenas houve recusa na entrega de recibos em nome da 2ª R.;
- O registo de propriedade existente na respectiva Conservatória constitui presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito, no caso, os AA., e que a Srª Maria subscrevia os recibos de renda e cartas na qualidade de procuradora dos AA., os senhorios da 1ª R., tal como a tinham informado.

Ampliaram o pedido e a causa de pedir, no sentido de ser decretada a resolução do contrato de arrendamento do 3º andar esquerdo e do 3º andar direito da mesma rua, por encerramento do locado por mais de um ano, ou por lhes ter sido dado outro destino, e a R. condenada a despejar imediatamente aqueles dois arrendados.

Treplicou a 1ª R., invocando a caducidade do direito à resolução do contrato de arrendamento, pois desde o início dos arrendamentos os referidos locais eram utilizados para armazém/revenda e escritório da sociedade «A Ldª», que tinha estabelecimento comercial, aberto ao público, na Praça da Figueira, pelo que, quando tomou de arrendamento tais locais por trespasse na década de 80, há já muitos anos que os locados tinham a mencionada utilização.

Foi proferido despacho saneador, admitindo-se a ampliação do pedido e

seleccionando-se a matéria de facto relevante.

Procedeu-se a julgamento, com gravação da audiência, tendo a acção sido julgada parcialmente procedente, declarando-se resolvidos os contratos de arrendamento relativos ao da R. B e ao 3º andar esquerdo do nº 39, e 3º direito, com entrada pelo nº 47 da mesma rua, condenando-se a 2ª R. a despejar e entregar os referidos arrendados livres e devolutos de pessoas e bens, absolvendo-se as RR. dos restantes pedidos.

Inconformados recorreram os AA., apresentando alegações com as seguintes conclusões:

«1. Em relação à reclamação apresentada pelos Apelantes contra a selecção da matéria de facto, devem considerar-se como provados os factos articulados nos art.s 6 a 11 da p.i., ou seja, e no essencial, que o estabelecimento se encontrava em decadência, numa difícil situação económico-financeira, com as vendas a cair e resultados líquidos negativos; em conformidade e com os fundamentos constantes de I.2. supra.

2. Com referência aos espaços correspondentes ao 1º Esq., 2º Esq., 3º Esq. e águas furtadas (direito e esquerdo), todos do nº47, devem ter-se como provados os nºs 3 a 10 da base instrutória, ou seja, que aquelas casas/espaços, à data/no momento da transmissão (trespasse) se encontravam vazias e na situação de conservação descrita naqueles nºs 3 a 10, em conformidade e com os fundamentos constantes de I.3. supra.

3. Devem considerar-se provadas as duas primeiras partes (até, "era com o acordo da 1ª ré, explorado pela 2ª ré) dos nºs 12 e 13 da base instrutória. Resultou ainda provado que o espaço remodelado (loja e 1º dtº) que abriu em Abril de 2004 correspondia a um novo conceito, a uma nova imagem de estabelecimento comercial, distinto do estabelecimento "Armazéns", vendendo novos e diferentes tipos de artigos; bem como que desde a data dessa abertura até à do trespasse, quem se encontrava nesse espaço a aviar era o Sr. G sócio-gerente da 2ª R., e o pessoal dele, os ajudantes dele, escolhidos por ele. Tudo em conformidade e com os fundamentos constantes de I.4. supra.

4. Deve considerar-se como provado que a 1ª R. não transmitiu para a 2ª R., com o alegado trespasse, quaisquer tipo de mercadorias, produtos e mobílias. Correspondentemente, no que se reporta aos nºs 11 e 14 da base instrutória, deve considerar-se provado que, tanto o custo das obras (realizadas no 1º trimestre de 2004 na loja e 1º dtº), como o custo das mercadorias (referidas nos nºs 12 e 13 da base instrutória), não foram suportados pela 1ª R. Mesmo que assim não se entendesse, teria sempre que se considerar como não provado terem sido transmitidas (como elementos corpóreos do

estabelecimento) mercadorias, produtos e mobílias. Tudo em conformidade e com os fundamentos constantes de I.5. supra.

5. Deve considerar-se provado o n° 20 da base instrutória, em conformidade e com os fundamentos constantes de I.6. supra.

6. Inexistiu trespasse, já que não foi transmitido o estabelecimento "Armazéns", da 1ª R. - Armazéns de Malhas, Lda, ou seja, a organização de factores reunidos e preparados pela 1ª R. para o exercício da actividade económica que vinha exercendo há dezenas de anos.

7. A "loja de chineses" que foi criada (apenas na loja e no 1º Dtº), num momento imediatamente anterior à data do contrato do trespasse, encontrando-se o estabelecimento existente no local tecnicamente falido, constituiu um mero pretexto para as R.R., em conluio, e através de um estratagema consubstanciado numa alegada transferência de um estabelecimento, encobrirem uma outra realidade: a transmissão da posição de arrendatária da 1ª R. para a 2ªR. .

8. Para além do contrato de arrendamento, do gozo das casas/espacos em causa, nada mais se provou ter sido transmitido, sejam outros contratos, seja o nome do estabelecimento.

9. Acresce que, a proibição da cessão da posição contratual do arrendatário constitui a regra, já que esta cessão depende do consentimento do senhorio, sendo o trespasse a excepção, art.s 424 e n°2 do 1059 do C.C., e, n°2 do art. 115 do R.A.U., actualmente art. 1112 do C.C. . O ónus da prova da "transmissão de algum tipo de mercadorias, produtos e mobília" cabia aos R.R., os quais não a fizeram, art.s 342 e seg.s do C.C.

10. A cedência da posição de arrendatária por parte da R. — Armazéns de S. Domingos à R. — Gao & Lin apresenta-se ilícita, constituindo causa de resolução do contrato de arrendamento, art.s 115 e 64 n°1 al. f) do R.A.U., actualmente art.s 1038 al. f), 1083 n°2 al. e) e 1112 do C.C. .

11. Subsidiariamente. O que ambas as R.R. fizeram, querendo fazê-lo, foi atribuir a terceiro (Maria José Almeida e Sousa) a qualidade de proprietário-senhorio, notificando-o nessa qualidade e para esse efeito. Fizeram-no inicialmente, aquando do (alegado) trespasse, e sustentaram-no ao longo dos respectivos articulados, nomeadamente deduzindo a excepção da ilegitimidade activa dos ora Apelantes. A convolação, pelas R.R., a final, daquela qualidade de "efectiva proprietária-senhoria" para representante dos proprietários-senhorios, em manifesta contradição e oposição com as posições anteriormente assumidas e sustentadas, é inadmissível de acordo com o princípio da boa fé processual, art. 266-A do C.P.C. .

12. A 1ª R. - inquilina tinha sido informada de quem eram os proprietários-senhórios. Não tendo a comunicação prevista no art. 1038 al. g) do C.C. sido dirigida e efectuada àqueles (e a todos eles), é ineficaz, o que constitui causa de resolução do contrato de arrendamento, art. 64 n.º 1 al. f) do R.A.U., actualmente art. 1083 n.º 2 al. e) do C.C. .

13. Subsidiariamente. O depósito efectuado pela 2ª R. da renda vencida no primeiro dia útil de Junho de 2004 não tem motivo justificativo; não se verificavam os pressupostos da consignação em depósito, art. 22 do R.A.U., actualmente art. 17 do N.R.A.U. . O motivo por aquela invocado não preenche o condicionalismo do fundamento indicado no art. 841 n.º 1 al. a) do C.C. . Tão pouco existia mora do senhorio/credor - este prontificou-se a receber a renda, sendo que não se recusou propriamente a emitir quitação mas, antes, o recibo em nome da 2ª R. .

14. Não tendo aquele primeiro depósito motivo justificativo nem efeito liberatório, e cabendo aos subsequentes análoga sorte ao do primeiro depósito, os mesmos não são liberatórios, art.º 25 do R.A.U., actualmente art. 20 do N.R.A.U. .

15. Cada renda é uma prestação independente das restantes, anteriores ou posteriores, e em relação a cada uma delas deverá o devedor-inquilino, nos termos contratuais, aprestar-se a cumpri-la. Encontram-se em dívida as rendas vencidas no primeiro dia útil dos meses de Agosto, Setembro e Outubro de 2004, uma vez que a 2ª R. não se apresentou, no local próprio, para as pagar.

16. Acresce que o depósito respeitante àquelas três rendas, bem como às subsequentes até à presente data, igualmente em dívida, nunca poderão ser considerados liberatórios por: (i) o motivo neles indicado não ser o da acção de despejo; (ii) os senhorios (ora Apelantes) não se encontrarem identificados nas guias de depósito. Os ora Apelantes impugnaram os depósitos na réplica. Tudo conforme art.s 22, 23 e 26 do R.A.U., actualmente art.s 17, 18 e 21 do N.R.A.U. .

17. A falta de pagamento das supra-aludidas rendas constitui causa de resolução do contrato de arrendamento, art.º 64 n.º 1 al. a) do RAU, actualmente art. 1083 do C.C.»

Contra-alegou a 1ª apelada, apresentando as seguintes conclusões:  
«Não é juridicamente relevante, a fixação das Apelantes na situação fiscal/contabilística da Apelada, pois tratam-se, de factos que em nada esclarecem

os contornos do negócio realizado, não sendo essenciais para a determinação jurídica da transacção comercial efectuada, nem a sua prova ou falta dela podem instruir o Tribunal num juízo qualitativo, sobre o cerne da questão - o Trespasse.

É correcta a posição do Tribunal a quo, no sentido de ter rejeitado as reclamações quanto às matérias económico/fiscais, por quanto são as mesmos meramente instrumentais, não se podendo, no entanto, destes factos instrumentais, chegar, aos factos principais, isto é àqueles que compõe a causa de pedir, daí a sua rejeição.

A caracterização do negócio jurídico realizado - o trespasse - afere-se no momento em que foi realizado, no caso em apreço no dia 17 de Maio de 2004, e não em momento posterior.

Os ditos locais arrendados à trespasante, estavam ligados estruturalmente ao estabelecimento, conforme as diversas funcionalidades que foram sendo descritas pelas testemunhas inquiridas, a saber escritório, arquivo da parte administrativa, com estantes e secretárias, e ainda diverso mercadoria a ocupar a zona de armazém, onde, não só ficou com artigo que já existia, como recebeu parte do artigo comprado para a nova tipologia de estabelecimento implementado pela trespasante.

