

# O NOVO REGIME DO ARRENDAMENTO URBANO E OS NEGÓCIOS SOBRE A EMPRESA

## I — O NRAU E O ARRENDAMENTO DE IMÓVEIS PARA FINS NÃO HABITACIONAIS

1

### 1. Novidades gerais

A Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprovou o NRAU, apresenta como grande *inovação sistemática* a devolução do *arrendamento urbano* ao Código Civil, de onde tinha saído pela revogação dos arts. 1083.º-1120.º (Secção VIII — Arrendamento de prédios urbanos e arrendamento de prédios rústicos não abrangidos na secção precedente [Secção VII — Arrendamento rural]), operada pelo art. 3.º, n.º 1, al. a), do DL n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, que aprovou o RAU <sup>(1)</sup>. Desta feita, a Secção VII do Capítulo IV (Locação) do Livro II (Das Obrigações), Título II (Dos contratos em especial), passou a regular tão-só o *Arrendamento de prédios urbanos* <sup>(2)</sup>.

O NRAU surge por actuação do XVII Governo Constitucional, que, para o efeito, apresentou à Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 34/X <sup>(3)</sup>. Nessa decisão (*re*)codificadora, seguiu-se o Projecto de Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos (PRNAU/2004), indicado no âmbito da autorização para alterar o regime jurídico do arrendamento urbano conferida ao XVI Governo Constitucional pelo Decreto n.º 208/X da Assembleia da República, de 18 de Novembro <sup>(4)</sup>. Esse projecto terminara com a autonomização empreendida pelo RAU <sup>(5)</sup> <sup>(6)</sup>.

O regresso faz-se para o *berço tipificado* do arrendamento. A locação, por definição legal, diz-se arrendamento quando versa sobre coisa imóvel (art. 1023.º do Código Civil <sup>(7)</sup>) e, portanto, esta modalidade de locação, tendo por objecto, total ou parcialmente, prédios urbanos e/ou prédios rústicos (quando admitido), passou a ter a sua disciplina *comum* nos arts. 1064.º a 1113.º, tal como aditado pelo art. 3.º do NRAU.

Este regime, de acordo com o art. 1067.º, n.º 1, passa a consagrar *duas espécies de arrendamento imobiliário urbano*: o arrendamento para *fim habitacional*, na continuidade dos arts. 74.º e ss. do RAU: arts. 1092.º-1107.º <sup>(8)</sup>; e o arrendamento para *fins não habitacionais*: agora arts. 1108.º-1113.º (que se aplicam também aos arrendamentos de *prédios rústicos não sujeitos a regimes especiais* <sup>(9)</sup>).

Neste género de arrendamento, absorvem-se, seguindo ainda as “categorias «clássicas» de utilização dos prédios urbanos” <sup>(10)</sup> a que se referia o art. 3.º do RAU, o «arrendamento de prédios ou partes de prédios urbanos ou rústicos tomados para fins directamente relacionados com uma actividade comercial ou industrial» (o arrendamento para *comércio ou indústria*, que era assim definido pelo art. 110.º do RAU), o arrendamento para o *exercício de profissões liberais* (que estava nos arts. 121.º e 122.º do RAU), bem como o arrendamento *residual* para outros *fins não coincidentes com a habitação* — qualquer aplicação lícita não habitacional do prédio, «dentro da função normal das coisas de igual natureza» (art. 1027.º) e «no âmbito das suas aptidões, tal como resultem da licença de utilização» (art. 1067.º, n.º 2) —, como era *grosso modo* previsto, em particular, nos arts. 123.º e 3.º do RAU <sup>(11)</sup>.

Posso afirmar que, no âmbito da regulamentação própria do contrato de arrendamento, não é esta *simplicificação dos subtipos* do arrendamento não habitacional <sup>(12)</sup> (no qual se inclui, recorde-se, a exploração de actividade, empresarial ou não, de natureza comercial) que lhe retira a especificidade, “em jeito de uma *lex specialis*” <sup>(13)</sup> traduzida em “regras desviantes” <sup>(14)</sup> — agora até mais acentuadas em relação ao arrendamento habitacional.

A mais saliente está agora no art. 1110.º: entrega-se a conformação da relação contratual, em princípio, à *livre disponibilidade* das partes. Entende-se que não se encontra aqui o núcleo de interesses ligados à protecção da família e da habitação que tornam injuntivas as normas do arrendamento com esse fim<sup>(15)</sup>. Assim, prolongam-se com acrescida densidade os dados normativos do RAU (arts. 117.º a 119.º) na norma *central* do n.º 1 dessa disposição: «As regras relativas à duração, denúncia e oposição à renovação dos contratos de arrendamento para fins não habitacionais são livremente estabelecidas pelas partes, aplicando-se, na falta de estipulação, o disposto contrato de arrendamento para habitação». O n.º 2 considera, supletivamente, que o contrato se considera celebrado com prazo certo, pelo período de 10 anos, e que o arrendatário não o pode denunciar com antecedência inferior a um ano.

## 2. Transferência do gozo do imóvel por parte do arrendatário não habitacional

A lei insiste em regular na disciplina do arrendamento não habitacional três formas de proporcionar a transferência do direito de gozo sobre o prédio (em princípio, arrendado): o trespasse de estabelecimento comercial (quase todo o art. 1112.º), a locação de estabelecimento comercial (art. 1109.º)<sup>(16)</sup> e o exercício no prédio da mesma profissão liberal (art. 1112.º, n.ºs 1, al. *b*), 3 e 5). Todas com o intuito de afastar a intervenção da vontade do senhorio nessa transferência.

Nas duas primeiras, a translação do gozo do prédio onde se *explora* a empresa é *efeito ou consequência* de um negócio, definitivo ou temporário, *sobre o estabelecimento*, que produz, se assim for vontade das partes, uma cessão da posição contratual de arrendatário ou uma cedência do gozo do prédio, *impositivas* em relação ao senhorio<sup>(17)</sup>. A *ratio legis* foi apreendida há muito: foi o arrendatário (no caso típico; mas pode ser o proprietário do estabelecimento na hipótese de locação) que montou o estabelecimento e usufrui dos seus valores de exploração e organização, bem como do seu aviamento. Não sendo possível transferir o direito ao arrendamento do local onde está instalado o estabelecimento a negociar (ou o gozo *pro tempore* do imóvel), seria fortemente penalizador para a protecção da mais valia construída ou mantida pelo dono do estabelecimento haver esse potencial impedimento do negócio desejado para a empresa, que inclui o imóvel arrendado<sup>(18)</sup>.

Na última, o gozo do prédio é *proporcionado a título autónomo pela cessão da posição contratual de arrendatário*. Mesmo, como assinala a doutrina, “que o cedente não transmita para o cessionário os instrumentos que utilize no exercício da sua profissão”<sup>(19)</sup> ou, se for o caso, a organização-empresa de que é titular<sup>(20)</sup> (numa clara situação de *privilegio* em relação às duas formas anteriores, que demandam *um negócio sobre o estabelecimento*<sup>(21)</sup>). Nesta circunstância, proporciona-se ao arrendatário profissional liberal ou sociedade de profissionais liberais<sup>(22)</sup> a realização de um *valor acrescido* criado pela sua actividade especializada (composto, no essencial, pelo crédito e bom nome do seu serviço, assim como pela clientela que está habituado a procurá-lo naquele local e, potencialmente, optará pelos serviços do profissional liberal-novo arrendatário)<sup>(23)</sup>.

Para o que nos interessa, os negócios sobre o estabelecimento constituem objecto de uma regulação *a se* neste domínio dos arrendamentos não habitacionais. E, destarte, a *tutela do estabelecimento instalado no prédio* continua a ser o fundamento principal da ponderação legislativa efectuada *nas duas primeiras formas*, respeitante ao arrendamento para *fins comerciais*. Essa protecção representa mais uma vez uma *ideia-força* do regime específico desse arrendamento, sendo um tópico essencial na interpretação, integração e aplicação das normas respectivas, que sempre atenderão em primeira linha à *valorização jurídica* da “posição locativa como um elemento instrumental da empresa”<sup>(24)</sup>.

Porém, uma leitura célere dessa regulação faz transparecer várias dúvidas. *Prima facie*, joeirar os novos arts. 1112.º e 1109.º deixa cair, ao invés da presunção em que o intérprete

deve confiar — «o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» (art. 9.º, n.º 3) —, uma sensação, em algumas passagens, de falta de rigor na letra da lei, insegurança na sua aplicação e, em consequência, potencial acréscimo da litigiosidade. Vejamos.

## II — A PREVISÃO DOS NEGÓCIOS SOBRE EMPRESA NAS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS DO ARRENDAMENTO PARA FINS NÃO HABITACIONAIS

### § 1.º Trespasse de estabelecimento: o art. 1112.º

#### 1. Trespasse e transmissão da posição do arrendatário: art. 1112.º, n.ºs 1, al. a), e 2

O art. 1112.º, n.º 1, al. a), é o sucessor do art. 115.º, n.º 1, do RAU (e do art. 1118.º, n.º 1, na primeira versão do Código Civil<sup>(25)</sup>). A hipótese é a mesma: o negócio sobre o estabelecimento envolve o direito ao local usufruído a título de arrendamento (como seu resultado *natural*, na falta de convenção *ad hoc* em contrário<sup>(26)</sup>) e disciplina a *intervenção da outra parte* no contrato de arrendamento em face da novação subjectiva operada por causa do *trespasse* (designação genérica susceptível de integrar todas as espécies negociais, de base voluntária ou coerciva, que impliquem uma *transmissão a título definitivo, gratuito ou oneroso, da propriedade da empresa*). E fá-lo impondo a passagem do direito ao arrendamento (*rectius*, a cessão da posição contratual do arrendatário<sup>(27)</sup>) com a dispensa do assentimento do outro contraente(-senhorio), mesmo que oneroso, ou a irrelevância da sua oposição, *sempre e desde que* ocorra transmissão (ainda que parcial<sup>(28)</sup>) da empresa<sup>(29)</sup>.

Neste sentido, a lei toma posição no conflito de interesses em matéria de cessão da posição contratual de arrendatário quando trespasante: por um lado, o interesse *comercial(-empresarial)* de efectuar a transmissão *global* da empresa, em princípio mais valorizada com a manutenção do direito imobiliário por via da transmissão da posição contratual em que se funda esse direito e (na dependência da vontade dos contraentes no trespasse) com a preservação *integral* da sua unidade; por outro lado, o interesse *civilístico(-imobiliário)* de “controlar” (no limite, vedar) a mudança de arrendatário propiciada pela “viagem” do contrato de arrendamento com o trajecto da empresa<sup>(30)</sup> <sup>(31)</sup>.

Opta-se pela *prevalência* do primeiro dos interesses<sup>(32)</sup>. Configura-se uma cessão *forçada* do arrendamento<sup>(33)</sup> *relativamente ao senhorio*, “em nome de uma tutela de interesse e ordem pública”<sup>(34)</sup>: permitir a realização pelo empresário do “valor *pleno* da sua unidade empresarial”<sup>(35)</sup>, de forma que se torna facilitada a transmissão de posições contratuais incluídas na empresa explorada e negociada. Em suma, um “direito de privilégio”<sup>(36)</sup> que resulta da tutela da circulação negocial dos estabelecimentos (sempre que o prédio não é do trespasante-comerciante) “e, eventual e concomitantemente, da própria manutenção deles — dada a importância dos prédios, a necessidade de autorização do senhorio (“regime geral”) conduziria muitas vezes (quando a mesma fosse recusada) à quebra da referida defesa”<sup>(37)</sup>.

O n.º 2 do art. 1112.º preserva a *sindicação* da *existência de verdadeiro trespasse*, indicada como *condição legal* da cessão lícita da posição do arrendatário-trespasante e do regime *especial* da dispensa de autorização do senhorio. As suas alíneas são *sintomas* de uma simulação relativa, pressagiada pela circunstância de o negócio verdadeiro (e único) dos outorgantes, apesar do rótulo de trespasse, recair sobre a posição locatícia sobre o prédio e não sobre o estabelecimento. Assim, a existência de trespasse, infirmado ou não pela alteração do escopo, é requerida para a *licitude da transmissão do arrendamento transmitido* ex vi legis, de sorte que, se o senhorio provar a simulação, assiste-lhe o direito

de resolução do arrendamento, com fundamento em o arrendatário ter protagonizado a «cessão, total ou parcial, temporária ou permanente e onerosa ou gratuita, quando ilícita, inválida ou ineficaz perante o senhorio» (art. 1083.º, n.º 2, al. e). (A propósito: a instância do rigor inculcaria um acréscimo na formulação do n.º 2 do art. 1112.º «Não há trespasse» tão-só para o efeito *locatício de (não) aplicação do n.º 1, al. a), do preceito*, pois, para outros efeitos, o negócio e as suas consequências mantêm-se e produzem-se<sup>(38)</sup>. Ficará para uma próxima...)

Acontece que a al. b) do art. 1112.º, n.º 2, apresenta formalmente uma mudança literal em face do art. 115.º, n.º 2, al. b), do RAU. “Não há trespasse (...) quando a transmissão *visé o exercício*, no prédio, de outro ramo de comércio ou indústria ou, de um modo geral, a sua afectação a outro destino”: reza actualmente o preceito<sup>(39)</sup>. Visaria o legislador uma mudança igualmente *substancial*?

No âmbito da vigência do RAU (em aproveitamento do recorrido a propósito do art. 1118.º, n.º 1, al. a), do Código Civil originário), a boa doutrina chegou a um consenso avisado. A mudança de destino que *post facto* se realizava — em especial (dentro de um *fim comercial*) ou em geral (para um *fim não comercial* ou *habitacional*)<sup>(40)</sup> —, mais ou menos próxima temporalmente da celebração do contrato, era tão-só indicador de uma transmissão *não séria* do estabelecimento. A lei desejava — e deseja — “a prevenção e a detecção de acordos simulatórios”<sup>(41)</sup>, pelo que a modificação só era relevante desde que se provasse ter sido *reflexo* de não se ter transferido *efectivamente* o estabelecimento comercial do alienante<sup>(42)</sup>. Ainda que até *formalmente* tivesse havido trespasse (nomeadamente, com a *declaração de entrega dos elementos constantes do chamado âmbito mínimo ou essencial de identificação do estabelecimento*), a modificação *objectiva* do estabelecimento vinha demonstrar que as partes não quiseram e não desencadearam *materialmente* a *transferência da organização explorada no imóvel*<sup>(43)</sup>.

Não era causa imediata e automática da falta de trespasse *verdadeiro*<sup>(44)</sup>; não implicava necessariamente a exclusão do benefício empresarial, ou seja, a dispensa de autorização do senhorio; decisivo era sindicar a *vontade das partes no momento da celebração do contrato*, uma vez que “as mudanças de destino só denotarão a inexistência do trespasse quando ligadas congenitamente ao acto negocial qualificado de trespasse”<sup>(45)</sup><sup>(46)</sup>.

De modo que a mudança de destino poderia ser feita em condições, nomeadamente no que toca ao *decurso de tempo após o trespasse*, que fossem base para se afirmar que trespasante e trespasário quiseram mesmo o trespasse como *negócio real* (e não o negócio sobre o local, celebrando dissimuladamente uma sublocação não autorizada)<sup>(47)</sup>. Por outras palavras, não estaria vedado ao trespasário, *se o objecto do contrato de arrendamento o permitisse*<sup>(48)</sup>, alterar a finalidade e passar a exercer no local outro ramo de actividade comercial ou outra actividade em geral, mas as condições em que o fizesse poderiam indiciar *fraude à lei* ou *abuso de direito* (p. ex., a mudança imediata do objecto de um estabelecimento de venda ao público, sem sequer abrir um único dia depois da “troca de mãos” e depois das obras necessárias para essa mudança).

Pois bem. Pode não ter sido consciente<sup>(49)</sup>, mas a meu ver a nova fórmula literal do art. 1112.º, n.º 2, al. b), *confirma* a melhor interpretação que era empreendida no que toca à sua antecessora. O que é uma *boa novidade*<sup>(50)</sup>, quanto mais não fosse por *uniformizar* as anomalias da vontade negocial no trespasse — *ambas as alíneas do art. 1112.º, n.º 2, aferem a vontade genética de trespasante e trespasário*<sup>(51)</sup>.

Deixa de configurar *tout court* a situação-índice, reveladora factual-jurídica da inexistência de trespasse. A norma actual refere-se à *própria vontade de não haver trespasse*. Melhor: reporta-se à vontade real das partes aferida no momento da transmissão do complexo empresarial (momento contemporâneo, ou até anterior, da formação do negócio). Assim penso compreender a determinação expressa (e inovadora) da lei: «Quando a transmissão visé ...». É a vontade genética do negócio qualificado de trespasse que se

fiscaliza, é a divergência voluntária entre a vontade das partes e a declaração negocial que se sanciona — pela via da inexistência do trespasse e a sua consequência resolutiva <sup>(52)</sup>.

