

Orlando Dinis Vogler Guiné

O Direito de Preferência do Senhorio nos Arrendamentos Comerciais, Industriais e Profissionais-Liberais

[versão 1a]



verbojuridico®

2005

O Direito de Preferência do Senhorio nos Arrendamentos Comerciais, Industriais e Profissionais-Liberais

I) Nota de apresentação

O texto corresponde ao Capítulo II de um trabalho mais extenso, com que o autor (enquanto aluno) foi distinguido com o Prémio Doutor Guilherme Moreira, no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo melhor trabalho escrito em Direito Civil. Foi o presente concluído em Novembro de 2004.

Neste trabalho procura-se determinar os pressupostos e o modo de funcionamento do direito de preferência do senhorio na cessão da posição de arrendatário. Dividiu-se o texto em duas partes. Na primeira (arrendamento comercial ou industrial) analisa-se sobretudo a questão da continuidade de estabelecimento e do fundamento da preferência, e a correlação entre esta e a cessão legal da posição de arrendatário. Na segunda (arrendamento profissional-liberal), discute-se sobretudo a possibilidade do trespasse de estabelecimento profissional-liberal e os modos de actuação da preferência na cessão da posição de arrendatário profissional-liberal integrada e não integrada em trespasse.

Optou-se pelo modelo de citação anglo-saxónico e recorreu-se fundamentalmente a fontes nacionais, dada a especificidade portuguesa da matéria em causa.

II) O Direito de preferência do senhorio nos arrendamentos comerciais ou industriais

1) Noções introdutórias

O direito de preferência do senhorio¹, previsto no art. 116º do RAU², acaba por ser uma especificidade da ordem jurídica portuguesa³ e a sua permanência na lei acaba por ser cíclica. Foi introduzido pela primeira vez com o art. 9º § único da Lei nº 1662, de 4 de Setembro, de 1924. Não tendo sido consagrado no Código Civil, foi reintroduzido em 1990 pelo RAU⁴.

O previsto direito legal de preferência⁵ opera no caso de venda ou dação em cumprimento de estabelecimento comercial⁶.

As hipóteses parecem ser mesmo só essas. Eventualmente será defensável a mobilização da norma em certos casos de troca, desde que o obrigado à preferência possa ficar exactamente na mesma posição que ficaria realizando-se o negócio com o outro sujeito. Por exemplo, caso a contra-prestação seja um bem perfeita ou praticamente fungível, que o

¹ Senhorio é o sujeito que concede o gozo da coisa, o titular do direito real com base no qual foi realizado o contrato. Pelo que, se o senhorio for usufrutuário, é sobre ele que recai o direito de preferência; assim, por todos, GOMES [2002] p. 512.

² Sempre que não se refira diploma legal, os artigos citados serão deste diploma.

³ Diversamente quanto ao direito de preferência do arrendatário (art. 47º), igualmente previsto noutros ordenamentos, como a espanhola, francesa ou italiana; v. FURTADO [1999] p. 650s.

⁴ E é novamente eliminado no Anteprojecto da nova lei dos arrendamentos urbanos do PSD, disponível no Boletim do Contribuinte, ano 2004, nº19 (art. 1096º; a numeração do artigo deve-se ao intento – de aplaudir – de re-introdução deste corpo de normas no Código Civil).

⁵ Sobre a natureza jurídica do direito de preferência dotado de eficácia absoluta, v. MESQUITA [2000] p. 225ss, que enfatiza por último o direito potestativo de subrogação do preferente na posição da contraparte do obrigado à preferência. Divergentemente, classificando-o como direito real de aquisição, v. ASCENSÃO [1991] p. 70.

⁶ Qualquer destes negócios configura um trespasse de estabelecimento; sobre este conceito, v. ABREU [2002] p. 273ss. Trespasse esse sujeito ao art. 115º, norma que consta nos seus exactos termos no Anteprojecto do PSD, no seu art. 1115º.

preferente possa também oferecer⁷: v.g., um lote de acções da mesma sociedade, na mesma quantidade e da mesma natureza⁸.

Por outro lado, é quase desnecessário salientar que o regime vale igualmente para os casos de estabelecimento industrial, apesar de neste artigo somente se referir a qualificação “comercial”. Não se descortina razão válida para que assim não seja⁹.