O estado físico dos locados, não é elemento caracterizador do trespasse, mas tão só um elemento que poderá ajudar a fixar o quantum monetário que trespasante e trespasário acordam, de acordo com diversos vectores comerciais, nomeadamente a conjugação de diversos rácios, de pendur nitidamente subjectivo, a saber: valor da renda/facturação/mercadoria/estado do locado/localização/dimensão do estabelecimento.

Assim, atento ao teor das inquirições, que desmentiram a tese de abandono dos pisos locados, não restava outro entendimento ao Tribunal a quo senão ter dado como não provados os quesitos 3 a 10, exactamente com a fundamentação alicerçada nesses depoimentos.

No tocante à prova respeitante aos quesitos 12 e 13, não restam pois dúvidas que o Tribunal a quo decidiu bem ao ter dado como não provado que a exploração dos espaços referidos em B da matéria assente e que o primeiro andar direito referido em b), não eram explorados com o acordo da segunda Ré, G Lda.

Invocam seguidamente as Apelantes, que as facturas juntas aos autos na contestação da ora apelada, sob docs 14 a 47, não podem ser considerados como prova válida de que a mesma reequipou o estabelecimento comercial, ainda antes do Trespasse, por que o numero de pessoa colectiva da apelada estava errado num algarismo.

Querer extrair desta imprecisão, de um algarismo, de que a ora apelada não

reequipou o estabelecimento, e como tal não se enquadrar o negócio no paradigma de Trespasse é uma desfaçatez sem sentido e sem sustentação factica nos autos.

Como se poderá constatar, a insistência por parte das Apelantes, para a junção da documentação contabilística da ora Apelada, não se justificava, nem era prova suficiente, de só por si, poder provar o que quer que fosse, pois como se depreende, estando no âmbito de uma acção cível, num Tribunal Cível, a prova contabilístico-fiscal era irrelevante, pois o Tribunal a quo, não poderia retirar nenhuma ilação sobre a existência ou inexistência de trespasse e suas vicissitudes.

Face à prova testemunhal produzida não restava pois outra alternativa ao Tribunal a quo, senão considerar, como considerou, não provado o quesito nº 14, isto é o custo das obras e das mercadorias não foram suportadas pela primeira ré, ora apelada, e reembolsadas pela segunda ré mediante a dedução do produto das vendas e da inclusão do remanescente do preço, mas foram-no tão só suportadas pela ora Apelada.

No que diz respeito ao quesitos 11 a 14, não teve o Tribunal a quo, face à prova testemunhal produzida, dúvidas em considerar como não provados as respostas aos ditos quesitos. A saber;

As obras realizadas no estabelecimento não tinham sido realizadas e implementadas pela segunda Ré e de que o referido custo não teria sido suportado pela segunda Ré, por via de reembolso no produto das vendas e na inclusão do remanescente no preço referido em j).(cinquenta mil euros).

Concluiu-se assim pela procedência do trespasse realizado, e por conseguinte é o arrendatário merecedor de dispensa de autorização do senhorio na transmissão da posição contratual, prevista no nº 1 do art 115 do RAU, actualmente art. 1112 nº 1 do CC, pelo que tal acto é lícito, não podendo por tal facto constituir fundamento de resolução do contrato de arrendamento nos termos do disposto no art. 64, nº 1 al)f do RAU, actual art. 1083 nº 2 al) e do CC.

No tocante ao quesito 20º, a ora Apelada, como ficou demonstrado nos Autos, nunca foi sequer informada das sucessivas transmissões, de que o imóvel foi alvo, por doação, pois as Apelantes não lograram fazer prova, depois de desafiadas, no articulado da Tréplica, datado de 14/1/05, de que informaram a ora Apelada dos novos proprietários e senhorios do imóvel arrendado.

Para um arrendatário, de boa fé, e numa óptica de razoabilidade e lógica, não lhe poderá ser exigível, a confirmação predial da titularidade do imóvel, pois o mesmo tem por boa a informação veiculada pela sua interlocutora, que se apresenta, aos seus olhos, como entidade senhoria, comportando-se como tal, e até em negócios anteriores, em que é chamada a tomar posição, na dita

qualidade, nada diz, deixando que os mesmos produzam os seus efeitos normalmente, até aos dias de hoje, como foi o caso acima citado.

A única obrigação exigível à ora apelante, ex arrendatária, é a de dar a preferência do Trespasse e a subsequente comunicação à pessoa que se lhe apresenta como senhoria, aferindo-se tal qualidade não por uma certidão predial, mas sim pelos recibos de renda e sucessivas cartas a comunicar os seus aumentos, que eram assinados, remetidos e endereçados, muitos deles, em papel timbrado da senhora Maria.

As Apelantes, pretenderam com a confusão, em torno da titularidade do locado, retirar proveitos escusos e contrários à lei, estando por intermédio da sua mãe perfeitamente ao corrente das intenções da ora apelada, não podendo sequer alegar desconhecimento do negócio oferecido.

Comportam-se as Apelantes em claro "venire contra factum proprium", pois foram as mesmas que ao não terem comunicados à ora apelada a sua qualidade de senhorias dos imóveis em questão, e ao terem permitido que a senhora sua mãe se continuassem a comportar aos olhos da ora Apelada, como senhoria, deram aso ao modo com a ora Apelada notificou a preferente, tentando agora, e numa postura deveras repugnante, tirar partido ilegítimo duma situação de que foram as únicas responsáveis.

Fica pois suficientemente demonstrado que as ora Apelantes não informaram a ora Apelada das qualidades de que se intitulavam, tendo por conseguinte como consequência a decisão de considerar como não provado o quesito 20°. Assim e face ao supra exposto, concluí-se que a comunicação efectuada pela segunda Ré, foi validamente efectuada, sendo o Trespasse realizado, eficaz em relação aos Apelantes, não podendo por conseguinte constituir fundamento para a resolução do contrato de arrendamento, nos termos conjugados dos artigos 1038 al)g e artigo 1083 n° 2 al)e ambos do CC.»

Igualmente a 2ª apelada contra-alegou, apresentando as seguintes conclusões:

«1. Relativamente à reclamação dos Apelantes, contra a matéria de facto, deve manter-se o decidido na douta Sentença recorrida, com referência aos factos articulados nos artºs 6º a 11º da douta p. i ., ou seja, não se considerando relevante, para a decisão, a situação económico-financeira do estabelecimento comercial "Armazéns", tal como se contra-alegou acima, em I, 3. .

2. Quanto a dar-se por provada matéria dos artºs 3º a 10º da Base Instrutória, no sentido que pretendem os Apelantes, deve recusar-se tal pretensão, uma vez que os referidos artigos se reportam à fase anterior ao trespasse e o que se demonstrou foi que as fotografias suporte da argumentação dos Apelantes retratam situação posterior ao trespasse. Estamos perante simples manobra dos Apelantes que, conforme se defende em I, 4 . das presentes Contra-

Alegações, de nada serve, no caso vertente, para concluir sobre o pedido .

3. Deve negar-se provimento à pedida alteração da matéria provada constante dos artºs 12º e 13º da Base Instrutória, porquanto, como se demonstra em 1, 5. acima, os Apelantes não têm razão em quanto alegam sobre a matéria provada e, processualmente, não cabe inclusão da mesma em sede de recurso.

4. Deve manter-se "qua tale" a douta Sentença, como se defendeu, acima, em I, 6., porque se provou, absolutamente, que do trespasse fez parte a transmissão de elementos intrínsecos dessa figura, mais do que suficientes e que as obras realizadas não foram realizadas nem projectadas pela 2ª Ré, tal como quanto aos seus custos e ao das mercadorias transferidas não foi feita qualquer reembolso indevido pela 2ª Ré.

5. É de recusar provimento a que se considere provado o artº 20º da Base Instrutória, na versão pretendida pelos Apelantes, como se opõe em I, 7., mantendo-se a decisão constante da douta Sentença recorrida.

6. De manter é, também, a Sentença do Tribunal "a quo", quando decide sobre a validade do trespasse do estabelecimento, porquanto nada obsta, na Lei, nem nos contratos de arrendamento dos locados, a que se proceda a alterações (permitidas, e estas eram-no) num estabelecimento comercial, trespessando-se o mesmo em seguida, como se explanou em I, 6. e II, 1. .

7. Defendida, como foi, ao longo das presentes Contra-Alegações, a validade integral do trespasse em análise, evidente se revela carecer de fundamento a "tese nuclear" do conluio entre os ora Apelados, circunstância pela qual não pode a mesma ter acolhimento por parte do Venerando Tribunal da Relação.

8. Por idêntico motivo e pelo que acima se alegou, não deve ser acolhida a pretensão dos Apelantes de que, "Para além do contrato de arrendamento, do gozo das casas/espacos em causa, nada mais se provou ter sido transmitido, sejam outros contratos, seja o nome do estabelecimento."

9. Assim, sendo, porque o trespasse foi válido, não estamos perante uma "cedência de posição contratual" genérica e, portanto, não se levanta a questão da necessidade de consentimento prévio do senhorio para o negócio jurídico realizado, não sendo aplicáveis as disposições legais citadas em desespero de causa pelos Apelantes (artºs 424º e 1059º do Cód. Civil e artº 115º do R. A. U.). Igualmente é despropositada a referência aos artºs 342º e segs. do Cód. Civil, uma vez que os então Réus fizeram prova sobeja da validade do trespasse o que, "a contrario sensu", demonstra não se ter tratado de mera "cessão de posição contratual", leia-se "transmissão do arrendamento" .

10. Assim sendo, porque não houve mera "cedência da posição de arrendatária", não se preencheram os requisitos de aplicabilidade dos artºs 115º e 64º do R. A. U. e 1112º do Cód. Civil, pelo que não há causa de despejo.