## 2. A mudança de destino do prédio como «justa causa» de resolução do contrato de arrendamento comercial: o art. 1112.º, n.º 5

Próximo do revogado art. 115.º, n.º 2, al. b), é o novo art. 1112.º, n.º 5. Este preceito oferece ao senhorio a faculdade de resolver o contrato de arrendamento na hipótese de, após a transmissão (da posição de arrendatário, *consequência do trespasse*), ser dado *outro destino* ao prédio (por interpretação da norma: *onde funcionava o estabelecimento objecto de trespasse* <sup>(53)</sup>) <sup>(54)</sup> <sup>(55)</sup>. Sem qualquer *articulação internormativa* com a al. b) do n.º 2 <sup>(56)</sup> e, na relação com esta, sem qualquer *especificação da mudança em causa*, tal como essa alínea indica (ou seja, sem distinção entre mudança de *ramo* comercial e mudança de *destino* em geral).

Desta forma, resulta da lei que a mudança de destino como *sintoma da vontade real do trespasante e trespasário* autonomizou-se da *fiscalização da legalidade da transmissão da posição de arrendatário*. Independência evidenciada pela desnecessidade de aferir a sua *ligação com a vontade genética das partes, sancionando-se por si só e automaticamente este comportamento* com a resolução, sem ser avaliado como comportamento sinalizador de simulação no trespasse e afastando qualquer exame da transmissão do estabelecimento. Sem qualquer *período razoável de prova temporal* ou de *carência volitiva das partes*. Em suma, uma “justa causa” de resolução do arrendamento por iniciativa do senhorio, a juntar às exemplificativamente enumeradas pelo art. 1083.º, n.º 2 <sup>(57)</sup>.

É esta a conclusão que aparentemente deriva da nova lei. Sem mais, numa decisão de política legislativa de bondade assaz discutível, empreende-se uma *ruptura assinalável* com o edifício normativo de tratamento da cessão da posição de arrendatário motivada por trespasse. Digo-o uma vez que o n.º 5 *esvazia* o conteúdo preceptivo da al. b) do n.º 2. Nada impede (e é mais fácil, como veremos) que, sem qualquer averiguação da vontade das partes, se extinga o arrendamento *pela mera alteração do uso do prédio, seja ele qual for, sem se saber do momento ou da justificação dessa alteração*.

De toda a maneira não podemos abstrair do trespasse que funda a transmissão do arrendamento — pois tudo (entenda-se, o art. 1112.º) nele começa quando “funciona, na economia do texto legal, como uma *causa de dispensa* da autorização normalmente exigida para a transmissão da posição do locatário” <sup>(58)</sup>. Se, antes do NRAU, a *identidade de destino* ou *manutenção do escopo* não era elemento necessário à existência de trespasse, é, no meu ponto de vista, injustificável que, atenta a disposição do art. 1112.º, n.º 5, *sempre que o trespasário decida reformular o seu comércio, alterar a actividade da empresa, o contrato de arrendamento possa ser resolvido e o trespasário (novo titular da empresa) fique privado do imóvel onde ela está instalada* <sup>(59)</sup>.

Seria, em primeiro lugar, uma sanção que me surge como prejudicial ao interesse da tutela da conservação do estabelecimento, em contra-corrente da *mens legis* do art. 1112.º, n.º 1, al. a). Se, até ao RAU, os estabelecimentos poderiam ser objecto de alterações e inovações, muitas das vezes no sentido de impedir o seu encerramento, sem que nisso interferisse o *juízo imobiliário* do senhorio — desde que não fossem reflexo da vontade exclusiva de aceder ao imóvel —, agora essas mesmas modificações estariam sempre submetidas ao crivo resolutivo do titular do imóvel. Com isso, a meu ver, quebrar-se-ia uma certa unidade *racional* da disciplina da empresa instalada em imóvel arrendado.

Depois, custa a aceitar um poder tão desmedido do senhorio quando o comparamos com o direito de resolução que lhe assiste com base em incumprimento do fim convencionado (o actual art. 1083.º, n.º 2, al. c), anterior art. 64.º, n.º 1, al. b), do RAU). De facto, mesmo quando se reserva o imóvel para um só específico “ramo de comércio ou

indústria” — o que restringe ao limite máximo o uso do prédio —, tem-se aceite como ainda permitidas pela cláusula contratual as “actividades que, quer pela sua tipologia quer pela sua habitualidade, lhe estariam próximas”<sup>(60)</sup>. O propósito é ainda o de “limitar a intromissão do senhorio na dinâmica profissional ou empresarial do arrendatário”<sup>(61)</sup>. Porque seria este propósito subvertido agora pela aplicação do novo art. 1112.º, n.º 5, conferindo ao senhorio o poder ilimitado de sustar a evolução do comerciante que é seu arrendatário?

Por fim, a manutenção do estabelecimento, arvorada a *pressuposto de manutenção do título arrendatício de gozo do imóvel*, precipitaria uma política económica atrofiante dos interesses empresariais<sup>(62)</sup>, a que um *legislador razoável* se deverá esquivar.

É por isso que entendo ser de *restringir* esta norma como habilitante de uma resolução *somente* para a *mudança geral de destino* — de comércio e indústria para outro fim não habitacional (instalação da sede de uma pessoa colectiva, realização de eventos e exposições, colocação de publicidade, etc.) ou para fim habitacional (não tão raro assim: indico o retorno à habitação de muitas casas e solares antigos que foram utilizados como edifícios empresariais, nomeadamente na área dos serviços). Logo, não abrangendo a mudança *especial* de *ramo mercantil* (por exemplo, de compra e venda de material informático para instituto de línguas)<sup>(63)</sup>.

### 3. Coordenação interpretativa dos arts. 1112.º, n.º 2, al. b), e 5

Do exposto sobra o mister de clarificar em que medida devemos conjugar as disposições em causa. O que faço telegraficamente:

- i) não haverá trespasse se o objecto do negócio foi o imóvel e não o estabelecimento (simulação relativa) — a vontade real das partes é disponibilizar o imóvel integrado no estabelecimento ao trespasário para este lhe mudar a utilização: *em particular* (outro ramo comercial) ou *em geral* (outro fim não habitacional ou fim habitacional);
- ii) para surpreender essa simulação — as partes não quiseram transmitir a empresa e na realidade não a vieram a transmitir —, há que *denunciar* a vontade real dos intervenientes no acordo *ao tempo da transmissão do estabelecimento*, quer essa vontade se expresse nas próprias declarações de trespasante e trespasário (a tarefa consiste na interpretação das cláusulas onde se descubram as declarações nesse sentido) ou resulte de “contra-declarações que atrás delas se ocultem” ou de outras cláusulas *mediatamente* indiciadoras da *fraus legi* (p. ex., o preço do trespasse com relação ao valor do estabelecimento e ao valor do “acesso” ao prédio)<sup>(64)</sup>;
  - e/ou afirmar a *expressão* da vontade real dos intervenientes no acordo *em situação ocorrida após a transmissão do estabelecimento* (em especial, o comportamento do trespasário ao servir-se do imóvel para o *exercício de um novo uso*, mas igualmente outros *meios em que se verifique o decaimento dos valores de exploração e de organização que dão consistência à empresa e lhe garantem a funcionalidade futura*<sup>(65)</sup> (p. ex., vender todos os bens significativos do estabelecimento e enfraquecer e/ou encerrar o estabelecimento)<sup>(66)</sup>;
- iii) declarada a simulação, a autorização do senhorio era necessária (arts. 1038.º, al. f), 1059.º, n.º 2, e 424.º, n.º 1) e, por falta dela, pode resolver o contrato de arrendamento que o liga ao trespasante (art. 1083.º, n.º 1 e 2, al. e) e, se for caso, pedir indemnização por perdas e danos decorrentes do incumprimento contratual (arts. 1038.º, al. f), e 798.º)<sup>(67)</sup>;
- iv) se o trespasário mudar o uso do prédio *fora do círculo empresarial*, o senhorio pode resolver o contrato (arts. 1112.º, n.º 5, 1083.º, n.º 1 e (corpo do) 2), *independentemente da inexistência do trespasse e da ilicitude da cessão da posição*

*de arrendatário sem aquiescência do senhorio* (e da lei não deriva o rótulo de *ilícita* para esta mudança, desde que autorizada pelo contrato de arrendamento).

#### 4. A comunicação da cessão da posição de arrendatário ao senhorio: o art. 1112.º, n.º 3, 2.ª parte

A decisão *ex professo* de impor o dever de comunicar a mudança do arrendatário ao senhorio em sede de arrendamento não habitacional — art. 1112.º, n.º 3, 2.ª parte <sup>(68)</sup> — não acrescenta nada ao que derivava e deriva da lei <sup>(69)</sup>. O art. 1038.º, al. g), diz ser obrigação do locatário comunicar ao locador, dentro de quinze dias, a cedência do gozo da coisa por algum dos referidos títulos <sup>(70)</sup> — na nossa conhecida al. f) está a «cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica» —, quando permitida ou autorizada. Sendo imposta pela lei a permissão (sem audição) do senhorio, a “consequência imediata” <sup>(71)</sup> da falta de cumprimento do dever era e é a *ineficácia* da cessão *em relação ao senhorio* (arts. 1059.º, n.º 2, e 424.º, n.º 2). Tudo se passará como se, para o senhorio, o arrendatário ainda fosse o trespasante.

Entende-se o móbil *quadripartido* das normas (a geral e a especial): dar a conhecer ao senhorio, não ouvido *por imposição da lei* na cessão da posição contratual de arrendatário fundada em trespasse, a identidade da sua nova “contraparte” <sup>(72)</sup>; sindicar a existência no caso concreto de um verdadeiro trespasse (se incidiu sobre o estabelecimento) e controlar se efectivamente a cessão tem a qualidade de imperativa <sup>(73)</sup> (com a faculdade de, em caso de juízo negativo e demonstrando-o, poder o senhorio reagir contra a cessão ilícita); ficar prevenido para uma eventual afectação do prédio a outro destino, desde que não comercial; conhecer, se for o caso — porque não se deu a comunicação ao senhorio do projecto de trespasse e das cláusulas do negócio de transmissão (cfr. art. 416.º) —, esse negócio, a fim de preferir (direito que mantém no art. 1112.º, n.º 4) por via judicial, nos termos do art. 1410.º, n.º 1.

Visto assim, até posso declarar que a norma *especial* do art. 1112.º, n.º 3, 2.ª parte, contribui para o fechar do *círculo normativo de tutela da circulação da empresa do trespasante-arrendatário*. Um círculo agora constituído pelo art. 1112.º, n.ºs 1, al. a), 2, 5 e 3, 2.ª parte, e visualizado nos seguintes *passos*: dispensa de consentimento do senhorio, existência de verdadeiro trespasse e/ou manutenção do destino geral, possibilidade de fiscalização pelo senhorio dessas existência e manutenção.

É neste contexto que me parece defensável exigir ao obrigado à comunicação <sup>(74)</sup> o *envio ao senhorio de cópia do próprio contrato de trespasse celebrado*: a) atenta a *ratio* do preceito, convém o senhorio ter acesso às cláusulas do contrato, nomeadamente depois de a dispensa de escritura pública ter terminado com o acesso ao documento depositado no cartório notarial <sup>(75)</sup>; b) por analogia com o disposto no art. 1107.º, n.º 1, aplicável à transmissão por morte do arrendamento não habitacional pela remissão do art. 1113.º, n.º 2, que intima que a transmissão deve ser comunicada ao senhorio «com cópia dos documentos comprovativos» <sup>(76)</sup>.

Se a comunicação não for feita, ou for feita intempestivamente, a cessão é *ineficaz em relação ao senhorio*, já sabemos, mas pergunta-se (ou mais uma vez se pergunta) se tal ineficácia legítima *mediatamente* <sup>(77)</sup> o senhorio a *resolver o contrato de arrendamento*, nos termos do art. 1083.º, n.º 2, al. e).

Não é um problema novo no nosso direito (para o RAU, a norma que espoletava a resolução era o art. 64.º, n.º 1, al. f)). E um legislador conhecedor deveria tê-lo resolvido.

Assim seria melhor, tendo em conta que, ainda que não falem vozes favoráveis <sup>(78)</sup>, é recusada por uma parte da doutrina a sanção da resolução e do despejo no caso de falta de comunicação. *Foi dito* que, “se a vontade não é constitutiva da legalidade da cedência, mas esta resulta da lei e só da lei”, a comunicação da cessão arrendatícia *não remete para a*

*substância do trespasse*, “não podendo a falta dela — e muito menos o seu atraso — precluir definitivamente os seus efeitos”. Assim sendo, “a possibilidade de despejo deve entender-se excluída como tal. Basta a sanção de o acto não valer em confronto do senhorio, expondo-se o trespasário à resolução do arrendamento por motivos imputáveis ao trespasante, que continua a ser o único inquilino em face do locador”<sup>(79)</sup>. Numa interpretação que acompanha a anterior, *é dito* que a sanção do despejo só é coerente com a notificação na transmissão da posição contratual *em geral* e não *na implicada pelo trespasse*, pois naquela visa-se “controlar o uso da autorização que foi conferida e é necessária”, enquanto que no trespasse “o senhorio só tem que conferir a legalidade da transmissão”<sup>(80)</sup>.

Por outro lado, mesmo que a resolução seja o resultado da *mera aplicação da normatividade vigente*, não deixa de se apreciar a *severidade*, o *excesso* e a *desproporção* do direito ao despejo<sup>(81)</sup>.

Claro que se poderá afirmar que a formulação do dever, que antes apenas resultava da aplicação das regras gerais da locação e agora passa a ser matéria especial dos arrendamentos não habitacionais, faz pensar que o legislador não terá querido que subsistissem dúvidas sobre tal obrigação, como requisito de eficácia da alteração subjectiva da posição de arrendatário (desde que haja trespasse), e da sua sanção resolutiva (contra o trespasante-arrendatário primitivo, note-se). Se assim foi, o legislador devia ter feito o trabalho todo e decidir a contenda doutrinal. E veja-se que, no que tange ao n.º 5 do art. 1112.º, a lei deixou preto no branco que «o senhorio pode resolver o contrato». (Será este um foco para duvidar da opção legislativa pela resolução?)

Seja como for, atenta a nova redacção do art. 1083.º, n.º 2<sup>(82)</sup>, haverá sempre a necessidade de a falta de comunicação como causa de resolução preencher as *condições gerais* da resolução do contrato por iniciativa do senhorio. E estas implicam que o incumprimento assuma especial importância — pela sua gravidade ou consequências, aferidas em função da *natureza* da infracção como do carácter *reiterado* da conduta irregular — e, por via dele, *deixe de ser exigível* ao senhorio a manutenção do arrendamento<sup>(83)</sup>.

Coloca-se a questão (e anunciam-se os conflitos nos tribunais): será a falta de comunicação ou a comunicação intempestiva um «incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento»?

Finalmente, observo que, ao contrário do art. 64.º, n.º 1, al. f), do RAU (onde era prevista esta causa de resolução), deixa de ser ressalvado o art. 1049.º. Óbvio que se continua a aplicar esta disposição, pois esta faz menção expressa à al. g) do art. 1038.º Ou seja, não há direito à resolução se a comunicação foi feita pelo cessionário, novo arrendatário; como não há se o senhorio reconheceu o cessionário na sua nova qualidade de arrendatário pela prática de *actos concludentes*<sup>(84)</sup>: recebeu renda sem contra-declaração de reserva (onde se declare que esse comportamento não significa o reconhecimento da cedência de posição<sup>(85)</sup>), autorizou obras ou reparações no imóvel locado, etc.<sup>(86)</sup>.

## 5. A forma do trespasse: o art. 1112.º, n.º 3, 1.ª parte

Este preceito, ainda que imponha a «celebração por escrito» à «transmissão», deixou de fazer menção explícita ao trespasse. Ora, como o actual art. 1112.º, n.º 3, na sua 1.ª parte, determina que «a transmissão deve ser celebrada por escrito», pergunta-se se ele deve desempenhar o papel do art. 115.º, n.º 3? Se a resposta for positiva por interpretação da norma, essa disposição *sucede* ao art. 115.º, n.º 3, do RAU, que muito simplesmente determinava que «o trespasse deve ser celebrado por escrito, sob pena de nulidade» (afastando a regra da liberdade de forma vazada no art. 219.º). (Trespasse *em geral*, bem entendido, pois a exigência de forma escrita se referia ao trespasse de *qualquer*



*estabelecimento*, e não apenas daqueles instalados em prédio arrendado.) Se a resposta for negativa, o trespasse passaria a ser negócio de forma livre.

Avanço já com a minha inclinação<sup>(87)</sup>: estamos perante uma prescrição descuidada e geradora de hesitações, mas devemos sustentar a forma escrita como forma legal do trespasse de estabelecimento.

É verdade que, numa primeira leitura, o intérprete é levado a identificar a «transmissão» a que alude o n.º 3 com a «transmissão da posição de arrendatário» que constitui a epígrafe da norma. Dito de outro modo, o *quid* sobre que incide a transmissão não parece ser o estabelecimento, mas sim a posição contratual do arrendatário-trespasante. A ser isto verdade, deixaria de existir, no nosso ordenamento, qualquer exigência de forma para o trespasse, que poderia, em consonância, passar a ser concluído verbalmente. O documento apenas teria de formalizar a cessão da posição contratual de arrendatário ocorrida no âmbito de um trespasse, *i.e.*, diria unicamente respeito ao mecanismo jurídico utilizado para operar a transmissão da disponibilidade de um dos elementos do estabelecimento — o imóvel.

