

RUI PINTO DUARTE

**A PENHORA E A VENDA EXECUTIVA
DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL**

Separata

THEMIS

Revista da Faculdade de Direito da UNL

Ano V - N.º 9 - 2004

A PENHORA E A VENDA EXECUTIVA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

RUI PINTO DUARTE*

1. RECAPITULAÇÃO DO CONCEITO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL

O tema que me proponho tratar implica a fixação – ainda que a traço não muito fino – do conceito de estabelecimento comercial. É o que, para começar, vou fazer, a partir da citação de algumas afirmações doutrinárias significativas.

Coutinho de Abreu – o Autor que nos últimos anos mais aprofundou a problemática do estabelecimento comercial – conclui a análise do respectivo conceito, que faz nas suas Lições, afirmando que ele é «uma unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma actividade comercial»¹.

Essa noção não é mais do que uma reformulação da opinião comum da Doutrina portuguesa de há dezenas de anos a esta parte. Integrando tal opinião comum, podem ser citados os seguintes autores:

- Mário de Figueiredo, ao adoptar como sua a definição de Navarrini segundo a qual estabelecimento comercial é o «complexo de forças produtivas e de bens destinado a um dado exercício comercial»²;
- Barbosa de Magalhães, ao seleccionar como objecto da sua atenção, entre os vários significados possíveis, o de «conjunto ou complexo de coisas corpóreas e incorpóreas organizado para o exercício do comércio por determinada pessoa singular ou colectiva»³;
- Ferrer Correia, ao escrever que «estabelecimento comercial vem a significar o mesmo que o complexo de *organização comercial* do comerciante»⁴;

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

¹ *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, pág. 234 (e, quase *ipsis verbis*, pág. 272). Para além desta obra, v. também o que o Autor escreve em *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, Coimbra, Almedina, 1996, págs. 41 e segs..

² *Natureza Jurídica do Estabelecimento Comercial*, in Boletim da FDUC, ano VIII, 1926, pág. 49.

³ *Do Estabelecimento Comercial*, Lisboa, Ática, 1951, págs. 13 e 14, constando as palavras citadas da pág. 13.

⁴ *Lições de Direito Comercial*, vol. I, Universidade de Coimbra, 1973, policopiado, págs. 201 e 202.

– Orlando de Carvalho, quando, entre as muitas centenas de páginas convergentes que dedicou ao tema, afirmou que «o âmbito necessário ou mínimo do estabelecimento como valor negociável (...) pressupõe (...) um conjunto de meios que projecte no público a imagem da empresa – que projecte os valores de organização e exploração que verdadeiramente indiciam o estabelecimento como bem ...»⁵;

– Fernando Olavo, quando sustentou que o conceito económico-jurídico de estabelecimento comercial é o de «conjunto de bens e serviços organizado pelo comerciante com vista ao exercício da sua exploração comercial»⁶;

– Menezes Cordeiro, nos passos em que defende que no Código Civil e no R.A.U. estabelecimento traduz «um conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas devidamente organizadas para a prática do comércio» e que «o estabelecimento comercial é uma autêntica esfera jurídica e não, apenas, um património: inclui ou pode incluir o passivo e toda uma série de posições contratuais recíprocas»⁷.

O núcleo do conceito de estabelecimento comercial é pois pacífico, na literatura portuguesa⁸.

Assim preenchido, esse conceito parece plenamente utilizável para efeitos do art. 862-A (e dos arts. 901-A e 823, n.º 2, alínea c))⁹. Nada no artigo leva a crer que o legislador tenha querido imprimir à expressão que aí utiliza um sentido diverso do que comumente lhe é atribuído nos textos jurídicos.

Vale, porém, a pena fazer duas notas adicionais.

A primeira para sublinhar que o art. 862-A prevê que, a par de estabelecimentos em «funcionamento» (n.º 2), sejam também penhorados estabelecimentos com «actividade paralisada» (n.º 4) – não sendo a admissão dessa

⁵ *Alguns Aspectos da Negociação do Estabelecimento*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3.699, ano 115, 1983, pág. 167.

