

DA IMPENHORABILIDADE DO DIREITO DO LOJISTA DE CENTRO COMERCIAL

Pelo Prof. Doutor José Lebre de Freitas

I — Objecto do estudo

1. Algumas sociedades proprietárias de centros comerciais usam contratar a exploração desses centros com outras sociedades, muitas vezes pertencentes ao mesmo grupo, que, por sua vez, cedem a utilização de cada uma das suas lojas a pessoas, singulares ou colectivas, que nelas exercem actividades determinadas dentro duma finalidade global de comércio integrado.

A sociedade gestora contrai perante a proprietária o dever de realizar uma exploração integrada, o que implica a organização, administração, promoção, direcção e fiscalização do funcionamento e da utilização do centro e, designadamente, a definição do objecto da actividade desenvolvida em cada uma das lojas, o controlo dos seus acabamentos, instalações e decoração, bem como da sua efectiva utilização nos termos e para o fim determinados, e a exploração das áreas comuns do centro comercial e, directa ou indirectamente (por sub-contrato), do parque de estacionamento, cuja utilização é em alguns casos proporcionada gratuitamente e noutros onerosamente.

Os contratos, extensos e detalhados, celebrados com os lojistas e, sendo estes sociedades, normalmente também com os seus sócios, usam ter como características principais as seguintes: é cedido, por período de tempo determinado e não renovável (sem

prejuízo da celebração de novo contrato), o direito à utilização da loja, o de acesso às áreas de utilização comum para os fins apropriados, definidos em regulamento, e o de uso da denominação e da insígnia do centro comercial; o lojista beneficia dos serviços e da estrutura de apoio do centro; a denominação comercial da loja não pode ser modificada sem consentimento da sociedade gestora; a loja é entregue ao lojista em tosco, a ele competindo elaborar e submeter à aprovação da sociedade gestora os projectos de arquitectura, instalações especiais, acabamentos e decoração, assim como executá-los até ao dia da inauguração do centro; a loja é aberta neste dia, sob pena de indemnização e, prolongada a infracção, do direito de resolução do contrato pela sociedade gestora; todas as obras executadas pelo lojista, bem como alguns dos equipamentos por ele instalados, ficam a fazer parte integrante da loja e, como tal, pertencem à proprietária do centro, sem qualquer direito de retenção ou indemnização; cabe ao lojista pagar o prémio correspondente ao seguro dos riscos inerentes às obras de acabamento, montagem e decoração da loja, seguro esse a efectuar globalmente pela entidade gestora, devendo ainda o lojista efectuar e manter o seguro multi-riscos das instalações, equipamentos e mercadorias e da responsabilidade civil decorrente de riscos ou actos emergentes da actividade comercial exercida na loja; a actividade comercial a exercer deve sê-lo por forma continuada e com plena utilização do horário pré-definido, sob pena de indemnização e, prolongada a infracção, do direito à resolução do contrato; em contrapartida da cedência, é paga uma remuneração periódica mensal, constituída por uma parcela fixa, que funciona como garantia duma remuneração mínima, e, a partir de certo montante, correspondente ao mínimo garantido, por uma parcela correspondente a determinada percentagem do valor da facturação bruta da loja; a parcela fixa beneficia, nos primeiros anos da exploração, dum desconto, que tem em vista incentivar o desenvolvimento da actividade comercial explorada na loja e depende do integral cumprimento das obrigações emergentes para o lojista do contrato e do regulamento do centro; para apuramento da parcela variável, o lojista comunica diariamente todos os dados referentes à sua facturação global, sujeitos a controlo da sociedade gestora; o lojista comparticipa ainda nas despesas e encargos comuns do centro,

incluindo os resultantes da sua promoção; a sociedade gestora fica com um duplicado da chave da porta exterior da loja; ao lojista é vedado, sem consentimento da sociedade gestora, ceder a sua posição contratual, permitir a outrem o uso, total ou parcial, da loja e ceder a outrem o estabelecimento nela instalado, total ou parcialmente, temporária ou definitivamente; quando o lojista é uma sociedade comercial, obrigam-se ainda esta e os respectivos sócios a comunicar previamente à sociedade gestora a transmissão a terceiros das suas participações sociais e a entrada de novos sócios, bem como a obter o consentimento prévio da sociedade gestora para qualquer alteração na participação no capital social de que resulte que os actuais sócios deixem de ter a maioria de 51% ou a perda da posição maioritária por parte do sócio que, à data do contrato, a detenha; quando a sociedade gestora consinta nestes actos e eles se realizem, tem ela direito, a título de compensação pela modificação subjectiva do contrato, a uma quantia calculada com base na parcela fixa da remuneração mensal; a sociedade gestora fica com o direito de ceder, parcial ou totalmente, a sua posição contratual, desde que a favor da proprietária do centro ou de outras pessoas contratualmente indicadas; a sociedade gestora tem direito a resolver o contrato em caso de incumprimento, pelo lojista ou, sendo este sociedade, pelos seus sócios, de alguma das obrigações por eles contraídas, assumindo a detenção da loja logo após a resolução e constituindo-se fiel depositária dos bens nela existentes, sem prejuízo do subsequente exercício do direito de acção judicial.

O regulamento dos centros comerciais, que contém as normas gerais que disciplinam o seu funcionamento e a sua utilização, para as quais remetem os contratos individuais com os lojistas, usam acentuar a falta de autonomia funcional das unidades que o integram, a qualidade de mero detentor do lojista, a unidade do centro enquanto estabelecimento comercial unitário, a finalidade de garantia de um funcionamento de qualidade (das unidades e do centro comercial em geral) que é visada pelo exercício da fiscalização da actividade dos lojistas, designadamente mediante o direito de entrada nas unidades, a essencialidade do horário geral de funcionamento, a limitação do ramo de actividade comercial de cada unidade e a obrigação do seu efectivo exercício, cuja interrupção só é permitida para balanço e para obras autorizadas.

Tendo contratos deste tipo como pressuposto, constitui questão juridicamente interessante a de saber *se são penhoráveis os direitos deles decorrentes para o lojista*, integrados ou não no trespasse do estabelecimento comercial deste, no âmbito de acção executiva em que seja executado.

A resposta a esta questão tem de passar pela tomada de posição acerca da natureza do contrato celebrado entre a sociedade gestora do centro comercial e o lojista que nele se instala. A sua qualificação como arrendamento implicará a admissibilidade do trespasse em acção executiva, nele se incluindo o direito do arrendatário lojista. Mas o afastamento dessa qualificação não resolve ainda o problema posto, visto que a qualificação do contrato como misto pode implicar, semelhantemente, o recurso às mesmas regras relativas à transmissão do direito em causa. Se tal não for o caso, haverá ainda que analisar a questão sob o prisma do regime geral da cessão do contrato e dos direitos que individualmente o integram, tidos em conta o princípio geral segundo o qual a penhorabilidade dum bem pressupõe a sua alienabilidade e o regime de penhorabilidade dos bens cuja alienação está sujeita a um consentimento alheio.

II — A natureza do contrato

2. A questão da natureza do contrato celebrado entre a entidade gestora do centro comercial e o lojista que nele se instala tem sido, nos últimos anos, objecto de análise pela nossa doutrina e pela nossa jurisprudência, que, dada a especial natureza vinculística do contrato de arrendamento no direito português, se têm visto confrontadas com a necessidade de, perante ele, o caracterizar.

Partindo das figuras tradicionais (*o arrendamento comercial em primeiro lugar*⁽¹⁾), mas também a *locação ou cessão de explo-*

(¹) A redução ao contrato de arrendamento tem sido defendida sobretudo por GALVÃO TELES: constatando embora, de *jure constituendo*, a conveniência dum tratamento diferenciado, a nota que não permite, de *jure constituto*, qualquer pretensão de autonomia consiste em que o proprietário ou o gestor do estabelecimento por ele proporciona ou concede ao comerciante o gozo temporário duma loja vazia mediante retribuição,

ração de estabelecimento comercial ⁽²⁾, o desenvolvimento dessa polémica tem conduzido à progressiva afirmação da tese da natu-

sem que as cláusulas acessórias do contrato possam descaracterizar, sem violação de lei imperativa, este figurino jurídico, correspondente à função económico-social típica que constitui a causa do arrendamento (*Utilização de espaços nos shopping centers*, CJ, 1990, II, ps. 25 e ss.; *Anotação ao acórdão do STJ de 26.2.91*, O Direito, 1991, II e III, ps. 437 e ss.; *Contratos de utilização de espaços nos centros comerciais*, O Direito, 1991, IV, ps. 521 e ss.). Na jurisprudência, perfilharam esta tese, entre outros, os acs. do STJ de 26.4.84, *BMJ*, 336, p. 406, e *RLJ* 122, p. 59 (tratava-se da área comercial dum hotel), e de 26.11.92, *BMJ*, 421, p. 435 (estavam em causa lojas do Centro Comercial das Amoreiras).

⁽²⁾ A qualificação tem sido normalmente recusada no domínio dos centros comerciais, pelo menos quanto àqueles cuja *gestão* se mostra *centralizada* num gestor do conjunto, como sempre acontece nos de maior dimensão (sobre a distinção entre esta categoria e a de alguns pequenos centros comerciais com organização horizontal e descentralizadora: ANTUNES VARELA, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, Coimbra 1989, ps. 55 ss). Mas tem sido utilizada no campo próximo da exploração para fins turísticos. Defenderam-na, designadamente, perante a cedência de terreno da Lusotur para a exploração dum campo de golfe, ainda em formação, integrado no empreendimento turístico de Vilamoura, VASCO LOBO XAVIER (*Locação de estabelecimento comercial e arrendamento*, ROA, 1987, III, ps. 759 ss), FERRER CORREIA (*Contrato de locação de estabelecimento, contrato de arrendamento de prédio rústico para fins comerciais, contrato inominado*, ROA, 1987, III, ps. 785 ss) e ANTUNES VARELA (*Cessão da exploração de estabelecimento comercial em formação*, ROA, 1987, III, ps. 821 ss.). Em causa estava, fundamentalmente, a aplicação da distinção entre o arrendamento e a cessão de exploração, cujos termos são bem resumidos por ANTUNES VARELA quando escreve: "A razão da recusa [da lei em estender à locação do estabelecimento comercial a protecção excepcional de que goza o arrendamento comercial] reside no facto de, no arrendamento para fins comerciais ou industriais, a iniciativa da actividade comercial ou industrial (que a lei especialmente visa tutelar) partir do locatário e não do locador (que se limita a ceder o gozo temporário do imóvel onde a actividade se exerce), ao passo que, na locação do estabelecimento, é o cedente quem tem a iniciativa da concepção, criação ou manutenção do estabelecimento, foi ele quem concebeu e criou esse instrumento fundamental de riqueza (a empresa; o estabelecimento) que a lei, no interesse geral, quer especialmente proteger" (ps. 826-827). Este posicionamento das partes perante o estabelecimento explicava que a cedente continuasse "interessada na manutenção do campo de golfe como empresa capaz de fornecer os serviços para que foi constituída" e que as partes tivessem consagrado o seu direito de "reaver no termo do prazo contratual o estabelecimento cedido, juntamente com a fruição do prédio onde está instalado" (FERRER CORREIA, ps. 811-813). De salientar que a Lusotur tinha contraído "uma série de obrigações (estranhas ao contrato típico de arrendamento) que [iam] desde o nivelamento e arrelvamento do campo da prática e a construção da casa de apoio até às despesas com a conservação e a reparação do campo e da casa de apoio (incluindo pessoal, água, electricidade, combustíveis e adubos) e às despesas de conservação de todo o equipamento" (ANTUNES VARELA, p. 828). Os acórdãos do STJ de 18.7.85, *BMJ*, 349, p. 471 (proferido na acção

reza inominada dum contrato cujo principal elemento caracterizador consiste na *integração empresarial* ⁽³⁾.