Uma outra hipótese interpretativa seria entender que a forma escrita *apenas* seria exigida para o *trespasse de estabelecimento que funcionasse em imóvel arrendado*, e aí implicada pela necessidade de formalização *escrita* da cessão da posição do arrendatário que a mudança de mãos do estabelecimento desencadeia. Representaria, de certo modo, uma continuação da exigência de forma escrita quanto à celebração do *próprio contrato de arrendamento* (v. o art. 1069.º, que determina a observância de forma escrita, ainda que *para os contratos com duração superior a seis meses*). Em todos os outros casos, portanto, o trespasse passaria a beneficiar da regra geral da liberdade de forma.

Nenhuma das duas vias preliminarmente apontadas me convence.

Não deveremos aceitar a abolição da exigência de forma para uma importante categoria de negócios jurídicos de modo tão enviesado, em lugar de o deixar claramente exposto. Nem tão-pouco patrocinar uma *distinção de ordem formal* entre trespasse de estabelecimentos explorados em prédios arrendados e em prédios fruídos a outro título. Dito de outro modo: para o *mesmo tipo de negócio*, com o *mesmo tipo de objecto*, diferenciar a forma exigida para os negócios *em concreto* em função do título de gozo de *um* dos seus elementos é, no mínimo, pouco defensável — desde logo, pelo relevo do estabelecimento como *bem global e unitário*.

Antes devemos conferir dignidade à argumentação que aconselha à manutenção da exigência de forma escrita para o trespasse *qua tale*.

Em primeiro lugar, note-se que, se exceptuarmos o vocábulo «transmissão» (e, concomitantemente, a concordância de género), o segmento normativo em causa *reproduz exactamente* o teor do art. 115.º, n.º 3, do RAU, estatuinte que o negócio jurídico deve ser celebrado por escrito<sup>(88)</sup>.

Depois, mais importante, a substituição do termo «trespasse» pela palavra «transmissão» deve ser explicada pelo *alargado alcance normativo* do novo art. 1112.º. No desenho sistemático do RAU, o arrendamento para comércio e indústria e o arrendamento para o exercício de profissões liberais eram objecto de capítulos diferentes. Assim, ainda que se verificasse uma certa comunhão ao nível da *intentio legis*, existia uma norma regulando as consequências sobre o arrendamento do trespasse de estabelecimento comercial ou industrial (o art. 115.º) e uma outra norma regulando directamente a cessão da posição de arrendatário por profissional liberal a confrade (o art. 122.º). Em ambos os casos, introduzindo uma excepção à regra geral do art. 424.º, se dispensava a autorização da contraparte/senhorio para a transmissão da posição contratual do arrendatário. Os pressupostos dessa dispensa eram, contudo, diversos: num caso, o trespasse do estabelecimento que funcionava no prédio arrendado e tinha o imóvel como elemento; no outro, a continuação do exercício da mesma actividade profissional pelo cessionário da

posição contratual. Por outras palavras, no primeiro caso, pesava o elemento objectivo: o negócio teria que *incidir sobre* um estabelecimento comercial ou industrial, transmitindo-o; era essa a condição a preencher para o funcionamento da excepção legal que permitia dispensar a autorização do senhorio. No segundo caso, pesava o elemento subjectivo: o negócio teria de ser *celebrado com* um sujeito que exercesse a mesma profissão.

Daqui resulta que em ambas as situações se regulava a transmissão da posição de arrendatário, afastando a necessidade de autorização do senhorio. Todavia, só na hipótese do arrendamento para o exercício de profissão liberal o negócio jurídico em causa tinha especificamente por *objecto a posição de arrendatário*. Enquanto isso, “a *vontade* dirigida à transferência do arrendamento [agora prevista na espécie do art. 1112.º, n.º 1, al. a)] é *absorvida* ou *consumida* pelo intento de transmitir a empresa, não representando aquela transferência senão a própria transferência da empresa ao *projectar-se* sobre um dos elementos (direito ao arrendamento) que concorrem para formar o estabelecimento”: em suma, os contraentes, na hipótese do arrendamento comercial servir de base ao gozo do prédio onde funciona o estabelecimento trespassado, “*não querem transferir o arrendamento, mas apenas inclui-lo no trespasse*”, sendo a transferência do direito ao local “um *mero feito* ou uma simples consequência do *trespasse*” <sup>(89)</sup>.

Assim se deveria entender as diferentes redacções do art. 115.º, n.º 3 («*o trespasse* deve ser celebrado por escrito»), e do 122.º, n.º 2 («*a cessão* deve ser celebrada por escrito»).

Não foi idêntica a *escolha sistemática* do legislador de 2006. Submeteu à mesma disciplina todos os arrendamentos para fins não habitacionais — sem curar de distinguir expressamente os destinados ao comércio *lato sensu* dos destinados ao exercício de profissões liberais. Todavia, pretendendo manter um regime de excepção para a transmissão da posição de arrendatário em situações idênticas às já anteriormente ressalvadas, forçoso se tornava *introduzir uma distinção* quanto aos pressupostos a preencher, já que os profissionais liberais não serão (em geral) titulares de um estabelecimento <sup>(90)</sup>. Essa distinção foi correctamente efectuada no n.º 1 do art. 1112.º, cuja al. a) contempla a situação de *trespasse de estabelecimento* «comercial ou industrial», prevendo a al. b) a *transmissão da posição de arrendatário* «a pessoa que no prédio arrendado continue a exercer a mesma profissão liberal, ou a sociedade profissional de objecto equivalente».

Infelizmente, não curou o legislador de conservar esta distinção, fundamental na concepção e compreensão de todo o art. 1112.º <sup>(91)</sup>, ao redigir o seu n.º 3. Assim, os elementos *racional e sistemático* espelham que o negócio jurídico sujeito a forma escrita é, nas situações que preenchem a al. a) do n.º 1, o *trespasse de estabelecimento* e, nas situações respeitantes à al. b) do n.º 1, a *transmissão da posição de arrendatário*. O autor da lei optou pelo vocábulo «transmissão» para englobar ambas as hipóteses.

A escolha pode ainda explicar-se pelo segmento normativo final do próprio n.º 3. Aí se prescreve que, em ambos os casos, a *transmissão da posição de arrendatário* tem que ser *comunicada* ao senhorio. O que faz sentido para qualquer uma das hipóteses — quer dizer, tanto para a hipótese em que semelhante transmissão constitui um dos efeitos do trespasse, como para a hipótese em que a transmissão da posição de arrendatário constitui um negócio autónomo. Por conseguinte, aí já se revela adequada uma norma determinando, *tout court*, que «a transmissão [da posição de arrendatário] tem que ser comunicada ao senhorio». O problema foi originado pelo facto de, gramaticalmente — e por razões de economia legislativa que só atrofiaram a clareza e o rigor —, a «transmissão» constituir o sujeito comum às duas proposições: àquela que impõe a observância de forma e àquela outra que impõe a comunicação ao senhorio.

Em conclusão: o art. 1112.º, n.º 3, 1.ª parte, demanda a observância de forma escrita (simples documento particular) para o trespasse <sup>(92)</sup>.

## 6. O regime do arrendamento não habitacional e a transmissão indirecta de empresa explorada por sociedade

Sabe-se que hoje praticamente não se trespassam empresas. Antes se transmitem as participações de domínio ou de controlo das *sociedades que exploram as empresas*. E, nestas circunstâncias, *a forma da transmissão inviabiliza um tratamento materialmente idêntico entre arrendatários que sejam pessoas singulares e arrendatários que sejam sociedades*. Neste último campo, a transmissão das participações configura-se muitas vezes como um claro instrumento para fugir ao rigor normativo do art. 1112.º, como foi para as disposições que o antecederam: os estabelecimentos percorrem *substancialmente* outras esferas jurídicas (correspondentes à mudança da pessoa dos sócios adquirentes das participações), sendo que continua *formalmente* a mesma sociedade a ser arrendatária dos estabelecimentos.

O NRAU não ignorou esta realidade. Faz-se uma *equivalência normativa* entre trespasse e transmissão de mais metade das participações da sociedade que explora a empresa para o efeito de aplicar o *regime de denúncia livre dos arrendamentos comerciais* e o *regime de actualização imediata das rendas comerciais* — v. os arts. 26.º, n.º 6, al. b), e 56.º, al. c) <sup>(93)</sup>. Esta inovação só se reserva, como sabemos <sup>(94)</sup>, *para os arrendamentos decorrentes de contratos celebrados antes do NRAU* (arts. 26.º e 28.º do NRAU). *Deixa-se sem qualquer atenção o regime específico dos contratos novos*. Mas creio que a inovação legislativa constitui uma oportunidade a não desperdiçar: aquelas disposições devem ser vistas como a *positivação* no domínio do *arrendamento empresarial* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica *para efeitos de imputação* <sup>(95)</sup>.

Independentemente do momento da celebração do contrato de arrendamento do imóvel empresarial, deve equivaler-se o negócio sobre as participações sociais da sociedade arrendatária — desde que dêem a maioria simples em matéria deliberativa e, em face desse controlo, o poder de decidir, imediata ou mediamente, a gestão da sociedade — ao negócio sobre o estabelecimento explorado pela sociedade arrendatária. E, por essa via, equivale-se a condição de sócios (anteriores e novos) da sociedade à condição de trespasantes e trespasários. Por outras palavras, atribui-se *substancialmente* ao sócio ou aos sócios vendedores e compradores a compra e venda de um bem — *a empresa social* — que é a sociedade que mantém como sua no respectivo património e que só ela poderia celebrar.

Tal equiparação será legítima se, de acordo com a melhor doutrina, a sociedade explora uma empresa — em particular, quando o seu objecto estatutário coincide com a exploração de uma ou mais empresas e estas esgotam o património social — ou possui bens e elementos para constituir uma empresa e o comprador não visa alterar o objecto social-empresarial <sup>(96)</sup>.

Nestas condições vejo, em homenagem ao postulado hermenêutico da unidade jurídica do tratamento empresarial-societário no ordenamento arrendatício, que a desconsideração seja a partir de agora usada como técnica inevitável para assumir aquela equipolência <sup>(97)</sup> no exercício do direito de preferência (art. 1112.º, n.º 4 <sup>(98)</sup>) <sup>(99)</sup> e, mesmo, na fiscalização da legalidade da cessão imperativa da posição de arrendatário motivada por trespasse (art. 1112.º, n.º 2) <sup>(100)</sup>.

## § 2.º Locação de estabelecimento: o art. 1109.º <sup>(101)</sup>

### 1. Locação de estabelecimento e transferência do gozo do prédio

Posso sentenciar sem reboço: o art. 1109.º, n.º 1, é a mais enigmática das novas disposições. Manda aplicar à transferência temporária e onerosa do gozo de um prédio ou de parte dele, feita em conjunto com a exploração de um estabelecimento comercial nele instalado, as regras do arrendamento para fins não habitacionais, «com as necessárias adaptações».

*Prima facie*, o preceito pretende dizer o contrário do art. 111.º, n.º 1, do RAU (manifestamente o seu antecessor).

Este estatúia que *não era havido como arrendamento* o contrato de locação de estabelecimento — *rectius*, “a locação de estabelecimento *não envolve* um arrendamento do prédio onde aquele está instalado” <sup>(102)</sup> — sempre que nela *se inclua a cedência de um imóvel onde o estabelecimento funciona*. Estando a locação subordinada ao princípio da liberdade contratual <sup>(103)</sup>, a *intentio legis* era evitar a aplicação do regime vinculístico específico da locação de imóveis, nomeadamente no que tocava à prorrogação automática ou forçada do contrato <sup>(104)</sup>, e, assim, permitir que o locador do estabelecimento, findo o prazo do contrato, pudesse reaver a empresa com todos os seus elementos, juntamente com a fruição do imóvel. Compreendia-se o art. 111.º, n.º 1, no rasto do matricial art. 1085.º, n.º 1, ao afastar da locação do estabelecimento o esquema restritivo do arrendamento, como “uma justificada protecção concedida ao titular do estabelecimento”, “que apenas cede temporariamente o *direito à sua exploração*”, a quem “se deve a iniciativa da criação ou a manutenção do estabelecimento”, em cujo património o estabelecimento se integra e a ele será restituído uma vez terminado o prazo contratual estipulado para a locação <sup>(105)</sup>. Seria uma *injustiça* “a concessão da tutela própria do inquilinato vinculístico a quem não teve o rasgo criador justificativo do regime específico do arrendamento comercial e nem chamou a si, mediante remuneração adequada, a titularidade plena do estabelecimento” <sup>(106)</sup>.

O art. 1109.º, n.º 1, inverte a proposição do art. 111.º, n.º 1. Não é o «contrato pelo qual alguém transfere temporária e onerosamente para outrem (...) a exploração de um estabelecimento» o *quid* da prescrição inibitória. Ao invés, manda aplicar-se à *transferência do gozo do prédio* envolvida pela locação do estabelecimento as regras do *arrendamento não habitacional* <sup>(107)</sup>. Um juízo meramente sensorial sobre a providência acena que o direito que ao locatário cabe relativamente ao uso do local em que se encontra instalado o estabelecimento — entendido, à primeira vista, como propriedade do locador — o coloca na *posição de arrendatário* <sup>(108)</sup>. *Não resulta a conversão legal* da propriedade do imóvel em arrendamento <sup>(109)</sup>, mas parece que a lei faz uma espécie de “convolação” *ex vi legis* da cedência do gozo do imóvel empresarial em arrendamento *para o fim de aplicação do seu regime e enquanto durar essa cedência* <sup>(110)</sup> <sup>(111)</sup>.

Será assim?

Talvez possa ser. Porém, uma depuração mais cuidada atira-nos para outros *cenários* de interpretação da norma — o que é a mais cortante evidência da sua pouca bondade. (E socorro-me das primeiras reflexões doutriniais sobre um preceito que provém do PRNAU/2004.)

É translúcido que o art. 1109.º, n.º 1, levado à letra, coloca a tónica na transferência do gozo do prédio — ao contrário do art. 111.º do RAU, que acentuava a transferência da exploração do estabelecimento. Consubstanciará, no entanto, uma “aparente desfocagem” do problema: a negociação do prédio não surge *qua tale* mas conjuntamente com outros elementos, em termos de todos eles constituírem um estabelecimento; o direito ao uso-gozo do prédio usufruído pelo locatário da empresa é um *reflexo* puro e simples do gozo *pro tempore* da empresa, incluído no negócio locativo global (sempre que não haja título

autônomo e *constituído em aliança* com o negócio locatício sobre a empresa para disponibilizar o gozo do prédio (<sup>112</sup>). Neste contexto, o que se regula nesta disposição é o *regime aplicável à locação de estabelecimento (tal como no art. 111.º do RAU)*. Ainda que, como estamos em sede de disciplina do arrendamento, a disciplina seja firmada *em função do prédio* como elemento integrante do estabelecimento locado (<sup>113</sup>).

Num outro trilho, faz-se uma *delimitação objectiva* do artigo 1109.º, traduzida numa *facti species* para cada um dos seus números. O n.º 1 diz respeito à hipótese de A, *proprietário do estabelecimento e do imóvel, locar o estabelecimento e arrendar o prédio*, num contrato misto *sujeito às regras do arrendamento não habitacional*. Ou seja, uma “*locação de duplo objecto de gozo*”: do prédio ou fracção e do estabelecimento (<sup>114</sup>).

Confesso que nenhuma das três me convence na íntegra (<sup>115</sup>). Ainda que não deva ignorar o elemento gramatical do preceito, entendo coincidir com a prudência encetar um compromisso entre ele e a história do preceito, iluminado paralelamente pelo móbil essencial de tutela do estabelecimento.

A lei do arrendamento concebeu sempre a *locação* (“cessão de exploração”) de estabelecimento “como a transferência de um direito *sobre o todo*” que a empresa é. Esse direito à exploração da empresa envolverá o direito de gozo do prédio onde a empresa funciona mas não se confunde com esse direito. Pelo que não se pôde entender que “a aquisição do direito ao local tem por fonte um contrato de arrendamento” (<sup>116</sup>). Nem que *o próprio negócio sobre o estabelecimento* fosse um contrato de arrendamento: o *centro de gravidade* de tal operação não recai no imóvel. A não ser que houvesse *intuito fraudulento* das partes, caso em que haveria que desvendar a aparência inventada pelas partes — quiseram locar o prédio e não locar o estabelecimento — e franquear à operação querida o tratamento jurídico que ela merecia.

Não creio ser de romper sem mais tal compreensão. As estatuições do art. 1085.º, n.º 1, na versão de 1966 do Código Civil, e do art. 111.º, n.º 1, do RAU depreendiam que o estabelecimento locado implicava o gozo de bens imóveis. Sendo transferido temporariamente o gozo do estabelecimento, seria automática a aplicação das normas restritivas do arrendamento e tais disposições afastavam-na (<sup>117</sup>). O NRAU (na continuidade do RAU depois de reformado em 1995) deixou cair tais restrições em nome do primado da vontade das partes (em particular, na duração do contrato): não há, por isso, a preocupação em subtrair da locação um regime que com ele deixou, *em princípio*, de ser incompatível.

Porém, a locação do estabelecimento mantém o seu lugar na economia legal do arrendamento apenas e exclusivamente em razão do prédio. Só a protecção da circulação do estabelecimento tem a responsabilidade de chamar o prédio enquanto seu bem integrante — ainda será o valor dinâmico da exploração da empresa que convoca o valor estático do imóvel (<sup>118</sup>).