⁶ *Direito Comercial*, vol. I, 2ª ed., Lisboa, 1974, pág. 260.

⁷ *Manual de Direito Comercial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, págs., respectivamente, 239 e 258, e *Estabelecimento Comercial e Arrendamento*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. III, *Direito do Arrendamento Urbano*, Coimbra, Almedina, 2002, págs., respectivamente, 410 e 428.

⁸ O que não significa que não haja discussão sobre o conteúdo mínimo do conceito. O melhor exemplo dessas discussões, entre outros, terá sido, porventura, o litígio entre a Lusotur e a Amasatur, que deu azo a muitas páginas sobre o assunto, nomeadamente às referidas nas notas 427 e 278 do meu livro *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos* (Coimbra, Almedina, 2000).

⁹ Salvo indicação em contrário, todos os preceitos legais citados neste texto pertencem ao Código de Processo Civil.

possibilidade uma surpresa, pois que também na legislação sobre arrendamento se admite implicitamente a existência de estabelecimentos comerciais «paralisados», nomeadamente na regra segundo a qual só o encerramento por mais de um ano do local arrendado para comércio é fundamento de resolução do contrato pelo senhorio (art. 64, n.º 1, alínea h), do Regime do Arrendamento Urbano).

A segunda nota respeita ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL)¹⁰ e visa afirmar que embora esta figura, por força de várias das suas características¹¹, represente uma modalidade específica de estabelecimento comercial, está também abrangida no art. 862-A (e nos demais preceitos do CPC que se referem ao estabelecimento comercial). O art. 22 do Dec.-Lei 248/86, de 25 de Agosto, prevê a penhora do EIRL, nada apontando para que a mesma obedeça a regras diversas das fixadas para a penhora do estabelecimento comercial em geral.

2. NOTA ESPECÍFICA SOBRE O LUGAR DA POSIÇÃO DE ARRENDATÁRIO NO CONJUNTO DOS ELEMENTOS DO ESTABELECIMENTO

Vale também a pena lembrar o lugar da posição de arrendatário no conjunto dos elementos do estabelecimento comercial – na medida em que na prática dos negócios, em Portugal, essa posição é muitas vezes o mais valioso desses elementos. Esse lugar pode ser assim resumido:

- a) o estabelecimento¹² pode não compreender qualquer posição de arrendatário;

¹⁰ Sobre esta figura, v. Oliveira Ascensão, *Estabelecimento Comercial e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial* (obra colectiva), Coimbra, Livraria Almedina, 1988, págs. 35 e segs. (também publicado na Revista da Ordem dos Advogados, ano 47, n.º I, Abril 1987, págs 5 e segs.), *O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada ou o Falido Rico*, in *Estruturas Jurídicas da Empresa* (obra colectiva), Lisboa AAFDL, s/d (1989?), págs. 13 e segs., e *Direito Comercial*, vol. IV, *Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1993 (policopiado), págs. 304 e segs., António Pereira de Almeida, *A Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, cit., 1988, págs. 271 e segs., Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade*, cit., 138 e segs. e *Curso de Direito Comercial*, vol. I, cit., págs. 235 e segs., António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, cit., págs. 258 e segs.. Também com grande interesse para a matéria em causa, embora anterior à criação do EIRL, Maria Ângela Coelho, *A Limitação da Responsabilidade do Comerciante em Nome Individual*, in *Revista de Direito e Economia*, anos VI/VII, 1980/1981, págs. 3 e segs..

¹¹ Nomeadamente, a autonomia relativamente ao restante património do seu titular.

¹² Doravante, por simplificação, usarei apenas “estabelecimento” para significar “estabelecimento comercial”.

b) o estabelecimento não pode ser composto apenas por uma posição de arrendatário.

A primeira proposição baseia-se na concepção doutrinária do estabelecimento¹³. A segunda não só tem a mesma base como corresponde ao que resulta das regras legais sobre o arrendamento¹⁴.