Tendo como *objecto* uma loja integrada numa pluralidade agregada de lojas com relações horizontais entre si e verticais com a entidade exploradora ⁽⁴⁾, tendo frequentemente como *contrapartida* da cessão da utilização da loja, para além duma parte fixa, uma percentagem do volume de negócios apurado na loja, em traço

que deu lugar às tomadas de posição referidas), e de 26.2.91, *O Direito*, 1991, p. 427, perfilham esta concepção. No segundo, estava em causa a cessão de um espaço para a instalação do bar de um conjunto da indústria hoteleira. O mesmo acórdão trata também de um contrato de cessão de exploração de apartamentos turísticos, celebrado ao abrigo do art. 5.º, n.º 2 do Decreto Regulamentar 14/78, de 12 de Maio, que afirma não constituir arrendamento nem locação de estabelecimento comercial e aproxima do contrato de cedência de lojas integradas em centros comerciais. Já no âmbito dos centros comerciais (tratava-se duma área comercial no interior dum hotel) decidiu-se pela cessão de exploração de estabelecimento comercial o ac. de 12.4.83 do TRL (que o STJ veio a revogar pela sua decisão de 26.4.84, BMJ 336, p. 406).

⁽³⁾ Deve-se esta tese a OLIVEIRA ASCENSÃO, para o qual o fulcro do contrato não está no gozo da loja ou na exploração isolada do estabelecimento, mas na integração dinâmica da empresa do lojista na empresa global gerida pela entidade exploradora do centro comercial (*Integração empresarial e centros comerciais*, RFDL, 1991, ps. 29 e ss.; *Lojas em centros comerciais — Integração empresarial — Forma*, ROA, 1992, III, ps. 835 e ss.). Em sentido semelhante se pronunciara já ANTUNES VARELA, *Os centros comerciais (Shopping center)*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, Coimbra, 1989, ps. 3 e ss., apenas divergente, como mais tarde esclareceu, na medida em que não aceita a ideia da integração do lojista na empresa global do cedente, “como uma espécie de contitular desta”, subscrevendo, porém, a ideia da sua integração no conjunto dos estabelecimentos do centro (*Anotação aos acs. de 24.3.92, 22.10.92, 18.3.93, 26.4.94 e 1.2.95*, RLJ, 128, ps. 371-372). No mesmo sentido veio depois a pronunciar-se PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Contratos de utilização de lojas em centros comerciais: qualificação e forma*, ROA, 1996, II, ps. 535 e ss. No domínio da doutrina fiscalista, a mesma concepção está na base das opções de SALDANHA SANCHES, *O regime fiscal dos centros comerciais*, Fisco, Set. 1991, ps. 3 e ss., e de ANA PAULA DOURADO, *O regime fiscal dos contratos celebrados entre um gestor de centro comercial e um lojista que nele se instala*, Fisco, Jan. 1994, ps. 3 e ss.. Na jurisprudência, podem ver-se, entre outros, os acs. do STJ de 24.3.92, ROA, 1992, III, p. 819 (Centro Comercial da Fonte Nova), de 26.4.94, CJ, 1994, II, p. 59 (Centro Comercial Apolo 70), e de 1.2.95, CJ 1995, I, p. 46, os acs. do TRL de 7.2.95, CJ 1995, I, p. 117, e de 8.4.97, CJ, 1997, II, p. 91, e o ac. do TRP de 22.1.96, CJ, 1996, I, p. 201.

⁽⁴⁾ PEDRO PAIS VASCONCELOS, cit. ps. 539-540. Há semelhanças com a propriedade horizontal, mas a permanência da figura fundamental do gestor, para além do momento da entrada em funcionamento das lojas do centro, marca em face dela a diferença (ANTUNES VARELA, *Os centros comerciais* cit., p. 57).

típico da associação em participação ⁽⁵⁾, tendo, enfim, como *função* o comércio integrado a exercer no todo do centro comercial e não o gozo singular da loja que dele é objecto ⁽⁶⁾, o contrato cele-

⁽⁵⁾ PEDRO PAIS VASCONCELOS, cit., ps. 540-541. No arrendamento urbano, ao invés, a renda tem de ser *fixada* em escudos (art. 19.º RAU), de onde se retira que não pode ser variável (vejam-se ANTUNES VARELA, *Anotação* cit., p. 373 (1), e o ac. do STJ de 18.7.85, *BMJ*, 349, p. 471).

⁽⁶⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Lojas em centros comerciais* cit., ps. 836-838. O aspecto *estático* do gozo de cada uma das lojas, mediante uma retribuição, é sobrelevado pelo aspecto *dinâmico* da integração empresarial. Como também se diz no acórdão de 24.3.92, a integração do lojista no conjunto seleccionado formado por todas as lojas e o conjunto das prestações efectuadas ou prometidas pela concedente atiram o contrato muito para além da subordinação à causa típica do arrendamento, mesmo em reunião com o contrato de prestação de serviços (art. 1154.º CC), atribuindo-lhe uma *função económico-social global diversa da desses contratos nominados*. Não basta, por isso, como fez GALVÃO TELES, qualificar como *acessórias* as cláusulas que excedam do esquema típico do arrendamento para afirmar que se mantém a função económico-social que é própria deste (*Contratos de utilização de espaços* cit., ps. 528-529, e *Anotação* cit., p. 439), pois a estipulação dessas muitas cláusulas impróprias do esquema do arrendamento significa, precisamente, que outra é a função contratual. A obrigação do gestor de proporcionar ao lojista determinados serviços e a participação deste nas despesas comuns (ou em algumas delas, como as relativas à utilização dos espaços comuns; mais dificilmente, porém, as respeitantes à promoção do centro comercial) poderiam ainda conjugar-se com a figura da união de contratos (de arrendamento e de prestação de serviços); mas não assim já as interferências do gestor na instalação e na exploração da loja, a subordinação desta exploração a regras uniformes, a participação do gestor no lucro auferido pelo lojista ou, embora aqui defrontando a tese da nulidade do convencionado por desconformidade com lei imperativa, as cláusulas relativas à manutenção do lojista seleccionado (não fungível) e à resolução do contrato. A tipicidade do contrato conforta-se com algumas cláusulas *acessórias*, mas não com cláusulas *essenciais* tais que, pelo seu número e natureza, denunciam um esquema contratual em que a vontade autónoma, indo muito além do esquema do tipo, se revela ao serviço duma função diversa. Aqui, as notas divergentes do tipo operam *qualitativamente*, e já não apenas, digamos, quantitativamente, e continuar a apelar, com exclusividade, para os elementos desse tipo é fazer um recorte arbitrário na realidade da estipulação global, esquecendo que o direito se molda sobre a realidade sócio-económica, que esta está em contínua mutação e que a autonomia da vontade negocial se liga, pela causa do negócio jurídico, às grandes funções que essa realidade vai sucessivamente desempenhando, ainda quando por saltos qualitativos que façam estalar esquemas jurídicos montados para outras realidades e apenas compatíveis com alguns elementos da nova realidade sócio-económica (e, portanto, também jurídica). É que, na acepção de elemento do negócio jurídico conformador do *tipo* a que ele pertence, quer este tipo tenha, quer não, sido já assimilado pela lei, a causa corresponde, conforme as perspectivas, a uma função económico-social determinada, a um interesse típico ou à síntese dos efeitos essenciais do negócio (cf. a minha obra *A confissão no direito probatório*, Coimbra 1991, ps. 558 e 559 (32)), constituindo assim a pedra de toque do regime negocial, pelo qual se faz a ligação entre a

brado entre o gestor e o lojista não pode mais ser reduzido aos esquemas clássicos dos contratos que a lei tipifica: não é arrendamento; não é locação ou cessão de exploração dum estabelecimento comercial em formação; não é figura mista resultante da combinação de qualquer destes contratos com um contrato de prestação de serviços; constitui, sim, um *contrato inominado ou atípico, livremente regulado pelas partes no exercício da sua autonomia*.

Como esta qualificação se pode considerar hoje adquirida e os estudos que sobre ela têm sido feitos falam por si e se mostram razoavelmente assimilados pelos cultores do direito, limitamo-nos a tomá-la como ponto de partida, após a breve verificação de que o tipo de contrato acima descrito se integra perfeitamente nessa qualificação.

3. Sem nunca perder a visão do conjunto, essencial à caracterização de qualquer contrato, as cláusulas mais relevantes desse tipo de contrato deixam-se assim agrupar:

- a) Cláusulas relativas à *cedência do espaço* e à *contrapartida* a prestar (cedência por período determinado, não renovável; utilização da loja e dos espaços comuns; uso da denominação e da insígnia do centro comercial; remuneração em parte fixa e em parte variável, esta obtida por dedução dessa parte fixa a uma percentagem do valor da facturação bruta da loja);
- b) Cláusulas relativas às *prestações de serviços* a efectuar pela entidade gestora (são assegurados a conservação e o funcionamento das estruturas de apoio; o lojista participa nas despesas e nos encargos comuns do centro);
- c) Cláusulas que impõem ao lojista, perante a entidade gestora, o *dever de explorar a loja* (abertura no dia da inauguração do centro; exercício continuado da actividade

vontade dos efeitos do negócio — também chamada, por isso, vontade *funcional* — e a produção típica dos efeitos negociais (*idem*, ps. 592 e respectivas notas). *Para a caracterização dum contrato é, pois, sempre essencial a consideração da vontade dos contraentes e, através dela, da função negocial, como ponto prévio à determinação do respectivo regime.*

- comercial, dentro do horário definido pela gestora; desconto na parte fixa da remuneração para incentivo da actividade comercial desenvolvida; direito de fiscalização da actividade dos lojistas pela gestora, que conserva um duplicado da chave da loja e nela tem o direito de entrada) *e de se garantir contra eventuais perturbações dessa exploração* (seguro multi-riscos das instalações, equipamentos e mercadorias e da responsabilidade civil emergente da actividade comercial exercida);
- d) Cláusulas que visam a *combinação integrada das actividades comerciais desenvolvidas* (circunscrição do ramo da actividade comercial e obrigação do seu exercício; consentimento da entidade gestora para a denominação comercial da loja; comparticipação do lojista nas despesas de promoção do centro);
- e) Cláusulas respeitantes aos *acabamentos e equipamentos* da loja (sua realização pelo lojista até à data da inauguração; submissão dos respectivos projectos à aprovação da entidade gestora; sua integração na loja e pertença ao proprietário do centro; seguro dos inerentes riscos pela entidade gestora, com pagamento do prémio pelo lojista);
- f) *Cláusulas resolutivas* a favor da entidade gestora (direito de resolução por não abertura da loja; direito de resolução por interrupções no exercício da actividade ou desrespeito pelo horário de funcionamento do centro; direito de resolução pelo incumprimento, em geral, de qualquer obrigação do lojista — ou dos seus sócios —, com imediata tomada de posse da loja e depósito dos bens aí existentes que nela não se tenham integrado);
- g) Cláusulas limitativas da *cessão da loja*, da *exploração do estabelecimento* ou da *cessão de quotas* da sociedade que dele seja proprietária, bem como da *subscrição de capital* desta por novos sócios (actos só possíveis mediante consentimento da sociedade gestora, a menos que, tratando-se de aquisição de quotas sociais, tal não implique a perda de posições maioritárias, caso em que bastará a comunicação da transmissão à sociedade; compensação da gestora no caso de dar o seu consentimento).

4. As cláusulas referidas em *a)* são aquelas que mais têm a ver com os elementos típicos do contrato de arrendamento: *cessão temporária do gozo de parte determinada dum imóvel, mediante retribuição* (arts. 1022.º CC e 1023.º CC). A utilização dos espaços comuns e o direito ao uso da denominação e da insígnia do centro comercial não questionam, por si, essa qualificação. O facto, porém, de ser cedido o direito à utilização *duma loja*, embora ainda *não inteiramente formada*, pois lhe faltam não só os acabamentos e instalações como os seus utensílios e mercadorias, levaria a questionar se, em vez de arrendamento, não estaríamos antes perante um contrato de locação ou cessão de exploração do futuro estabelecimento comercial, o que, em última análise, dependeria da conclusão sobre a *propriedade* deste (art. 111.º RAU) ⁽⁷⁾. Mas mais perturbador é o elemento respeitante à *remuneração*, que não é fixa, como é próprio do arrendamento e normal na cessão de exploração, mas sim uma *percentagem da facturação* da loja, com um mínimo fixo garantido: o típico desinteresse jurídico do senhorio — e normalmente do cedente da exploração — pelo resultado da actividade do arrendatário — ou cessionário — dá lugar ao *interesse declarado da gestora no resultado da exploração*. Deixa de ser possível defender que este elemento não caracteriza o arrendamento — e também a cessão de exploração — a partir do momento em que se considerem as restantes cláusulas contratuais atrás referidas.