É esta *indissociabilidade* que me leva a entender que o art. 1109.º, n.º 1, regula *as duas realidades* tomadas como inseparáveis pela norma: a realidade *empresarial* — o negócio de locação do estabelecimento — e a realidade *imobiliária* — disponibilidade *ad tempus* do gozo do prédio fundada na locação do estabelecimento, seja ele *próprio* ou *arrendado* (ou fruído com base em direito que contenha nas suas faculdades a cedência do seu gozo, como o usufruto (<sup>119</sup>)) pelo locador do estabelecimento (<sup>120</sup>). *A ambas se aplica a disciplina do arrendamento não habitacional*, desde que *compatível* com o regime e os interesses em jogo na locação empresarial, em conformidade com o *objecto de incidência* de cada uma das normas dessa disciplina (<sup>121</sup>) (<sup>122</sup>).

Se assim for, temos que, *em matéria de locação do estabelecimento*, regerá, desde logo, o art. 1112.º, n.ºs 2 — a fim de saber se houve mesmo locação do estabelecimento em vez de uma “*disponibilidade*” do local por via do negócio do estabelecimento, e, em caso de resposta negativa, qualificar, com as consequências legais, o negócio dissimulado como *arrendamento ou subarrendamento do prédio* (<sup>123</sup>) (<sup>124</sup>) — e 5, 1.ª parte.

Ainda o art. 1112.º, n.º 3, 1.ª parte — quanto à *forma legal* para a celebração do contrato de locação do estabelecimento <sup>(125)</sup>. O que impede a consideração do contrato como consensual, submetido à liberdade de forma do art. 220.º (em face de não haver agora norma idêntica ao revogado art. 111.º, n.º 3, do RAU): uma solução que apareceria em desarmonia com o regime formal do *trespasse*.

Talvez será de aproveitar igualmente o art. 1113.º, n.º 1, que ditará a *não caducidade da locação do estabelecimento* por morte do locatário do estabelecimento, em excepção da regra comum da locação (art. 1051.º, al. *d*): por morte do locatário ou por extinção da pessoa colectiva <sup>(126)</sup>.

Por sua vez, em matéria de *gozo do prédio*, teremos definida, com as adaptações convenientes, a *responsabilidade por obras* no prédio onde está a empresa durante o período da locação: art. 1111.º, n.ºs 1 e 2 <sup>(127)</sup>. Aliás, é de todo conveniente um cenário normativo para uma faceta que pode ser indispensável para o cumprimento pelo locatário do *poder-dever de exploração do estabelecimento* <sup>(128)</sup>. Adequar, melhorar, reconfigurar o prédio (*meio* ou *elemento* da empresa) em termos físico-estruturais deverá ser muitas vezes fulcral para manter ou incrementar o valor económico da empresa. O que salvaguarda o locatário do estabelecimento de uma eventual resolução requerida pelo locador por incumprimento da contraparte e de uma indemnização por perdas e danos (em especial pelas “deteriorações” ilícitas) — v. arts. 1038.º, al. *d*), 1043.º, 1044.º, 1047.º e 801.º, n.º 2.

Mas já não deveremos convocar o art. 1110.º, n.º 2, quanto ao *prazo* de gozo do prédio, que seria *supletivamente* de 10 anos, independentemente do prazo de locação do estabelecimento <sup>(129)</sup>. Explico. A falta de coincidência entre o prazo da locação do estabelecimento e o prazo do gozo do prédio é incompatível com a *essência da locação do estabelecimento* e a *natureza unitária do objecto deste negócio*. O gozo do prédio acompanha o gozo do estabelecimento e não o contrário. Sendo a locação empresarial um negócio jurídico pelo qual se transfere a outrem, por um certo período de tempo, a exploração de uma empresa, não seria aceitável que o locador, terminado aquele tempo e não tendo havido renovação (contratualmente estabelecida), ficasse impedido de reaver o prédio ligado ao estabelecimento restituído, por mor da actuação de normativos que não jogam bem com semelhante situação. Se assim fosse, seria sacrificado o interesse mercantil de facilitar a circulabilidade *transitória* do estabelecimento.

## 2. Consentimento do senhorio e comunicação da cedência do gozo

O n.º 2 do art. 1109.º, apesar de a redacção não estar certa — alude-se à «transferência temporária e onerosa de estabelecimento instalado em local arrendado» quando está a disciplinar a *transferência do gozo do prédio onde está instalado o estabelecimento locado* —, veio resolver a pendência no que tange à *necessidade de o senhorio autorizar a cedência do gozo do imóvel arrendado motivada pela locação do estabelecimento*. Fê-lo no sentido que obteve aceitação maioritária na doutrina e nos tribunais superiores.

*Brevitatis causa*, se não era necessária essa aquiescência na cessão da posição contratual de arrendatário em sede de transmissão definitiva do estabelecimento, menos se justificaria na transmissão temporária do estabelecimento e na cedência estrita do gozo do prédio. E esta argumentação no plano dos interesses encontrou apoio na interpretação do art. 115.º, n.º 1, do RAU: extensiva (ou, até melhor, enunciativa), com recurso a um argumento *a fortiori*, por maioria de razão, no modo *a maiori ad minus* <sup>(130)</sup>.

No mesmo sentido se resolveu o dever de comunicar ao senhorio a cedência desse gozo, num regime (quase) equivalente ao dos negócios definitivos <sup>(131)</sup>. O “quase” é explicado pelo *prazo de comunicação*: porquê um mês, em vez dos quinze dias que resultam do art. 1038.º, al. *g*), para o *trespasse* <sup>(132)</sup>?

### § 3.º Trespasse e locação de estabelecimento, prédio arrendado e razoabilidade

A fartura de leis pouco cuidadas é protuberante. Pouco a fazer. Apenas sugiro que, à luz dos arts. 1112.º e 1109.º, tal como introduzidos pelo NRAU, se qualifique a presunção do art. 9.º, n.º 3, como *iuris tantum*: ilidível por um *intérprete-aplicador razoável*!

Setembro de 2006

#### SIGLAS:

*BFD* = Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; *CDP* = Cadernos de Direito Privado; *CJ* = Colectânea de Jurisprudência; *DAR* = Diário da Assembleia da República; *NRAU* = Novo Regime do Arrendamento Urbano (2006); *RAU* = Regime do Arrendamento Urbano (1990); *RDE* = Revista de Direito e Economia; *RLJ* = Revista de Legislação e Jurisprudência; *ROA* = Revista da Ordem dos Advogados; *SI* = Scientia Iuridica

(\*) O Doutor Orlando de Carvalho foi meu professor, mesmo depois de ser aluno. Acolheu-me como Assistente. Marcou: era inelutável. Deixar uma reflexão sobre a empresa é por si só uma responsabilidade extrema, mas é provavelmente o tributo mais significativo: dialogar com a sua obra maior a pretexto do Direito presente. Naturalmente que estendo o tributo aos restantes homenageados, os Doutores Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier, que não foram meus professores mas de quem sempre me sinto aluno.

(1) Sobre tal opção, v. CARNEIRO DA FRADA, “O novo regime do arrendamento urbano: sistematização geral e âmbito material de aplicação”, *ROA*, 1991, págs. 160-162, ID., “O âmbito do regime do arrendamento urbano — uma curta revisita e uma sugestão”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. III, *Direito do arrendamento urbano*, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 47-48. Para a crítica dessa *descodificação*, v. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. II (artigos 762.º a 1250.º), 4.ª ed. revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 478, PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano*, 3.ª ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 206.

(2) Para o aplauso da reintegração da matéria no Código Civil, v. CARNEIRO DA FRADA, “O regime dos novos arrendamentos urbanos”, *O Direito*, 2004, II-III, págs. 255-256, SOUSA RIBEIRO, “O novo regime do arrendamento urbano”, *CDP* n.º 14, Abril/Junho 2006, págs. 3-4.

(3) Deu entrada na Assembleia em 27-7-2005 e foi publicada no *DAR*, II Série A, n.º 47/X/1, de 7-9-2005.

(4) Publicado no *DAR*, II Série A, n.º 23/IX/3, de 9-12-2004. Este Decreto foi impulsionado pela Proposta de Lei n.º 140/IX, onde se anexava o NRAU/2004 como “Ante-projecto de decreto-lei autorizado que aprova o regime dos novos arrendamentos urbanos” (*DAR*, II Série A, n.º 5/IX/3, Suplemento de 30-9-2004, págs. 15 e ss.; o PRNAU/2004 também pode ser consultado in *O Direito*, 2004, II-III, págs. 467 e ss.)

(5) O RAU, segundo MENEZES CORDEIRO, “A modernização do Direito português do arrendamento urbano”, *O Direito*, 2004, II-III, págs. 235-236, 244 e n. (15) — pág. 241, responsável pelo seu “texto básico”, “rendeu-se à evidência da permanente instabilidade das regras sobre o inquilinato e à pressão, daí decorrente, para um abaixamento do nível técnico dos preceitos envolvidos. Optou, por isso, por retirar a matéria do arrendamento do Código Civil. Na época, mau grado alguma voz discordante, a generalidade da doutrina aprovou e apoiou a opção feita, considerando-a um *mal menor*”. Tal como era proposto pelo PRNAU/2004 (da responsabilidade máxima do autor seguido), ela voltou ao Código Civil em razão da “tradição das grandes codificações continentais”, do desaparecimento do “circunstancialismo que, em 1990, levou à opção pela retirada” da matéria, da possibilidade de “restituir, ao arrendamento urbano, a linguagem puramente civil, abdicando das perífrases vincuistas (...) que foram inseridas no Código Civil”, e, por fim, da precisão em ir ao encontro “das necessidades da confiança das pessoas envolvidas e dos agentes que, *in futurum*, cabe captar para o mercado do arrendamento”. (Os sublinhados são da minha lavra.)

(6) Sobre este conturbado percurso legislativo, v. MENEZES CORDEIRO, “A aprovação do NRAU (Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro): primeiras notas”, *O Direito*, 2006, II, págs. 229 e ss.

(7) Na falta de referência, as normas indicadas pertencem ao Código Civil, tal como modificado pela Lei n.º 6/2006.

(8) Para além da habitação (ou residência) permanente, esta espécie inclui ainda, na senda do art. 2.º, al. b), do RAU, o arrendamento para habitação não permanente ou para fins especiais transitórios (profissionais, educativos, formativos ou turísticos), com a disciplina especial prevista nos arts. 1095.º, n.º 3, 1096.º, n.º 1, *in principio*, bem como no art. 15.º, n.º 1, al. b), do NRAU.

(9) Isto é, os arrendamentos rústicos não rurais nem florestais. Sobre esta matéria, v., para o art. 6.º, n.º 1, do RAU, PEREIRA COELHO, “Breves notas ao «Regime do Arrendamento Urbano», *RLJ* n.º 3822, ano 125.º, 1993, págs. 259-260, e, para o actual art. 1108.º, CARNEIRO DA FRADA, “O regime...”, *loc. cit.*, pág. 259, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Breves notas sobre as «Disposições especiais do arrendamento para fins não habitacionais» no Projecto do NRAU”, *O Direito*, 2005, II, págs. 373-374, PINTO FURTADO, “Do arrendamento urbano para fins não habitacionais”, *O Direito*, 2005, II, pág. 395.

(10) CARNEIRO DA FRADA, “O âmbito do regime...”, *loc. cit.*, pág. 38.

(11) Incluem-se especialmente aqui a instalação de sede e serviços de pessoas colectivas (*maxime*, associações de direito privado) e outras organizações institucionais (incluindo o Estado e seus “braços administrativos”: uma conservatória do registo predial, um tribunal, uma repartição de finanças, um instituto público), bem como a utilização de prédios para a prática desportiva: cfr., para o direito anterior, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *sub art.* 123.º do RAU, pág. 727, e, para o direito actual, PINTO FURTADO, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 394. Mas também, a meu ver, os «arrendamentos de espaços não habitáveis» para fins limitados — tal como eram descritos no art. 5.º, n.º 2, al. e), do RAU, que, assinala-se, não eram formalmente retirados da *species* do arrendamento urbano, embora não contassem para a aplicação do respectivo regime —, que, agora, em conjunto com as restantes hipóteses previstas nesse n.º 2 do art. 5.º do RAU, ficam “subordinados à regulamentação geral do arrendamento” e perdem a anterior “especificidade jurídico-normativa” (CARNEIRO DA FRADA, “O regime...”, *loc. cit.*, págs. 258-259). Falo, a título ilustrativo, da utilização do prédio para a colocação de painéis publicitários ou de postos de recepção ou retransmissão de sinais electromagnéticos. Porém, assim é desde que o arrendamento não tenha, por si mesmo, *outra natureza não residual* — como será o



caso, p. ex., do estacionamento de viaturas por uma empresa de transportes — *ou conexão directa* com um arrendamento imobiliário *para outros fins não residuais* do arrendatário (e correspondente *absorção jurídica* pelo fim principal: cfr. art. 1028.º, n.º 3) — como será a armazenagem para arquivo documental de uma sociedade de advogados. Com interesse para este ponto, v., no âmbito de vigência do RAU, PEREIRA COELHO, “Breves notas...”, *loc. cit.*, págs. 261 e ss., CARNEIRO DA FRADA, “O âmbito do regime...”, *loc. cit.*, págs. 36 e ss.

(12) Compreendida na circunferência mais ampla do “amadurecimento de sentido unificador da disciplina dos arrendamentos urbanos (*tout court*)”: assim, para o PRNAU/2004, CARNEIRO DA FRADA, “O regime...”, *loc. cit.*, pág. 258.

(13) Tal como se referia RUI DE ALARCÃO, “Sobre a transferência da posição do arrendatário no caso de trespassse”, *BFD*, 1971, n. (48) — pág. 41, aos arts. 1113.º a 1118.º da primitiva redacção do Código Civil.

(14) JOÃO ESPÍRITO SANTO, “Especificidades dos arrendamentos para comércio ou indústria”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. III, *Direito do arrendamento urbano*, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 441 e 471.

(15) Cfr. MENEZES CORDEIRO, “A modernização...”, *loc. cit.*, pág. 253.

(16) O “estabelecimento” a que a lei se continua a referir deve ser entendido numa perspectiva *objectiva* — “instrumento ou estrutura produtiva de um sujeito, e objecto de relações jurídicas” — e, como tal, será legítima a sinonímia *jusmercantil* com a denominação empresa (ainda que esta possa ter, ainda que implicitamente, significação mais ampla e dessa equivalência terminológica não derive grande utilidade para a determinação do que é a empresa e qual o seu regime). Para apoio, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, págs. 200-201 (onde se encontra a citação), 204-205.

(17) Nem sempre será por esta via que se permitirá o ingresso da utilização do imóvel na esfera de disponibilidade do trespassário. Nada obsta, p. ex., que o proprietário do imóvel (trespassante) constitua um usufruto, celebre um arrendamento ou, se for arrendatário, proporcione ao trespassário um subarrendamento (desde que autorizado).

(18) Cfr., em parte, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (Parte especial). Contratos. Compra e venda. Locação. Empreitada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001 (reimp. 2003), pág. 292.

(19) HENRIQUE MESQUITA, “Cessão da posição de arrendatário (Parecer)”, *CJ*, 1986, I, pág. 16.

Com a nova sistematização do Código Civil em matéria de arrendamentos não habitacionais, desaparecem as questões relativas à remissão operada pelo art. 121.º do RAU de 1990 para as disposições dos arts. 110.º a 120.º desse diploma. Ou seja, à aplicação da disciplina do arrendamento para comércio ou indústria — em particular, os arts. 111.º e 115.º, n.º 2, al. a) (que redundaria na entrega do instrumentário do profissional liberal), e 116.º — ao arrendamento para o exercício de profissões liberais. Por todos, com literatura e indicações jurisprudenciais, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, págs. 300-303.

(20) Sobre o assunto, remeto para COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 98 e ss. (em especial págs. 103-105).

(21) Cfr. COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, n. (258) — pág. 109.

(22) Com o NRAU resolveu-se a querela de saber se era possível ceder a posição arrendatícia com o benefício da não autorização do senhorio a sociedades de profissionais tendo por objecto uma actividade profissional-liberal: sobre o assunto, v. COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, págs. 109-110, PEDRO ROMANO MARTINEZ, págs. 301-302. Seguiu-se também a orientação jurisprudencial: cfr. os **Acs. da Relação do Porto, de 30 de Maio de 1985** (in *CJ*, 1985, III, pág. 251, ss.), e **da Relação de Évora, de 25 de Outubro de 2001** (in *CJ*, 2001, IV, pág. 272, ss.).

(23) V. HENRIQUE MESQUITA, “Cessão...”, *loc. cit.*, pág. 17, MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio e fins equiparados*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 105-106.

(24) Cfr. o proveito de também aqui seguirmos RUI DE ALARCÃO, n. (48) — págs. 41-42. De todo o modo, não deveremos mais ver o essencial dessa tutela na estabilidade conferida pela impossibilidade de celebrar os arrendamentos comerciais por qualquer prazo e de serem denunciados livremente no fim desse prazo: sobre o ponto, nomeadamente em face da “generalização dos arrendamentos comerciais ou industriais com prazo de duração efectiva”, v. CARNEIRO DA FRADA, “O âmbito do regime...”, *loc. cit.*, págs. 42-43, 48.