As consequências do que acabo de lembrar para a matéria da penhora do estabelecimento comercial são tão óbvias que dispensariam explicitação. Façamo-la, em todo o caso: para que a penhora seja viável não é necessário que o estabelecimento compreenda uma posição de arrendatário e a mesma não é lícita se o alegado estabelecimento nada mais compreender que uma posição de arrendatário¹⁵.

3. A GÊNESE DO ART. 862-A

O art. 862-A não resultou da Reforma da Acção Executiva (isto é, da reforma aprovada pelo Dec.-Lei 38/2003, de 8 de Março), mas sim da revisão do Código de Processo Civil¹⁶ de 1995/1996. No que respeita à penhora do estabelecimento comercial, a Reforma da Acção Executiva limitou-se, na verdade, a pequenas alterações ao que foi introduzido nos anos noventa.

Até à reforma de 1995/1996, o CPC nada dizia sobre a penhora de estabelecimento¹⁷. Saber se a mesma era admissível tratava-se de questão indesligável de outras atinentes ao regime do estabelecimento, nomeadamente as de saber o mesmo era susceptível de ser dado em penhor, de ser reivindicado ou de ser objecto de acções possessórias. A Doutrina e a Jurisprudência, ao longo do século XX, tinham-se dividido acerca dessas questões, mas julgo que se pode dizer sem errar que, quer numa quer noutra, nas vésperas da reforma do CPC de 1995/1996, as respostas afirmativas a estas várias questões – afins e conexas – eram claramente maioritárias¹⁸. O legislador não terá tido, por isso,

¹³ V. os autores e as obras referidas nas notas 1 a 7.

¹⁴ Concretamente, do n.º 2 do art. 115 do Regime do Arrendamento Urbano.

¹⁵ Sobre o segundo aspecto, v. J. P. Remédio Marques, *A Penhora e a Reforma do Processo Civil*, Lisboa, Lex, 2000, págs. 92 e segs., no texto e na nota 170.

¹⁶ Adiante “CPC”.

¹⁷ Ao contrário do que sucedia, desde há muito, noutras ordens jurídicas, consoante informa Orlando de Carvalho, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, Atlântida Editora, 1967, págs. 198 e segs., na nota 16.

¹⁸ Abordei o problema da empenhabilidade do estabelecimento comercial numa comunicação, intitulada «O Penhor de Estabelecimento Comercial», que apresentei ao Congresso de

grandes hesitações quanto à consagração na lei adjectiva da possibilidade de penhora do estabelecimento. O preâmbulo do diploma que fez tal consagração¹⁹ não a apresentou sequer como uma inovação ou como superação de dúvidas. Limitou-se a referir que «se regulamenta o regime da penhora do estabelecimento comercial, sistematicamente inserido no capítulo da «penhora de direitos»».

Na verdade, eram muitos os argumentos a favor da penhorabilidade do estabelecimento. Entre eles são de destacar:

- a indiscutibilidade da admissão da transmissibilidade extra-judicial do estabelecimento como tal, que tornava paradoxais as dúvidas quanto à sua transmissibilidade no âmbito do processo judicial executivo;
- a já referida admissão expressa da penhora de estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL), no art. 22 do Dec.-lei 248/86, de 25 de Agosto.

4. A COLOCAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 862-A E A NATUREZA JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO

A análise de qualquer preceito legal inserido em diploma com as características de código tem de partir da sua inserção sistemática. Aplicando-se esta ideia ao art. 862-A verificamos que o mesmo surge na secção do capítulo dedicado ao processo comum de execução para pagamento da quantia certa que tem por objecto a penhora. Tal secção divide-se em seis subsecções, das quais três são especializadas em funções da natureza dos objectos da penhora: imóveis, móveis e direitos. O art. 862-A surge na subsecção relativa à penhora de direitos.