2) A continuidade do estabelecimento e o fundamento do exercício da preferência

Ponto discutido foi a continuidade do estabelecimento após o exercício da preferência¹⁰. Designadamente argumentou-se que “razões de ordem laboral, civil, e societária afastam (...) a redução do direito de preferência do senhorio unicamente à recuperação do local” e que “a interpretação não pode ser desligada do sentido de adequação à vida, o contrário será negar que o direito procura realizar e servir a justiça”¹¹.

Ora, em relação à justiça material, o senhorio poder libertar-se de um regime penoso¹², sobretudo quando se trate de arrendamento do tipo vinculístico¹³, é também um interesse (sobremaneira) relevante a ter em conta.

E também não me parece que aquelas tais razões laborais, civis e societárias imponham essa solução. Obviamente que as demais normas jurídicas não deixam de aplicar-se, designadamente a subrogação legal na posição contratual de empregador por parte do

⁷ Em sentido semelhante, v. MESQUITA [2000] p. 202s em nota, FURTADO [1999] p. 607. Na jurisprudência o ac. da RP de 03/02/2003 (Processo: 0253146, in www.dgsi.pt) considera não ser aplicável este instituto ao contrato de troca.

⁸ Eventualmente poder-se-ão suscitar também alguns casos de desconsideração da personalidade jurídica, considerando a compra de participações sociais como compra de estabelecimento; sobre esta temática, v. ABREU [1998] p. 342ss. SEIA [2002] p. 670 parece rejeitar a hipótese.

⁹ Por ser tão evidente, a questão nem sequer é aflorada pela maioria dos autores. Refere-a GOMES [2002] p. 505s. De notar que noutros âmbitos igualmente o legislador *minus dixit quam voluerit*. Vejam-se os artigos do CPC, relativos ao processo executivo, em que constantemente se refere somente o estabelecimento como comercial (epígrafe do art. 862º-A, arts. 812º-A, d), 823º/1-c), 834º/2, 864º/3-a), 876º/3, 901º-A/1), embora as normas devam valer também para outro tipo de estabelecimentos (assim também GIL [1999] p. 124).

¹⁰ A doutrina maioritária tem entendido que se trata antes de um puro resgate, não pressupondo essa continuação; v., por exemplo, FURTADO [1999] p. 625, GOMES [2002] p. 533 ou SEIA [2002] p. 669.

¹¹ Assim no ac. da RL de 18/11/93 (in RLJ, 130º, p. 211ss).

¹² Designadamente que lhe impõe uma cessão contratual contra a sua vontade; v. *infra*.

¹³ FURTADO [1999] p. 177ss chega mesmo a considerar inconstitucional este tipo de regime.

trespassário (art. 318º/1 do Código do Trabalho). Agora, é claro que, quando algum normativo imponha a continuação da empresa, esta não deverá cessar a sua actividade¹⁴, tal como não deveria cessar na titularidade de qualquer outro sujeito. Se cessa, *sibi imputet*, sofrendo o seu actual titular (o senhorio que exerceu a preferência, neste caso) as devidas consequências.

Tenho para mim que o que releva verdadeiramente não é que a posição do senhorio seja parificável à do arrendatário-trespassante ou à do (eventual) trespassário. O que está em causa no direito de preferência é sempre e só que o obrigado à preferência seja colocado na mesma situação em que ficaria se não houvesse aquela subrogação na posição contratual do terceiro¹⁵. Não se deve, pois, fazer qualquer tipo de interpretação restritiva, no sentido da exclusão do direito de preferência do senhorio, sempre que este não reúna os requisitos necessários à continuação da actividade exercida no estabelecimento, objecto do trespasse¹⁶. Se o senhorio reunir as condições que à partida coloquem o trespassante na mesma situação em que o colocaria o terceiro com quem pretendia realizar o negócio (ou o realizou), terá o primeiro direito de preferência¹⁷.

Este é o vero pressuposto do instituto da preferência. E não pode deixar de ser assim; doutro modo, impondo-se ao senhorio a continuação do estabelecimento, estar-se-ia a colocar o preferente numa situação mais desfavorável do que a do terceiro com quem o arrendatário intendia fazer o negócio. Pode, acontecer que o senhorio não possa vir a exercer a actividade, mas *sibi imputet*; deverá é poder sempre escolher fazer cessar a actividade, tal como o poderia fazer jurídico-realmente o terceiro com quem o arrendatário pretendia realizar o trespasse.