(25) Para a identificação e considerações da *história* deste preceito, base do anterior art. 115.º, n.º 1, do RAU, e actual art. 1112.º, 1, al. a), v., por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial. I. O problema da empresa como objecto de negócios*, Coimbra, 1967, págs. 264-265 e n. (76), n. (302) — págs. 611-612, ID., *Estabelecimento, trespassse e mudança de destino*, Separata da *RLJ*, Ano 110.º, n.º 3592, Coimbra Editora, Coimbra, 1977, págs. 16 e ss.

(26) Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I cit., págs. 287-288.

(27) Que é aqui uma fonte *nominada* de obrigações (arts. 424.º e ss.), prevista *em especial* para a locação no art. 1059.º, n.º 2.

(28) Sobre o ponto, v. GRAVATO MORAIS, “Algumas reflexões em torno da figura do trespassse parcial”, *SI* n.ºs 265/267, Janeiro/Junho 1997, págs. 154-155, MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., págs. 89 e ss.

(29) Assim como no regime da locação de financeira de bens de equipamento: art. 11.º, n.º 1, do DL n.º 149/95, de 24 de Junho. Aqui remete-se para o art. 115.º, n.º 1 (deve hoje considerar-se a remissão feita para o art. 1112.º, n.º 1, al. a)) e afasta-se o consentimento do locador para a transmissão da posição de locatário (com a *disparidade* de, como tem destacado a doutrina, em atenção ao interesse de o locador reaver o capital investido, este contraente poder invocar que o cessionário da posição contratual não oferece «garantias bastantes à execução do contrato» e, por isso, impedir a transmissão).

(30) Sobre este ponto, v. FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa”, *ROA*, Maio de 1984, pág. 38, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Arrendamentos comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1991, pág. 177, onde, a propósito do direito de preferência do senhorio no trespasse (agora regulado no art. 1112.º, n.º 4), se descreve a querela entre a propriedade *fundiária* e a propriedade *comercial* (no mesmo sentido, v. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, I volume, Almedina, Coimbra, 2001 (reimp. 2003), pág. 249), PAULO DE TARSO DOMINGUES, “A locação de empresa”, *RDE*, 1990-1993, pág. 565, JOÃO ESPIRITO SANTO, págs. 471-472 (invoca-se o confronto entre a *produção* e a *propriedade*), CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial (4.º Ano). Sumários — 2.ª turma*, Ano lectivo 2005/2006, FDUC, Coimbra, Parte I, Capítulo II, § 3, ponto 7, CAROLINA CUNHA/RICARDO COSTA, *Simplificação formal do trespasse de estabelecimento comercial e o novo regime do arrendamento urbano*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 28 e n. (20) — onde se alude ao binómio imobiliário *vs.* mercantil ou riqueza estática *vs.* riqueza produtiva.

(31) O NRAU tomou medidas com o objectivo claro de ter em conta a órbita de interesses do senhorio do imóvel trespasado, em especial para os contratos celebrados à luz dos regimes marcados pelo vinculismo. De facto, o regime apertado de aumento das rendas (v. arts. 30.º e ss. do RAU) conduziu a um crónico aproveitamento pelos arrendatários: enriquecimento injustificado à custa de trespases caros, cujo preço não se calculava em função do estabelecimento mas basicamente remuneravam o direito ao imóvel, de que dispunham a troco de um encargo insignificante e “perpétuo” (recorde-se que não podiam denunciar livremente o contrato para o fim do prazo: art. 68.º, n.º 2, do RAU). O quadro era solidificado pela sucumbência à cessão imperativa da posição contratual dos arrendatários-trespasantes.

A reacção a este desequilíbrio na relação de arrendamento comercial começou com a atribuição do *direito legal de preferência ao senhorio* na venda e dação em cumprimento do estabelecimento comercial (inovação do art. 116.º do RAU; melhor, este preceito retomava, com outro rigor, o “direito de opção” previsto no § único do art. 9.º da Lei n.º 1662, de 4 de Setembro de 1924) — sobre o assunto, v., criticamente, OLIVEIRA ASCENSÃO, “Subarrendamento e direitos de preferência no novo regime do arrendamento urbano”, *ROA*, 1991, págs. 58-59 e 73, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *sub art. 116.º do RAU*, págs. 714-715, PEDRO ROMANO MARTINEZ, págs. 296-298; também PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., pág. 677, que, em face da indisponibilidade de meios da maior parte dos senhorios para “resgatar” o prédio por intermédio da aquisição do estabelecimento, propunha a aplicação do regime da denúncia previsto nos arts. 89.º-A e ss. do RAU ou a conversão do contrato em arrendamento de duração limitada. Essa reacção continuou, depois da reforma levada a cabo pelo DL n.º 257/95, de 30 de Setembro, com a regulação dos arrendamentos com prazo certo, a livre denúncia do contrato e a actualização *convencionada* das rendas (arts. 117.º-119.º).

A consideração dos interesses do senhorio vê-se, desde logo, pela via de um elemento decisivo do contrato de arrendamento — o preço, traduzido na *renda* —, que se visa *ajustar* ao *valor de mercado* nos contratos antigos. A nova disciplina estabelece para os contratos “de pretérito” um regime transitório de “correção acelerada de rendas” (MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina do arrendamento urbano. NRAU anotado de acordo com a Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, *sub art. 30.º do NRAU*, pág. 54) até se atingir o máximo previsto nos arts. 31.º a 33.º do NRAU, *imediatamente aplicado* ou *diferido no tempo* (o regime de actualização encontra-se nos arts. 30.º e ss.). Deste modo, o senhorio está habilitado a actualizar *sem mais* as rendas dos arrendamentos não habitacionais celebrados antes da entrada em vigor do DL n.º 257/95, de 30 de Setembro (isto é, 5 de Outubro), sempre que, *depois da entrada em vigor do NRAU*, haja trespasse ou locação do estabelecimento, ou transmissão entre vivos de participação ou participações sociais da sociedade-arrendatária a outros sujeitos, que constituam mais de 50% das participações representativas do capital social da sociedade (cfr. arts. 51.º e 56.º, als. b) e c), do RAU). Ou, para os mesmos arrendamentos e de acordo com o art. 53.º, n.º 2, actualizará-las *faseadamente em 10 anos*, quando funcione no prédio arrendado um estabelecimento comercial de venda ao público, sendo o arrendatário uma pessoa singular ou uma microempresa [menos de 10 trabalhadores e volume de negócios e balanço total não ultrapassam € 2.000.000 cada: art. 53.º, n.º 3]; quando funcione no prédio arrendado um estabelecimento comercial de venda ao público e esse prédio esteja em Área Crítica de Recuperação e Reconversão Urbanística (ACRRU); ou quando o arrendatário tenha adquirido o estabelecimento por trespasse há menos de cinco anos.

Em segundo lugar, dispõe agora o senhorio de uma faculdade de *denúncia livre* (sem necessidade de invocar qualquer fundamento) dos contratos para fins não habitacionais *celebrados antes da entrada em vigor do NRAU* (v. art. 28.º, que remete para o art. 26.º) e de duração ilimitada, com relação a prédios onde se explore um estabelecimento, *desde que o comunique ao arrendatário com uma antecedência de 5 anos em relação à data em que pretenda a cessação do contrato*. Esta faculdade poderá ser exercida se houver trespasse ou locação do estabelecimento depois da entrada em vigor do NRAU, ou transmissão entre vivos de mais de metade da

participação ou participações sociais da sociedade-arrendatária a outros sujeitos — cfr. o art. 26.º, n.º 6, em relação com o n.º 4, al. c), do NRAU, e o art. 1101.º, al. c).

Por sua vez, o art. 58.º do NRAU prescreve que, para os arrendamentos não habitacionais anteriores ao NRAU (repare-se nos arts. 27.º, 28.º e 26.º, n.º 2), *não há transmissão por morte*, com a excepção de existir sucessor que, há mais de três anos, *explore em comum* com o arrendatário primitivo estabelecimento a funcionar no local. Adoptando-se um critério que aluda às “situações de *cooperação* de um sucessor com o arrendatário, no desenvolvimento da actividade comercial deste”, que assentam numa “relação de troca, com uma contrapartida indemnizatória, sem prejuízo de lhe serem eventualmente atribuídos efectivos poderes de gestão e do interesse comum no êxito da empresa” (SOUSA RIBEIRO, pág. 19, sublinhei), será o caso dos sujeitos que participem com vínculo laboral na exploração da empresa (p. ex., um “gerente de comércio” ou “auxiliar do comerciante”, tal como previstos nos arts. 248.º e 256.º do CCom.). Esta transmissão depende de comunicação ao senhorio da «vontade de continuar a exploração», a fazer no prazo de três meses após a morte. (Para só reparar no óbvio, a lei depreende, numa concepção de estabelecimento baseada em exploração *intuitu personae* e *não societária*, que a unidade do estabelecimento só se mantém quando se identifica um relacionamento anterior com o titular que falece. O que é muito discutível: será que neste caso os “factores pessoais” fazem necessariamente subsistir (como regra) o estabelecimento após a morte? Por outro lado, alerta para a *desigualdade material* entre o arrendatário-pessoa singular e o arrendatário-sociedade unipessoal, circunstância em que o arrendamento não caduca por morte — nesta linha, cfr. MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina...*, cit., sub art. 58.º do NRAU, pág. 75.)

Para os contratos novos, relembre-se que o art. 1110.º, n.º 1, baseia o regime da duração, denúncia e oposição à renovação dos contratos de arrendamento não habitacional na *liberdade contratual* das partes, só se aplicando a norma habitacional nessas matérias se as partes não as convencionarem.

As novidades em matéria de negócios empresariais motivaram já intervenções curiosas. “É de prever que, com rendas actualizáveis a preços de mercado, e contratos *com prazo certo*, o *trespasse* venha a constituir um instituto que vai perder quase toda a importância que tem, (...) se é que não se tornará mesmo (...) num *lapsus genus*” (PINTO FURTADO, “Do arrendamento para comércio ou indústria no Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos”, *O Direito*, 2004, II-III, pág. 348, sublinhado do Autor). Na mesma linha, SOUSA RIBEIRO, pág. 17: “(...) é de crer que ninguém estará disposto a dispender uma quantia considerável, como contrapartida do *trespasse*, sem qualquer garantia de permanência, para além do prazo de pré-aviso (5 anos). Na prática, a efectivação do *trespasse* passará, na maioria dos casos, por um entendimento do *trespassário* também com o senhorio, esvaziando de conteúdo útil, em grande medida, o regime legal de desnecessidade de autorização deste”. O Estado-legislador retorquiu com a promessa do fim dos *trespasses falsos*. “Estas regras [do NRAU] pretendem manter apenas os *trespasses* verdadeiros (...). [Estes] não vão perder o seu valor, pois mantêm-se o valor do estabelecimento e o senhorio, com uma renda justa, não estará interessado em terminar o contrato” (EDUARDO CABRITA, Secretário de Estado da Administração Local, in [www.correioamanha.pt](http://www.correioamanha.pt), 14-2-2006).

<sup>(32)</sup> E, “reflexamente, o *interesse geral*, dado o valor social de que as respectivas actividades se revestem” (PEREIRA COELHO, *Direito substantivo e processual*, Lições ao curso do 5.º Ano de Ciências Jurídicas no ano lectivo de 1988-1989, FDUC, Coimbra, 1988, pág. 72, sublinhado meu).

<sup>(33)</sup> Neste sentido, v. CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1970 (reimp. 1982), n. (2) — pág. 85.

<sup>(34)</sup> Assim, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura...*, cit., pág. 618.

<sup>(35)</sup> FERRER CORREIRA, “Sobre a projectada reforma...”, *loc. cit.*, pág. 38, itálico como no original.

<sup>(36)</sup> JOÃO ESPÍRITO SANTO, pág. 471.

<sup>(37)</sup> COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., pág. 302.

Com o *trespasse*, o cessionário ocupa a mesma posição do arrendatário primitivo ou seguintes, com os mesmos direitos e obrigações: duração do contrato, montante da renda, encargos em relação ao prédio, restituição de benfeitorias, autorização para a mudança de ramo ou actividade, etc. Mas agora, havendo *trespasse* ou venda de participações sociais (da sociedade onde haja empresa no seu património) equiparável a *trespasse*, as rendas antigas podem ser actualizadas e os contratos denunciados no horizonte temporal de cinco anos (v. *supra*, n. 31).

Ao senhorio continua a assistir direito de preferência na venda ou dação em cumprimento do estabelecimento do arrendatário — o que já não se percebe como instrumento para o senhorio readquirir o gozo do imóvel numa relação que lhe era desfavorável mas que agora se equilibra (sobre o ponto, v. uma vez mais *retro*, n. 31, e MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., págs. 94-96, SOUSA RIBEIRO, págs. 18-19), talvez só se mantenha o interesse da administração fiscal em surpreender os valores simulados dos *trespasses*. Mas a norma é agora supletiva: *salvo convenção em contrário*. A lei oferece ao titular da preferência a faculdade de *renunciar* a ela e, assim, produzir a extinção do direito que é objecto dela. Para o caso, ter a lei falado de «convenção» não faz obstáculo a esta qualificação, pois nada impede que a renúncia, como declaração negocial “demissiva”, possa aparecer “integrada num qualquer negócio onde represente *um dos efeitos* respectivos (ou a declaração de vontade de produção *desse* efeito)”: FRANCISCO PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no direito civil (Algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, Studia Iuridica 8, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, n. (2) — págs. 7-8, sublinhado do Autor.

Poderá ser o caso — exarar a renúncia no contrato de arrendamento, sem que isso depreenda uma aceitação do arrendatário — ou não — vontade formalizada em declaração complementar. Mas sempre será suficiente e estruturante para a produção do resultado *abdicativo* a declaração ou negócio unilateral (v. novamente FRANCISCO PEREIRA COELHO, págs. 103 e ss.).

O que me parece de recusar é que se mantenha para cada cessão sucessiva nos contratos novos a abdicção do direito de preferência declarada no primeiro contrato de arrendamento ou em declaração autónoma sendo o arrendatário primitivo o beneficiário, *na relação com os arrendatários cessionários posteriores*. Não se coloca aqui a questão de saber se a renúncia *antecipada* (sendo *abstracta*, isto é, sendo-lhe indiferente a averiguação do título ou causa que fundamentam o acto renunciativo) é legítima: como a norma que atribui o direito de preferência passou a ser *dispositiva*, o direito será susceptível de renúncia prévia. Mas (o que seria o mesmo se a norma fosse imperativa) desde que não traduza uma renúncia *genérica, definitiva e indiscriminada*, que impeça o renunciante de voltar atrás na declaração emitida e exercer a faculdade que a lei lhe dá *todas as vezes que no futuro o estabelecimento seja alienado*. Antes tão-só será válida se for uma renúncia *concreta* à preferência *no negócio levado a cabo pelo arrendatário que se exonera da preferência*: com um alcance *subjectivo* determinado e uma eficácia estritamente *inter partes*, o que se aceita mesmo antes de haver *projecto de alienação* e a *comunicação* exigida pelo art. 416.º. (Sigo ANTUNES VARELA, “Acórdão de 26 de Novembro de 1981 — Anotação”, *RLJ* n.º 3725, Ano 117.º, 1984-1985, págs. 236 e ss., FRANCISCO PEREIRA COELHO, págs. 21, 83-84, 99-101 e 145-148 e, em esp., a n. (411), ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed. revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, n. (1) — pág. 409.) É esta, aliás, a compreensão que, por um lado, respeita o interesse público que preside à configuração (taxativa) de direitos legais de preferência e, por outro, se ajusta ao estatuto normativo de um direito *legal* de preferência. Para este último efeito, recordo a síntese de HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 196, adaptado para esta oportunidade e com sublinhado da minha autoria: “(...) enquanto o preferente não fizer valer a prelação, cada ... [negócio submetido à preferência] origina um *direito autónomo* de preferência. O preferente pode, por conseguinte, desinteressar-se de determinada alienação e vir a preferir numa outra que ocorra posteriormente. O direito de preferência deriva da lei e nasce (ou renasce) sempre que se verifiquem os pressupostos que o condicionam. (...) O facto de ele [preferente] não preferir em certa venda (*porque renunciou ao respectivo direito* ou o deixou caducar) *não o impede de vir a fazê-lo mais tarde...* [em novo negócio submetido à preferência]”. Ora, ver na nova faculdade legal a porta aberta para uma renúncia prévia com efeitos *ex nunc*, ilimitados e globais, não é admissível, antes se destinará a uma declaração de nulidade.