11. Sem quaisquer provas de que assim tenha sido, posto que nada demonstraram nos autos e nem lógica tem que as Rés quisessem, querendo fazê-lo, atribuir a terceiro a qualidade de proprietário/senhorio (Contra-Alegações acima, I, 7. e II, 2.), persistem os Apelantes na tese (são peritos em inventá-las) da "convolação", almejando (como têm vindo a fazer, para acumular matéria de direito disponível para o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça) por essa via destruir ou diluir as responsabilidades e a capacidade da procuradora, em matéria de recepção das notificações e dos efeitos decorrentes. Também aqui se recusa tal tipo de argumentação, como podendo ser aceite para invalidar o trespasse ocorrido ou a sua eficácia.

12. A mesma ordem de razões se aplica à pretensão dos Apelantes sobre a eficácia do trespasse, transcrita, agora, nas suas Alegações, em 12. de III-CONCLUSÕES, pelo que, uma vez mais se entende que deve ser-lhes recusada razão.

13. De subsidiariedade em subsidiariedade, vêm os Apelantes reincidir no pedido de que seja alterada a Sentença do Tribunal "a quo" no respeitante aos requisitos necessários para consignação das rendas em depósito .

Reafirmamos, aqui, quanto se expressou em II, 3. das presentes Contra-Alegações, para concluirmos que não deve ser dado provimento às pretensões que manifestam em III, itens 13. a 17. das suas duntas Alegações, mantendo-se o que a este respeito foi decidido pelo Tribunal recorrido.»

## **2. Fundamentos de facto**

A 1ª instância considerou provados os seguintes factos:

-Os AA. são proprietários do prédio descrito sob a ficha nº101/19941014, inscrito na matriz predial urbana da freguesia de Santa Justa, sob o nº 36, situado no Largo nº 21 a 24 e Rua B nºs 37 a 55, Lisboa. (Factos assentes A);  
- Por efeito do documento escrito cuja cópia consta a fls. 20 e segs. dos autos, e cujo teor se dá por reproduzido, e onde consta, para além do mais, "(...) 3" A loja, os andares e as águas furtadas referidos são destinadas a estabelecimentos comerciais, industriais ou a dependências de estabelecimentos do arrendatário, mas, se isso convier ao inquilino, podem ser utilizadas para habitação. 4' O inquilino fica autorizado a sublocar parte ou todas as casas que arrenda por este contrato ou a trespassar o seu negócio. (...) ", a 1ª R. "Armazéns de Malhas, Ldª» tornou-se arrendatária das seguintes casas do prédio referido em A):

a) uma loja com os nºs 21 a 24 do Largo e nºs 53 a 55 da (actualmente) Rua B, pela renda (em Maio de 2004), de € 320,99;

b) um primeiro andar direito e um primeiro andar esquerdo, ambos com entrada pelo nº 47 da Rua B, pela renda (em Maio de 2004), de € 296,87;

c) um segundo andar esquerdo, com entrada pelo n° 47 da Rua B, pela renda (em Maio de 2004), de € 173,19;

d) um terceiro andar esquerdo, com entrada pelo n° 47 da Rua B, pela renda (em Maio de 2004), de € 74,27;

e) umas águas furtadas, lados direito e esquerdo, com entrada pelo n° 47 da Rua B, pela renda (em Maio de 2004), de € 49,52. (Factos assentes B);

- A 1ª R. «Armazéns de Malhas Ldª» tem por objecto a compra e venda de tecidos, malhas e confecções. (Factos assentes C);

- A 1ª R. «Armazéns de Malhas, Ldª», nas casas identificadas em B), detinha e explorava um estabelecimento de venda/comércio a retalho de atoalhados, cobertores, panos de lençol, jogos turcos, malhas, meias, batas, tapetes, colchas. (Factos assentes D);

- Os «Armazéns de Malhas», denominação pela qual era conhecido o estabelecimento explorado pela 1ª R., espelhava aos olhos do público a imagem do tipo de "grandes armazéns" em voga no início do século passado, dedicado aos produtos/bens identificados em D), e onde os mesmos podiam ser encontrados em grande sortido. (Factos assentes E);

- Por escritura pública de 27.04.1961, cuja certidão consta a fls. 423 e segs. dos autos, e cujo teor se dá por reproduzido, onde consta, para além do mais, "(...) destina-se o andar ora arrendado à venda e fabrico de malas de senhora, viagens, todos os artigos de pele, seus substitutos e derivados, guarda-chuvas e novidades, não lhe podendo ser dado outro destino sem autorização escrita dos senhorios. (...). 7a- Fica expressamente proibida a sublocação, mas o trespasse é permitido nos termos da lei. (...) ", foi dado de arrendamento a «Casa de Malas, Ldª» o terceiro andar esquerdo, com entrada pelo n° 39 da Rua B, Lisboa. (Factos assentes F);

- Por escritura pública de 27.11.1978, cuja certidão consta a fls. 450 e segs. dos autos, e cujo teor se dá por reproduzido, onde consta, para além do mais, "(...) destina-se o andar ora arrendado à venda e fabrico de malas de senhora, viagens, todos os artigos de pele, seus substitutos e derivados, guarda ou porta-chaves, guarda-chuvas e novidades do género, e só com autorização escrita dos senhorios poderá a inquilina dar-lhe destino diferente (...). 7º Fica proibida a sublocação no todo ou em parte ou a cedência do direito ao presente arrendamento, salvo o caso de trespasse. (...) ", foi dado de arrendamento a «Casa de Malas, Ldª» o terceiro andar direito, com entrada pelo n° 47 da Rua B, Lisboa. (Factos assentes G);

- A 1ª R. «Armazéns de Malhas, Ldª» adquiriu por trespasse, o estabelecimento da «Casa de Malas, Ldª», tomando-se arrendatária das seguintes casas do prédio referido em A):

a) um terceiro andar esquerdo, com entrada pelo n° 39 da Rua B, pela renda

(em Maio 2004) de € 123,79;

b) um terceiro andar direito, com entrada pelo n° 47 da Rua B, pela renda (em Maio 2004) de € 98,98. (Factos assentes H);

- Em Fevereiro/Março de 2004, por número de dias que não foi possível apurar, a 1ª R. encerrou o estabelecimento referido em D), retirando, designadamente, algumas mercadorias e equipamentos, para a realização de obras. (Resp. facto controv. 1º);

- Em Fevereiro de 2004, a 1ª ré procedeu à cessação dos contratos de trabalho dos trabalhadores afectos a esse estabelecimento. (Resp. facto controv. 2º);

- Algumas paredes e tectos encontravam-se com manchas de humidade. (Resp. facto controv. 5º);

- Os recibos de renda emitidos à 1ª ré eram assinados por Maria precedidos da expressão "p.p.". (Resp. facto controv. 21º);

- Os espaços referidos em B), als. b) (1º esqº), c), d) e e) dos factos assentes sempre estiveram afectos à armazenagem e arquivos e escritório da 1ª R.. (Resp. facto controv. 22º).

- A 2ª ré «G Ldª», enviou a Maria, e esta recebeu, a carta registada c/A.R., datada de 27 Maio 2004, constante a fls. 42 dos autos, cujo teor se dá por reproduzido, onde consta, para além do mais, "Na sequência de informação prévia remetida a V.Exa comunicamos que por contrato de trespasse de 14 Maio 2004, se efectivou o trespasse do estabelecimento comercial Armazéns de Malhas, Lda", instalado no imóvel de que V.Exª é proprietária, sito na Rua B, n°21 a 24, Loja n° 39, 3ºesqº n°47, 1º dtº e esqº, 2ºesqº 3º dtº e esqº., águas furtadas, dtº e esqº, em Lisboa. Assim, solicitamos a V.Exª que os recibos das rendas sejam emitidos em nome de "G, Ldª a partir do próximo mês. (...) " (Factos assentes I);

- A 1ª, como primeira outorgante, e a 2ª R., como segunda outorgante, subscreveram o documento particular denominado «Contrato de Trespasse com Fiança», datado de 17.05.2004, cuja cópia consta a fls. 45 e segs. dos autos, e cujo teor se dá por reproduzido, onde consta, para além do mais, "(...) 2º Pelo presente contrato, a primeira outorgante trespasa ao segundo outorgante, e este aceita o referido trespasse, o aludido estabelecimento comercial, com os seus elementos integrantes, que à data, acordaram valorar em E 50.000,00 e o direito ao respectivo contrato de arrendamento, que se encontra em vigor e cuja senhoria é a senhora D. Maria. 3º - O contrato de trespasse é efectuado livre de qualquer passivo, ónus ou encargos e sem trabalhadores. 4º- O preço global para a realização do presente contrato é de € 440.000,00. (...). 6º - .A entidade senhoria foi notificada do seu direito legal à preferência, e não veio exercer tal direito. (...). 8º- O segundo outorgante toma posse do referido estabelecimento na presente data. (...) ". (Factos

assentes J);

- Nos oito primeiros dias de Junho, a 2ª R. apresentou-se no local acordado- Avª Liberdade, em Lisboa-, para proceder ao pagamento da renda referente a Julho. (Factos assentes L);

- Os AA. recusaram-se a emitir o recibo da renda em nome da 2ª R.. (Factos assentes M);

- A 2ª R. recusou-se a entregar ali a renda. (Factos assentes N);

- A partir de 07.06.2004 a 2ª R. procedeu ao depósito das rendas dos imóveis identificados em B) e H) na "CGD", identificando o senhorio como sendo Maria, conforme consta dos documentos constantes a fls. 110 e segs. dos autos, cujo teor se dá por reproduzido, fazendo menção no «Motivo» do depósito o seguinte: "Não emissão do recibo de renda em nome da arrendatária pelo senhorio ". (Factos assentes O);

-A 1ª R. enviou a Maria — Avª da Liberdade, Lisboa-, e esta recebeu, a carta com aviso de recepção, datada de 30.04.2004, cuja cópia consta a fls. 102 dos autos, e cujo teor se dá por reproduzido, onde consta, para além do mais, "(...). A arrendatária do supra citado estabelecimento comercial, pretende trespassá-lo a "G, Lda" (...), pelo valor de € 440.000, 00, a serem entregues da seguinte forma: (...). Acresce referir que o supra citado trespasse, se fará sem encargos laborais, como também livre de passivo de qualquer ordem, estando incluído no valor total do trespasse o direito ao arrendamento, aviamento, clientela, móveis e todos os demais pertences necessários ao exercício do comércio, no valor de e 50.000, 00. (...). Assim com a presente missiva, vem a arrendatária, ao abrigo do disposto no artº 116 do RAU, com as alterações do Dec. Lei n º 329-A/00, de 22.12) dar a V. Exa o exercício do direito de preferência na realização do supra citado negócio, sendo que, o seu silêncio após o prazo legal para se pronunciar, é tido por lei como desinteresse no exercício desse direito. (...) ". (Factos assentes P);

- Os espaços referidos em H) sempre estiveram afectos à armazenagem e arquivos da 1ª R.. (Factos assentes Q).