Creio que seria errado retirar de tal colocação sistemática uma conclusão definitiva acerca da natureza jurídica do estabelecimento. Como é sabido, a Doutrina discute tal natureza, havendo autores que defendem a sua qualificação como coisa (designadamente como universalidade de facto) e autores que se opõem a essa qualificação²⁰. Os últimos tenderão certamente a ver na

Direito das Obrigações organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Janeiro de 2003.

¹⁹ O Dec.-Lei 329-A/95, de 12 de Dezembro.

²⁰ V. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. I, cit., págs. 210 e segs., Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, vol. IV, cit., págs. 500 e segs., Coutinho de Abreu, *Da Empresariabilidade*, cit., págs. 69 e segs., e Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, cit., págs. 255 e segs.

colocação sistemática do art. 862-A um argumento a seu favor²¹. Parece-me, no entanto, que esse argumento é ténue. Ao inserir o preceito em causa na subsecção sobre penhora de direitos, o legislador terá expressado que as normas sobre penhora de coisas móveis não são aptas a responder a todos os problemas colocados pela penhora do estabelecimento comercial, mas expressou também a necessidade de recorrer a algumas das normas sobre penhora de imóveis²² – o que certamente não legitima a aproximação do estabelecimento a essa categoria de coisas.

Em qualquer caso, é manifesto que a colocação sistemática do art. 862-A é questionável, pois, ainda que se entenda que o estabelecimento não é uma coisa, sempre se terá que reconhecer que a sua natureza é diversa da dos demais direitos cuja penhora é regulada na subsecção em causa. Por isso não é de estranhar que a Doutrina tenha vindo a criticar a opção do legislador quanto a essa colocação²³.

5. A ALTERAÇÃO DO ART. 862-A PELA REFORMA DA ACÇÃO EXECUTIVA

Como se disse, a Reforma da Acção Executiva pouco modificou o art. 862-A. Vejamos que pouco foi esse.

As principais alterações consistem na supressão do anterior n.º 2 e numa nova redacção do n.º 1.

A supressão em causa terá tido na sua base a ideia de que o anterior n.º 2 era desnecessário, por ser uma mera repetição da regra geral do art. 849, n.º 2²⁴.

A alteração ao n.º 1 consistiu em passar a haver uma referência ao «direito ao arrendamento» como exemplo de direito de crédito penhorável enquanto elemento do estabelecimento.

O legislador terá visado esclarecer não apenas que a posição de arrendatário do local em que o estabelecimento se encontra instalado é penhorável

²¹ Cfr. Carlos Pereira Gil, *Da Penhora do Estabelecimento Comercial*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 79, ano 20, Julho/Setembro 1999, pág. 123.

²² Como resulta do art. 863 e do que adiante escreveremos sobre a exploração do estabelecimento comercial após a penhora.

²³ V., além de Carlos Pereira Gil, ob. cit., loc. cit., José Lebre de Freitas, *A Acção Executiva*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pág. 201, nota 14, e José Lebre de Freitas e Armindo Ribeiro Mendes, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 3.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 480.

²⁴ Cfr. José Lebre de Freitas e Armindo Ribeiro Mendes, *Código de Processo Civil Anotado*, cit., loc. cit..

como também que essa penhora se faz nos termos previstos para a penhora de direitos. A verdade, porém, é que o legislador não foi feliz.

A primeira e principal infelicidade consiste na utilização das palavras «direito ao arrendamento». Embora tal expressão seja de uso corrente entre os não juristas e utilizada por excelentes juristas²⁵, a posição de arrendatário não é cabalmente designável por ela, pois abrange quer direitos quer deveres.

A segunda infelicidade, menor, está na própria ideia de que as regras sobre a penhora de créditos são aplicáveis sem adaptações à penhora da posição de arrendatário. A lei diz que «a penhora de créditos consiste²⁶ na notificação ao devedor de que o crédito fica à ordem do tribunal de execução», que «cumpre ao devedor declarar se o crédito existe» e que «na falta de declaração, entende-se que o devedor reconhece a existência da obrigação nos termos estabelecidos na nomeação do crédito à penhora» (art. 856, n.ºs 1 a 3). Ora, o senhorio não é (apenas) devedor e a sua posição não consiste (apenas) numa obrigação...