Das agrupadas em *f)* e *g)* pode ainda dizer-se que não passam de vã tentativa de afastamento do *regime vincultístico do arrendamento*, por atribuição à arrendatária do direito de resolução por fundamentos não consagrados no art. 64.º RAU e por exclusão dos direitos de transmissão, por trespasse e por cessão de exploração, que os arts. 115.º RAU e 111.º RAU concedem ao arrendatário ⁽⁸⁾. No entanto, sendo que as limitações à liberdade de estipulação dos

(7) Do tipo de contrato que ficou descrito retira-se que, embora haja equipamentos, por ele instalados, que se constituem parte integrante da loja, o estabelecimento é — e permanece — do lojista.

(8) Neste sentido: GALVÃO TELES, *Contratos de utilização de espaços* cit., p. 529.

contraentes não afectam a liberdade de celebração⁽⁹⁾, a determinação do tipo de contrato que as partes *quiseram* celebrar constitui *problema prévio à determinação do regime contratual aplicável*⁽¹⁰⁾, pelo que a estipulação dessas cláusulas, no contexto global do contrato, é indício seguro de que *as partes não querem celebrar um arrendamento*. Note-se, aliás, que, se assim não fosse, a nulidade de cláusulas contratuais cuja *essencialidade* para as partes a interpretação do contrato revele redundaria antes na nulidade total do negócio celebrado do que na sua sujeição a um regime típico imperativo que as partes manifestamente não quiseram (art. 292.º CC).

Mais significativas, não só por si mas também pela luz que projectam sobre todas as outras, são as cláusulas contratuais agrupadas em *c*) e *d*). Delas resulta indubitavelmente o *interesse do gestor do centro comercial na exploração efectiva de cada uma das lojas cedidas*, segundo um plano de actividades pré-estabelecido, e a *integração das empresas dos vários lojistas na empresa global do centro comercial*. Residindo aqui o núcleo essencial da função desempenhada pelo conjunto e por cada um dos elementos que nele se integram, é a partir dele que é possível compreender a *causa do contrato*, à qual se submetem as suas regras parcelares, incluindo as que, isoladas, podiam ter a ver com o arrendamento ou com a cessão da exploração do estabelecimento (al. *a*)), e as que podiam caracterizar um mero contrato de prestação de serviços em união com o primeiro (al. *b*)).

A esta luz, verifica-se então que nem sequer são confundíveis com cláusulas semelhantes do contrato de arrendamento a que, por

⁽⁹⁾ Nos chamados *negócios de conteúdo determinado*, os efeitos jurídicos são inalteravelmente pré-determinados por lei, mas não deixa de haver a liberdade de celebração. Nem sequer no casamento, que constitui, no campo do direito privado, o caso-limite de falta de liberdade de estipulação, a vontade de o celebrar é dispensada (art. 1631.º-b CC). Constituinte o arrendamento um negócio de conteúdo *só parcialmente determinado*, os contraentes têm, além da plena liberdade de celebração, parcelas significativas de liberdade de estipulação.

⁽¹⁰⁾ Veja-se a nota 6 supra, *in fine*, e como, embora com alguma imprecisão, o ac. do STJ de 24.3.92 afasta o argumento de GALVÃO TELES: "Convenhamos que se trata de argumentação ilógica na medida em que se parte do princípio de que o contrato é de arrendamento".

exemplo, não permite o exercício dum *ramo de comércio* diverso do convencionado e a que integra na loja as *obras e equipamentos* realizados pelo lojista.

A primeira, dobrada como é pela que impõe o *dever de exercício* do ramo convencionado, tem nesta a sua explicação dinâmica, de modo muito diverso da que, no contrato de arrendamento, faz cessar a tutela do arrendatário, concedendo ao senhorio o direito de resolução, quando o estabelecimento comercial está encerrado durante mais de um ano (art. 64.º, n.º 1-h RAU): aqui, trata-se, se não duma limitação ao gravoso regime vinculístico legal, que impede o senhorio de dispor do prédio, por o arrendatário não mais merecer a sua protecção, pelo menos da preocupação de preservar o gozo do bem, de outro modo ameaçado ⁽¹⁾; além, trata-se de *fazer valer o interesse do gestor* — e também o dos restantes lojistas — *no funcionamento global integrado do centro comercial*, que passa pelo exercício de ramos de comércio previamente definidos pelo respectivo gestor.

A segunda cláusula diferencia-se da que usa conceder ao senhorio, no fim do arrendamento, o direito às benfeitorias que não puderem ser levantadas sem detrimento do prédio, em conformidade com o art. 1273.º, n.º 1 CC, por, em primeiro lugar, abranger também *benfeitorias que poderiam ser levantadas sem detrimento* ⁽²⁾ e, seguidamente, ser precedida do *dever* — e já não da mera faculdade — do lojista *de realizar, por sua conta, os acabamentos* duma loja que, para o efeito, lhe vem às mãos inacabada.

À luz da mesma integração empresarial ganham explicação e decisivo contorno as cláusulas referidas em *f*) e *g*). Longe de constituírem tentativa de fuga a um regime imperativo, que se quer evi-

⁽¹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração empresarial* cit., p. 50.

⁽²⁾ A irremovibilidade, por vontade das partes, de alguns dos equipamentos instalados pelo lojista não corresponde a uma irremovibilidade natural dos mesmos, visto que normalmente a sua retirada não afectaria o prédio em si. Em causa estão, sim, a *continuidade da exploração* da loja e o *incómodo* que decorreria, para os utentes e para os lojistas vizinhos, da retirada desses equipamentos e da sua ulterior substituição. No entanto, nem sempre os contratos celebrados com os lojistas são claros na distinção entre aquilo que é retirável da loja, à data da cessação do contrato, e aquilo que, apesar de materialmente retirável, nela deve permanecer, havendo que recorrer, se necessário para a sua interpretação, à lei geral supletiva.

tar sem deixar de querer o contrato que o implica, o seu sentido é harmónico com a função contratual: o direito de resolução do gestor proporciona o meio de obviar à afectação do interesse deste — e dos restantes lojistas — pelo facto de o lojista, a tal obrigado, não explorar a loja como deve, para bom funcionamento do conjunto; abstraindo da questão da licitude desse meio de auto-defesa, a faculdade de o gestor tomar então imediatamente posse da loja ⁽¹³⁾ visa a rápida normalização da situação, repondo o bom funcionamento do conjunto; as limitações às transmissões do estabelecimento e à inversão das posições de domínio da sociedade que dele seja proprietária derivam da preocupação de escolha criteriosa do lojista (pessoa singular ou sócio maioritário de sociedade), em tentativa de assegurar a melhor exploração do centro comercial, caracterizando um contrato em que, não podendo embora dele rigorosamente dizer-se feito *intuita personae* ⁽¹⁴⁾, um conjunto mínimo de características da pessoa dos contraentes é fundamental.

Nenhuma dúvida há, pois, quanto a encontrarmo-nos perante contratos inominados de integração empresarial ⁽¹⁵⁾, a que são aplicáveis, em primeiro lugar, as estipulações das partes, em tudo o que não contrarie os preceitos legais imperativos dos contratos em geral ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ A própria conservação do duplicado da chave da loja para fiscalização (supra, n.º 3-c) facilita essa tomada de posse.

⁽¹⁴⁾ Assim, ANTUNES VARELA, *Centros comerciais* cit., p. 60, e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Integração empresarial* cit., p. 67. Contrato *intuitu personae* é aquele em que o vínculo contratual tem carácter pessoal, por a consideração da identidade do contraente ou das suas qualidades pessoais ser determinante do consenso segundo um critério de normalidade (doação; sociedade de pessoas; contrato fiduciário; depósito, mandato ou trabalho em que seja determinante uma relação de confiança), com a consequência de ser intransmissível a posição contratual desse contraente (cf. art. 577.º-1 CC); dele se distingue o contrato em que — como geralmente acontece — as qualidades pessoais ou patrimoniais da parte são relevantes para o exacto cumprimento das obrigações contratuais, o que apenas implica a necessidade do consentimento da contraparte para a cessação da posição contratual (MASSIMO BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1987, ps. 60-61).

⁽¹⁵⁾ Subscrevo, de modo geral, as considerações de OLIVEIRA ASCENSÃO, nomeadamente as constantes de ps. 32-42 e 54-57, no seu estudo *Integração empresarial e centros comerciais* (cit.).

⁽¹⁶⁾ ADRIANO VAZ SERRA, Anotação ao ac. de 7.3.69, RLJ, 103, p. 227.

III — O direito de trespassar

A. A excepcionalidade do art. 115.º, n.º 1 RAU

5. De acordo com o art. 115.º, n.º 1 RAU, pode o arrendatário comercial transmitir, por acto entre vivos, a sua posição para terceiro, independentemente da autorização do senhorio, *em caso de trespassar de estabelecimento comercial ou industrial*. Para afastar equívocos, o n.º 2 do mesmo artigo determina que “não há trespassar” quando “a transmissão não seja acompanhada da transferência, em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias ou outros elementos que integrem o estabelecimento” ou “quando, transmitida a fruição do prédio, passe a exercer-se nele outro ramo de comércio ou indústria, ou quando, de um modo geral, lhe seja dado outro destino”. Daqui resulta que a transmissão da posição do arrendatário não constitui efeito *necessário* do trespassar: para que ocorra, é precisa disposição das partes nesse sentido, mediante a celebração dum *duplo contrato* de trespassar do estabelecimento e de cessão da posição do arrendatário ⁽¹⁷⁾.

A norma do art. 115.º, n.º 1 RAU é uma *norma excepcional*, porquanto, derivando de contrato bilateral a posição do arrendatário, temporariamente constituído em titular dum direito pessoal de gozar uma coisa imóvel alheia (arts. 1022.º CC e 1023.º CC), a sua transmissão é uma *cessão de posição contratual*, que tem como objecto principal esse direito de gozar a coisa e o dever de pagar a renda estipulada, e envolve ainda a transmissão dos direitos e *deveres acessórios* que a lei (arts. 1031.º CC e 1038.º CC) ou as partes (no contrato de arrendamento) tenham estabelecido. *A excepcionalidade está em que, no caso do arrendamento comercial, é dispensado o consentimento da contraparte do cedente, que o art. 424.º CC impõe como requisito geral da cessão da posição contratual.*

Esta necessidade do consentimento da cessão pelo contraente não cedente decorre naturalmente do facto de, pelo acto de cessão,

⁽¹⁷⁾ Embora a posição do arrendatário integre a universalidade do estabelecimento, a dissociabilidade das duas operações leva a tratá-las como distintas: PINTO FURTADO, *Curso de direito dos arrendamentos vinculísticos*, Coimbra, 1984, ps. 352-353; JANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos comerciais*, Coimbra, 1991, p. 167.

serem transmitidos *deveres* contraídos pelo cedente, por cujo cumprimento responde o seu *património* (art. 601.º CC), mesmo que exista uma garantia especial sobre bens determinados (arts. 697.º CC, 678.º CC e 753.º CC) ou sobre outro património (arts. 638.º a 641.º CC). Tal como no caso da assunção singular de dívida (art. 595.º CC), só o *consentimento* do titular dos correlativos direitos poderá conferir eficácia à substituição daquela que constitui a *garantia* que tem em *comum* com os outros credores. A razão que leva a não formular semelhante exigência no caso da cessão de crédito não ligado, pela natureza da prestação, à pessoa do credor (art. 577.º CC) não pode, obviamente, jogar do lado passivo da relação obrigacional.

Qualificações jurídicas à parte, o regime era idêntico no *Código Civil de 1867* (art. 703.º, para a cessão de direitos e deveres resultantes do contrato; art. 785.º, para a cessão de crédito; art. 804.º, para a assunção de dívida).

Em 1910, porém, o consentimento do senhorio foi dispensado quando o arrendatário comercial trespassasse o seu “negócio”; a dispensa, inicialmente constante do art. 33.º, § 4.º do Decreto de 12.11.10, passou para o art. 32.º, § único do Decreto 4499, de 27.6.18, daqui para o art. 55.º do Decreto 5411, de 17.4.19, e depois, sucessivamente, para o art. 64.º, n.º 2 da Lei 2030, de 22.6.48, para o art. 1118.º CC e para o art. 115.º RAU⁽¹⁸⁾. Tratou-se de *facilitar a negociação do estabelecimento* quando este se encontre instalado num imóvel de que o seu titular seja apenas inquilino, considerada a importância de que o gozo do imóvel normalmente se reveste para o comerciante nele instalado⁽¹⁹⁾. À ideia

(18) Sobre a história do preceito até ao Código Civil, veja-se ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Coimbra, 1967, com referência, na nota 75 da p. 263, às preocupações que precederam a sua introdução em 1910. A redacção do preceito foi-se completando e aperfeiçoando ao longo do século XX, nomeadamente quanto às características do trespassse, mas a liberdade contratual do arrendatário, dispensado do consentimento do senhorio, foi uma constante.