### **3. Do mérito do recurso**

O objecto do recurso, delimitado pelas conclusões das alegações (artigo 684º, nº 3, e 690º, nºs 1 e 3, CPC), salvo questões do conhecimento oficioso (artigo 660º, nº 2, *in fine*), consubstancia-se nas seguintes questões:

3.1. - impugnação da matéria de facto:

3.1.1.) relevância dos artigos 6º a 11º da petição inicial;

3.1.2) reapreciação da prova relativamente às respostas aos artigos 3º a 10; 12º e 13º; 11º e 14º; e 20º da base instrutória;

3.2. - ónus da prova da transmissão de «algum tipo de mercadorias, produtos e

mobília»;

3.3. - ineficácia da comunicação do trespasse aos senhorios;

3.4. - falta de justificação para os depósitos das rendas efectuados pela 2ª apelada na CGD.

### **3.1 Da impugnação da matéria de facto**

#### **3.1.1. Da relevância dos artigos 6º a 11º da petição inicial**

Pretendem os apelantes que a matéria dos artigos 6º a 11º da petição inicial devem considerar-se provados por terem sido expressamente confessados pela 1ª R. nos artigos 16º a 20º da contestação, e resultarem ainda dos documentos de informação contabilística e fiscal juntos a fls. 624 a 675; e ainda por serem relevantes para a caracterização da situação do estabelecimento em momento anterior ao trespasse.

É o seguinte o teor dos artigos 6º a 11º da petição inicial:

«6º

Ao longo dos últimos anos, contudo, o estabelecimento da R. Armazéns foi entrando em decadência, acentuando-se a difícil situação económico-financeira daquela;

7º

nomeada e sucessivamente,

8º

- com vendas a decair;

9º

- com resultados líquidos negativos (proveitos menos custos>);

10º

- com diminuição (degradação) da situação líquida (soma do capital social, das reservas e dos resultados líquidos;

11º

- com diminuição da autonomia financeira (situação líquida a dividir pelo activo líquido)».

Os apelantes apresentaram a fls. 540 e ss. reclamação no sentido de tais factos serem considerados assentes ou, se assim não se entendesse, serem levados à base instrutória.

A reclamação foi indeferida por despacho de fls. 558 com fundamento em que não se tratava de matéria com relevância para a decisão da causa, pois, quando muito, poderiam consubstanciar meros factos instrumentais.

As apeladas pronunciaram-se no sentido da irrelevância de tais factos.

Previamente a saber se tal matéria está ou não admitida por acordo, importa equacionar a problemática dos factos instrumentais, já que a Mm<sup>a</sup> Juiz *a quo* indeferiu a reclamação com fundamento na natureza instrumental de tais factos, sugerindo que os factos de natureza instrumental não devem constar da base instrutória.

Os factos instrumentais definem-se, por contraposição aos factos essenciais, constando o respectivo regime do artigo 264<sup>o</sup> CPC.

Nas palavras de Lopes do Rego, Comentários ao Código de Processo Civil, Almedina, vol. I, 2<sup>a</sup> edição, pg. 252-3,

«Os factos instrumentais destinam-se a realizar prova indiciária dos factos essenciais, já que através deles se poderá chegar, mediante presunção judicial, à demonstração dos factos essenciais correspondentes – assumindo, pois, em exclusivo uma função probatória e não uma função de preenchimento e substanciação jurídico-material das pretensões e da defesa.

(...)

Não implica deste modo preclusão a circunstância de a parte não ter porventura, alegado logo nos articulados certo facto meramente instrumental – não relevante para o preenchimento e substanciação da pretensão e da defesa.

(...)

Tem, pois, o tribunal um amplo poder inquisitório relativamente aos factos instrumentais, podendo investigá-los no decurso da audiência, quer por sugestão da parte interessada, quer mesmo por iniciativa própria, com vista ao apuramento da verdade material e à justa composição do litígio, o que, aliás, sucederia desde logo por força do disposto no artigo 265<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 3.»

Da ausência de preclusão e da amplitude dos poderes do tribunal relativamente a este tipo de factos retira este autor que os factos instrumentais não carecem de ser incluídos na base instrutória, e que da sua omissão não resulta qualquer consequência processual.

No entanto, como adverte o mesmo autor, *loc. cit.*, a ausência de preclusão relativamente aos factos meramente instrumentais não invalida o interesse da alegação de tais factos pelo interessado (com a consequente inserção na base instrutória), designadamente para efeito de indicação de prova (cfr. artigo 633<sup>o</sup>: possibilidade de indicar até cinco testemunhas), não ficando sujeito às diligências instrutórias que o tribunal entender realizar oficiosamente

Lebre de Freitas, Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais, à Luz do Código Revisto, pg. 136, partindo da redacção do artigo 511<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 1, CPC, que para a elaboração da base instrutória manda seleccionar a matéria

de facto relevante para a decisão da causa, conclui que, por norma, os factos instrumentais não devem ser levados à base instrutória.

Na verdade, nada obstará que o juiz se sirva dos factos instrumentais que resultem da decisão da causa, ainda que não constem da base instrutória, para considerar provados os factos essenciais, nem sempre passíveis de prova directa, incluindo-os na motivação da decisão desses factos essenciais, ou respondendo explicativamente ao artigo da base instrutória que comporte o facto principal a que se reporta.

Sobre o conceito de facto instrumental refira-se o acórdão do STJ, de 2003.09.23 (Santos Bernardino), [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj), proc. 03 B 1987.

No sentido de os factos instrumentais relevarem na fundamentação da matéria de facto pronunciou-se o acórdão do STJ, de 2006.03.28 (João Camilo), [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj), proc. 06 A 407; no sentido de poderem constar da resposta explicativa, refiram-se os acórdãos do mesmo Tribunal, de 2006.07.06 (Pereira da Silva), 2006.01.18 (Fernandes Cadilha) e 2003.06.17 (Pires da Rosa), em [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj), proc. 06 B 2002, 05S3488 e 03 B 1007, respectivamente.

No entanto, e precisamente pelo interesse processual que da inclusão pode advir para o interessado, entendemos que se for por ele manifestado interesse na inclusão de tais factos na base instrutória, sobretudo se os tiver alegado no respectivo articulado, a sua pretensão deve ser atendida, não sendo legítimo o indeferimento com fundamento na natureza instrumental do facto. Não ser necessária a inserção dos factos instrumentais na base instrutória não significa que seja proibida a sua inclusão.

No sentido da quesitação dos factos instrumentais pronunciaram-se, no âmbito da legislação anterior à Reforma de 1996, Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, Manual de Processo Civil, Coimbra Editora, pg. 400, e 401-2, e Anselmo de Castro, Anselmo de Castro, Direito Processual Civil Declaratório, Almedina, vol. III, pg. 275-6; no âmbito da actual legislação, Abrantes Geraldês, Temas da Reforma do Processo Civil, Almedina, vol. II, 2ª edição, pg. 144-5.

E a nível da jurisprudência, o acórdão da Relação do Porto, de 2007.09.13 (Deolinda Varão), [www.dgsi.pt/jtrp](http://www.dgsi.pt/jtrp), proc. 0731955.

Pelo exposto entende-se que a natureza instrumental de um facto não obsta à sua inclusão na base instrutória.

Tal não significa, porém, que a matéria alegada nos artigos 6º a 11º deva transitar para o elenco dos factos relevantes, porquanto reveste natureza conclusiva, não tendo sido alegados os factos donde se pudessem aferir tais conclusões.

Nessa medida, a apelação improcede nessa parte.

### **3.1.2. Pressupostos da impugnação da matéria de facto**

Nos termos do artigo 712º, nº 1, alínea a), CPC, a decisão do tribunal de 1ª instância sobre matéria de facto pode ser alterada pela Relação se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa, ou se, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestados, tiver sido impugnada, nos termos do artigo 690ºA, CPC, a decisão com base neles proferida.

E, de acordo com o nº 2 do mesmo artigo, no caso a que se refere a segunda parte da alínea a) do número anterior, a Relação reaprecia as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, tendo em atenção o conteúdo das alegações de recorrente e recorrido, sem prejuízo de oficiosamente atender a quaisquer outros elementos probatórios que hajam servido de fundamento à decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados.

O artigo 690º A CPC estabelece os ónus que impendem sobre o impugnante, sob pena de rejeição do recurso:

- especificar quais os concretos pontos da matéria de facto que considera incorrectamente julgados (nº 1, alínea a);
- especificar quais os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que imponham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados, diversa da recorrida (nº 1, alínea b);
- indicar os depoimentos em que se funda, por referência ao assinalado na acta, nos termos do disposto no nº 2, do artigo 522º C, quando tenham sido gravados (nº 2).

Os apelantes deram cumprimento aos ónus que sobre si impendiam, nada obstando à reapreciação da matéria de facto.

#### **3.1.2.1. Impugnação das respostas aos artigos 3º a 10 da base instrutória;**

Os artigos 3º a 10º da base instrutória são do seguinte teor:

«3º

Os espaços identificados em B) encontravam-se vazios com sujidade entranhada de anos sem limpeza?

4º

E, com algumas prateleiras velhas, vazias e cheias de pó?

5º

E, com partes das paredes e tectos caídos e com barrigas e extensas manchas de humidade e fungos?

6º

E, com lixo, tábuas e detritos de materiais diversos espalhados por toda a parte?

7º

E, com recipientes em locais diversos para retenção de águas de infiltrações?

8º

E, com as madeiras das janelas e portadas podre e com frestas?

9º

E, com a madeira do chão podre em largas extensões?

10º

E, com um sistema eléctrico (quadro e fios) que apenas suportava a iluminação?»