Não só: a argumentação *própria* da preferência para a aquisição do estabelecimento também acalenta a bondade do juízo. É verdade que o arrendamento comercial não é essencialmente *intuitu personae*, pois as normas dos arts. 1112.º, n.º 1, e 1113.º, n.º 1, quebram a intransmissibilidade da posição de arrendatário a pessoas desconhecidas do senhorio (v. PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., págs. 489-490 e 532, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., n. (273) — pág. 304, págs. 315-316). Porém, o parecer *negativo* que funda a renúncia do locador do imóvel será feito em função, por princípio, da sua não aptidão para assumir a actividade empresarial explorada. Mas essa inaptidão pode mudar ao longo das cessões sucessivas dos arrendamentos, ou então mudarem as competências (ou propósitos) profissionais do locador (assim, até seria atentatório da liberdade de iniciativa económica essa renúncia “cega”). Ou, suponhamos numa outra frente, ele conhecer antecipadamente o interessado no trespasse e seu futuro arrendatário e não desejar conviver com ele na relação locatícia. E, portanto, as *circunstâncias objectivas e subjectivas* que fundaram a renúncia *originária* não se manterem. Razões mais que suficientes para *só em concreto* decidir, tendo em conta a natureza potencialmente duradoura do gozo do imóvel empresarial.

<sup>(38)</sup> No mesmo sentido, cfr. MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., págs. 82, sua n. (48), e 87, onde aprofunda serem as duas alíneas do art. 1112.º, n.º 2, requisitos de delimitação ou identificação do tipo de transacção relevante (*amplitude do seu objecto e consistência jurídica do seu objectivo*) para efeitos da autorização conferida pelo n.º 1 da norma. Pelo contrário, a favor da eliminação dessas alíneas, “sendo o intérprete remetido para os critérios de apreciação inferíveis, em geral, do conceito de trespasse”, v. SOUSA RIBEIRO, págs. 17-18.

<sup>(39)</sup> O art. 115.º, n.º 2, al. b), apresentava a seguinte redacção: «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».

<sup>(40)</sup> Para esta distinção, v. ANTUNES VARELA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 1968 — Anotação”, *RLJ* n.º 3386, Ano 102.º, 1969-1970, pág. 76, ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento, trespasse e mudança de destino*, cit., pág. 23 e n. (26), COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., pág. 302.

<sup>(41)</sup> GRAVATO DE MORAIS, *Alienação e oneração de estabelecimento comercial*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 94.

<sup>(42)</sup> Demonstrava-se um “desvio de afectação”, nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995 (reimp. 2002), pág. 199.

<sup>(43)</sup> E, assim, ainda que se ultrapassasse o crivo do art. 115.º, n.º 2, al. a), do RAU, agora art. 1112.º, n.º 2, al. a), para a existência de trespasse — através do qual se controla a entrega dos elementos do âmbito mínimo:

v. *infra*, n. 51 —, a licitude da cessão da posição de arrendatário deveria ser atacada por este lado. Assim, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., págs. 303-304 e n. (272).

Numa visão em parte diferente, pois desliga a mudança de destino do prédio da averiguação *in totum* do trespasse, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Arrendamentos comerciais*, cit., pág. 173, afirma que a inexistência de trespasse, segundo a lei, quando ocorre a factualidade da al. *b*), apenas significa que o arrendatário não é merecedor da dispensa de autorização prevista no n.º 1 da norma, o que não quer dizer, segundo esta doutrina, que não tenha havido trespasse em termos jurídico-comerciais, precisamente por se ter ultrapassado a prova da al. *a*) da norma. Já para PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., págs. 582-589, a aplicação do prédio a um ramo ou destino diferente, que não retrata a inexistência ou descaracterização do trespasse, dá automaticamente ao senhorio o direito de resolução do contrato de arrendamento, sem a enlaçar com a demonstração do *animus simulandi* de um trespasse.

Acrescente-se que nada obsta a que se cumulem ambas as alíneas do art. 1112.º, n.º 2. O *caso típico* será o de o único valor empresarial que fica na esfera do trespasário ser a posição arrendatícia de que advém a utilização do imóvel e de se registar uma imediata mudança do escopo do imóvel (para outro ramo ou destino).

Mas mais, se quisermos. Ainda que o preenchimento da al. *a*) do art. 1112.º, n.º 2, possa valer *per se* a fim de decretar o não trespasse e a cessão não autorizada, a sua valência poderá ter interesse na relação que possa estabelecer com a al. *b*) para circunstâncias de *prova difícil da simulação*. Será, a meu ver, *quando haja dúvidas* em determinar que o ou os elementos ou meios empresariais excluídos pelas partes (ou porque estavam no *âmbito natural* e foi postergada a sua inclusão no estabelecimento e/ou porque estavam no *âmbito convencional* e não foi prevista a sua transmissão) se incorporem *em concreto* no *âmbito mínimo ou necessário de entrega* — resiste-se, por isso, a invocar a al. *a*) — e subsista a exploração efectiva do estabelecimento, em princípio debilitada, cerceada ou menos eficiente em face desse afastamento ou omissão, durante um período de tempo assinalável após o trespasse, *porém de veracidade duvidosa em face da actuação empresarial do trespasário* (p. ex., cortou sem mais relações com fornecedores importantes, promoveu despedimentos por extinção dos postos de trabalho, mudou o “acreditado” nome do estabelecimento, etc.), a que se segue a (“desejada” *ab initio*) mudança do estabelecimento. Desta conjugação de indícios *não definitivos*, não me choca que o tribunal forme a convicção de que as declarações negociais (ou falta delas) e o comportamento ostensivo posterior revelem, em conjunto, *a ausência da vontade de transmitir a organização concreta que o estabelecimento como objecto negocial é*. Sobre a interdependência das duas alíneas do art. 1112.º, n.º 2, v. ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento, trespasse e mudança de destino*, cit., págs. 24 — onde, aliás, o Autor confirma que, no intuito de avaliar a existência do trespasse da empresa, não servem só um ou outro dos índices legais, ou ambos, mas “qualquer outra *razão decisiva* que não se indica expressamente no texto [da lei]” (sublinhado por mim colocado) —, 28-29 — onde se mencionam, para além das indícios das alíneas e em seu socorro, “quaisquer outros sintomas que sejam úteis para a determinação a fazer”; contra, PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., págs. 585-587.

(44) Como afirmava JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Arrendamentos comerciais*, cit., pág. 172, “conquanto a mudança de ramo seja apenas ostensiva em momento posterior, para que se possa afirmar uma irregularidade na cessão da posição de arrendatário, é mister que essa mudança de ramo seja a *projecção do acto anterior*, gerador do pretenso trespasse” (sublinhado da minha responsabilidade).

(45) COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., pág. 285; v. ainda GRAVATO DE MORAIS, *últ. ob. cit.*, págs. 97-98.

(46) Em geral sobre esta matéria, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *últ. ob. cit.*, págs. 25 e 26-27.

(47) Entre outros, v. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Breves notas...”, *loc. cit.*, pág. 387.

(48) A aplicação do prédio arrendado ao *fim convencional* é *requisito de cumprimento do contrato de arrendamento transmitido*, atendendo ao facto de o contrato de arrendamento estipular um fim ou ramo específico de comércio ou indústria (p. ex., “exploração de ramo da restauração e hotelaria”) ou um fim genérico de comércio ou indústria (“qualquer ramo comercial ou industrial”). O incumprimento dá ao senhorio o direito de resolver o contrato de arrendamento e pelo despejo requerer a desocupação do imóvel *ao trespasário*, seu novo arrendatário por efeito do trespasse — assim era à luz do art. 1093.º, n.º 1, al. *b*), do Código Civil originário, bem como de acordo com o art. 64.º, n.º 1, al. *b*), do RAU; continua a sê-lo à luz do art. 1083.º, n.º 2, al. *c*): «É fundamento de resolução [...] o uso do prédio para fim diverso daquele a que se destina». Só terá sentido recorrer à al. *b*) do art. 1112.º, n.º 2, naqueles “contratos que permitem ao arrendatário destinar o imóvel a mais do que um fim ou ramo de actividade, pois naqueles que não permitem alterar o fim para o qual o imóvel foi dado de arrendamento (...) a verificação do tipo de alterações a que alude a al. *b*) já fará o arrendatário incorrer num fundamento resolutivo distinto”: MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., pág. 84. (Note-se que a nova disposição do Código Civil deixou de fazer menção ao *uso do prédio para ramo de negócio diverso*, recorrendo a um conceito *amplo* de *fim contratualmente estipulado*, de acordo, aliás, com o teor da obrigação prevista na al. *c*) do art. 1038.º.) Cfr., sobre a matéria, ORLANDO DE CARVALHO, *últ. ob. cit.*, págs. 32-33. Para vislumbrar a discussão doutrinal e jurisprudencial que esta causa de resolução motivou durante a anterior normação locatícia, v. GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração...*, cit., págs. 50 e ss. E v. *infra*, n. 55.

Para uma visão contrária a este entendimento, v. PINTO FURTADO, *Manual...* cit., pág. 585, que se assumiu acérrimo defensor da inutilidade da al. *b)* do art. 115.º, n.º 2, do RAU, na medida em que a compreendia como coincidente com a al. *b)* do art. 64.º, n.º 1, do mesmo RAU. Ou seja, não aceitava a distinção entre o fim que se prescreve no contrato de arrendamento comercial e o escopo do prédio onde funciona o estabelecimento.

(49) O PRNAU/2004 mantinha pura e simplesmente a gramática do art. 115.º, n.º 2, do RAU.

(50) Já apreciada pela doutrina, que gabou a “maior clareza” da nova formulação desta al. *b)*: refiro-me a SOUSA RIBEIRO, pág. 18.

(51) Mas o legislador perdeu uma oportunidade para tornar mais precisa e elegante a al. *a)* (cuja fonte mais remota se encontra no art. 64.º, n.º 2, da Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948, por sua vez origem do art. 1118.º do Código Civil primitivo). Ignorando o trabalho doutrinário que sobre ela se debruçou nas últimas décadas, a fórmula legal insiste em veicular “uma *descrição agregacionista* do estabelecimento comercial, ou seja, uma descrição do estabelecimento como se fosse e só fosse um somatório de bens”, quando “o puro elenco de bens não é critério decisivo do estabelecimento ou empresa, pois o estabelecimento ou empresa é que é critério dele” (ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento, trespasse e mudança de destino*, cit., pág. 27, sublinhei). Isto é, uma nova redacção que demonstrasse não ser exigível para a alienação do estabelecimento a transferência de *todos* os seus elementos pessoais e reais, ou dessa transferência *em conjunto* incindível. Não é condição do trespasse negociar *tudo o que se integra no estabelecimento*. Aceita-se a *liberdade de composição* do negócio sobre o estabelecimento a transmitir — “e, portanto, de [as partes] excluírem da negociação os bens que desejem”, de “certos valores constitutivos do património da empresa em cada acto em que esta empresa se negocia” (ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., págs. 483-484 e n. (138)). De acordo com RUI DE ALARCÃO, n. (52) — pág. 44, o verdadeiro alcance desta alínea é, neste sentido, “marcar o carácter *global* ou *unitário* do estabelecimento como objecto trespasável e não indicar quaisquer componentes *indefectíveis* do estabelecimento”. O ponto é justamente o *limite* à liberdade de exclusão das partes: não há negócio sobre a *unidade funcional* que o estabelecimento é se não se disponibilizou ao trespasário os bens necessários e suficientes para, combinados e projectados no público, identificar *aquela* empresa como organização-unidade e objecto de negócios. Isto é, desde que a prestação a que se vincula o trespasante respeite o “núcleo essencial” que individualiza e dá consistência ao estabelecimento — FERRER CORREIA, “Contrato de locação de estabelecimento, contrato de arrendamento de prédio rústico para fins comerciais, contrato inominado”, *ROA*, 1987, págs. 804-805 — e se afigura como âmbito *mínimo* de entrega: cfr. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial. Estudo de direito privado*, Edições Ática, Lisboa, 1951, págs. 222-223, 225-227 e 233-234, ORLANDO DE CARVALHO, *últ. ob. cit.*, págs. 478-479 e n. (133), RUI DE ALARCÃO, págs. 35-36, 44, OLIVEIRA ASCENSÃO/MENEZES CORDEIRO, “Cessão de exploração de estabelecimento comercial, arrendamento e nulidade formal (Parecer)”, *ROA*, 1987, págs. 882-883, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Arrendamentos comerciais*, cit., pág. 171, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., págs. 281-282, 302-303, GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração...*, cit., pág. 96. *Ex adverso*, PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano*, cit., págs. 571 e ss., que avança com um “critério económico” para configurar o trespasse: quando a diferença do valor dos activos e passivos identificáveis para o preço pago (ou avaliados num negócio gratuito) não seja superior ao valor do direito de arrendamento.

É essa averiguação que a al. *a)* do art. 1112.º, n.º 2, continua a empreender, enquanto instrumento para avaliar na espécie em concreto se se quis ou não negociar o estabelecimento como bem. Mas convenhamos que dela podia, finalmente, resultar todo um outro rigor e clareza.

(52) De todo o modo, nos termos da lei, a circunstância genética só é confirmada quando a modificação se materializa e assinala que a intenção das partes não foi a de proporcionar e continuar a exploração normal do estabelecimento em concreto: é com essa modificação que a vontade real se exterioriza e se capta objectivamente. (E, em favor de uma aplicação mais frutífera do preceito, poderia o legislador ter aproveitado para *literalmente* censurar essa modificação e excluir o benefício conferido pelo art. 1112.º, n.º 1, quando apenas se pudesse atribuir ao trespasário a vontade de não receber a organização recebida em concreto, independentemente do assentimento e/ou conhecimento do trespasante.) Por isso, a nova redacção motivou que a doutrina já entendesse que, sendo a utilidade jurídica da al. *b)* “a comprovação posterior da genuinidade da existência de uma transmissão global do estabelecimento, e do propósito de o manter a funcionar no local arrendado” (MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., págs. 84 e 86), “quando essa mudança se concretize, deverá concluir-se, *retroactivamente*, que aquilo que as partes, na realidade, quiseram não foi celebrar um trespasse” (também MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina...*, cit., *sub art.* 1112.º do Código Civil, pág. 44, sublinhado meu).

(53) Como se verá melhor *infra*, a pretexto da interpretação do art. 1112.º, n.º 3, não descortino a estatuição do art. 1112.º, n.º 5, *independente dos factos jurídicos* que se elencam como merecedores de protecção no respectivo n.º 1: o trespasse, por um lado, e a cessão da posição de arrendatário profissional liberal (pessoa singular ou sociedade). A nova construção legal corresponde à junção, *para efeitos do regime locatício*, numa única prescrição do que antes se disciplinava nos arts. 115.º, 116.º e 122.º do RAU. O n.º 5 transporta essa visão de conjunto: se se refere ao «exercício da mesma profissão liberal» após a transmissão do arrendamento (em referência à al. *b)* do n.º 1), a transmissão primeiramente mencionada sem mais só se poderá referir à que se

opera por efeito de um *trespasse* (em referência, por sua vez, à al. a)). É só a propósito e como resultado da transmissão do estabelecimento que aqui se regula a mudança de destino.

<sup>(54)</sup> Repare-se que a versão do art. 1112.º, n.º 2, al. b), do PRNAU/2004 reproduzia o art. 115.º, n.º 2, al. b), do RAU. E o n.º 5, que se manteve até ao NRAU, na sua 1.ª parte, referia-se à mesma situação jurídica e à sanção da resolução. Ora, tais dados motivaram que a comentarística desse projecto entendesse ser a al. b) do art. 1112.º, n.º 2, uma norma de necessidade discutível (JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Breves notas...”, *loc. cit.*, pág. 387) ou de eliminação aconselhável (PINTO FURTADO, “Do arrendamento urbano para fins não habitacionais”, *loc. cit.*, pág. 404; v. *supra*, n. 48).

<sup>(55)</sup> Esta nova causa de resolução vem confirmar a *diferenciação normativa* entre o fim *contratualmente convencionado para o uso do prédio*, a que os arts. 1038.º, al. b), e 1083.º, n.º 2, al. c), aludem, e a *destinação em concreto dada ao prédio* pelo arrendatário, regulada pelo art. 1112.º, n.º 2, al. b), e 5. Em sentido aparentemente contrário, v. MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., pág. 210.

<sup>(56)</sup> E sem que haja pista para defender esta articulação e a recusa do art. 1112.º, n.º 5, como causa autónoma de resolução — sempre que a mudança de destino não implicar com o *trespasse* e a transmissão se considerar lícita (pois as partes não pretenderam simplesmente a negociação do imóvel), não há fundamento de resolução do contrato de arrendamento, a não ser que a nova afectação contrarie o fim contratualmente previsto (al. c) do art. 1083.º, n.º 2) —, que são feitas por JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Breves notas...”, *loc. cit.*, pág. 387, MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina...*, cit., sub art. 1112.º do Código Civil, pág. 44, e SOUSA RIBEIRO, pág. 18. Se houvesse, bem poderia ser sustentado que a mudança de destino deveria referir-se às modalidades (específica e geral) do art. 1112.º, n.º 2, al. b), o n.º 5 não teria qualquer independência em face dessa alínea e o respectivo fundamento de resolução já se encontrava no art. 1083.º, n.º 2, al. e). E, assim sendo, deveria continuar a defender-se ser indício da inexistência de transmissão do estabelecimento e existência de simulação *relativa*, ainda que o único referido na lei (podendo haver outros), como *conduta posterior ao negócio*. Afasto-me, por princípio, desta via interpretativa mas não escondo o desconforto que é a (aparente) opção do autor da lei em proibir a mudança de destino sem qualquer reflexo no negócio sobre a empresa. Tentarei aliviar tal desconforto por um outro caminho, como se verá de imediato.