¹⁴ V. VARELA [1996] p. 348.

¹⁵ Que possa oferecer prestação semelhante; v. FURTADO [1999] p. 606 e ac. do STJ de 12/06/96 (*in RLJ*, 130º, p. 217).

¹⁶ Essa é contudo a opinião de NETO [1995] p. 1511, acolhida no ac. da RL de 18/11/93 (*in RLJ*, 130º, p. 212; mas sobre o exercício da preferência em trespasse de farmácia, a que o autor especificamente se refere, v. GARCIA [2003]). No sentido defendido *supra* pode ver-se VARELA [1996] p. 341s, FURTADO [1999] p. 607, GOMES [2002] p. 508 e o ac. do STJ de 12/06/96 (*in RLJ*, 130º, p. 215ss).

¹⁷ Poder-se-ia suscitar a questão de ter sido aposta uma cláusula ao contrato que concretizou o trespasse, no sentido de o estabelecimento dever continuar em laboração por um certo período de tempo. Nestes casos, se o senhorio não puder legalmente exercer a actividade, efectivamente não consegue colocar o arrendatário na mesma situação em que estaria. Simplesmente, deve notar-se que (1) este tipo de cláusulas prestar-se-ia muito facilmente a abusos, podendo ser apostas somente para excluir o senhorio do exercício da preferência, que (2) poderá o senhorio trespassar a terceiro que possa manter o estabelecimento em funcionamento, que (3), incumprindo, o senhorio incorrerá em incumprimento contratual (implicando responsabilidade civil ou até o pagamento de cláusula penal (quando prevista) e que (4) igualmente o trespassário escolhido pelo arrendatário poderá muito bem incumprir, com as mesmas consequências acabadas de referir.

Por fim, além de ser também a tese mais consentânea com a letra da lei, esta continuidade do estabelecimento também não é garantida noutros pontos do RAU. Por exemplo, nos termos dos arts. 117º e 118º/1 (arrendamentos de duração efectiva), o arrendamento pode cessar por denúncia do senhorio¹⁸, sendo que cessará o estabelecimento quando ele esteja vinculado ao local absolutamente¹⁹.

Já não me parece tão acertada, por ser somente de verificação tendencial, a justificação que passe ideia de reciprocidade com o direito de preferência do arrendatário, constante actualmente do art. 47º²⁰. Basta atentar que nos arrendamentos de duração efectiva não é atribuído direito de preferência ao arrendatário, não obstante o ser ao senhorio (art. 117º/2, remetendo para o art. 99º/2). Por outro lado, também não é necessário ao surgimento do direito na esfera do senhorio o decurso de um ano de duração contratual (diferentemente do estabelecido no art. 47º/1)²¹.

O instituto da preferência nesta sede opera, pois, um efeito transversal, já que permite ao senhorio recuperar a disponibilidade de facto do local através da prioridade sobre o trespasado escolhido pelo arrendatário na venda ou dação em cumprimento do estabelecimento instalado no local arrendado²². Ou seja, além do efeito típico, que será a assunção de uma posição que em primeira linha seria destinada a terceiro (a propriedade do estabelecimento), ocorre um outro efeito, talvez o mais decisivo na motivação do senhorio ao preferir, que será a extinção do arrendamento por confusão (art. 868º do CC)²³. É, portanto, discernível uma diferença nada despreciada quanto às demais situações de preferência; enquanto que nestas o preferente realiza o seu interesse através da coisa sobre que incide a preferência, no caso apreciando a preferência sobre a coisa é uma forma de realizar um outro interesse (a recuperação, de facto, do prédio).

¹⁸ V. ac. do STJ de 12/06/96 (*in* RLJ, 130º, p. 217).

¹⁹ Isto é, quando o local arrendado faça parte do âmbito mínimo de entrega do trespasse; sobre este conceito, v. ABREU [2002] p. 277. Por exemplo, um campo de golfe no âmbito de um estabelecimento cuja actividade seja a exploração desse campo (na ROA, 47º, podem justamente encontrar-se diversos pareceres atinentes a um estabelecimento como esse).

²⁰ Contudo, era a opinião de Pinto de Mesquita e de Polónios dos Santos em 1962, opinião de que nos dá conta VARELA [1996] p. 255. É também, hoje, a de SEIA [2002] p. 669.

²¹ Assim o realça GOMES [2002] p. 527.