Os artigos em causa mereceram resposta negativa, à excepção do artigo 5º, relativamente ao qual se respondeu que «Algumas paredes e tectos encontravam--se com manchas de humidade».

Para que se possa reapreciar a matéria de facto, importa ter em causa a alegação dos apelantes, já que os referidos artigos da base instrutória são omissos quanto ao enquadramento temporal da questão, sendo certo que a proximidade do artigo 1º da base instrutória sugeria que o momento temporal a considerar era o 1º trimestre de 2004.

No entanto, não foi isso que foi alegado pelos apelantes.

Por outro lado, não estavam em causa todos os espaços referidos em B).

A matéria em causa corresponde ao alegado nos artigos 32º e 33º da petição inicial, do teor seguinte:

«32º

Só que, desde logo e contrariamente ao que consta daquele contrato de trespasse, naquela data, e já há algum tempo, inexistia qualquer estabelecimento nas casas supra identificadas sob as alíneas b) (1º Esq.), c), d), e e) do artigo 3º e sob as alíneas a) e b) do artigo 13º.

33º

Com efeito estas casas encontravam-se não só desprovidas de quaisquer mercadorias ou equipamentos, como, constituíam antes locais urbanos

(espaços de um edifício) nús, com uma sujidade entranhada de anos sem limpeza, com algumas prateleiras velhas, vazias e cheias de pós, com partes das paredes e tectos caídos e com barrigas e extensas manchas de humidade e fungos, com lixo, tábuas e detritos de materiais diversos espalhados por toda a parte, com largas extensões das paredes e tectos sem pintura, largamente degradados, com papel de parede rasgado e a desprender-se, com recipientes em locais diversos para retenção de águas de infiltrações, com as madeiras das janelas e portadas podre e com frestas, com a madeira do chão podre em largas extensões, com um sistema eléctrico (quadro e fios) que apenas suportava a iluminação, tal como se apresenta documentado nas 24 fotografias que ora se juntam sob doc.s 18 a 41 e cujas imagens, até por dificuldade de uma correcta descrição, ora se dão por integralmente reproduzidas.»

A data relevante é, pois, 17 de Maio de 2004, data do trespasse (cfr. alínea J), e o espaço em causa não é o que consta da alínea B, mas sim os 1º andar esquerdo, 2º andar esquerdo, 3º andar esquerdo e águas furtadas (esquerdo e direito) do prédio com o nº 47 da R. B, ficando excluídas a loja e o 1º andar direito (e que são objecto dos artigos 12º e 13º da base instrutória)

No artigo 32º da petição inicial referia-se ainda o 3º andar esquerdo com entrada pelo nº 39 da R. B e 3º andar direito com entrada pelo nº 47 da mesma rua, espaços que não estão em causa no recurso e relativamente aos quais foi decretada a resolução do contrato de arrendamento.

Pese embora a redacção dos artigos 3º a 10º enfermar de deficiência, nada obstará a que seja considerado o enquadramento temporal resultante do articulado e que, quanto aos espaços em causa, se restrinja ao alegado, por forma a reconduzir a factualidade a provar àquilo que foi alegado.

Será, pois, neste enquadramento que tem de ser equacionada a reapreciação da matéria de facto.

Os meios probatórios a considerar, segundo os apelantes, são:

- confissão da 1ª apelada (artigo 52º da respectiva contestação) e da 2ª apelada (artigos 39º e 43º da respectiva contestação);
- depoimento de parte do representante legal da 2ª apelada;
- depoimento da testemunha J;
- depoimento da testemunha R.

A matéria do artigo 52º da contestação da 1ª apelada tem de ser lida em

consonância com os artigos antecedente e subsequente.

É o seguinte o teor desses artigos:

«51º

Referem ainda os alegados Autores que pelas fotografias juntas aos autos, sob os doc. 19 a 51, se pode constatar que as referidas instalações, terceiro andar e águas furtadas, se encontravam devolutas e como tal nada terá sido trespassado.

52º

A este propósito importa deixar claro que as ditas fotografias foram tiradas em Junho de 2004, depois da realização do Trespasse!!!, retratando apenas o estado de degradação a que a senhoria deixou chegar o imóvel, principalmente naqueles pisos, devido a infiltrações de águas provenientes do telhado

53º

Refira-se aliás que a senhoria sempre soube do estado degradado destas instalações, como também sempre soube, nunca tendo impugnado tal facto, que o mesmo nunca esteve ao serviço do público, até pelo acesso difícil a esses pisos, por intermédio de uma escada íngreme e estreita, servindo isso sim para armazenagem de mercadorias diversas e para arquivo da parte administrativa.»

Relativamente à contestação da 2ª apelada são os seguintes os artigos a considerar:

«32º

A senhoria, bem sabendo que tais espaços [todos à excepção da loja e 1º andar direito] estiveram sempre afectos à armazenagem e arquivos, nunca contra isso se manifestou, pelo que, mesmo que a razão lhe assistisse (e não assiste) já não tem o direito de reclamar.

39º

Quanto às afirmações sobre o estado degradado de partes físicas do estabelecimento (artigos 45º a 51º da petição), sendo certo que neles é evidente tal estado, bem demonstrativo do interesse da senhoria nos locados (!...) reafirma-se quanto se disse no artigo 32º deste articulado»

43º

Como é que se justifica que a motivação do negócio tenha sido, como pretendem a relação espaço/renda, se o espaço na sua maior parte, está tão degradado que nem é aproveitado (para feito de transacções comerciais) há muito tempo pelas obras de que carece (artigos 33º, 34º e 43º).»

A alegação dos apelantes vai no sentido de que, à data do trespasse não existia qualquer estabelecimento comercial que pudesse ser transmitido,

fundando a sua alegação no estado de degradação em que se encontravam os locados.

O que a 1ª apelada afirma é que, tendo as fotografias em causa sido tiradas em momento posterior ao trespasse, não podem retratar o estado de desocupação das instalações àquela data, apenas demonstrando o desinteresse da senhoria na conservação dos locados.

E a 2ª apelada apenas aceita a degradação do locado como demonstração da falta de interesse da senhoria na conservação do locado, referindo que esses espaços (excepção feita à loja e ao 1º andar direito) não eram utilizados para atendimento do público, mas eram utilizados para arquivos e armazéns, contrariando a ideia de desocupação e abandono veiculado pelos apelantes.

Assim, do depoimento de parte do legal representante da 2ª apelante, e conforme consta do despacho de fls. 773, resultou que **o 3º andar do nº 47 da R. a 17 de Maio de 2004, tinha o tecto podre encontrando-se ali recipientes para receber água, o mesmo acontecendo em algumas partes das águas furtadas.**

E resultou ainda provado que **o chão do 3º andar se encontrava podre nas zonas onde caía água.**

Estes factos têm de ser adicionados ao elenco dos factos provados.

Do restante depoimento não resultaram confessados outros factos, sendo de realçar a falta de clareza do mesmo, atenta a intervenção de um intérprete de mandarim, cuja língua materna não é o português.

Passando à prova testemunhal, não se afigura que os depoimentos invocados pelos apelantes sejam suficientes para alterar a resposta aos artigos em apreço.

Os depoimentos têm de ser apreciados globalmente, não se podendo isolar determinados segmentos do respectivo contexto.

A circunstância de a testemunha J, funcionário do P (empresa igualmente detida pelo sócio-gerente da 1ª apelada), a dada altura ter afirmado que quando entregaram os locados estava praticamente tudo vazio, não permite responder afirmativamente à primeira parte do artigo 3º da base instrutória, desde logo porque não sabemos o que foi retirado e o que permaneceu. Aliás, referiu expressamente que quando ocorreu o trespasse apenas uma parte das

existência foi retirada, embora também não tenha identificado o quê. Confrontado com as fotografias, afirmou não ter a percepção que as coisas estivessem naquele estado quando entregaram os espaços em causa.

Relativamente à testemunha R os apelantes referem que confirmou fotografia a fotografia, de fls. 53 a 70, que correspondiam aos espaços em apreço.

Daqui não resulta, porém, que os espaços em causa estivessem vazios. Esta testemunha, que foi funcionário da 1ª apelada durante mais de trinta anos, afirmou que aquando do trespasse aí ficaram «miudezas» (panos de louça, toalhas de rosto, toalhetes, collants, meias de homem, meias de senhora), bem com o os produtos que foram comprados para a reabertura do estabelecimento.

Os depoimentos em causa não são suficientes para pôr em crise as respostas aos artigos 3º a 10º da base instrutória, sem prejuízo do que se disse acerca da confissão do representante legal da 2ª apelada.

### **3.1.2.2. Impugnação das respostas aos artigos 12º e 13º da base instrutória**

Os apelantes questionam igualmente as respostas aos artigos 12º e 13º da base instrutória, do teor seguinte:

«12º

Em Abril de 2004, o espaço remodelado aberto na loja referida em B), dedicado à venda de retalho de pronto-a-vestir com peças baratas de vestuário, era, com o acordo da 1ª ré, explorado pela 2ª ré?

13º

Em Abril de 2004, o espaço remodelado aberto no 1º andar dtº referido em B), dedicado à venda a retalho de detergentes, produtos de higiene, guardanapos, molduras para quadros, brinquedos, utensílios/utilidades de plástico, nomeadamente para cozinha, cadernos, lápis, bijuteria, objectos decorativos baratos, era, com o acordo da 1ª ré, explorado pela 2ª ré?»

Face à resposta negativa, entendem os apelantes que deve ser dada como provada a primeira parte destes artigos, em conformidade com o que foi alegado.

Na verdade, a construção dos artigos 12º e 13º da base instrutória fez incidir a tónica no alegado conluio entre as apeladas, conluio que os apelantes aceitam não ter resultado provado, razão por que pretendem que seja

considerada provada a primeira parte dos referidos artigos relativos à mudança de ramo.

Invocam os apelantes a forma como alegaram tal matéria, reportando os artigos 24º a 27º da petição inicial à mudança de ramo, e o 28º ao alegado conluio das apeladas.

Opõe-se a 2ª apelada, dizendo que esta questão era susceptível de reclamação por deficiência, obscuridade, contradição decisória ou falta de motivação, tendo os apelantes disposto de dois momentos processuais para o fazer: o da reclamação à elaboração da base instrutória e o momento do artigo 653º, nº 4, CPC.