(19) ORLANDO DE CARVALHO, *Anotação ao ac. do STJ de 24.6.75*, RLI, 110, p. 104. Dada a ligação entre o estabelecimento e o local da sua instalação, se a lei não lhe concedesse a possibilidade de transmitir a sua posição contratual, o comerciante, impossibilitado de prosseguir o seu negócio, ver-se-ia forçado, as mais das vezes, a vender os elementos integrantes do seu estabelecimento por preço inferior e a renunciar à sua

geral de protecção do inquilino, comum ao arrendamento para habitação, em cujo regime imperativo joga, porém, uma certa concepção do direito à habitação ⁽²⁰⁾, soma-se, pois, a de *protecção da indústria e do comércio*, patente também em outras disposições excepcionais do sistema jurídico português ⁽²¹⁾, ainda que no altar dessa protecção sejam sacrificados interesses importantes do proprietário, despojado pelo arrendamento do gozo do prédio para além do prazo estipulado ⁽²²⁾ e, ainda por cima, forçado a ter como arrendatário *um desconhecido com quem, porventura, jamais contrataria* ⁽²³⁾.

B. O direito de utilização da loja é inalienável

6. Sabido que as normas excepcionais são insusceptíveis de aplicação analógica, a conclusão tirada sobre a natureza do contrato celebrado entre o gestor do centro comercial e o lojista acarreta a *inaplicabilidade do art. 115.º RAU* e, portanto, a *sujeição do trespasse do estabelecimento comercial ao regime geral* predisposto para a cessão da posição contratual.

clientela (veja-se ANTUNES VARELA, *Centros Comerciais* cit., p. 60), pelo que a norma do art. 115.º RAU se justifica, outrotanto não se podendo já dizer da que impõe a renovação forçada do contrato.

⁽²⁰⁾ Garantido à custa do proprietário-senhorio e assim deslocando para outra esfera a injustiça social, numa situação que a evolução económico-social do século XX foi tornando progressivamente mais gravosa e, muitas vezes, absurda.

⁽²¹⁾ A mais flagrante (a exclusão do arresto contra comerciantes, constante dos CPC de 1939 e de 1961) só com o DL 329-A/95, de 12 de Dezembro, foi suprimida.

⁽²²⁾ Só pelo DL 257/95, de 30 de Setembro, a situação se alterou, com a admissibilidade do arrendamento comercial por tempo limitado.

⁽²³⁾ Já a figura da *sublocação ou cessão de exploração do estabelecimento comercial* (art. 111.º RAU) não implica a novação subjectiva do arrendamento. O arrendatário subsiste, mantendo-se como tal obrigado em face do senhorio. Mas os seus poderes de gozo do imóvel arrendado são por ele transmitidos a terceiro, temporária e onerosamente, juntamente com o direito de explorar o estabelecimento nele instalado. Não se trata dum cessão de posição contratual nem sequer dum cessão de crédito, visto que a titularidade dos direitos, assim como a dos deveres, para ele decorrentes do contrato de arrendamento continuam a encabeçar no arrendatário. Mas a transmissão dos poderes de uso e fruição do prédio para o cessionário não deixa de ser regida pelas normas da cessão de créditos (art. 588.º CC), pelo que o regime legal, impedindo em todos os casos o senhorio de se lhe opor, não deixa de constituir *derrogação do art. 577.º, n.º 1 CC*, na medida em que impossibilita convenção contrária das partes no contrato de arrendamento (e, antes dela, a aplicação da regra do art. 1038.º-f CC).

Isto seria assim, mesmo que as razões subjacentes à norma do art. 115.º RAU fossem válidas para a cessão da posição do lojista, pois precisamente então é que, não obstante a *analogia* com a situação do arrendatário comercial, a natureza *excepcional* do preceito impediria a sua invocação. Nem seria defensável a tese de que estaríamos então fazendo mera *interpretação extensiva* e não procurando uma aplicação analógica: por um lado, a colocação do preceito na regulamentação especial do arrendamento urbano demarca, por si, inequivocamente, o seu âmbito de aplicação directa; por outro lado, a transmissão do direito que o titular do estabelecimento tenha relativamente ao imóvel em que ele está instalado, trate-se dum direito real ou dum direito pessoal de gozo, não é inerente ao conceito de *trespasse*, ainda que normalmente o acompanhe ⁽²⁴⁾. *Está inteiramente fora de questão interpretar o art. 115.º RAU no sentido de abranger no seu espírito outros direitos, que não o direito ao arrendamento*, que proporcionem ao comerciante o gozo do imóvel em que tem instalado o seu estabelecimento. Aliás, a aplicação do preceito a outros direitos pessoais de gozo ⁽²⁵⁾ esbarraria logo com as disposições expressas dos

⁽²⁴⁾ Dissemo-lo já relativamente à transmissão da posição do arrendatário, mas o mesmo se dirá da transmissão da posição do comodatário, do usufrutuário, do superficiário ou do proprietário pleno. Embora o estabelecimento seja constituído pelo “complexo objectivo de bens reunidos pelo empresário para o exercício da sua actividade económica”, incluindo quer os bens corpóreos quer os incorpóreos (PINTO FURTADO, *cit.*, p. 359), e o direito que proporciona o uso e fruição do local em que está instalado constitua normalmente um valor importante, nada impede que as partes excluam da sua transmissão certos bens, incluindo o direito respeitante a esse uso e fruição (*idem*, p. 361). Mais: não estabelecendo o art. 115.º RAU qualquer *presunção* de transmissão simultânea da posição contratual do arrendatário e do estabelecimento comercial, é preciso que as partes declarem, expressa ou tacitamente (art. 217.º, n.º 1 CC), querer transmitir o direito relativo ao imóvel para que ele acompanhe o *trespasse do estabelecimento*, o qual se dá desde que sejam transmitidos os bens necessários à sua caracterização, ainda que não todos os que à data o integrem (JANUÁRIO GOMES, *cit.*, p. 163). Pense-se na aquisição dum estabelecimento instalado em loja dum prédio em que o adquirente seja, por sua vez, titular de direito que lhe concede o uso e fruição de outra loja: a transferência do local nem sequer terá consequências quanto à clientela. “Um estabelecimento pode ser transferido e permanecer o mesmo, variando o local” (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, Lisboa 1988, I, p. 492).

⁽²⁵⁾ A transmissão do direito real (propriedade plena, direito de superfície, direito de usufruto) que pertença ao comerciante não carece de autorização alheia (ver, designadamente, os arts. 1444.º CC e 1534.º CC), salva a ocorrência de situação particular de incapacidade ou ilegitimidade do transmitente.

arts. 1135.º-f (para o comodato), 1189.º (para o depositário) e 1038.º-f (para a locação ou cessão de exploração do estabelecimento comercial) do Código Civil.

Mas as razões que explicam o art. 115.º RAU nem sequer são invocáveis para o caso da cessão da posição contratual do lojista dum centro comercial, pois a *ideia de protecção do comércio joga aí, em primeira linha, no sentido da tutela da empresa comercial global* e a esta não convém a admissão no centro de comerciantes que não correspondam aos padrões gerais pré-definidos em nome do comércio integrado nele praticado. Os interesses de que cuida a entidade gestora do centro comercial são superiores ao que os senhorios têm em escolher e manter o seu arrendatário, pois não se trata apenas de assegurar a sua solvabilidade e a boa conservação do imóvel, mas também de assegurar o bom funcionamento do conjunto ⁽²⁶⁾. Constituindo a entidade gestora *o primeiro dos comerciantes* do centro comercial, os interesses por ela prosseguidos (os seus próprios, os do proprietário do centro e os dos restantes lojistas) não podem deixar de prevalecer sobre o do lojista interessado em trespassar o seu estabelecimento. Por outro lado, na valorização de cada uma das lojas do centro comercial pesam normalmente muito mais os factores gerais ligados à imagem e ao funcionamento global do centro do que os ligados à actividade singular do lojista ⁽²⁷⁾. Mesmo, pois, que a natureza excepcional do art. 114.º RAU não impedisse a sua aplicação analógica, a *base para a analogia falharia, no caso, inteiramente*. Note-se, aliás, de novo que, em outra situação em que a contraparte do cedente seria

⁽²⁶⁾ Veja-se ANTUNES VARELA, *Os centros comerciais* cit., p. 60: “Não é qualquer pessoa, não é qualquer comerciante, que serve ao perfil mercadológico traçado para o centro (...). O descrédito dum estabelecimento, o mau nome dum restaurante, a fraca qualidade dum pastelaria podem ter uma repercussão terrível, nefasta, no movimento das lojas vizinhas ou no conjunto de todo o centro”.

⁽²⁷⁾ Veja-se, também aqui, ANTUNES VARELA, *Os centros comerciais* cit., p. 61, referindo, exemplificativamente, a concepção do centro, a obra levada a cabo pelo fundador, a vizinhança de outras lojas, a beleza e a decoração do recinto, as atracções nele instaladas, e acrescentando: “é no conjunto destes elementos, no ambiente selectivo por eles criado, e não na iniciativa isolada do lojista, que repousa as mais das vezes a fonte principal do rendimento do seu negócio — bem como do negócio de todos os comerciantes instalados no centro”.

um comerciante (a sublocação ou sub-cessão de exploração do estabelecimento comercial), a lei não dispensa o respectivo consentimento (art. 1038.º-f CC, aplicado à situação do art. 111.º, n.º 1 RAU).

Assim, independentemente da questão de determinar o âmbito admissível do objecto do trespasso feito pelo lojista ⁽²⁸⁾, *o direito à utilização da loja não pode, sem consentimento da gestora do centro comercial, acompanhá-lo, nos termos gerais do art. 424.º CC* ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ As “instalações” a que se refere o art. 115.º, n.º 2-b RAU, ainda quando constituam benfeitorias que se possam levantar sem detrimento do prédio, podem ser contratualmente tidas como integrando a loja e, portanto, pertença do proprietário do centro (ver *supra*, n.º 3-e: “equipamentos”). Não cuidamos da questão que acaba por se pôr: a de saber se a exclusão desses elementos do estabelecimento não acabará por o descaracterizar e, assim, impedir o trespasso, sem prejuízo da possibilidade de venda conjunta dos restantes.

⁽²⁹⁾ Já assim foi decidido por recente *acórdão do S.T.J.* (ac. de 20.1.98, *C.J.*, 1998, I, p. 15: “*não é admissível o trespasso de estabelecimento comercial instalado em loja integrada em centro comercial sem autorização do organizador deste*”. Em outro *acórdão do S.T.J.* (ac. de 21.11.96, proferido no proc. 4532, transcrito na Base de Dados do Ministério da Justiça, Internet www.CidadeVirtual.PT/STJ), discutiu-se se constituiria violação do contrato de trespasso dum estabelecimento comercial do Centro Comercial do Campo Alegre, por violação de obrigação acessória, a abertura, pelo transmitente, de outro estabelecimento no mesmo centro, dedicado à mesma actividade comercial; não foi questionada a admissibilidade do trespasso, mas verifica-se que a loja nele incluída constituía uma fracção autónoma (letra Z) do prédio urbano em regime de propriedade horizontal em que o centro se encontrava instalado, o que inculcava a existência duma organização descentralizadora (ver, porém, que também neste caso ANTUNES VARELA entende — bem — que é de exigir o prévio consentimento da assembleia geral dos lojistas: *Centros comerciais cit.*, p. 69) e consubstanciava uma situação de facto diversa da que consideramos (com o estabelecimento, fôra transmitida a propriedade da fracção, e não o direito à utilização de loja alheia). Na doutrina, OLIVEIRA ASCENSÃO, em posição diversa da de ANTUNES VARELA, entende que, dado o seu valor, a circulação dos estabelecimentos singulares não deve ser submetida à autorização discricionária do gestor do centro, devendo haver liberdade de trespasso, desde que prestadas as garantias adequadas, mas com a possibilidade de oposição do gestor, fundada no prejuízo resultante para a integração empresarial do ingresso do tomador de trespasso (*Integração empresarial cit.*, p. 67). Fá-lo, porém, *na perspectiva do direito a constituir* (ver p. 64), sob a qual é, aliás, igualmente hipotizável a solução, mais conforme com a função do contrato, de, sem conceder a liberdade de trespassar por acto que abranja o direito de utilização da loja, conferir, porém, ao lojista o direito a uma compensação que tenha em conta o valor por ele acrescentado à loja, tal como ela existia à data do contrato. Mais ligeira, por não distinguir os planos do direito constituído e a constituir, é a breve referência de PEDRO PAIS VASCONCELOS, *cit.*, p. 540: “nada impede, em princípio, que um lojista trespasso a outro, ou

7. Esta conclusão, tirada das normas legais aplicáveis, é corroborada com o que, no domínio da vontade autónoma, usa ser estipulado nos tipos de contrato de que partiu a nossa análise: ao lojista fica vedado, sem o *consentimento da sociedade gestora*, ceder a sua posição contratual ou, a título definitivo, o estabelecimento instalado na loja ⁽³⁰⁾.