²² V. VARELA [1996] p. 256. ASCENSÃO [1991] p. 72s critica, por sua vez, o desvirtuamento que assim ocorre da figura do direito legal de preferência, já que não é sobre o objecto de conflito de interesses (o local arrendado, neste caso) que recai a preferência, mas sobre um outro bem (o estabelecimento).

²³ O ac. STJ 12/06/96 (*in* RLJ, 130º, p. 217), destaca justamente que o senhorio não é plenamente equiparável a um qualquer outro cessionário de posição contratual por essa razão.

Podemos concluir que, apesar da crítica *de iure condendo* de alguns autores^{24 25}, nesta sede o legislador deu prevalência ao factor fundiário sobre o factor empresarial e que não há razões para sustentar o entendimento segundo o qual teria de continuar o estabelecimento a ser explorado pelo senhorio subsequentemente ao trespasse.

3) Preferência do senhorio e cessão legal da posição de arrendatário

Finalmente, é óbvio que o senhorio não poderá vir preferir num trespasse em que não haja cessão da posição de arrendatário²⁶.

Por outro lado, parece-me que a cessão terá de ter sido imposta ao senhorio. Se a cessão tiver sido autorizada, o senhorio não deverá poder preferir²⁷. O art. 116º surge, nessa medida, conexo com o artigo que o precede, que permite a cessão legal da posição arrendatícia²⁸.

Ou seja, para a justificação da norma não basta a penosidade (para o senhorio) em geral do regime arrendatício²⁹. Importa antes um aspecto (penoso) em concreto: a cessão da posição contratual ocorrer contra a sua vontade³⁰.

²⁴ Que terá levado à eliminação expressa do direito de preferência do senhorio no Anteprojecto do PSD da nova lei dos arrendamentos urbanos (art. 1096º). Aliás, tal como eliminou o direito de preferência do arrendatário...

²⁵ De FURTADO [1999] p. 653 e GOMES [2002] p. 536, designadamente. Ambos apontam como mais interessante uma solução assente na conversão do arrendamento em arrendamento de duração limitada.

²⁶ Assim também GOMES [1990] p. 179, por exemplo.

²⁷ Metodologicamente, lança-se mão da chamada redução teleológica da norma; sobre este expediente metodológico pode ver-se BRONZE [2001] p. 850s.

²⁸ Sobre a contraposição entre cessão legal e subrogação legal (que surge paradigmaticamente no âmbito do art. 1057º do CC), v. PINTO [1970] p. 86s em nota.

²⁹ Exemplificando, GOMES [2002] p. 511s refere, além do disposto no art. 115º, os arts. 68º/2 e 30º. Para atender aos diversos interesses em presença no âmbito de um trespasse (como determinava a lei de autorização, Lei nº 42/90, de 10 de Agosto), o direito de preferência do senhorio, no entender da maioria da doutrina, “justifica-se essencialmente como contra-peso a um regime vinculístico; nessa medida postula-o” (assim, FRADA [1991] p. 178). Daí que se perceba a sua já referida eliminação do Anteprojecto do PSD, na medida em que se pretende justamente terminar com o regime vinculístico. Diversamente quando se atenda ao segundo aspecto enunciado em texto, já que a cessão legal da posição contratual justificadamente se mantém no Anteprojecto (art. 1115º).

³⁰ Essa também é a *ratio* do disposto no art. 89º-A, por exemplo. E foi a razão da consagração da possibilidade da celebração de arrendamentos de duração limitada (arts. 98ºss) e de duração efectiva (arts. 117ºss). De salientar que a possibilidade da possibilidade de uma cessão forçada da posição arrendatícia em caso de trespasse é obviamente independente da consagração no ordenamento de um direito de preferência do senhorio nesse caso. Simplesmente, na maioria dos ordenamentos que consagram instrumento legal afim ao nosso art. 115º, o senhorio não está na mesma situação precária. Assim, pode opor-se à cessão com fundamento em motivo grave nos ordenamentos jurídicos italiano (art. 36º da Lei nº 392, de 27 de Julho, de 1978) e suíço (art. 263º do Código das Obrigações), ou consagra-se mesmo a supletividade da faculdade de

Aliás, terá mesmo de ser assim, por um argumento de igualdade de razão. Vejamos. Fora do quadro de um trespasse, a posição de arrendatário (comercial ou industrial, neste caso) não pode ser transmitida a terceiro sem o devido consentimento do senhorio (arts. 1059º/2 e 424º/1 do CC). Faltando esse consentimento, a cessão é ilícita, podendo o senhorio resolver o contrato (art. 64º/1-f). Evidentemente que, tendo dado o seu consentimento, não poderá vir depois resolver o contrato com fundamento na cessão para terceiro.