Consideram mesmo existir um ónus de reclamação a cargo dos apelantes, cuja inobservância teria feito precluir a possibilidade de suscitarem a questão em sede de recurso.

Não assiste razão à 2ª apelada.

Em primeiro lugar, constitui entendimento corrente que a matéria considerada assente e a base instrutória não fazem caso julgado formal, o que facilmente se compreende face à natureza instrumental da fixação da matéria de facto relevante (Abrantes Geraldès, *loc. cit.*, pg. 154-5, com indicações doutrinárias e jurisprudenciais, Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *op. cit.*, pg. 411 e ss.; acórdãos do STJ, de 2005.06.22 e de 2005.02.03 (Salvador da Costa), [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj), proc. 05B1993 e 04B4773, respectivamente; e da Relação de Lisboa, de 2006.03.16 (Carlos Valverde), [www.dagsi.pt/jtrl](http://www.dagsi.pt/jtrl), proc. 1528-06).

Em segundo lugar, os apelantes não pretendem qualquer alteração da formulação dos artigos 12º e 13º da base instrutória, mas tão só que lhes seja dada uma resposta restritiva, considerando provadas as primeiras partes dos referidos artigos, relativos à mudança de ramo. Isto em conformidade com o alegado nos artigos 24º e ss.. da petição inicial.

Vejamos então alegação dos apelantes:

«24º

Em dia indeterminado do mês de Abril 2004, após a conclusão das obras, abriu um novo espaço na referida loja e 1º direito, e apenas confinado a estas duas casas,

25º

dedicado, na loja, à venda a retalho de pronto a vestir com peças baratas de vestuário, maioritariamente destinadas (público alvo) a pessoas de menores recursos,

26°

e (dedicado) no 1° andar direito, à venda a retalho de detergentes, produtos de higiene, guardanapos, molduras (para quadros), brinquedos, utensílios/ utilidades de plástico nomeadamente para cozinha, cadernos, lápis, bijuteria, objectos decorativos baratos, em suma, o tipo de bens e de loja a que habitualmente se designa por "loja dos trezentos".

27°

Este estabelecimento (loja e 1° direito, ao qual apenas se acede pelas escadas interiores da loja, uma vez que a porta para as escadas do n°47 se encontra permanentemente fechada) surgiu como um novo "espaço" (loja), totalmente remodelado, com uma diferente disposição ("layout"), e com o recurso a novas prateleiras simples (estrutura metálica "tipo lego"), à introdução de "carrinhos expositores para peças de vestuário", um circuito interno de vídeo com um monitor (que permite a visualização de todo o espaço interior) e um único e pequeníssimo balcão logo à entrada da loja com um computador/"máquina registadora" — sistema este igualmente uma novidade.

28°

Este novo estabelecimento abriu sendo a maioria dos empregados, e o responsável no local - o Sr. G ao todo cerca de 4 a 5 pessoas, cidadãos de etnia oriental (chineses).»

Efectivamente os apelantes alegaram, por um lado, a mudança de ramo, e, por outro, que o responsável pelo estabelecimento e seus empregados eram cidadãos de etnia chinesa.

Os meios probatórios a considerar, segundo os apelantes, são:

- confissão da 1ª apelada;
- depoimento de parte do representante legal da 2ª apelada;
- depoimento da testemunha C;
- depoimento da testemunha R.

A mudança de ramo resultou sobejamente provada, desde logo por confissão da 1ª apelada que assume claramente a mudança de ramo, designadamente nos artigos 25º a 30º, 33º a 35º, 37º e 49º da sua contestação. A 2ª apelada admitiu, no artigo 25º da sua contestação, a adaptação do estabelecimento a um novo perfil.

Mudança de ramo que, de resto, foi corroborada pelo depoimento da testemunha C, director financeiro do Hotel, empresa detida pelo sócio-gerente

da 2ª apelada, que foi o mentor das alterações introduzidas.

Nessa conformidade, nada obstando a uma resposta restritiva, considera-se ainda provado que:

**- Em Abril de 2004, o espaço remodelado aberto na loja referida em B), passou a dedicar-se à venda de retalho de pronto-a-vestir com peças baratas de vestuário.**

**- Em Abril de 2004, o espaço remodelado aberto no 1º andar dtº referido em B), passou a dedicar-se à venda a retalho de detergentes, produtos de higiene, guardanapos, molduras para quadros, brinquedos, utensílios/utilidades de plástico, nomeadamente para cozinha, cadernos, lápis, bijuteria, objectos decorativos baratos.**

Pretendem ainda os apelantes que seja dado como provado que desde essa abertura até à data do trespasse (17 de Maio de 2004) quem se encontrava nesse espaço a «aviar» a clientela era o Sr. G (sócio-gerente da G) e o pessoal dele, os ajudantes dele, escolhidos por ele.

Aqui a resposta pretendida já excede manifestamente o alegado.

Na verdade, o que foi alegado foi que o Sr. G era o responsável pela exploração do estabelecimento, e que ele e a maioria dos funcionários eram de etnia chinesa, coisa muito diversa de se dizer que eram quem estava a «aviar» a clientela: não se trata de um *minus*, mas sim de um *aliud* (a diferença é qualitativa e não meramente quantitativa).

Nesta parte não pode ser atendida a pretensão dos apelantes.

### **3.1.2.3. Impugnação das respostas aos artigos 11º e 14º da base instrutória**

Discordando da resposta negativa aos artigos 11º e 14º da base instrutória, entendem os apelantes que deve considerar-se como provado que tanto o custo das obras como das mercadorias não foram suportados pela 1ª apelada, ou quando assim não se entendesse, teria de se considerar como não provado que a 1ª apelada não transmitiu para a 2ª apelada, com o alegado trespasse, qualquer tipo de mercadoria.

Previamente à análise dos meios de prova indicados, importa determinar se os artigos da base instrutória, cuja formulação não foi posta em causa, comportam as respostas pretendidas pelos apelantes.

É o seguinte o teor dos artigos em causa:

«11º

As obras realizadas no 1º trimestre de 2004 na loja e no 1º andar dtº referidos em B) foram, com o acordo da 1ª ré, projectadas e implantadas pela 2ª ré ?  
14º

O custo das obras e das mercadorias referidas nos factos 11º, 12º e 13º foram suportadas pela 1ª ré e reembolsadas pela 2ª ré mediante a dedução do produto das vendas e da inclusão do remanescente no preço referido em J) ?»

Com a finalidade de infirmarem a conclusão constante da sentença de que «no caso dos autos temos que foram transmitidos elementos corpóreos do estabelecimento, destacando-se o imóvel utilizado, algum tipo de mercadorias, produtos e mobília, e elementos incorpóreos, destacando-se o nome do estabelecimento, a sua localização, e os direitos resultantes de contratos, como por exemplo, de arrendamento», pretendem os apelantes que a resposta aos artigos em causa reflectam a negação dessa afirmação.

No entanto, e de forma ostensiva, as respostas que os apelantes pretendem imputar aos artigos em causa excedem manifestamente o âmbito da matéria aí plasmada.

Perguntando-se se o custo de determinadas obras e mercadorias foi suportado pela 1ª ré e reembolsado pela 2ª ré mediante a dedução do produto das vendas e da inclusão do remanescente no preço do trespasse, não se pode responder que esses custos não foram suportados pela 1ª ré.

Trata-se precisamente do contrário do que consta do artigo em causa, que corresponde textualmente àquilo que foi alegado pelos apelantes.

As respostas têm de se conter nos factos alegados, não se podendo criar novos factos (acórdão do STJ, de 2006.12.19 (Sebastião Povoas), [www.dgsi.pt.j.stj](http://www.dgsi.pt/j.stj), proc. 06 A 4115).

As respostas negativas dadas a estes artigos não merecem, pois, qualquer censura.

#### **3.1.2.4. Impugnação da resposta ao artigo 20º da base instrutória**

Para os apelantes a matéria do artigo 20º deveria ser considerada provada, porquanto os cheques e recibos de renda eram passados em nome de Maria C, e não de Maria.

Vejamos qual o teor do artigo 20º da base instrutória, e do 21º, com ele relacionado.

«20º

Os autores informaram a 1ª ré da sua qualidade de senhorios dos imóveis referidos em B) e e H) ?

21º

A assinatura de Maria nos recibos de renda emitidos à 1ª ré precedidos da

expressão "p.p." resultaram do pedido formulado por esta para que a retenção na fonte, relativa ao imposto sobre o rendimento, fosse feita por referência aos seus filhos, ora autores ?»

O artigo 20º foi considerado «não provado» com base no depoimento da testemunha J, empregado de escritório do P (empresa detida pelo sócio-gerente da 1ª apelada), que a partir de 2004 passou a fazer a contabilidade dos Armazéns. Segundo declarou, nunca tiveram conhecimento que a senhoria não fosse Maria, tanto mais que também tinha sido a ela que tinham comunicado um anterior trespasse e não tinha havido problemas.

Não soube esta testemunha explicar por que razão a retenção na fonte relativamente às rendas pagas era feita em nome dos apelados, pois limitou-se a fazer como os colegas que o antecederam.

A prova testemunhal não foi de molde a concluir-se que os apelantes tenham informado a 1ª apelada da sua qualidade de senhorios.

Nem a prova documental invocada pelos apelantes.

Com efeito, a circunstância de a retenção na fonte, relativa ao imposto sobre o rendimento, ser feita por referência aos apelantes, não legitima a conclusão de que estes informaram a 1ª apelada da sua qualidade de senhorios, ainda que esta não tenha logrado provar que a referida retenção fosse feita por referência aos apelantes a pedido de Maria.

Poderá porventura permitir a ilação de que a 1ª apelada sabia que os apelantes eram os proprietários do imóvel arrendado, mas isso não implica que esse conhecimento lhe tenha advindo de comunicação dos apelantes. Poderia ter resultado, por exemplo, da consulta dos elementos constantes da Conservatória do Registo Predial, ou de uma penhora que pudesse ter recaído sobre o imóvel.

Ora, o que se pergunta no artigo 20º da base instrutória não é se os apelados sabiam que os apelantes eram os proprietários do locado, mas sim se tal facto lhe foi por estes informado.