6. O MODO DE EFECTUAR A PENHORA

Como resulta do que se disse antes, o n.º 1 do art. 862-A é dirigido à definição do modo de efectuar a penhora. Façamos o seu exame.

Primeiro, o legislador estabelece que a penhora se faz por «auto, no qual se relacionam os bens que essencialmente o integram»; depois, o legislador manda aplicar «ainda o disposto para a penhora de créditos, se do estabelecimento fizerem parte bens dessa natureza»; por último, o legislador esclarece, nos termos já analisados, que a penhora do «direito ao arrendamento» se faz como se o mesmo de um direito de crédito se tratasse.

Ao estabelecer que a penhora se faz por auto, a lei está a estender à penhora de estabelecimento o modo de efectuação da penhora de bens móveis, previsto no art. 849.

A forma do auto não levantará grandes dúvidas. Já o seu conteúdo levanta a questão de saber qual o grau de discriminação a que a relação de bens deve obedecer.

²⁵ Nomeadamente, por Barbosa de Magalhães (*Do Estabelecimento Comercial*, cit., pág. 42) e Menezes Cordeiro (*Manual de Direito Comercial*, vol. I, cit., pág. 243).

²⁶ Melhor andaria a lei se dissesse que «a penhora se faz pela notificação» (à semelhança da expressão do art. 848, n.º 1), pois a penhora não consiste na notificação, mas sim nos efeitos dela decorrentes...

Ao dizer que essa relação deve compreender «os bens que essencialmente integram o estabelecimento», a lei parece apontar no sentido de que o elenco dos bens móveis (corpóreos) não tem de ser exaustivo. De resto, uma exigência de exaustividade não só seria impraticável como contrariaria a prática corrente dos negócios quanto à identificação do conteúdo do estabelecimento²⁷

7. A EXPLORAÇÃO DO ESTABELECIMENTO APÓS A PENHORA

O n.º 2 do art. 862-A é divisível em três proposições. A primeira consiste em que «a penhora do estabelecimento comercial não obsta a que possa prosseguir o seu funcionamento normal, sob gestão do executado». A segunda é de que sempre que necessário se nomeará «quem a fiscalize». A terceira – altamente enigmática – é composta pelas palavras «ao qual se aplicam, com as necessárias adaptações, os preceitos referentes ao depositário». Procuraremos determinar o sentido destas palavras.

O objecto da referência «ao qual» não é óbvio. De acordo com os hábitos da nossa língua, esse objecto deveria ser pessoa ou coisa acabada de mencionar na oração anterior. Essa pessoa é «quem a fiscalize». «A» só pode designar «gestão». «Ao qual» não pode referir-se a «gestão». Será que se refere a «quem»? A resposta afirmativa parece impossível de acordo com a utilização normal da língua.

A outro tempo, a aplicação dos «preceitos referentes ao depositário» a quem seja encarregado de fiscalizar a gestão de outrem não parece ter qualquer sentido.

Assim, podemos assentar em que o objecto da referência «ao qual» é o executado – apesar do carácter inusitado da redacção.

Quanto a saber quais são as regras aplicáveis ao depositário que são aplicáveis ao executado, parece claro que não são todas – embora também parece claro que, à face do art. 863 e da natureza dos elementos potencialmente componentes do estabelecimento comercial, tanto serão aplicáveis regras relativas à penhora de imóveis como regras relativas à penhora de móveis.

²⁷ Sobre a determinação do âmbito do estabelecimento em geral, v. Orlando de Carvalho, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, cit., *maxime* págs. 476 e segs., e Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, vol. I, cit., págs. 243 e segs., e *Estabelecimento Comercial e Arrendamento*, cit., págs. 410 e segs.. Sobre o conteúdo do auto de penhora do estabelecimento, à luz do art. 862-A, na sua redacção primitiva, v. Carlos Pereira Gil, *Da Penhora do Estabelecimento Comercial*, cit., págs. 124 e segs., e J. P. Remédio Marques, *A Penhora e a Reforma do Processo Civil*, cit., págs. 95 e segs..