<sup>(57)</sup> “Justa causa” da resolução do contrato de arrendamento é também a cessão da posição de arrendatário a profissional liberal que não exerça a *mesma profissão*, tal como indica o mesmo art. 1112.º, n.º 5. Neste caso, o legislador parece ter querido dissipar quaisquer dúvidas sobre a *ilicitude* dessa cessão em face do senhorio, à luz do art. 1112.º, n.º 1, al. b), que sempre deveria ser sancionada ao abrigo do art. 1083.º, n.º 2, al. e). (Já agora: o mesmo juízo deverá ter consequências em sede de transmissão *mortis causa* do arrendamento, prevista no art. 1113.º: v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, pág. 303 e n. (1)).

<sup>(58)</sup> ANTUNES VARELA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 1968 — Anotação”, *loc. cit.*, pág. 75. Em conjunto, v. *supra*, n. 53.

<sup>(59)</sup> É evidente que este raciocínio é tributário da conhecida argumentação de FERRER CORREIRA, “Sobre a projectada reforma...”, *loc. cit.*, pág. 39, que sempre serviu para explicar os arts. 1118.º do Código Civil e 115.º do RAU.

<sup>(60)</sup> MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., pág. 212 (com indicações jurisprudenciais e doutrina).

<sup>(61)</sup> MARIA OLINDA GARCIA, *últ. ob. e pág. cit.*

<sup>(62)</sup> Sobre o ponto, v. ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento, trespasse e mudança de destino*, cit., págs. 14-16.

<sup>(63)</sup> Até nem será necessário. Bastará uma interpretação *declarativa* se for de entender que o sentido a conferir ao “dar outro destino” é aquele que tradicionalmente se fixou para a mudança de destino «em geral» prevista na cláusula respectiva de fiscalização da existência de *trespasse* (como permanece, aliás, na al. b) do art. 1112.º, n.º 2).

<sup>(64)</sup> V., para grande parte do que vai dito, ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento, trespasse e mudança de destino*, cit., págs. 23-24.

<sup>(65)</sup> V., neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, *Estabelecimento, trespasse e mudança de destino* cit., págs. 26-27.

<sup>(66)</sup> Em caso de encerramento do estabelecimento para reabertura posterior, o arrendatário-trespasário tem que acautelar-se em face do prazo máximo de um ano de não uso do local arrendado, que é fundamento de resolução de acordo com o art. 1083.º, n.º 2, al. d).

<sup>(67)</sup> A favor desta indemnização, ainda que, aparentemente, só para o incumprimento do fim contratual quanto ao uso do prédio, v. FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma...”, *loc. cit.*, pág. 40.

<sup>(68)</sup> Tal não constava do PRNAU/2004, que reproduzia o art. 115.º, n.º 3, do RAU, limitando-se a impor a forma escrita para o *trespasse*.

<sup>(69)</sup> Excepto quanto à *forma* da comunicação. Antes parecia ser legítima a não sujeição a qualquer requisito especial de forma — cfr. ARAGÃO SEIA, *Arrendamento urbano*, 7.ª ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2003 (reimp. 2004), sub art. 115.º do RAU, pág. 679, GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração...*, cit., pág. 99 —, correndo então os interessados o risco de impossibilidade ou dificuldade probatória.

(70) Neste sentido, MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina...*, cit., sub art 1112.º do Código Civil, pág. 44, que, perante a omissão do n.º 3 do art. 1112.º, aplica o prazo geral do art. 1038.º, al. g), como a “solução formalmente e sistematicamente mais correcta”.

(71) FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma...”, loc. cit., pág. 40.

(72) Por não ser nova a “contraparte” quando a cessão da posição de arrendatário se opera a favor de uma sociedade (unipessoal ou plural) em que o sócio ou os sócios coincidem com os titulares do estabelecimento e arrendatários do imóvel, MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., págs. 147-150, 152, com o acerto de se basear na figura da desconsideração da personalidade jurídica, exclui o dever de comunicação nessas hipóteses (*restringe* por interpretação o âmbito da al. g) do art. 1038.º sempre que a substituição do arrendatário por uma pessoa colectiva não é acompanhada por uma “transmissão *material* do gozo do imóvel a pessoas estranhas à relação de arrendamento”: itálico da Autora).

(73) Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., pág. 620.

(74) O arrendatário primitivo (trespassante), de acordo (também) com a obrigação imposta pelo art. 1038.º, al. g), bem como o arrendatário sucessivo (beneficiário da cedência), ao abrigo do art. 1049.º

(75) Cfr. GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração...*, cit., págs. 99-100.

(76) A comunicação deve seguir a forma de *documento escrito assinado pelo declarante e remetido por carta registada com aviso de recepção*, por aplicação do art. 9.º, n.º 1, do NRAU, que trata das «comunicações legalmente exigíveis entre as partes».

(77) Ainda FERRER CORREIA, *últs. est., loc. e pág. cits.*

(78) V., entre outros, RUI DE ALARCÃO, n. (46) — págs. 39-40, MÁRIO FROTA, *Arrendamento urbano comentado e anotado. Regime geral. Doutrina. Jurisprudência*, com colaboração de Paulo Cunha, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, sub art. 1118.º do Código Civil, n. 9, págs. 505-506, PEREIRA COELHO, *Arrendamento...*, cit., págs. 216-217, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Arrendamentos comerciais*, cit., pág. 169, PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., págs. 596-597, ARAGÃO SEIA, sub art. 115.º do RAU, págs. 678-679, GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração...*, cit., pág. 100.

(79) V. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., págs. 623-624, n. 328 — pág. 626.

(80) V. CASSIANO DOS SANTOS, Parte II, § 1, 2.3.2, H), 3.ª nota, sublinhado da minha responsabilidade.

(81) V., para o direito anterior, ANTUNES VARELA, “Acção de despejo (Parecer)”, *CJ*, 1983, IV, pág. 19, FERRER CORREIA, “Sobre a projectada reforma...”, loc. cit., pág. 41 — mas com simpatia *de iure condendo* pela posição de Orlando de Carvalho: melhor seria aplicar o regime geral da “ineficácia do acto ou facto relativamente ao titular do interesse protegido, enquanto a notificação não for levada a cabo”, período durante o qual “o senhorio estaria no direito de ignorar a cessão realizada, com todas as consequências inerentes” (itálico do Autor) —, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., pág. 306.

Para o direito actual, v. MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., págs. 109-110 e 111, que destaca a ausência de fundamento para a resolução à luz dos interesses em confronto: a) os interesses do locador — *maxime*, saber a quem se encontra contratualmente vinculado e controlar o tipo de cedência que o trespassse proporcionou — foram desproporcionadamente atendidos (“[a] simples ausência atempada de comunicação de tal acto, sendo ele lícito e validamente celebrado, não atinge significativamente interesses ponderosos do locador, de modo a tornar insustentável a subsistência da relação”) quando comparados com o desprezo pelos interesses equivalentes do arrendatário que vê mudar o senhorio; b) haverá uma contrariedade ao espírito de protecção do arrendatário, revelado em especial na dispensa de consentimento do senhorio permitida pelo art. 1112.º, n.º 1. No quadro da severidade desta sanção, a Autora avança com duas propostas: *de iure condito*, qualifica a notificação para o exercício da preferência pelo senhorio como comunicação devida pelo arrendatário, sempre que se indique a pessoa do futuro arrendatário e a data da cessão da posição contratual e não haja exercício da preferência (págs. 110-111); *de iure condendo*, a sanção mais adequada para o incumprimento do dever de comunicação seria a atribuição ao senhorio do poder de exigir um aumento extraordinário de renda — o interesse fundamental que o locador verá satisfeito com a comunicação atempada é o “propósito de alcançar uma maior rentabilização do imóvel” —, que seria proporcionalmente agravado quanto mais durasse o tempo de incumprimento (págs. 111-112).

(82) Onde se elencam exemplificativamente fundamentos de resolução (*justas causas*) pelo senhorio.

(83) Neste sentido, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO VIDEIRA HENRIQUES, “A cessação do contrato no Regime dos Novos Arrendamentos Urbanos”, *O Direito*, 2004, II-III, págs. 293-294 (para o PRNAU/2004), MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina...*, cit., sub art. 1083.º do Código Civil, pág. 23, sub art. 1112.º do Código Civil, pág. 44, ID., *Arrendamentos para comércio...*, cit., págs. 109, 112 e, em geral, 186-187 e 207, SOUSA RIBEIRO, págs. 20-21.

Recordo que a “cláusula geral” do art. 1083.º (ainda que com notória influência do direito laboral; mas não só: v. o art. 30.º, al. a), do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, que regula o contrato de agência) não faz mais que precipitar as condições apostas pela doutrina de BAPTISTA MACHADO, “Pressupostos da resolução por incumprimento”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, II, *Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1979, com o fim de configurar a relevância jurídica da resolução legal por incumprimento. Por um lado, como não é qualquer inadimplemento que confere esse direito, mas só aquele que justifique o desaparecimento do interesse do credor na manutenção da relação contratual, o incumprimento tem



que evidenciar *suficiente gravidade* (importância) para desencadear tal efeito (págs. 344, 348-350 e 352-355). Por outro lado, nas relações de execução continuada ou periódica (como a de arrendamento), exige-se que esse incumprimento grave seja de molde a fazer *desaparecer a confiança do credor* no exacto e fiel cumprimento das obrigações contratuais para futuro (págs. 356 e ss). Tais requisitos têm reflexo no conceito de “justa causa” de resolução então gizado pelo Autor: “qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual” (pág. 361, itálico como no original). Manifestando serem os fundamentos da resolução do art. 30.º da lei da agência uma concretização de princípios gerais que vigoram, em princípio, para *qualquer contrato duradouro*, v. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito comercial. Contratos de distribuição comercial. Relatório*, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 142-143.

(84) V. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., n. (328) — pág. 626.

(85) Assim será, não obstante o aforismo *protestatio facto contraria nihil relavat* (“o protesto não vale quando o comportamento declarativo só consente a interpretação contra a qual o declarante se quer acautelar”): CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 428). Que, neste caso, redundaria em impossibilita a contestação do efeito jurídico resultante da aplicação do art. 1049.º. Mas deve relativizar-se (ou até rejeitar-se enquanto *efeito* do negócio jurídico) o relevo desse aforismo — para o confirmar, v. PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 790 e ss., em especial por constituir uma limitação não justificada à autonomia privada — e julgo que este deverá ser um dos casos.

(86) Está por isso aqui abrangida qualquer “forma de reconhecimento inequívoco do adquirente como inquilino”, uma vez que, “sendo escopo da notificação o dar a conhecer ao senhorio que o trespasse se efectuou (*e não substituir uma autorização concreta, como no caso da sublocação*), qualquer forma inequívoca de conhecimento do locador satisfaz os interesses do acto notificativo” — ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., pág. 623, itálico da minha responsabilidade; na sua esteira, CASSIANO DOS SANTOS, *ob. e últ. loc. cit.*, que equipara “reconhecimento” a “conhecimento não casual”, que é aquele que “decorre de um qualquer comportamento que leva ao conhecimento do senhorio o trespasse e a transmissão do arrendamento”. V. ainda COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., pág. 305, GRAVATO MORAIS, *Alienação e oneração...*, cit., pág. 101.

(87) Expressarei aqui a interpretação que já dei à estampa em co-autoria: v. CAROLINA CUNHA/RICARDO COSTA, págs. 31-37.

(88) O primitivo art. 1118.º, n.º 3, do Código Civil prescrevia a observância de escritura pública para o trespasse, assim como a primeira versão do art. 115.º, n.º 3; a última versão deste resultou da modificação produzida pelo DL n.º 64-A/2000, de 22 de Abril.

(89) Servi-me de RUI DE ALARCÃO, n. (67) — págs. 52-53 (itálico do Autor). No mesmo sentido, ANTUNES VARELA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de Março de 1968 — Anotação”, *loc. cit.*, pág. 79.

(90) Sobre esta questão, v., por todos, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., págs. 98 e ss., *Id.*, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, cit., págs. 248-250.

(91) Veja-se que os n.ºs 2 e 4 só se aplicam ao trespasse, bem como (por interpretação) a 1.ª parte do n.º 5.

(92) Aparentemente com a mesma opinião, v. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Breves notas...”, *loc. cit.*, pág. 385: “Na linha do artigo 115/3 do RAU, *mas agora com uma redacção mais abrangente*, o artigo 1112/3 do NRAU/CC estabelece que a transmissão deve ser celebrada por escrito” (sublinhado da minha responsabilidade).

(93) Ao fazê-lo, a lei toma posição no problema de indicar a *medida do valor percentual* das participações adquiridas requerida para declarar essa equivalência. Nos preceitos, a translação de um *domínio real* sobre a empresa do alienante das participações sociais para o seu adquirente basta-se com a *maioria simples*, o que coincide com a posição de COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., n. (911) — págs. 351-352.

(94) V. *supra*, n. 31.

(95) V., sobre o assunto que se segue, e com as indicações bibliográficas fundamentais, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, págs. 344 e ss., *Id.*, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., págs. 176-177.

(96) V. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., pág. 351.

(97) Para amostra da resistência jurisprudencial à utilização da desconsideração neste domínio, v. ARAGÃO SEIA, *sub art. 116.º do RAU*, pág. 700, e os **Acs. da Relação do Porto, de 8 de Janeiro de 1998** (*CJ*, 1998, I, pág. 184, ss., em especial as questões B) e D)), e **do STJ, de 28 de Setembro de 2004** ([http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/...](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/), Proc. 04A2444, pág. 6/7) e **21 de Abril de 2005** ([http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/...](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/), Proc. 05B712).

(98) O direito de preferência do senhorio — conservado no art. 1112.º, n.º 4, ainda que mais singelamente em relação ao art. 116.º do RAU — desaparecia no PRNAU/2004 — “medida que, cessando o vinculum, não tem qualquer justificação” (MENEZES CORDEIRO, “O novo regime do arrendamento urbano”, *O Direito*, 2005, II, pág. 333) —, numa tradução da reprovação genérica desse mecanismo potestativo na locação: “as preferências exprimiam-se [englobando aqui as dos arrendatários] por abundante litigiosidade, complicando os negócios e entravando a livre circulação da propriedade” (assim se exprimia o mesmo MENEZES CORDEIRO, “A modernização...”, *loc. cit.*, pág. 251). O art. 1096.º do Código Civil, então proposto, disporia que «nenhuma das partes tem o direito de preferência na compra e venda ou na dação em cumprimento do direito da outra, salvo

preceito expresso em contrário». Sobre a matéria, v. *supra*, ns. 31, para a captação da doutrina crítica deste direito, e 37.

<sup>(99)</sup> V., neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 358, que, então, a sustentava “ao menos quando todas [as participações sociais] sejam alienadas e o património empresarial se identifique com o da sociedade”. Em sentido contrário, não pela adequação teórico-valorativa mas pelas significativas dificuldades práticas ao nível aplicativo, v. MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., págs. 154 e ss., em esp. 157-158.

No PRNAU/2004, era prevista uma outra solução de preferência, aplicável transitoriamente aos arrendamentos não habitacionais celebrados antes de 1995. Tratava-se do art. 58.º: «Quando o arrendatário seja uma sociedade por quotas, o senhorio tem direito de preferência na alienação de qualquer quota, e pode, a qualquer momento, solicitar à sociedade informação sobre a identidade dos sócios». Crítico da disposição suprimida, v. MENEZES CORDEIRO, “A aprovação do NRAU...”, *loc. cit.*, pág. 231.

<sup>(100)</sup> Tese que já defendi como razoável: cfr. RICARDO COSTA, “Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão”, *BOA* n.º 30, Jan.-Fev. 2004, pág. 14.

<sup>(101)</sup> A matéria regulada antes era designada por «cessão da exploração do estabelecimento comercial» no art. 111.º do RAU (assim como no art. 1085.º do Código Civil primitivo). Por fim, a autonomia desta figura como negócio próprio e característico do estabelecimento ganha forma de lei no ordenamento locatício: substitui-se a *concessão* ou *cessão de exploração* (usada na doutrina antiga e na jurisprudência) e dá-se cidadania jusnormativa ao *nomen iuris* mais correcto. Não se acolhe a transferência temporária do estabelecimento operada a qualquer título, antes o negócio em causa é decalcado do contrato de locação — sensivelmente assim é justificada a mutação de epígrafe por JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Breves notas...”, *loc. cit.*, pág. 375, na esteira de MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, cit., pág. 420 —, com o dever de proporcionar o gozo da empresa, temporariamente e mediante retribuição periódica. V., *inter alia*, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura...*, cit., págs. 212 e ss., em especial n. (28), 268 e ss., em especial n. (83), ANTUNES VARELA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 1985 — Anotação”, *RLJ* n.º 3800, ano 123.º, 1990-1991, págs. 350-351, PAULO DE TARSO DOMINGUES, págs. 541-544 e 547-548.

<sup>(102)</sup> PAULO DE TARSO DOMINGUES, pág. 553, itálico do Autor.

<sup>(103)</sup> E, ao abrigo desta, não é a “previsão no contrato de limites e regras para a exploração do estabelecimento” que desvirtua o tipo contratual e impede a sua distinção perante um arrendamento comercial do prédio: assim, v. **Ac. do STJ, de 30 de Outubro de 2003** (*CJ/Acórdãos do STJ*, 2003, III, págs. 121 e ss., em especial 125-126).