E isso não se provou, justificando-se a resposta negativa ao artigo 20º da base instrutória.

Assim, aos factos considerados provados na sentença da 1ª instância acrescentam-se os seguintes:

**- Em Abril de 2004, o espaço remodelado aberto na loja referida em B), passou a dedicar-se à venda de retalho de pronto-a-vestir com peças baratas de vestuário.**

- Em Abril de 2004, o espaço remodelado aberto no 1º andar dtº referido em B), passou a dedicar-se à venda a retalho de detergentes, produtos de higiene, guardanapos, molduras para quadros, brinquedos, utensílios/utilidades de plástico, nomeadamente para cozinha, cadernos, lápis, bijuteria, objectos decorativos baratos.
- O 3º andar do nº 47 da R., a 17 de Maio de 2004, tinha o tecto podre encontrando-se ali recipientes para receber água, o mesmo acontecendo em algumas partes das águas furtadas.
- O chão do 3º andar se encontrava podre nas zonas onde caía água.

### 3.2. Do direito

O presente recurso versa o segmento da sentença que julgou improcedente o pedido de resolução do contrato de arrendamento celebrado com a 1ª apelada, em Julho de 1921, e que teve por objecto

- a) uma loja com os nºs 21 a 24 do Largo e nºs 53 a 55 da Rua B;
- b) 1º andar direito e 1º andar esquerdo, ambos com entrada pelo nº 47 da Rua B;
- c) 2º andar esquerdo, com entrada pelo nº 47 da Rua B;
- d) 3º andar esquerdo, com entrada pelo nº 47 da Rua B;
- e) águas furtadas, lados direito e esquerdo, com entrada pelo nº 47 da Rua B.

Segundo os apelantes, a cedência do gozo dos locados é ilícita, por não ter existido trespasse.

As apeladas sustentam a existência de um trespasse válido.

O alegado ilícito iniciou-se e consumou-se no âmbito do RAU, tendo a acção sido instaurada em momento anterior à entrada em vigor do NRAU, razão pela qual o regime aplicável é o que resulta do RAU (cfr. artigo 12º, nº 1, CC. e Pinto Furtado, Manual de Arrendamento Urbano, Almedina, vol. II, 4ª edição, pg. 1014).

O contrato de arrendamento é celebrado *intuitu personae*: a pessoa do locatário não é indiferente para o locador, desde logo pelas garantias que lhe possa prestar.

Daí que a transmissão da posição contratual esteja dependente de consentimento do locador (artigo 424º, nº 1, CC, *ex vi* artigo 1059º, nº 2, CC.).

Essa natureza do contrato de locação reflecte-se, naturalmente, no seu regime.

Assim, nos termos do artigo 1038º, alínea f), CC, constitui obrigação do locatário não proporcionar a outrem o gozo total ou parcial da coisa por meio de cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato, excepto se a lei o permitir ou o locador autorizar.

Em consonância, o artigo 64º, nº 1, alínea f), do RAU, considera fundamento de resolução pelo senhorio a circunstância de o arrendatário subarrendar ou emprestar, total ou parcialmente, o prédio arrendado, ou ceder a sua posição contratual, nos casos em que estes casos são ilícitos inválidos por falta de forma ou ineficazes em relação ao senhorio, salvo o disposto no artigo 1049º CC.

Um dos casos em que a lei dispensa a autorização do senhorio é o do trespasse.

Dispõe o artigo 115º, nº 1, RAU, que é permitida a transmissão por acto entre vivos da posição do arrendatário, sem dependência da autorização do senhorio, no caso de trespasse do estabelecimento comercial ou industrial.

Trata-se de uma situação de cessão do contrato de arrendamento forçada ou imperativa (Mota Pinto, Cessão da Posição Contratual, Almedina, pg. 85, nota 2, e Gravato de Moraes, Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial, Almedina, pg. 93).

Com Antunes Varela, RLJ 115º/253, nota 1, podemos definir o trespasse como a transmissão definitiva, por acto entre vivos (seja a título oneroso, seja a título gratuito), da titularidade do estabelecimento comercial.

Segundo o acórdão do STJ, de 2008.05.08 (Salvador da Costa), [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj), proc. 08B1182,

«o estabelecimento comercial ou industrial é a estrutura material e jurídica integrante, em regra, de uma pluralidade de coisas corpóreas e incorpóreas - coisas móveis e ou imóveis, incluindo as próprias instalações, direitos de crédito, direitos reais e a própria clientela ou aviamento - organizados com vista à realização do respectivo fim.

A referida estrutura varia, como é natural, em função de circunstâncias diversas, desde logo em razão dos diversos ramos de actividade que operem. Por outro lado, o conjunto dos elementos de determinado estabelecimento comercial ou industrial é variável ao longo do tempo, consoante a vontade do respectivo titular, segundo os seus interesses, em regra condicionados, além

do mais, pela evolução da tendência de mercado, pelas necessidades de reestruturação, de especialização ou de economia de meios.

O próprio elemento humano que implementa a actividade de cada um dos estabelecimentos também é, naturalmente, susceptível de variar, além do mais, por virtude da utilização de novas tecnologias».

Assim, a dispensa de consentimento do senhorio destina-se a tutelar a mais valia que o estabelecimento comercial representa relativamente ao arrendamento, ao valor que o arrendatário incorporou com o exercício da sua actividade, só se justificando se e na medida em que se transmita o estabelecimento enquanto unidade produtiva (Gravato de Moraes, *Alienação e Oneração*, cit., pgs 92-4; Maria Olinda Garcia, *Arrendamentos para Comércio e Fins Equiparados*, Coimbra Editora, pg. 81).

O destino da pretensão dos apelantes depende de ter havido ou não trespasse.

O nº 2 do artigo 115º RAU estabelece que não há trespasse quando:

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

A problemática da determinação da existência de trespasse tem sido objecto de ampla atenção por parte da doutrina, que se tem debruçado sobre o artigo 115º, nº 2, RAU (e antes disso sobre o artigo 1118º CC, que consagrava doutrina idêntica).

Desenharam-se na doutrina duas grandes correntes: a de que o nº 2 do artigo 115º RAU (ou o seu antecessor, o artigo 1118º CC) enuncia meros índices semióticos da inexistência de trespasse, defendida por Orlando de Carvalho, RLJ 110º/111, e a tese da consagração de uma presunção *juristantum* da inexistência de trespasse.

A opção por uma ou outra não é isenta de consequências a nível da determinação do ónus da prova.

Assim, para a teste dos «índices semióticos da inexistência de trespasse - a que aderiram Gravato de Moraes, *op. cit.*, pg. 94-5, O novo Regime do Arrendamento Comercial, Almedina, 2ª edição, pg. 284-5, nota 258, e

Coutinho de Abreu, Da Empresarialidade, Almedina, pgs. 316-6 - , impende sobre o senhorio o ónus da prova da demonstração da inexistência de trespasse.

Contrariamente, a alegada existência de uma presunção *juristantum* da inexistência de trespasse levaria à inversão do ónus da prova, cabendo ao arrendatário ilidir a presunção, demonstrando que efectivamente existiu trespasse.

Pefilham este entendimento Pereira Coelho, Januário Gomes, Ferrer Correia, Mário Frota (*apud* Gravato Moraes, Alienação cit., 94 e ss., e Coutinho de Abreu, *op. cit.*, 316-7).

Pinto Furtado, isolado na doutrina, defende que o preceito em causa delimita negativamente o conceito de trespasse, significando que «nem o senhorio tem a seu favor uma simples presunção de inexistência nem o arrendatário poderá vir a provar que, não obstante a falta de atributos, ele existe». E que não tendo a transmissão de ser total, terá de ser *global e em conjunto* (Manual do Arrendamento Urbano, Almedina, pg. 502).

Tal como refere este Autor, *op. cit.*, pg. 501-2, a expressão «Não há trespasse» utilizada no proémio do nº 2 do artigo 115º RAU, dada a sua natureza peremptória não consente a interpretação de que consagra presunções ou índices semióticos da inexistência de trespasse.

Enquadrada a questão do ponto de vista legal e doutrinário, e revertendo ao caso concreto, vejamos como a sentença sob recurso equacionou a pretensão dos apelantes.

A matéria de facto relativa à (in)existência de trespasse foi alegada pelos apelantes e vertida nos artigos 1º a 10º e 11º a 14º da base instrutória, supra transcritos a propósito da impugnação da matéria de facto.

Apenas se provou:

- Em Fevereiro/Março de 2004, por número de dias que não foi possível apurar, a 1ª R. encerrou o estabelecimento referido em D), retirando, designadamente, algumas mercadorias e equipamentos, para a realização de obras. (Resp. facto controv. 1º);
- Em Fevereiro de 2004, a 1ª ré procedeu à cessação dos contratos de trabalho dos trabalhadores afectos a esse estabelecimento. (Resp. facto controv. 2º);
- O 3º andar do nº 47 da R., a 17 de Maio de 2004, tinha o tecto podre encontrando-se ali recipientes para receber água, o mesmo acontecendo em algumas partes das águas furtadas.
- O chão do 3º andar se encontrava podre nas zonas onde caía água.
- Algumas paredes e tectos encontravam-se com manchas de humidade. (Resp.

facto controv. 5°);

- Em Abril de 2004, o espaço remodelado aberto na loja referida em B), passou a dedicar-se à venda de retalho de pronto-a-vestir com peças baratas de vestuário;

- Em Abril de 2004, o espaço remodelado aberto no 1° andar dt° referido em B), passou a dedicar-se à venda a retalho de detergentes, produtos de higiene, guardanapos, molduras para quadros, brinquedos, utensílios/utilidades de plástico, nomeadamente para cozinha, cadernos, lápis, bijuteria, objectos decorativos baratos.

Lê-se na sentença sob recurso:

«Atendendo à matéria de facto dada como provada, não obstante as alegações da autora, a verdade é que apenas logrou provar-se que a 1ª ré não transmitiu à 2ª ré, através do trespasse, os contratos de trabalho. Contudo, tal como a Jurisprudência e a Doutrina têm entendido basta que sejam transmitidos os elementos que asseguram o estabelecimento, pelo menos os que formam o seu "minimum ", e, no caso dos autos, temos que foram transmitidos elementos corpóreos do estabelecimento, destacando-se o imóvel utilizado, algum tipo de mercadorias, produtos e mobília, e elementos incorpóreos, destacando-se o nome do estabelecimento, a sua localização, e os direitos resultantes de contratos, como por exemplo, de arrendamento».