Estando nós perante contratos inominados, a estipulação é válida, pois não contraria nenhuma norma imperativa; válida permanecerá se, por analogia ou por recurso a qualquer princípio geral, se entendesse existir — o que vimos não ser o caso — norma *supletiva* do sistema que, no silêncio das partes, impusesse solução contrária.

Assim, quer em virtude da *lei geral*, derogada apenas no caso do arrendamento, quer em virtude da *estipulação das partes*, o trespasse do estabelecimento do lojista, instalado ao abrigo de contrato que obedeça àquele modelo-tipo, não pode, ainda que permaneça possível ⁽³¹⁾, englobar o direito à utilização da loja, nem os inerentes direitos de acesso às áreas de utilização comum e de uso da denominação e da insígnia do centro comercial, a não ser que o gestor preste o seu consentimento.

Resta saber quais as consequências deste regime de alienabilidade, definido pelo direito substantivo, no regime de penhorabilidade desses direitos.

a um terceiro, a sua loja ou lhes ceda a exploração da mesma” (possibilidade, esta última, peremptoriamente negada por OLIVEIRA ASCENSÃO, mesmo no plano de direito a constituir). Note-se que, quer na jurisprudência quer na doutrina referidas, é utilizado um conceito de trespasse que tem como seu elemento a transmissão do direito relativo ao local em que o estabelecimento está instalado, o que conduz a afirmar ou negar o direito ao trespasse, consoante se afirma ou nega a transmissibilidade desse direito.

⁽³⁰⁾ Vedado lhe é também permitir a outrem o uso, total ou parcial, da loja (o que, fôra o contrato entre ele e o gestor do centro de arrendamento, constituiria sublocação que a lei não permite), bem como ceder temporariamente a exploração do estabelecimento (a título oneroso, o que constituiria locação, isto é, a cessão de exploração que a lei consente ao arrendatário, ou a título gratuito). Vedado lhe é ainda, se for uma sociedade — assim como aos seus sócios — modificar a titularidade da posição maioritária no respectivo capital social.

⁽³¹⁾ Em grande parte dos casos, a ligação ao centro comercial é de tal modo essencial que não é configurável a transmissão dos restantes elementos do estabelecimento sem a descaracterização deste e, portanto, do trespasse.

IV — A penhora do direito à utilização da loja

A. Os bens só são penhoráveis na medida em que sejam materialmente disponíveis

8. Apreensão judicial de bens que constituem objecto de direito do executado (ou são, eles próprios, direitos, tomados como bens patrimoniais incorpóreos), a penhora constitui a primeira das providências executivas do processo de execução para pagamento de quantia certa, desempenhando uma *função instrumental* relativamente aos ulteriores actos de transmissão desse direito. Não esgotando em si mesma a sua finalidade, através dela é delimitado o objecto dos actos executivos subsequentes e, pelo facto da apreensão, assegurada a sua viabilidade. Desta função instrumental do acto da penhora decorrem os seus *efeitos jurídicos* (a transferência para o tribunal dos poderes de gozo que integrem o direito do executado; a ineficácia relativa de posteriores actos dispositivos praticados pelo executado; a constituição de preferência a favor do exequente) e a circunscrição do seu *objecto possível*.

Esteja em causa a garantia comum dos credores (o património do devedor), a garantia pessoal dum terceiro (fiador que responde também, solidária e subsidiariamente, com o seu património) ou uma garantia especial constituída sobre bens determinados (do devedor ou de terceiro), a satisfação forçada do credor de obrigação pecuniária é conseguida pela realização do valor do bem apreendido, mediante um *acto de alienação* para terceiro ou para o próprio credor e, conforme o caso, a subsequente atribuição a este do produto da venda ou a compensação do seu crédito com a dívida do preço da aquisição própria⁽³²⁾. Consequentemente, a *penhora só faz sentido* — só realiza a sua função — *se incidir em bens susceptíveis de ser objecto de subsequente alienação*.

Por isso, o art. 822.º-a CPC determina a *absoluta* impenhorabilidade das “coisas ou direitos inalienáveis”, em consequência

(32) A satisfação do credor exequente pode também ser conseguida através da consignação de rendimentos. Mas esta possibilidade circunscreve-se aos bens imóveis e aos bens móveis sujeitos a registo (art. 879.º, n.º 1 CPC), o que permite não a considerar no âmbito do presente estudo.

do que, desde logo, os bens inalienáveis do domínio privado, como tais declarados pela lei substantiva (direito a alimentos, direito de uso e habitação, direito à sucessão de pessoa viva, posição de arrendatário habitacional, etc.), não podem ser objecto de penhora.

Não consta das disposições respeitantes aos bens só *relativamente* penhoráveis (art. 823.º CPC) semelhante remissão para o regime definido pela lei substantiva: o art. 823.º CPC cuida apenas, em paralelismo com as als. *b*) a *g*) do art. 822.º CPC, de estabelecer normas de penhorabilidade *específicas* (relativas aos bens das pessoas indicadas no n.º1 e aos instrumentos de trabalho e objectos indispensáveis ao exercício de actividade ou função profissional do executado). Mas o anterior art. 821.º CPC já contém uma delimitação *geral* em função das determinações da lei substantiva (“estão sujeitos à execução todos os bens do devedor susceptíveis de penhora que, *nos termos da lei substantiva*, respondem pela dívida exequenda”). Como, por sua vez, o art. 601.º CC não contém uma norma geral definidora do âmbito da penhorabilidade dos bens que, não sendo absolutamente impenhoráveis, sofrem restrições à sua alienabilidade em virtude de normas de direito substantivo, não pode deixar de se entender que, *salvo disposição especial que expressamente cinda os dois regimes, o da penhorabilidade deve seguir o definido pela lei substantiva para a alienabilidade*.

9. Tal resulta, como se deixa dito, da *função* da penhora. Mas resulta também, não obstante a localização actual do preceito do art. 822.º-a CPC, da análise da *evolução histórica* que a ele conduziu.

No *C.P.C. de 1939*, o art. 821.º estabelecia que

“Só o património pode ser objecto de execução. *Em regra*, está sujeito à execução todo o património do devedor e unicamente esse património”.

Seguidamente, o art. 822.º continha as normas correspondentes às que hoje encontramos dispersas pelos arts. 822.º (bens absoluta ou totalmente impenhoráveis), 823.º (bens relativamente

penhoráveis), 824.º (bens parcialmente impenhoráveis) ⁽³³⁾. Começava por dizer que

“A regra de que todo o património do devedor está sujeito à execução sofre as *excepções* que a seguir se estabelecem”.

Seguia-se extensa lista de bens impenhoráveis, na qual constavam, sob o n.º 5,

“os bens ou direitos que a lei declare *inalienáveis* ou sobre os quais não seja admissível transacção.”

Não só os bens que em *caso algum* pudessem ser objecto de alienação estavam incluídos nesta excepção. Também nela cabiam, por exemplo, os bens imobiliários dotais, cuja inalienabilidade era excepcionada nos casos indicados no art. 1149.º do Código Civil de 1867, constituindo assim uma situação de *inalienabilidade relativa* ⁽³⁴⁾

O sentido do preceito era, pois, isentar da penhora os bens inalienáveis, na *medida em que o fossem segundo o direito substantivo* ⁽³⁵⁾. O que se deixou dito sobre a instrumentalidade da penhora em face da venda executiva plenamente explica esta subordinação do regime de impenhorabilidade ao de inalienabilidade, sem prejuízo de bens extrajudicialmente alienáveis sem qualquer restrição poderem ser objecto de restrições, absolutas,

⁽³³⁾ O mesmo se poderá dizer, embora se trate dum preceito novo, do art. 824.º-A, introduzido em desenvolvimento do estabelecido no art. 824.º, em conformidade com o que já antes era defendido na doutrina.

⁽³⁴⁾ JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de execução*, 1, ps. 321-333; PALMA CARLOS, *Acção executiva*, Associação Académica da FDL, 1959, p. 34.

⁽³⁵⁾ “O n.º 5 do art. 822.º exceptua da penhora os bens ou direitos que a lei declara *inalienáveis* (...). Se os bens ou direitos não são, em absoluto, inalienáveis, mas *só podem ser alienados em determinadas circunstâncias ou precedendo certos requisitos*, para que a penhora seja admissível faz-se mister *que concorram essas circunstâncias ou esses requisitos*. Desde que a penhora representa a apreensão dos bens para serem *vendidos* ou *adjudicados*, é claro que não pode recair sobre bens ou direitos cuja transmissão, por meio de venda ou de adjudicação, está vedada em absoluto *ou dependa de condições que não se verificam de momento*” (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de execução*, I, ps. 345-346).

relativas ou parciais, à sua penhorabilidade (e conseqüente venda forçada).

Em 1961, o anterior art. 822.º cindiu-se, passando o novo art. 822.º a tratar tão-só dos bens absoluta ou totalmente impenhoráveis e o art. 823.º dos relativa ou parcialmente impenhoráveis. Com esta cisão, a exceção anteriormente constante do art. 822.º, n.º 5 passou a ser referida no novo art. 822.º, mas antes de qualquer das alíneas deste artigo. Veja-se o encadeado dos preceitos:

Art. 821.º: “Estão sujeitos à execução todos os bens compreendidos no património do devedor e só esses bens”;

Art. 822.º: “*Além das coisas inalienáveis* e dos bens isentos de penhora por disposição especial, não podem, no entanto, ser penhorados: (...)”;

Art. 823.º: “Estão igualmente isentos de penhora: (...)”.

A categoria dos bens inalienáveis e dos isentos de penhora por disposição especial (de lei substantiva) é assim referida antes dos vários casos de bens isentos de penhora por via da lei processual, e não é por via das epígrafes dos arts. 822.º e 823.º (que, aliás, como todas as epígrafes, mais não poderão do que ajudar a reconstituir a *mens legislatoris*)⁽³⁶⁾ que se impõe circunscrevê-la aos casos de inalienabilidade absoluta ou total.

Aliás, é sintomático que da relação de bens impenhoráveis constante do anterior art. 822.º (n.º 8) tenham desaparecido os *casais de família*. É que os casais de família, que só muito mais tarde viriam a ser extintos, constituíam bens inalienáveis (arts. 19.º e 20.º do Decreto 7033 de 16.10.20), sendo redundante a sua expressa referência autonomizada. Mas os mesmos casais de família podiam ser alienados — e penhorados — nos casos constantes do art. 21.º do Decreto 7033, pelo que também eles constituíam bens só *relativamente* impenhoráveis.

⁽³⁶⁾ É sabido como o elemento histórico e, no seu âmbito, o pensamento do legislador têm um valor muito relativo na tarefa de interpretação da lei.

Por outro lado, entre os bens isentos de penhora por disposição especial (categoria enunciada sob o n.º 16 no CPC de 1939, após vários bens relativamente impenhoráveis, os últimos dos quais os vencimentos e os ordenados) usavam ser referidos os géneros e mercadorias depositados em armazéns gerais, nos termos do art. 408.º CCom., e os salários dos tripulantes de navios, de que tratava o art. 537.º CCom. (37). Ora nestes casos a impenhorabilidade era *relativa*, podendo os bens ser penhorados em determinadas condições, que a lei indicava (art. 414.º CCom., art. 537.º CCom.).