<sup>(104)</sup> V. ANTUNES VARELA, “Cessão da exploração do estabelecimento comercial (Parecer)”, *ROA*, 1987, págs. 835-836, OLIVEIRA ASCENSÃO/MENEZES CORDEIRO, págs. 886-887.

<sup>(105)</sup> ANTUNES VARELA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Fevereiro de 1967 — Anotação”, *RLJ* n.º 3350, ano 100.º, 1967-1968, pág. 271.

<sup>(106)</sup> ANTUNES VARELA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 1985 — Anotação”, *loc. cit.*, pág. 348.

<sup>(107)</sup> A fonte directa do art. 1109.º, n.º 1, foi o art. 1112.º, n.º 1, do PRNAU/2004. Aí também se regulava a transferência do *gozo do prédio*, em vez da transferência do *gozo do estabelecimento*. Não, porventura, porque não se quisesse deixar de atender ao estabelecimento, mas antes porque a submissão às regras arrendatícias se impunham pelo facto de haver imóvel no estabelecimento. Neste sentido, verifico que *ambas as realidades* aparecem descritas, para o direito anterior e de acordo com a doutrina pertinente para percebermos o PRNAU/2004, como facto convertido em arrendamento: cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO/MENEZES CORDEIRO, págs. 887 — “Tornou-se, pois, desejável a consagração legislativa da subtracção *da cessão de exploração* ao regime do arrendamento. O que foi feito, entre nós, pelo Código Civil de 1966” (itálico da minha responsabilidade; reproduzido em MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, cit., págs. 251-252) —, 902 e 924, por um lado, e, por outro, 913 — “(...) o legislador entendeu reconduzir ao arrendamento as situações de cedência temporária e onerosa *do gozo de imóveis (...)*” (sublinhei).

<sup>(108)</sup> Estaremos aqui perante a ocorrência de o prédio pertencer ao locador do estabelecimento. Se o prédio for arrendado, a hipótese de se aplicar o regime do subarrendamento é precluída pelo teor do n.º 2 do art. 1109.º, de onde, por interpretação (e comparação com o art. 1112.º, n.º 1), se vê que o locador-arrendatário conserva a sua posição e apenas cede o gozo do prédio no âmbito da transmissão temporária do estabelecimento (para este ponto, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., págs. 308 e 310). V. ainda *infra*, n. 114.

<sup>(109)</sup> Como empreendia o art. 111.º, n.º 2, do RAU *em relação à locação do estabelecimento*, o que era necessariamente uma conversão de um negócio em outro, expressamente determinada por injunção da lei sem atender à vontade hipotética das partes: v., sobre o ponto, OLIVEIRA ASCENSÃO/MENEZES CORDEIRO, págs. 903-904 (que acentuam, o que já não é o que acontece no art. 1109.º, n.º 1, que, na conversão legal, o objectivo do legislador é “o de se sobrepor às partes, salvando, a todo o custo, o negócio celebrado”), CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., págs. 642-643.

<sup>(110)</sup> Será aqui que se encerrará a posição de CUNHA DE SÁ/LEONOR COUTINHO, *Arrendamento 2006 — Novo regime do arrendamento urbano*, Almedina, Coimbra, 2006, *sub art.* 26.º do NRAU, págs. 64-65.

(111) Não se foi tão longe, mas a redacção do art. 1109.º, n.º 1, recorda-nos a antiga qualificação *legal* da locação de estabelecimento como arrendamento, feita pelo art. 3.º do diploma que fixava o regime do arrendamento nas províncias ultramarinas portuguesas (Decreto n.º 43 525, de 7 de Março de 1961) — e, de tal forma, a locação de estabelecimento vista como uma locação de prédio urbano —, assim como o art. 1080.º do Projecto do Código Civil (1.ª revisão ministerial). Com apreciações críticas, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...*, cit., n. (83) — págs. 269-272, ANTUNES VARELA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Fevereiro de 1967 — Anotação”, *loc. cit.*, págs. 268-269, ID., “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 1985 — Anotação”, *loc. cit.*, n. (1) <sup>esquerda</sup> — pág. 345; com argumentação explicativa, PINTO FURTADO, *Manual...*, cit., pág. 609.

(112) Para confirmar que *tipicamente* o locador do estabelecimento “conserva sempre a titularidade da relação locatícia, não se transmitindo o arrendamento” (ARAGÃO SEIA, *sub art.* 111.º do RAU, págs. 647-648), v. ORLANDO DE CARVALHO, “Alguns aspectos da negociação do estabelecimento”, *RLJ* n.º 3693, ano 115.º, pág. 14, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., págs. 314-315.

(113) Cfr., em parte, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Breves notas...”, *loc. cit.*, pág. 377 (de onde se retirou a transcrição), bem como a referência exclusiva a “locação de estabelecimento” efectuada por MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina...*, cit., *sub art.* 1109.º do Código Civil, pág. 41.

(114) Por seu turno, o n.º 2 unicamente ordena o *estabelecimento locado em imóvel arrendado*: refere-se à hipótese de A, proprietário do estabelecimento, ser arrendatário do imóvel e locar o estabelecimento, mantendo a sua condição de arrendatário. Neste sentido, v. PINTO FURTADO, “Do arrendamento para fins não habitacionais...”, *loc. cit.*, págs. 396-397.

Esta compreensão relembra-nos a ultrapassada concepção do contrato de cessão de exploração do estabelecimento como um negócio complexo, constituído por vários negócios ou misto (arrendamento, aluguer) — v. BARBOSA DE MAGALHÃES, págs. 162-163 e 165-167 — mas *sui generis* pela “cedência temporária do estabelecimento como um todo, (...), como uma unidade económica mais ou menos complexa” — ANTUNES VARELA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Fevereiro de 1967 — Anotação”, *loc. cit.*, págs. 269-270. Para as razões da ultrapassagem, v. PAULO DE TARSO DOMINGUES, págs. 548-549 (e 554-555). Também é aconselhável apreciar o rigor distintivo entre contrato de arrendamento comercial (e subarrendamento) e contrato de locação de estabelecimento que caracteriza VASCO LOBO XAVIER, “Locação de estabelecimento comercial e arrendamento (Parecer)”, *ROA*, 1987, págs. 762-763, e PEREIRA COELHO, *Arrendamento...*, cit., págs. 230-231 e 232-233.

(115) Mas, no que respeita à tese de Januário Gomes, perfilho a desfocagem e aceito, como veremos, que, *em parte (decisiva)*, se regula a locação do estabelecimento. No que toca à interpretação de Pinto Furtado, é óbvio que a delimitação do n.º 2 do art. 1109.º é incontrovertida. E, quanto ao n.º 1, a minha desconfiança não quer dizer que não seja admitido o esquema negocial (contrato misto de arrendamento comercial e de locação de estabelecimento) prevista pelo Autor: claro que sim, pois, como bem observou HENRIQUE MESQUITA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Abril de 1994 — Anotação”, *RLJ* n.º 3864, ano 129.º, pág. 80, do “facto, portanto, de alguém ser titular de um estabelecimento instalado em prédio que lhe pertença não decorre necessariamente que a cessão simultânea e temporária do gozo do imóvel e do estabelecimento a um terceiro, mediante retribuição, só possa fazer-se através de um negócio unitário de locação de estabelecimento”. O cerne da polémica é precisamente este: não deverá porfiar em ver-se o art. 1109.º, n.º 1, como norma reguladora desse *negócio unitário*?

(116) V., nos sentidos transcritos, VASCO LOBO XAVIER, pág. 763.

(117) Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, cit., págs. 251-252.

(118) A terminologia é de BARBOSA MAGALHÃES, págs. 164-165. ARAGÃO SEIA, *sub art.* 111.º do RAU, pág. 646, recuperou-a mais tarde.

(119) Também neste sentido, cfr. MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamentos para comércio...*, cit., pág. 167.

(120) Neste particular, nada deve mudar no confronto com a interpretação mais bondosa que era feita do art. 111.º do RAU: v. PAULO DE TARSO DOMINGUES, págs. 555-557.

(121) Veja-se como no Preâmbulo do Decreto n.º 208/X se justificava esta norma: “A cessão de exploração do estabelecimento é, claramente, uma locação de estabelecimento: há que se lhe aplicar o correspondente regime, que perde a natureza vinculinística inaproveitável”.

(122) Em sentido parcialmente distinto, MARIA OLINDA GARCIA, *últ. ob. cit.*, págs. 167-168, entende a remissão do art. 1109.º, n.º 1, a fim de obter a aplicação das disposições do arrendamento para fins habitacionais, *só para o negócio de locação do estabelecimento*.

(123) E, não obstante não termos norma semelhante ao art. 111.º, n.º 2, do RAU, o quadro sinóptico detalhadamente construído por COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., págs. 317 e ss., continua, nomeadamente no que respeita à declaração de simulação, a ser precioso. Também para sindicar eventuais *incumprimentos do contrato de locação e exigir a sua sanção*.

(124) Aplicação que é claramente apoiada pela tomada de posição em constituir como imperativa a cedência do gozo do prédio inerente à locação de estabelecimento em prédio arrendado e o dever de a comunicar ao senhorio em ordem a tutelar o “interesse legítimo” em fiscalizar o negócio e conhecer o que efectivamente se transmitiu e em que termos foi efectuada tal transferência — “só quando a locação exista se lhe impõe a

cedência do gozo do prédio, «permitida» legalmente” (COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., págs. 317-318). Solução contrária — *abstenção de norma* — seria quebrar nesta matéria a *uniformidade dos negócios definitivos e temporários em sede de fiscalização da idoneidade da protecção dos estabelecimentos negociados* (que dá *coerência substancial* ao ordenamento jurídico que trata a circulação do estabelecimento).

(125) A favor, MARIA OLINDA GARCIA, *últ. ob. cit.*, págs. 169 e 171.

(126) Inequivocamente neste sentido, v. MARIA OLINDA GARCIA, *últ. ob. cit.*, págs. 171-172.

(127) Contra o apelo a esta norma, por não haver adaptação possível à hipótese de locação *do estabelecimento*, MARIA OLINDA GARCIA, *últ. ob. cit.*, págs. 170-171.

(128) Sobre este ponto, v. COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, págs. 309-311.

(129) Não concordo que este prazo supletivo de 10 anos seja aplicável à duração do contrato de *locação do estabelecimento*, como sustenta MARIA OLINDA GARCIA, *últ. ob. cit.*, págs. 169-170 (e no Preâmbulo do Decreto n.º 208/X dizia-se que “a duração [da locação de estabelecimento] pauta-se pelas regras do arrendamento”). De acordo com a dicotomia aplicativa que propus, o preceito deverá ser problematizado em sede do elemento *imóvel*. Solução oposta levaria a que todas as locações de empresa, na falta de estipulação sobre a sua extensão temporal, valessem por 10 anos. Fosse qual fosse a empresa e o negócio em concreto. Como reconhece Maria Olinda Garcia, tal duração será francamente incompatível com a maior parte das locações empresariais, que dependem muito de um período inicial de comprovação da rentabilidade expectada pelo locatário. Assim, tal dilatada vinculação sacrificaria excessivamente a esfera de interesses do locatário *típico*. E, vendo bem, não se afigura necessário pactuar com esse inconveniente, uma vez que, para a circunstância de não se ter convencionado o tempo do contrato (hipótese residual?), temos norma supletivamente aplicável no regime da locação: o art. 1026.º, que a doutrina e a jurisprudência do STJ têm considerado aplicável à locação de estabelecimento (v. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *sub art. 1026.º*, pág. 349). (De todo o modo, reconheço que o critério indicado pelo art. 1026.º — «unidade de tempo a que corresponde a retribuição fixada» — poderá conduzir a situações desajustadas no caso concreto: p. ex., se a retribuição for mensal...).

A propósito da auto-suficiência do regime da locação, julgo também não ser curial recorrer ao arrendamento habitacional, em função da remissão do art. 1110.º, n.º 1 («As regras relativas à duração, denúncia e oposição à renovação dos contratos de arrendamento para fins não habitacionais são livremente estabelecidas pelas partes...»), 2.ª parte («... aplicando-se, na falta de estipulação, o disposto quanto ao arrendamento para habitação»), para definir as condições de extinção unilateral do contrato pelo locador (como é opinião, especialmente para a denúncia, da Autora com quem dialogo). Assim como recorrer ao prazo de denúncia do arrendatário previsto no art. 1110.º, n.º 2, 2.ª parte. Na verdade, a regra do n.º 1 do art. 1109.º, sendo cega na remissão, não terá que implicar *necessariamente* a aplicação de todas as prescrições da disciplina arrendatária não habitacional (e habitacional, na circunstância da *dupla* remissão da parte final do art. 1110.º, n.º 1): podemos concluir pela sua *não aplicação*, se for o caso de ela actuar em prejuízo das especificidades (de interesses e de natureza) da locação empresarial.

Assim, os arts. 1096.º a 1098.º atendem a um contexto do foro habitacional (ainda que com “prazo certo”), trazido à colação para preencher as lacunas de regulamentação do arrendamento não habitacional, em que é crucial interpretar a *inacção volitiva* como *anuência* à manutenção do gozo do imóvel. Tal não se ajusta à locação de estabelecimento: repare-se desde logo nos prazos “generosos” dos arts. 1096.º, n.º 1, 1097.º e 1098.º, n.º 1 (que seria de conjugar com o art. 1110.º, n.º 2, 2.ª parte); veja-se como o art. 1096.º, n.º 1, promoveria supletivamente a prorrogação tácita da locação do estabelecimento, tão cuidadosamente afastada até agora pelo art. 111.º do RAU. Não creio haver (novas e ponderosas) razões para obedecer à remissão do art. 1110.º e sair do âmbito de aplicação *a título próprio* do regime *comum* da locação, ou seja, os arts. 1047.º, 1048.º, 1051.º e 1052.º e, *se a lei permitisse*, 1054.º a 1056.º (a favor do emprego dos preceitos disciplinadores da locação em geral, v. ANTUNES VARELA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 1985 — Anotação”, *loc. cit.*, págs. 350-351, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 307 e n. (281)). Para este último lote de normas, de facto, está afastada pela letra da lei a aplicação dos arts. 1054.º e 1056.º à locação não imobiliária (como a que incide sobre o estabelecimento) — o art. 1055.º será de chamar *quando a denúncia é prevista no contrato como meio de oposição a uma renovação convencional*, que só por esta via será admissível —, pelo que, na ausência de estipulação, a locação caducará *ipso iure* sem necessidade de denúncia por qualquer das partes (v. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *sub art. 1054.º*, pág. 397); adversário da aplicação desses *três* últimos preceitos em face dos actuais dados normativos, “em face do objecto do contrato”, v. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Breves notas...”, *loc. cit.*, pág. 376. Quanto ao resto, chamo a atenção para a aplicação do art. 1110.º, n.º 1, 1.ª parte, que, em sede de locação do estabelecimento — nomeadamente, como salientei, em sede de renovação do contrato, a que o art. 1110.º, n.º 1, não faz menção —, confirma a liberdade contratual consagrada, em geral, pelo art. 405.º, n.º 1.

(130) A discussão foi mais vasta e ostentou diversas vertentes: cfr., por todos e com indicações bibliográficas e jurisprudenciais, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., págs. 310 e ss., ID., *Curso de direito comercial*, vol. I, cit., págs. 312 e ss.

Uma delas era a admissibilidade da interpretação extensiva da al. *f*) do art. 1038.º, a fim de nela incluir a cedência do gozo do prédio arrendado no âmbito da locação de estabelecimento, que, ainda que razoável, não obstará à maior fortaleza da argumentação baseada na interpretação do art. 115.º do RAU. A talhe de foice,

acrescente-se, neste contexto, que o **Tribunal Constitucional** avalizou essa al. *f*) do art. 1038.º em conformidade com o princípio da igualdade (art. 13.º da Constituição), se interpretada no sentido de nela não se integrar a locação de estabelecimento explorado em prédio arrendado e, por isso, não submeter essa cedência de gozo à prévia autorização do senhorio: cfr. **Ac. n.º 77/2001, de 26 de Março** ([http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/...](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/)).

<sup>(131)</sup> Sobre a exigibilidade de tal imposição sob o jugo do direito pregresso, a propósito do **Ac. da Relação de Évora, de 17 de Junho de 2004**, que a negou, v. GRAVATO MORAIS, “Comunicação da cedência do gozo do imóvel ao senhorio no caso de locação de estabelecimento”, *CDP* n.º 10, Abril/Junho 2005, págs. 60 e ss. (reprodução do aresto) e 66 e ss.

No **Tribunal Constitucional**, por sua vez, foi decidido não haver qualquer inconstitucionalidade material, por violação do art. 62.º, n.º 1, da Constituição (garantia da propriedade privada), a ferir a al. *g*) do art. 1038.º, quando vista como não aplicável à locação do estabelecimento comercial: cfr. **Ac. n.º 289/99, de 12 de Maio** ([http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/...](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/)).

<sup>(132)</sup> Também sem perceber esta solução à luz da “identidade dos interesses em jogo”, cfr. MARIA OLINDA GARCIA, *A nova disciplina...*, cit., *sub* art. 1112.º do Código Civil, pág. 44.