Relativamente à descaracterização do trespasse, o Mmº Juiz a quo apenas considerou a cessação dos contratos de trabalho. E, na verdade, os demais factos provados (incluindo os que resultaram da reapreciação da matéria de facto) acabam por ser inócuos para este efeito: o que se provou relativamente ao estado das instalações não invalida a existência de trespasse atenta a sua diminuta expressão relativamente à totalidade do espaço arrendado; nem a alteração de ramo efectuada pouco tempo antes da celebração do trespasse permite, só por si, presumir a existência de *animus fraudandi*, por não se ter provado o conluio das apeladas (cfr. resposta negativa à parte final dos artigos 12º e 13º, e à totalidade dos artigos 11º e 14º).

Face à tese dos «índices semióticos da inexistência de trespasse», a que o Mmº Juiz a quo expressamente aderiu, não teriam logrado os apelantes demonstrar a inexistência de trespasse, pelo que a cessão da posição de arrendatário seria lícita, independentemente da sua autorização, e a sua pretensão estaria necessariamente votada ao insucesso.

A sentença, porém, foi mas longe, ao afirmar que «foram transmitidos elementos corpóreos do estabelecimento, destacando-se o imóvel utilizado, algum tipo de mercadorias, produtos e mobília, e elementos incorpóreos, destacando-se o nome do estabelecimento, a sua localização, e os direitos

resultantes de contratos, como por exemplo, de arrendamento».

Afigura-se, porém, que a matéria de facto provada (mesmo incluindo os factos que foram aditados) não é suficiente para sustentar esta afirmação, que, aliás, equivaleria à ilisão da alegada presunção de inexistência de trespasse pelo arrendatário, para quem sustente esta tese.

Para além da transmissão do gozo imóvel (que isoladamente significa apenas cessão da posição do arrendatário) é referido «algum tipo de mercadorias, produtos e mobília, e elementos incorpóreos, destacando-se o nome do estabelecimento, a sua localização, e os direitos resultantes de contratos, como por exemplo, de arrendamento».

Em lado algum da matéria de facto constam estes elementos, desde logo por que não foram alegados pelas apeladas, a quem cuja prova interessava.

A circunstância de algumas testemunhas terem referido a transmissão de alguns produtos - cujo valor não referiram - não legitima a consideração desses elementos na sentença, atento o princípio do dispositivo, um dos princípios estruturantes do processo civil. E ninguém afirmou a transmissão do nome do estabelecimento.

Com efeito, o juiz apenas pode servir-se de factos que tenham sido alegados pelas partes (artigo 664º CPC), a quem cabe alegar os factos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiem as excepções (artigo 264º, nº 1, CPC).

Apenas em situações excepcionais pode o juiz considerar oficiosamente factos não alegados: quando se trate de factos instrumentais que resultem da discussão da causa (artigo 264º, nº 2, CPC), ou, tratando-se de factos essenciais à procedência das pretensões ou das excepções deduzidas, que sejam complemento ou concretização de factos oportunamente alegados e resultem da instrução da causa, desde que a parte interessada manifeste a vontade de deles se aproveitar e à parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório (artigo 264º, nº 3, CPC).

Da matéria de facto apurada resulta que nem os apelantes demonstraram que não houve trespasse, nem os apelados provaram a ocorrência do mesmo. O *não liquet* em matéria probatória tem de ser decidido contra a parte onerada, nos termos do artigo 516º CPC.

Relativamente à matéria da distribuição do ónus da prova, Antunes Varela (RLJ 117/30 e ss.) apela à teoria das normas ou da construção normativa, segundo a qual os pressupostos de facto cuja verificação incumbe à parte alegar e provar é determinado à luz da norma substantiva aplicável.

Assim, «ao autor cabe a prova dos factos que, *segundo a norma substantiva*

*aplicável*, servem de pressuposto ao efeito jurídico por ele pretendido (...)» e «ao réu incumbirá, por sua vez, a prova dos factos correspondentes à previsão (abstracta) da norma substantiva que seja causa *impeditiva, modificativa* ou *extintiva* (do efeito jurídico pretendido pelo autor) por ele (réu) invocada» (pg. 30).

Trata-se, no fundo, como reconhece este Autor, da relação existente entre a regra e a excepção (pg. 31).

A regra, no caso em apreço, é que o arrendamento não pode ser transmitido sem a autorização do senhorio (artigo 424º, nº 1, *ex vi* artigo 1059º, nº 2, CC). A excepção é a existência de trespasse (artigo 115º, nº 1, RAU) ou a autorização do senhorio.

A circunstância de os apelantes terem alegado a inexistência de trespasse não descaracteriza a distribuição do ónus da prova, como entendeu o acórdão da Relação de Lisboa, de 2004.04.22, Francisco Magueijo, [www.dgsi.pt.jtrl](http://www.dgsi.pt.jtrl), proc. 1073/2004, e Jus Net 2206/2004. Trata-se apenas de uma defesa antecipada, no pressuposto de que será alegado trespasse.

Assim, aos apelantes cabia alegar e provar a cedência a terceiros, e às apeladas a existência de trespasse (acórdão da Relação do Porto, de 2006.01.26, Deolinda Varão, [www.dgsi.pt.jtrp](http://www.dgsi.pt.jtrp), proc. 0536429).

Configurando-se o trespasse *res inter alios acta* relativamente ao senhorio, não se lhe pode exigir que prove que não houve trespasse - *probatio diabolica* - , por que dificilmente estará em condições de obter esses elementos.

A afirmação do trespasse faz-se alegando quais foram os elementos efectivamente abrangidos pelo negócio, permitindo ao tribunal concluir (ou não) pela existência do trespasse, por referência à delimitação negativa ínsita no nº 2 do artigo 115º RAU, que funciona como uma espécie de «filtro» contra eventuais fraudes, consistentes na simulação do trespasse, para beneficiar da dispensa de consentimento do senhorio na transmissão da posição contratual do locatário.

As apeladas, contudo, não alegaram factos donde se pudesse inferir a existência do trespasse, não bastando, obviamente, afirmar a sua existência, tanto mais que os apelantes impugnaram tal facto.

A 2ª apelada, na respectiva contestação, limitou-se a impugnar os factos alegados pelos apelados na lógica de que não haveria trespasse. Assim, afirmam a validade do trespasse por que:

- não precisava de incluir os trabalhadores (artigo 28º);
- marcas, contratos de trabalho, contratos com fornecedores, não têm de ser

transmitidos como elemento integrante de um trespasse (artigo 33º);

- nem a clientela é um elemento essencial para o trespasse, uma vez que, nem sequer deve considerar-se um elemento do estabelecimento (34º);
- o trespasse incluiu uma gama variada de mercadorias e outros elementos integrantes do estabelecimento (35º);
- o trespasse efectuado abrangeu, em qualquer caso, mais do que o mínimo de elementos necessários à manutenção da existência do estabelecimento, permitindo ao adquirente o seu funcionamento (36º);
- o próprio nome do estabelecimento é valioso, elemento que os AA. se "esquecem" de referir de entre os transmitidos e entre os elementos que contribuem para definir o valor de trespasse (40º).

A afirmação de que o trespasse incluiu uma gama variada de mercadorias e outros elementos integrantes do estabelecimento reveste natureza conclusiva, pois não se identifica minimamente essa mercadoria nem os demais elementos integrantes do estabelecimento, omitindo-se igualmente o respectivo valor. E relativamente ao nome do estabelecimento não é afirmada de forma peremptória a sua transmissão, referindo-se apenas que os autores se «esquecem» de o referir entre os elementos transmitidos, quando é certo que os apelantes sempre sustentaram que não havia trespasse. E a verdade é que nem sequer sabemos qual é o nome do estabelecimento («Armazém de Malhas, Ldª», é a denominação social da 1ª apelada, sendo certo que o trespasse não foi acompanhado de cessão de quotas), bem como desconhecemos o seu eventual valor.

Conclui-se, pois, que a 2ª apelada, interessada na prova do trespasse, não alegou factos que pudessem sustentar a existência de um trespasse.

E, contrariamente ao defendido pela 2ª apelada, as respostas negativas aos factos alegados pelos apelantes não têm como consequência lógica e normal a prova positiva do inverso.

Conforme entendimento corrente da jurisprudência, da resposta negativa a um artigo da base instrutória não resulta a prova do contrário, tudo se passando como se tal facto não tivesse sido alegado (acórdãos do STJ, de 2008.09.11, Duarte Soares, e 2006.04.06, Oliveira Barros, [www.dgsi.pt/jstj](http://www.dgsi.pt/jstj), proc. 08B2075 e 06B305, respectivamente).

Em síntese: os apelantes alegaram e provaram os factos que lhes competia (os integrantes da cedência do gozo do locado à 2ª apelada – artigo 342º, nº 1, CC), tendo as apeladas decaído na sua pretensão de ter ocorrido um trespasse idóneo para dispensar a autorização do senhorio (artigo 342º, nº 2, CC).

Procede, pois, o recurso.

As demais questões suscitadas a título subsidiário ficam prejudicadas (artigo 660º, nº 2, CPC).

#### **4. Decisão**

Termos em que, julgando a apelação procedente, declara-se a resolução do contrato de arrendamento celebrado com a 1ª apelada, em Julho de 1921, e que teve por objecto

- a) uma loja com os nºs 21 a 24 do Largo e nºs 53 a 55 da Rua B;
- b) 1º andar direito e 1º andar esquerdo, ambos com entrada pelo nº 47 da Rua B;
- c) 2º andar esquerdo, com entrada pelo nº 47 da Rua B;
- d) 3º andar esquerdo, com entrada pelo nº 47 da Rua B;
- e) águas furtadas, lados direito e esquerdo, com entrada pelo nº 47 da Rua B, condenando-se a 2ª R a entregar os referidos arrendados livres de pessoas e bens.

Custas pelas apeladas.

Lisboa, 08.01.15

Márcia Portela

Maria Manuela Gomes

Olindo dos Santos Geraldês