Agora, no caso de trespasse, a cessão é lícita, independentemente do consentimento do senhorio. Isto é, ainda que o senhorio se manifeste em sentido contrário, não pode resolver o contrato. Contudo, por ser assim, o legislador atribuiu-lhe nesses casos o direito de preferir no trespasse. Mas justamente por não se poder opor à cessão em sede de ilicitude. Portanto, se dá o seu assentimento à cessão, não poderá vir depois exercer a preferência, tal como no caso referido no parágrafo anterior não poderá resolver o contrato, quando tenha dado o seu consentimento.

III) A preferência do senhorio nos arrendamentos profissionais-liberais

4) Introdução

Paralelamente a um regime de favor para o exercício do comércio, também consagrou o legislador um regime de favor para o arrendamento para exercício de profissão liberal. Esse regime é determinado essencialmente por remissão do art. 121º para os precedentes 110ºss, referentes ao arrendamento comercial e industrial, contendo, no entanto, um preceito específico – art. 122º - a propósito da cessão da posição contratual. Ora, é justamente a articulação destes preceitos que suscita algumas dificuldades interpretativas.

5) Conceito de profissional-liberal

O exercício profissional liberal traduz-se na realização habitual de actividades prevalentemente intelectuais, de modo autónomo, susceptível de regulação em auto-administração profissional³¹.

Distinguem-se, pois, dos artesãos (produtores manuais qualificados)³² e dos trabalhadores assalariados. Dos primeiros por no profissional-liberal se acentuar a nota do exercício intelectual, antes que manual. Dos segundos, pela ausência da nota de subordinação jurídica no profissional-liberal³³. Sendo certo que a zona de fronteira com o trabalho dependente é muitas vezes difusa, uma vez que várias actividades podem ser exercidas no quadro de uma relação laboral ou fora dela. Nestes casos duvidosos parece congruente uma presunção³⁴ de que actividades tipicamente exercidas profissional-liberalmente sejam configuradas como tal³⁵.

³¹ V., por todos, ABREU [2002] p. 243. A última nota referida não é imprescindível, mas de verificação tendencial; veja-se o exemplo figurado por COELHO [1991] p. 258s (leccionação de equitação, exercida de modo autónomo).

³² Para uma sua noção, v. ABREU [2002] p. 241.

³³ Como se salienta no ac. da RP de 02/12/96 (*in* Boletim do Ministério da Justiça, 462º, p. 485). Para uma noção de subordinação jurídica, v. FERNANDES [1999] p. 131.

³⁴ Presunção judicial necessariamente (art. 351º do CC).

³⁵ Assim opina FERNANDES [1999] p. 133.

6) Estabelecimento profissional-liberal

Tipicamente, na actividade profissional liberal o que avulta a pessoa do sujeito e não um complexo produtivo, autonomizável do mesmo, que mantenha a mesma eficiência na esfera de outrem³⁶. Mas esta será a regra geral e tradicional: o médico de que recebe os seus pacientes no consultório, o arquitecto que recebe os seus clientes no *atelier*, etc.

Agora, com o fluir da técnica e a despersonalização da prestação dos serviços (a que não será indiferente também o avultar de sociedades de profissionais liberais que foram surgindo), em certas áreas passaram a vislumbrar-se certos entes equiparáveis a estabelecimentos. Será o caso paradigmático de laboratórios de análises clínicas, de alguns consultórios médicos sofisticadamente equipados³⁷, designadamente os de radiologia³⁸, onde avulta sobretudo o equipamento muito dispendioso, sendo que manterá níveis sensivelmente idênticos de produtividade nas mãos de terceiro. Em vários campos vem-se, pois, assistindo a uma (natural...) despersonalização da actividade profissional-liberal.

7) Trespasse de estabelecimento profissional liberal e cessão da posição de arrendatário profissional-liberal

Portanto, quando assim aconteça e se possa autonomizar um objecto como estabelecimento na esfera jurídica do sujeito, podem-se configurar hipóteses de trespasse. Portanto, nestes casos abrem-se duas vias ao arrendatário para transmitir a sua posição de arrendatário: integrada num trespasse (por remissão do art. 121º para o art. 115º) ou transmitindo somente a posição arrendatícia (art. 122º)³⁹.