A *revisão de 1967* deixou incólume a redacção do art. 822.º, mas melhorou a do art. 821.º, mediante uma remissão geral explícita para a lei substantiva:

“Estão sujeitos à execução todos os bens que, *nos termos da lei substantiva*, respondem pela dívida, quer pertençam ao devedor, quer a terceiro”.

Não há, portanto, dúvida quanto ao facto de, até à recente revisão do CPC, o regime da penhorabilidade dos bens seguir o da alienabilidade, *quer esta fosse absoluta, quer fosse relativa*.

10. Só com a revisão de 1995-1996 é que, simultaneamente com o desdobramento do anterior art. 823.º nos novos arts. 823.º (com epígrafe apontando para os bens relativamente impenhoráveis) e 824.º (com epígrafe referindo os bens parcialmente impenhoráveis), o texto do art. 822.º passou a qualificar como de *impenhorabilidade absoluta* (“são absolutamente impenhoráveis”) a situação das “coisas ou direitos” inalienáveis, tal como também a dos bens isentos de penhora por disposição especial (“além dos bens isentos de penhora por disposição especial”). Nada, porém, nos trabalhos preparatórios ou na extensa nota justificativa dos diplomas de revisão, indica que se tenha pretendido, com isso, uma alteração substancial de regime (38).

(37) PALMA CARLOS, *A acção executiva* cit., ps. 47-48.

(38) Lê-se no *preâmbulo do D.L. 329-A/95*: “No que se refere à determinação dos bens penhoráveis — e aqui se consagra expressamente que apenas é possível a penhora de bens de terceiro quando a execução tenha sido movida contra ele —, realiza-se uma distinção entre as figuras da impenhorabilidade absoluta, relativa, parcial e da penhorabili-

Mais relevante é verificar que, no ponto que nos ocupa, o art. 821.º, agora desdobrado em 2 números (um para a penhora dos bens do devedor e o outro para a penhora de bens de terceiro, afim de clarificar que este tem de ter a posição de executado), manteve a redacção de 1967, na parte em que *remete para a lei substantiva* a determinação, designadamente, do regime da responsabilidade patrimonial, ou seja, da sujeitabilidade dos bens do devedor à execução da obrigação pecuniária ⁽³⁹⁾:

“Estão sujeitos à execução todos os bens do devedor susceptíveis de penhora que, *nos termos da lei substantiva*, respondem pela dívida exequenda”.

Consagrada esta norma, inexistente quer no CPC de 1939, quer na versão originária do CPC de 1961, torna-se *inútil* a posterior referência expressa aos “bens isentos de penhora por disposição especial”, bem como aos bens inalienáveis, a qual igualmente remete para os regimes substantivos ⁽⁴⁰⁾, com alcance que não pode ser restritivo.

Note-se, para finalizar, que, não obstante a sua integração na categoria dos absolutamente impenhoráveis, os *bens imprescindíveis a qualquer economia doméstica* que se encontrem na residência permanente do executado são só *relativamente impenhoráveis*,

dade subsidiária (em substituição de hipóteses concreta e pontualmente previstas no código vigente). Na definição do que devam ser bens absoluta e relativamente impenhoráveis foi-se colher alguma inspiração em soluções constantes da recente *Lei 91-650, de 9 de Julho de 1991*, que, no direito processual civil francês, procedeu à revisão de numerosos preceitos referentes ao processo de execução”. A intenção do legislador foi, pois, classificar, clarificar e sistematizar melhor, além de repensar, à luz da experiência francesa, alguns casos de impenhorabilidade. Neste último aspecto, pretende referir-se o preâmbulo ao art. 14.º da referida lei francesa, em cujos n.ºs 4 e 5 em parte se basearam as alíneas f) e g) do art. 822.º, n.º 1 e as alíneas b) e c) do art. 823.º-2, sem que haja nela qualquer referência aos bens inalienáveis. *Nada, portanto, se intentou alterar na ligação entre a penhorabilidade e a alienabilidade dos bens.*

⁽³⁹⁾ Sobre a equivalência dos conceitos de responsabilidade patrimonial e de sujeitabilidade à execução do património do devedor, vejam-se as considerações por mim feitas em *A acção executiva*, Coimbra, 1997, ps. 17 e 173-174.

⁽⁴⁰⁾ Isto é, para os regimes constantes de *lei substantiva*. Não deixam de ter natureza de normas de direito substantivo as que, na lei de processo, delimitam o objecto da penhora, nomeadamente as dos arts. 822.º a 824.º-A CPC.

visto que podem ser penhorados para pagamento do preço da sua aquisição ou do custo da sua reparação (art. 822.º-g CPC), em termos paralelos àqueles em que o art. 823.º, n.º 2 CPC se refere aos instrumentos de trabalho e objectos indispensáveis ao exercício da profissão do executado ⁽⁴¹⁾. Apesar do rigor classificativo que o legislador intentou usar, a *fronteira entre a penhorabilidade absoluta e a relativa não se mostra muito nítida*.

B. As limitações à disponibilidade substantiva

11. Assente que a primeira condição para a penhorabilidade dum bem do património do devedor é a alienabilidade do direito que sobre ele incide e que a medida da penhorabilidade do bem assenta, em primeiro lugar, na medida dessa alienabilidade, para saber se um bem é penhorável — e em que medida — há que começar por verificar, perante as normas do direito substantivo, *em que medida é disponível* o direito que o devedor sobre ele tem.

De acordo com o princípio geral da autonomia da vontade, a *regra* é que os bens do domínio privado são *livremente alienáveis*, pelo que há apenas que verificar se se verifica alguma *excepção* a essa regra.

Duas categorias de excepções são possíveis:

- as que geram — ou podem gerar — a *indisponibilidade objectiva* do direito, por sua própria natureza, imposição de lei ou limitação administrativa;
- as que geram — ou podem gerar — a sua *indisponibilidade subjectiva*, por via da eliminação ou restrição dos poderes de disposição do sujeito sobre bens próprios.

As primeiras, quando não geram a indisponibilidade absoluta do direito, restringem a sua disponibilidade, de modo que só verificados determinados pressupostos *objectivos* positivos, ou não

⁽⁴¹⁾ A reconhecida fonte dos dois preceitos (a Lei francesa 91/650) trata, no mesmo art. 14.º, n.º 4, de ambas essas categorias de bens.

verificados determinados pressupostos *objectivos* negativos, a alienação é possível.

As segundas podem traduzir-se na *atribuição do poder de disposição a não titulares do direito*, quer para o exercício dum direito próprio da pessoa a quem é atribuído, com fim de garantia ⁽⁴²⁾, quer para a realização do interesse do respectivo titular, incapaz de o exercer ⁽⁴³⁾; mas podem também traduzir-se em simples *limitação ao poder de disposição do titular do direito*, que, para dispor, terá de obter uma *autorização* ou *consentimento* alheio, quer também por consideração do seu próprio interesse ⁽⁴⁴⁾, quer por consideração do interesse da pessoa que terá de autorizar ou consentir o acto dispositivo ⁽⁴⁵⁾.

O primeiro tipo de situação não oferece relevância em sede de penhorabilidade: quando a atribuição do poder de disposição visa um *fim de garantia*, a pessoa a quem ele é atribuído tem direito a ser paga antes do exequente, se o bem for penhorado antes de exercido o direito que justifica a atribuição (art. 666.º CC); quando, ao invés, a atribuição é feita *no interesse do titular do direito*, a regularidade da penhora é assegurada mediante o mecanismo da representação deste no próprio processo executivo (art. 10.º, n.º 1 CPC).

Tão-pouco oferece dificuldade o caso em que a limitação do poder de disposição se faz *no interesse do titular do direito*: sendo a penhora um acto independente da vontade do executado e que pode ter lugar sem a sua colaboração, bastará, também aqui, fazer intervir no processo executivo, ao lado do executado, a pessoa que, se o acto fosse voluntário, o deveria autorizar.

⁽⁴²⁾ Ex.: o direito do credor pignoratício a vender a coisa recebida em penhor (art. 675.º, n.º 1 CC).

⁽⁴³⁾ É o caso da representação legal do incapaz, privado do poder de disposição dos seus direitos.

⁽⁴⁴⁾ É o caso da assistência do inabilitado pelo curador (art. 153.º, n.º 1 CC).

⁽⁴⁵⁾ É o caso do consentimento do cônjuge para a alienação de bem imóvel próprio do outro cônjuge (art. 1682.º-A, n.º 1-a CC), do consentimento da sociedade para a cessão de quota ou parte social (arts. 995.º, n.º 1 CC, 182.º, n.º 1 CSC, 228.º, n.º 2 CSC, 328.º, n.º 2 a CSC, 469.º, n.º 1 CSC, 475.º CSC e 478.º CSC) e do consentimento do autor para a alienação dos direitos emergentes para o editor do contrato de edição (art. 100, n.º 1 do Código do Direito de Autor).

Mais complexa é a situação em que o poder de disposição é restringido no interesse da pessoa legitimada para conceder a autorização ou o consentimento.

À primeira vista, dir-se-ia que, não tendo essa pessoa *responsabilidade pela dívida*, iria afectar ilegitimamente o seu interesse a admissão da venda executiva do bem quando o consentimento exigido pela lei substantiva não é prestado. Mas a constatação de que assim se poderia vir a prejudicar gravemente o exequente, nomeadamente em casos em que é íntima a ligação entre o titular do direito e o titular do poder de autorização ou consentimento, leva a distinguir.

12. Em primeiro lugar, há casos em que a limitação é *extrínseca* ao direito em causa. É o caso do casamento, que actua do exterior sobre certas situações jurídicas próprias de cada um dos cônjuges, adquiridas quer na sua vigência, quer até antes dele. Compreende-se que a situação conjugal do titular do direito justifique essa limitação quando está em causa um acto da sua vontade, mas não quando está em causa um acto dela independente: embora o interesse que explica a limitação nele não radique, a *não organização desse interesse em direito subjectivo* leva naturalmente a sacrificá-lo ao interesse, mais forte, do credor. Assim se explica a norma do art. 1696.º, n.º 1 CC, que não limita a responsabilidade patrimonial dos bens próprios, ainda quando seja exigido o consentimento do cônjuge para a sua alienação extrajudicial⁽⁴⁶⁾.

Noutros casos trata-se duma limitação *intrínseca* do direito, *fora ou dentro dum esquema de cumprimento contratual*.

13. Como paradigma de limitação *intrínseca* não inserta num esquema de cumprimento contratual, temos o caso da autorização social exigida, pela lei ou pelo pacto, para a *cessão de quota*

⁽⁴⁶⁾ A consideração do interesse do cônjuge do executado leva a que, em certos casos, ele seja citado para a execução (art. 864.º, n.º 1-a), mas apenas para, juntamente com o executado, se pronunciar quanto à forma e às condições de alienação dos bens imóveis e para, tal como ele, impugnar irregularidades que se cometam na sua alienação, impugnar créditos reclamados e opor-se à penhora (LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, ps. 253-254).

ou parte social. A limitação é intrínseca porque respeita directamente ao regime do direito em causa. Não se insere num esquema de cumprimento contratual porque, embora os direitos do sócio tenham como primeira referência o pacto social, dele se destacam no âmbito de relações duradoiras que abstraem do contrato constitutivo da sociedade.

Para bem compreender as soluções legais neste caso, há que atender a que a posição do sócio numa sociedade, civil ou comercial, tem uma *estrutura complexa*, que integra *direitos* (*maxime*, os direitos a quinhão no lucro, a participar nas deliberações dos sócios, a administrar ou ser designado para os órgãos de administração e fiscalização), mas também *deveres* (*maxime*, os de quinhão nas perdas e de realizar a sua quota-parte no capital social e eventuais prestações acessórias e suplementares). Enquanto nas *sociedades de capitais* a responsabilidade do sócio é limitada às entradas convencionadas no contrato ou ao valor da quota-parte do capital por ele subscrito, nas *sociedades de pessoas* os sócios são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações sociais, de pessoas ou de capitais, em solidariedade entre si.