³⁶ Assim também ABREU [2002] p. 244. Para um conceito de empresa ou estabelecimento em sentido objectivo, v. ABREU [2002] p. 272.

³⁷ Assim VARELA [1996] p. 350.

³⁸ Assim ABREU [1998] p. 103, SEIA [2002] p. 684.

³⁹ A primeira possibilidade falece ao arrendatário no Anteprojecto da nova lei do arrendamento urbano do PSD. O art. 1118º do Anteprojecto, que corresponde ao actual art. 121º do RAU, expressamente exclui a norma correspondente ao actual art. 115º do RAU do seu âmbito remissivo.

Caso se celebre uma venda ou dação em cumprimento, em que vá incluída a posição arrendatícia, poderá igualmente o senhorio preferir (ao abrigo da remissão do art. 121º para o art. 116º). Mas quando se celebre um negócio dito de trespasse mas em que não seja transferido o âmbito mínimo do estabelecimento, ainda assim o contrato de arrendamento não poderá ser resolvido pelo senhorio. É que a cessão da posição arrendatícia será sempre possível, nos termos do art. 122º.

Agora, quando a cessão tenha ocorrido ao abrigo desta última norma, o cessionário ficará sempre sujeito à limitação constante da sua parte final⁴⁰; deverá continuar a exercer a actividade que até aí vinha sendo exercida no local pelo cedente⁴¹.

8) A preferência do senhorio na cessão desprovida de trespasse

A questão mais polémica tem sido a possibilidade ou não de o senhorio poder preferir na alienação onerosa desta posição locatícia., e isto porque a remissão do art. 121º para o capítulo precedente é hoje de cariz genérico, não ressaltando nenhuma norma daquela. Diferentemente se passavam as coisas quando esta matéria era regulada no CC, no qual expressamente se ressaltavam certas normas dessa remissão, e diversamente do que se passava previamente a 1995 no RAU, em que se previam expressamente quais as normas precedentes aplicáveis, aí se incluindo expressamente o direito de preferência do senhorio.

Tudo está em saber se é possível invocar aqui o artigo 116º, por remissão do art. 122º, uma vez que aparentemente não se encontra preenchida a hipótese legal do primeiro. O problema é que inexistente um estabelecimento e importa determinar se essa circunstância impossibilita a preferência⁴².

⁴⁰ Quando a cessão tenha ocorrido ao abrigo de um trespasse, a mudança de actividade ficará sujeita aos termos do contrato de arrendamento, podendo o senhorio resolver o contrato nos termos do art. 64º/1-b), se o arrendatário ultrapassar o quadro instrumental permitido pelo contrato; sobre o âmbito desta instrumentalidade, v. XAVIER [1984]. Isto quando se entenda encontrar no art. 115º/2-b), relativo à mudança de actividade subsequente ao trespasse, um mero índice semiótico, segundo o entendimento fundamental de CARVALHO [1977].

⁴¹ Não se trata esta imposição propriamente de um requisito em sentido próprio da cessão, já que não é coevo dela. Aproxima-se do *modus operandi* de uma condição, mas distingue-se dela por não se lhe aplicar o seu regime (assim GOMES [2002] p. 501 em nota).

⁴² VARELA [1996] p. 352 e SEIA [2002] p. 686s opinam que a preferência só poderá operar quando na presença de um efectivo trespasse. No ac. da RP de 27/09/99 (Processo: 9950789, in www.dgsi.pt) não se levanta a hipótese. Passível de crítica é o acórdão da RL de 11/03/97 (Processo: 11/03/97, in www.dgsi.pt);

O art. 116º possibilita ao senhorio resgatar o seu prédio, desde que possa colocar e coloque o arrendatário-transmitente na mesma situação em que ficaria na ausência daquela subrogação na posição contratual. É lhe dada essa oportunidade, quando esta foi, ou será transmitida, sem o seu assentimento. Ora, também agora ocorre uma transmissão a que o senhorio não se pode opor. E acresce que a razão da excepção ao regime geral de que *pacta sunt servanda* é menos forte na cessão prevista no art. 122º do que na do art. 115º, pois não há um outro substrato económico autónomo que importe preservar, como o é um estabelecimento^{43 44}. Há somente o interesse do arrendatário em realizar o valor da sua posição arrendatícia.