A exigência do consentimento da sociedade, de pessoas ou de capitais, para a transmissão das posições sociais explica-se por ela implicar *a transmissão, não só de direitos, mas também de deveres*. Por isso, nas *sociedades anónimas*, em que os deveres dos sócios se apresentam reduzidos à realização do valor da acção própria e de eventuais prestações acessórias⁽⁴⁷⁾, a transmissão das acções é livre — imperativamente quanto às acções ao portador e supletivamente quanto às acções nominativas, cuja transmissão o pacto social pode condicionar ao consentimento da sociedade ou a outros requisitos conformes com o interesse social (art. 328.º, n.º 2, als. a) e c). Mas nos outros tipos de sociedade o consentimento é, *ainda que supletivamente, uma exigência legal*⁽⁴⁸⁾.

(47) Nas sociedades por quotas, excluído um sócio ou declarada perdida a favor da sociedade parte da sua quota, por falta de realização da obrigação de entrada, os outros sócios são obrigados, solidariamente, a pagar a parte que estiver em dívida (art. 207.º, n.º 1 CSC). Tal não acontece nas sociedades anónimas.

(48) Mais ou menos rigorosa: nas sociedades de pessoas exige-se o consentimento de todos os sócios (arts. 995.º, n.º 1 CC e 182.º, n.º 1 CSC), mas já não é assim na sociedade por quotas, em que basta uma deliberação maioritária (art. 228.º, n.º 2 CSC).

Quando passa ao tratamento da *penhora*, a lei opta explicitamente por a libertar de qualquer restrição no caso da *sociedade de capitais* (arts. 239.º, n.º 2 CSC e 475.º CSC, para as quotas da sociedade por quotas e em comandita simples; art. 328.º n.º 5 CSC, para as acções nominativas da sociedade anónima), o mesmo não fazendo no caso da *sociedade de pessoas* (art. 999.º n.º 1 CC, para a sociedade civil; arts. 183.º n.º 1 CSC e 474.º CSC, para as partes sociais na sociedade em nome colectivo e em comandita simples) (49). A disparidade de regimes compreende-se: *nas sociedades de capitais*, realizadas as entradas contratualmente convenionadas, *os deveres do sócio esbatem-se*, a ponto de já quase só lhe caberem direitos e deveres acessórios, e, não tendo sido realizada a entrada inicial, a não exoneração do transmitente da quota ou acção da obrigação de a realizar (arts. 206.º CSC e 286.º n.º 5 CSC) implica que as garantias da sociedade não diminuam com a entrada do novo sócio; pelo contrário, *nas sociedades de pessoas permanece*, por cada obrigação social contraída, *a responsabilidade pessoal do sócio*, pelo que a identidade deste não deixa nunca de ser indiferente (50). A transmissão forçada da quota para o terceiro implicaria a assunção, por este, sem o consentimento da sociedade ou dos seus sócios, de importantes responsabilidades (51). Por isso, só é admissível a *penhora do direito ao lucro e à quota de liquida-*

(49) Como se diz seguidamente, a opção legislativa é coerente, no que respeita a estas sociedades. Mas já o mesmo não pode dizer-se da opção tomada no caso da sociedade em comandita por acções: o art. 478.º CSC admite a penhora, quer da posição do sócio comanditário (o que está certo), quer da posição do sócio comanditado, cuja posição é em tudo idêntica à do sócio comanditado da sociedade em comandita simples (o que está errado). Tive ocasião de criticar esta aberração em *A acção executiva*, ps. 177 e 191(52).

(50) Na sociedade civil, a admissão de novo sócio exige unanimidade (art. 1021.º CC). Em qualquer sociedade (civil ou comercial) de pessoas, a morte (arts. 1001.º CC e 184.º CSC), a exoneração (arts. 1002.º CSC e 185.º CSC) e a exclusão do sócio (arts. 1003.º CC e 186.º-188.º CSC) dão lugar à *liquidação* da parte social e, se esta não se puder efectuar, podem dar lugar à dissolução da sociedade, sem prejuízo de, no primeiro caso, poder ser acordada a continuação da sociedade com os sucessores do sócio falecido (arts. 1001.º, n.º 1 CC, 184.º, n.º 2 CSC e 469.º, n.º 2 CSC).

(51) Não se diga que a responsabilidade subsidiária do sócio perante os credores da sociedade é uma responsabilidade *perante terceiros*, a que os sócios deverão permanecer indiferentes. A solvabilidade do sócio importa aos restantes, com ele *solidariamente* responsáveis.

ção da parte social do devedor na sociedade pessoal, liquidação essa só exigível na falta de outros bens do devedor (arts. 999.º CC, 183.º CSC e 474.º CSC).

Daqui se retira, nomeadamente, que o afastamento entre o regime de penhorabilidade e o de alienabilidade, no caso da sociedade de capitais, se dá por determinação *expressa* da lei, que estatui a *excepção* (a penhorabilidade) depois de estabelecer a *regra* (a inalienabilidade) ⁽⁵²⁾; já no caso da sociedade civil a lei não cuida tanto de determinar a *impenhorabilidade* da quota (que apenas aflora) como de determinar a *penhorabilidade* da quota de liquidação: “Enquanto se não dissolver a sociedade, e sendo suficientes outros bens do devedor, o credor particular *apenas* pode executar o direito deste aos lucros e à quota de liquidação” (art. 999.º, n.º 1). *A impenhorabilidade da quota aparece, assim, mais como um pressuposto da norma que estabelece essa penhorabilidade do que como objecto da estatuição normativa, sendo fácil a conclusão de que tal acontece porque já decorre da anterior*

⁽⁵²⁾ Sociedade por quotas: inalienabilidade no art. 228.º, n.º 2 CSC; penhorabilidade no art. 239.º, n.º 2 CSC. Sociedade anónima: admissão da inalienabilidade no art. 328.º, n.º 2 CSC; penhorabilidade no art. 328.º, n.º 5 CSC. Antes do Código das Sociedades Comerciais, o art. 6.º do Código das Sociedades por Quotas estabelecia a regra da transmissibilidade, mas admitia que o pacto social fizesse depender a cessão de quotas do consentimento da sociedade ou de outros requisitos (regra que é hoje a da transmissibilidade das acções nominativas das sociedades anónimas); por sua vez, o Código de Processo Civil, em disposição desaparecida com a revisão de 1995-1996 (art. 826.º, n.º 2), determinava a penhorabilidade das quotas em sociedades de responsabilidade limitada, independentemente do consentimento da sociedade, ainda que o pacto social fizesse depender a cessão voluntária desse consentimento. *A articulação norma-regra/norma excepção era nítida.* Na vigência do CPC de 1939, o mesmo resultava, segundo alguns, da conjugação do art. 42.º, § 2.º da Lei das Sociedades por Quotas com o art. 1274.º do C. Civil de 1867 (a quota era penhorável, mas a sociedade não se dissolvia), o que encontrava a oposição de outros, como ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, I, ps. 341-349, para quem dessas disposições nada se podia tirar para a solução do problema e que considerava que estava vedada a penhora de quota de sociedade cujo pacto exigisse o consentimento social para transmissão, em obediência à ideia, *que devia orientar a solução de todos os casos em que a lei substantiva exigisse o consentimento do obrigado perante o executado*, de que “não podem ser objecto de penhora os direitos cuja transferência está subordinada à vontade de quem não é sujeito da responsabilidade executiva. *A execução pode sacrificar a vontade do executado; o que não pode é sacrificar a vontade de terceiro, estranho à influência do processo executivo*” (p. 341).

norma sobre a inalienabilidade, sem consentimento, da parte social⁽⁵³⁾.

14. Caso de limitação intrínseca inserta num esquema de cumprimento contratual é o da exigência do consentimento do autor para a transmissão dos *direitos resultantes para o editor do contrato de edição*, feita no art. 100.º do Código do Direito de Autor. Em causa está a *cessão dum posição contratual*, em que a lei especial assume como natural imposição da lei geral a derivação do regime de inalienabilidade para o regime de impenhorabilidade.

Pelo contrato de edição é concedida pelo autor autorização a outrem para produzir por conta própria um número determinado de exemplares dum obra ou conjunto de obras, que a outra parte tem obrigação de distribuir e vender (art. 83.º). O autor conserva o direito de publicar a obra, mas o editor adquire o de a reproduzir e comercializar nos precisos termos do contrato (art. 88.º, n.º 1). Este direito do editor não pode ser transmitido a terceiro sem *consentimento do autor*, salvo no caso de trespasse do seu estabelecimento (desde que não cause prejuízos morais ao autor, que, neste caso, tem o direito de resolver o contrato) ou de liquidação, judicial ou extrajudicial, da sociedade editora de que resulte a adjudicação a algum dos seus sócios (art. 100.º).

É manifesto que a exigência do consentimento é feita no *interesse do autor*, que não perde, com o contrato de edição, o *direito de publicar a obra* e tem o *direito à retribuição* estipulada no contrato de edição ou determinada supletivamente pela lei (art. 91.º).

⁽⁵³⁾ Semelhantemente, no CC de 1867, depois de o art. 1271.º excluir o direito do sócio da sociedade civil (particular) a “fazer entrar” terceiro como sócio da sociedade, o art. 1274.º concedia ao credor do sócio o direito de executar os bens da sociedade, logo dissolvida, “na parte social do devedor”, tendo como pressuposto que aquilo que o sócio não podia fazer (fazer entrar terceiro na sociedade) tão pouco podia ser feito por via judicial. O mesmo não acontece hoje quanto à sociedade em nome colectivo: o art. 183.º, n.º 1 CSC é explícito em determinar que “o credor do sócio não pode executar a parte deste na sociedade, mas apenas o direito aos lucros e à quota da liquidação”. Mas outrotanto não pode dizer-se da legislação anterior ao Código das Sociedades Comerciais: o art. 161.º CCom. estabelecia que a cessão da parte social em sociedade em nome colectivo só podia ter lugar com o consentimento de todos os sócios; mas, nada determinando quanto ao regime de penhorabilidade, aplicou-se-lhe até 1966 o art. 1274.º do CC de 1867 e, depois, o art. 999.º do novo Código Civil.

A lei nada diz, expressamente, sobre a penhorabilidade ou impenhorabilidade dos direitos do editor, mas vê-se claramente que está *subjacente* à norma do art. 100.º, n.º 4.º (“não se considera como transmissão de direitos emergentes do contrato de edição a adjudicação destes a algum dos sócios da sociedade editora por efeito de *liquidação judicial* ou extrajudicial desta”) a ideia de que a medida da intransmissibilidade do direito implica a da sua impenhorabilidade: fora do caso de trespassse, a apreensão e a subsequente transmissão forçada⁽⁵⁴⁾ só é permitida, *excepcionalmente*, em processo de falência, desde que para sócio da sociedade editora, nos mesmos termos em que é admitida a transmissão negocial, em liquidação extrajudicial, ou a transmissão, por acordo ou não, em processo de liquidação judicial subsequente à dissolução da sociedade.

A bilateralidade do contrato de edição explica um regime de alienabilidade conforme com o do art. 424.º, n.º 1 CC, sobre o qual se molda, sem necessidade de a lei o expressar, o regime de penhorabilidade.

15. Desta incursão sobre os regimes de intransmissibilidade com que a lei, explícita ou implicitamente, estabelece a ligação dos regimes de impenhorabilidade, decorre, por um lado, a confirmação da *norma geral* segundo a qual os segundos são uma derivação dos primeiros⁽⁵⁵⁾, por outro, a constatação de que as *normas excepcionais* que rompem a coincidência, mediante a admissão de penhora fora das condições exigidas para a transmissão negocial, regulam *casos em que com isso não são — ou podem ser — ofendidos direitos subjectivos de terceiro* e, finalmente, que a necessidade desta salvaguarda se faz sentir quando está em jogo a *cessão da posição contratual* derivada de contrato com prestações recíprocas.

⁽⁵⁴⁾ Dispondo que “não se considera transmissão”, o que a lei, no fundo, diz é que só essa transmissão é admissível sem o consentimento do autor, sem prejuízo do regime especial do trespassse do estabelecimento do editor.

⁽⁵⁵⁾ “A impenhorabilidade é um fenómeno de natureza processual, observa PUGLIATTI; mas pode apresentar-se sob dois aspectos: como *efeito* ou como *causa*. Reveste o primeiro aspecto quando é *consequência de regras de direito civil que tornam intransmissíveis certos bens*; assume o segundo quando a lei processual dita preceitos que obstem directamente à penhora de determinados elementos do património do devedor” (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de execução*, I, p. 312).