Tendo, pois, presente o pressuposto racional da norma⁴⁵, parece curial levar a presente situação à conta das devidas adaptações que um devido cuidado interpretativo⁴⁶ sempre impõe perante uma norma remissiva genérica como o é a do art. 121º⁴⁷.

9) Sobre se o senhorio deverá ter título profissional bastante

Há, contudo, uma outra questão a resolver. “Abre-se um dilema”⁴⁸, sobre saber se o senhorio deverá ter título profissional bastante para o exercício da actividade, dado o disposto no art. 122º/1 *in fine*.

começa por igualmente restringir o direito de preferência ao caso de existência de um trespasse profissional-liberal, mas parece que depois acaba por impor igualmente a continuidade da actividade pelo cessionário-senhorio neste caso; ora, ao falar-se em trespasse, integra-se a cessão da posição de arrendatário no âmbito do art. 115º (*ex vi* do art. 121º) antes que no art. 122º, pelo que o requisito suplementar deste último nunca se aplicaria.

⁴³ Igualmente GOMES [2002] p. 532 realça que a cessão legal se justifica mais no caso em que haja trespasse de estabelecimento.

⁴⁴ Tal como também se mantém o regime vinculístico, quando seja o vigente entre as partes.

⁴⁵ *Vide* o último parágrafo. Igualmente GOMES [2002] p. 528ss chama justamente à colação a *ratio* da norma.

⁴⁶ Especial cuidado a que chama a atenção GOMES [2002] p. 529. V. pertinentemente também o ac. do STJ de 12/06/96 (*in RLJ*, 130º, p. 216).

⁴⁷ Pode, assim, falar-se (metodologicamente) numa mobilização da norma do art 116º por adaptação restritiva (v. NEVES [1994] p. 178s), já que há um substrato material (integrado pelo menos pela cessão da posição arrendatícia e eventualmente por outros bens afectos à actividade), ainda que menos amplo do que o tipicamente previsto (cessão da posição contratual integrada em trespasse de estabelecimento), sendo certo que o pressuposto racional é constante.

⁴⁸ ASCENSÃO [1991] p. 59.

Ora, “não só a filosofia do artigo 116º é estritamente de recuperação ou resgate do imóvel pelo senhorio, como a formulação de tal requisito [de manutenção da mesma actividade] aparece em estreita relação com a dispensa de autorização para a cessão, não tem razão de ser quando a cessão não ocorre”⁴⁹. É um requisito adicional de licitude da cessão que se repercute no tempo e que não sendo cumprida lhe permite resolver o contrato⁵⁰; não pode é uma circunstância que foi arvorada em seu favor ser usada contra o próprio senhorio⁵¹.

10) Beneficiários da cessão, pessoas singulares e colectivas

Questão já suscitada foi se a cessão operará tanto a favor de pessoas singulares como de pessoas colectivas. Já se quis restringi-la às primeiras⁵².

Defendeu-se, nomeadamente, que (a) somente as primeiras seriam capazes de exercer uma profissão e que (b) a actividade de uma pessoa colectiva seria naturalmente mais ampla do que a exercida por pessoa singular, não se justificando a mobilização dessa regra⁵³.

Ora, em primeiro lugar deve dizer-se que a letra da lei não joga nesse sentido restritivo. Depois, também não me parece que as pessoas colectivas, designadamente sociedades, sejam incapazes de exercer profissões, na medida em que se entenda profissão como o exercício habitual de uma actividade económica como meio de sustento, de se manter existente⁵⁴. Em seguida, o raciocínio faleceria sempre que o cedente fosse uma pessoa colectiva. Finalmente, surge-nos um importante argumento sistemático, quando se atente no disposto no art. 17º do DL nº 446/85, de 25 de Outubro, que expressamente refere essa possibilidade (“Nas relações entre (...) os que exerçam profissões liberais, singulares ou colectivos...”).

⁴⁹ GOMES [1990] p. 196.

⁵⁰ Acaba por compensar a inexistência de um outro valor socialmente relevante como o é o estabelecimento no âmbito do art. 115º do RAU.

⁵¹ E assim se chega a uma solução semelhante à defendida no âmbito do exercício da preferência em trespasse de estabelecimento comercial ou industrial, onde também não se requer ao senhorio a continuidade do estabelecimento.