C. A penhora e a cessão do contrato

16. Do contrato bilateral podem resultar direitos que constituem objecto *autónomo* de um subseqüente acto de transmissão (negocial ou forçada), de tal modo que os correspondentes deveres não sejam com eles transmitidos. Do contrato de compra e venda, por exemplo, resulta a obrigação de o vendedor entregar a coisa que dele é objecto e de o comprador pagar o preço convencionado (art. 879.º CC). Ainda que nenhuma destas obrigações tenha sido ainda cumprida, é possível penhorar o *direito ao preço*, sem que tal implique cessão da posição contratual. Criado embora pelo contrato, o direito do vendedor integra uma relação jurídica obrigacional diversa da relativa à entrega da coisa e é como tal susceptível de constituir objecto da *cessão de crédito* em que a subseqüente adjudicação ou venda forçada se traduzirá, do mesmo modo que o vendedor pode, extrajudicialmente, ceder o seu crédito ou onerá-lo. Nestes casos, permanecendo o *sinalagma*, o devedor pode opor ao cessionário (art. 585.º CC) ou ao credor pignoratício (art. 684.º) a *excepção de não cumprimento do contrato* (art. 428.º), mas tal não impede a eficácia da cessão ou oneração do crédito. Do mesmo modo, feita a penhora do direito ao preço, o executado é notificado para entregar a coisa ao comprador e, se não entregar, pode o exequente substituir-se ao devedor, promovendo contra ele execução para entrega de coisa certa (art. 859.º, n.ºs 1 e 2).

Esta última disposição mostra que a simples existência de obrigações recíprocas não impede a penhorabilidade do direito a uma delas. Mas mostra também que tal só é possível quando se trate de *prestações instantâneas*.

Também aqui o regime processual se molda sobre o regime substantivo. Na pendência dum contrato bilateral de execução continuada, é possível ceder autonomamente o direito às prestações periódicas convencionadas, mas não o direito à recíproca *prestação duradoira*, que só pode ser transmitido num esquema de cessão global da posição contratual. *O proprietário titular do direito a uma renda pode ceder este direito a terceiro*: continuará, ele próprio, a facultar ao arrendatário o uso e fruição da coisa, mas a renda, uma vez a este notificada a cessão, passa a ser devida ao cessionário. *Mas o arrendatário já não pode ceder a outrem o seu*

direito ⁽⁵⁶⁾, fora dum esquema de cessão da posição contratual: passando outrem a usufruir a coisa, como arrendatário, a ele caberá o pagamento da renda ao senhorio. O mesmo acontece se a transmissão tiver lugar por imposição judicial. A transmissão do direito ao arrendamento comercial em caso de *trespasse* corresponde inteiramente a esta ideia; transmitem-se os direitos do arrendatário, mas transmitem-se também os seus deveres contratuais.

Ao *trespasse* pode associar-se esta dupla transmissão dos direitos e dos deveres do arrendatário comercial, por via de expressa disposição excepcional, ocorra ela extrajudicial ou judicialmente. Não obstante tal implicar que o senhorio, credor da renda, passa a ter um novo devedor, o seu consentimento é dispensado para o acto negocial, pelo que não conhece tão-pouco limitação *subjectiva* o correspondente acto judicial ⁽⁵⁷⁾. O prejuízo que o senhorio pode sofrer em consequência desta imposição dum arrendatário que não escolheu circunscrever-se-á, no plano das obrigações contratuais, ao eventual não recebimento da renda e à insolvibilidade do tomador de *trespasse*; mas a lei optou pela imposição deste sacrifício eventual em face de outros interesses que considerou mais relevantes. O mesmo fez, em preceito igualmente excepcional, quanto aos direitos, e correspondentes deveres, emergentes para o editor do contrato de edição.

17. Nada de semelhante é preceituado quanto aos *direitos do lojista* instalado em centro comercial. Sabemos porquê: o proprietário do centro — ou o seu gestor — não tem apenas direito a uma remuneração pela utilização da exploração concedida; tem também direito a que a exploração se faça segundo determinados parâmetros pré-definidos; *a situação contratual é muito mais complexa do que a do arrendatário comercial* e representaria enorme afastamento do regime geral do art. 424.º CC consagrar, também aqui, uma excepção proporcionadora da grave afectação do interesse da

⁽⁵⁶⁾ A *sublocação*, como sub-contrato, pressupõe a manutenção da locação, não consistindo na transmissão do direito, mas na constituição de outro na base do primeiro (ver ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Coimbra 1980, II, ps. 355-356).

⁽⁵⁷⁾ A sua única limitação é *objectiva* e consiste em que o direito do arrendatário só pode ser transmitido no âmbito da cessão da posição contratual.

contraparte. Não basta, pois, respeitar, no caso de execução, a limitação objectiva (decorrente do contrato bilateral celebrado) consistente em dever ser penhorada toda a posição contratual do lojista e não só, isoladamente, o seu direito à utilização da loja (e direitos acessórios); a limitação subjectiva consistente na necessidade da autorização do gestor do centro comercial também tem de ser respeitada e conduzirá, naturalmente ⁽⁵⁸⁾, à inadmissibilidade da penhora ⁽⁵⁹⁾.

Podará, contra esta conclusão, argumentar-se com o legítimo interesse dos credores do lojista, que deste modo deixam de poder contar, no património do devedor, com a *garantia* do seu direito a ocupar um espaço no centro comercial. Uma vez que o contrato de concessão da utilização da loja é celebrado por tempo limitado e não renovável, a questão só se pode pôr relativamente ao período de tempo que falta até ao termo do prazo contratual; mas, mesmo assim, poderá estar em causa um valor significativo.

Vendo bem, este valor, tidas em conta as contrapartidas a cargo do lojista, deriva sobretudo da *clientela*. Mas esta é fundamentalmente assegurada pela *localização da loja* no centro comercial, devendo-se mais à empresa de conjunto do que à empresa individual do lojista. Não há, por outro lado, um *direito à clientela* ⁽⁶⁰⁾, pelo que basear na existência desta um valor patrimonial do lojista é juridicamente incorrecto ⁽⁶¹⁾.

Podendo o credor do lojista penhorar os bens corpóreos que constituem o estabelecimento, não se integrando na loja (mercadorias, utensílios, equipamentos retiráveis), resta apenas o valor acrescentado pelo lojista mediante as *obras de acabamento* e a *instalação dos equipamentos* que, segundo o contrato, não podem ser

⁽⁵⁸⁾ Não fará sentido ser concedida quando, no momento da penhora, nem sequer está determinado o adquirente na subsequente venda executiva.

⁽⁵⁹⁾ É a conclusão tirada no já citado ac. do STJ de 20.1.98 (*supra*, nota 29), que retira da cláusula que condiciona a cessão dos direitos do lojista ao consentimento do gestor do centro comercial a impenhorabilidade, sem esse consentimento, do estabelecimento comercial do lojista, por inadmissibilidade do seu subsequente trespassse.

⁽⁶⁰⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Lisboa 1988, I, p. 498.

⁽⁶¹⁾ Para o citado ac. do STJ de 20.1.98, dada a precariedade do contrato inominado de instalação do lojista, o estabelecimento comercial, cujo valor patrimonial depende do consentimento de terceiro, não constitui, só por si (...), *garantia dos seus credores*".

retirados, integrando a loja. Aqui, pode, *de jure constituendo*, ser aconselhável garantir ao lojista, em determinados casos, o direito a uma compensação pela sua perda, direito este que já poderia então ser objecto de penhora em acção proposta pelos seus credores. Mas, no plano do direito constituído, nada impede que as partes convencionem a perda desse valor sem contrapartida.

18. O credor pode, na execução, penhorar, *separadamente*, os bens e direitos que, sem fazerem parte da loja nem respeitarem à utilização desta, integrem o estabelecimento do lojista (art. 862.º-A, n.º 6 CPC). Mas pôr-se-á o problema de saber se pode também penhorar o estabelecimento comercial *como um todo* e, se assim for, em que medida a tal penhora se aplicará o art. 862.º-A CPC.

A penhora global do estabelecimento tem como fim proporcionar a sua *venda unitária*, não tanto como soma dos bens que o constituem, mas enquanto valor de *conjunto apto a funcionar*. Sendo assim, a penhora do estabelecimento como um todo, nos termos do n.º 1 do referido artigo ⁽⁶²⁾, bem como a avaliação do estabelecimento nos termos do n.º 2, só farão sentido quando a necessária exclusão do direito à utilização da loja e dos bens que a integram não afecte o *núcleo essencial* do estabelecimento, como tal alienável por trespasse ⁽⁶³⁾.

Não é, em princípio, contrária ao contrato celebrado entre o gestor do centro e o lojista a possibilidade de ser nomeado, nos termos do art. 862.º-A, n.º 3, um *fiscal* deste, cuja actuação não poderá, porém, limitar a actuação fiscalizadora do gestor do centro comercial. Mas já não pode ter aplicação o art. 862.º-A, n.º 4 (designação de *administrador* com poderes de gestão do estabelecimento), dadas as exigências contratuais quanto ao exercício da exploração pelo lojista; dado o dever contratual de o explorar continuamente, é também impensável a *suspensão da actividade do estabelecimento* e a consequente nomeação de *depositário*, nos termos do art. 865.º-A, n.º 5.

⁽⁶²⁾ Diversamente da penhora de *todos* os bens que o constituem, que é ainda uma penhora de bens individuais.

⁽⁶³⁾ Ver *supra*, nota 31.

Em qualquer momento em que, em consequência da penhora, a exploração do estabelecimento sofra perturbação que implique violação dos deveres contratualmente assumidos pelo lojista, tem o gestor do centro o *direito de resolução* do contrato, com aplicação do respectivo regime.

V — Conclusões

1. O contrato celebrado entre as sociedades gestoras de centros comerciais e os lojistas que neles se instalam constitui um contrato inominado ou atípico, livremente regulado pelas partes no exercício da sua autonomia e não sujeito ao regime vinculístico do contrato de arrendamento.

2. O art. 115.º, n.º 1 RAU é uma norma excepcional, que dispensa, no caso do arrendamento, o consentimento exigido para a cessão do contrato pelo art. 424.º CC, sem que seja admissível interpretá-la extensivamente de modo a abranger outros contratos constitutivos de direitos pessoais de gozo nem aplicá-la analogicamente ao caso do contrato celebrado com o lojista de centro comercial, já pela sua excepcionalidade, já porque a ideia de protecção do comércio, que lhe é subjacente, joga no sentido da tutela da empresa comercial global do centro e já não da da empresa singular do lojista.

3. O direito à utilização da loja não pode, pois, sem consentimento da gestora do centro comercial, acompanhar o trespasses, ainda quando este permaneça possível.

4. Seria assim mesmo não havendo estipulação contratual nesse sentido, a qual, existindo, vem apenas reforçar algo já decorrente do regime geral.

5. Só são penhoráveis os bens alienáveis do domínio privado e apenas na medida da sua alienabilidade, pelo que as limitações — subjectivas e objectivas — à disponibilidade do direito constituem, em regra, idênticas limitações à penhorabilidade dos bens

que dele são objecto, como resulta do art. 821.º, n.º 1 CPC, assim como do art. 822.º, n.º 1-a CPC.

6. As excepções a esta regra estão expressamente consagradas e, sem prejuízo da sua excepcionalidade, surgem em casos em que, restringido o poder de disposição no interesse da pessoa legitimada para autorizar ou consentir a alienação, a penhora do bem não ofende direitos subjectivos dessa pessoa legitimada nem põe em causa a norma que exige o consentimento da contraparte do cedente para a cessão da posição contratual.

7. Os direitos do lojista do centro comercial, respeitando, como respeitam, a um contrato de execução continuada, não são destacáveis de modo a poderem ser objecto de transmissão ou oneração autónoma, pelo que estão inevitavelmente sujeitos ao regime da cessão de contrato e, conseqüentemente, não são penhoráveis senão em conjunto com os deveres correlativos e mediante o *consentimento* do gestor do centro comercial.

8. Fora, portanto, do caso anómalo em que este consentimento seja dado, não é admissível a penhora do direito à utilização de loja integrada em centro comercial, designadamente se constituído ao abrigo de contratos-tipo como os descritos no n.º 1 *supra*.