⁵² Foi a tese defendida por MESQUITA [1987]; contra, por exemplo, SEIA [2002] p. 683. Por via das dúvidas, no Anteprojecto do PSD esclarece-se que “sociedades profissionais de objecto equivalente” ao do cedente poderão ser cessionárias (art. 1119º/3).

⁵³ Parecem-me ser os argumentos mais importantes avançados por MESQUITA.

⁵⁴ V. ABREU [2002] p. 97s.

IV) Conclusões

- a) O direito de preferência do senhorio comercial ou industrial assume-se como um verdadeiro resgate, não se lhe impõe a continuidade do estabelecimento, O funcionamento da preferência depende somente de o preferente poder colocar o obrigado à preferência nas mesmas circunstâncias em que o colocaria o terceiro.
- b) O direito de preferência do senhorio surge conexo com a cessão legal de que goza o arrendatário comercial, industrial ou profissional-liberal, não se aplicando quando o primeiro tenha autorizado a cessão.
- c) É possível, teórica e praticamente, o trespasse de estabelecimento profissional-liberal. Nestes casos o senhorio goza de direito de preferência.
- d) Mas igualmente em caso de cessão simples o senhorio goza do direito de preferir no negócio; assim o impõe a *ratio* da norma.

Orlando Dinis Vogler Guiné

Bibliografia

- ABREU, Coutinho de
- Da empresarialidade – As empresas no Direito, Almedina, 1998 (reimpressão)
- ABREU, Coutinho de
- Curso de Direito Comercial, II, Almedina, 2002
- ASCENSÃO, Oliveira
- Subarrendamento e direitos de preferência no novo regime do arrendamento urbano, ROA, 51º, 1991
- BRONZE, Pinto
- Lições de Introdução ao Direito, Coimbra Editora, 2002
- CARVALHO, Orlando de
- Estabelecimento, trespasse e mudança de destino, separata da RLJ-110º, 1977
- FERNANDES, Monteiro
- Direito do Trabalho, 11ª edição, Almedina, 1999
- FRADA, Carneiro da
- O Novo Regime do Arrendamento Urbano: sistematização geral e âmbito material de aplicação, ROA, 51º, 1991
- FURTADO, Pinto
- Manual do Arrendamento Urbano, 2ª edição, Almedina, 1999
- GARCIA, Olinda
- Aquisição e transmissão do estabelecimento de farmácia, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, IV, 2003
- GIL, Pereira
- Da Penhora do Estabelecimento Comercial, Revista do Ministério Público, 20º, 1999, p. 123ss
- GOMES, Januário
- Arrendamentos Comerciais, 2ª edição, Almedina, 1990
- GOMES, Januário
- Cessão da Posição de Arrendatário e Direito de Preferência do Senhorio, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, IV, 2003
- MESQUITA, Henrique
- Cessão da Posição de Arrendamento – Parecer, Colectânea de Jurisprudência, XI, tomo I, 1987, p. 15ss

MESQUITA, Henrique

- Obrigações Reais e Ónus Reais, Almedina, 2000 (reimpressão)

NEVES, Castanheira

- Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais, Coimbra Editora, 1994

NETO, Abílio

- Código Civil anotado, Ediforum, 1995

PINTO, Mota

- Cessão da Posição Contratual, Almedina, 1970

SEIA, Aragão

- Arrendamento Urbano, 6ª edição, Almedina, 2002

VARELA, Antunes

- Anotação aos acórdãos da Relação de Lisboa de 18 de Novembro de 1993 e do Supremo Tribunal de justiça de 12 de Junho de 1996, Revista de Legislação e Jurisprudência, 130º, 1996, p. 211ss

XAVIER, Lobo

- Anotação; contrato de arrendamento; interpretação; aplicação do prédio a fim diverso do convencionado e teoria do acessório, RLJ, 116º, 1984, p. 117ss

Siglas

ac.	-	acórdão
art(s).	-	artigo(s)
CC	-	Código Civil
DL	-	decreto-lei
p.	-	página(s)
RAU	-	Regime do Arrendamento Urbano
RL	-	Tribunal da Relação de Lisboa
RLJ	-	Revista de Legislação e Jurisprudência
RP	-	Tribunal da Relação do Porto
s(s)	-	seguinte(s)
STJ	-	Supremo Tribunal de justiça
v.	-	ver
v.g.	-	<i>verbi gratia</i>