Assim, antes de mais, parecem inaplicáveis as regras dos arts. 839 e 840, por força do próprio n.º 2 do art. 862-A e do teor das previsões das normas em causa.

Também o preceito do art. 845, n.º 1, sobre remoção do depositário a requerimento de interessado, com fundamento em incumprimento de deveres do cargo, parece inaplicável (pelo menos, em parte), pois sobre ele prevalece o n.º 3 do art. 862-A.

Pela positiva, é de dizer que parecem aplicáveis:

– o n.º 1 do art. 843, que determina que «além dos deveres gerais de depositário, incumbe ao depositário judicial o dever de administrar os bens com a diligência e zelo de um bom pai de família e com a obrigação de prestar contas»;

– o n.º 2 do mesmo art. 843, que estabelece que «na falta de acordo entre exequente e executado sobre o modo de explorar os bens penhorados, o juiz decidirá, ouvido o depositário e feitas as diligências necessárias»;

– o art. 854, quanto ao dever de apresentação de bens, pelo menos, quanto a parte dos elementos do estabelecimento.

Da submissão genérica do titular de estabelecimento penhorado aos preceitos aplicáveis aos depositários, em especial à regra do n.º 1 do art. 843, parece resultar que as pessoas singulares que sejam titulares de estabelecimentos comerciais penhorados ficam, em princípio, legalmente impedidas de retirar deles quaisquer valores para fins estranhos à actividade comercial, designadamente para seu sustento. Será talvez de considerar aplicável a tal situação o n.º 4 do art. 824, ou seja, será de reconhecer ao juiz o poder de determinar que tais executados podem fazer sua uma certa parte das receitas do estabelecimento.

Podemos, pois, assentar em que, em princípio, a gestão do estabelecimento comercial após a penhora continua a caber ao seu titular, estando, porém, a sua liberdade de actuação tolhida por duas vias:

– a da submissão genérica às regras aplicáveis aos depositários de bens penhorados;

– a da eventual submissão à fiscalização por alguém especialmente encarregado de tal tarefa.

A isso há ainda que acrescentar que o n.º 3 do art. 862-A prevê que, sob iniciativa do exequente, o executado seja afastado da gestão do estabelecimento, sendo designado para tal tarefa um «administrador, com poderes para proceder à respectiva gestão ordinária». O que seja «gestão ordinária» não

esclarece a lei, mas parece que se há-de entender que nela cabem todos os actos que não acarretem a transformação dos elementos essenciais do estabelecimento que concretamente estiver em causa.

8. O CONCURSO DA PENHORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL COM A PENHORA DE ELEMENTOS INTEGRANTES DO MESMO

O n.º 5 do art. 862-A estabelece que «a penhora do direito ao estabelecimento comercial não afecta a penhora anteriormente realizada sobre bens que o integrem, mas impede a penhora posterior sobre bens nele compreendidos».

Ambas as regras resultantes de tal preceito são discutíveis.

A primeira acarreta que o estabelecimento venha a ser vendido com exclusão dos bens em causa – o que, se tais bens tiverem uma importância determinante na configuração do estabelecimento, pode levar a que o objecto da venda já não mereça ser qualificado como estabelecimento. Poderá, pois, acontecer que a penhora anterior de alguns bens integrantes do estabelecimento determine que se deva ter a penhora do estabelecimento como impossível.

Quanto à segunda, o que merece crítica não é a regra em si mesma, mas a falta de um mecanismo de publicidade à penhora do estabelecimento. Não implicando a penhora do estabelecimento o desapossamento (pelo menos, aparente) do seu titular, os demais credores podem não ter conhecimento da oneração inerente à penhora – o que é inaceitável. Tal como sucede com o penhor de estabelecimento, deveria ser assegurada à sua penhora publicidade adequada, nomeadamente pela via do registo²⁸.

9. VENDA EXECUTIVA DO ESTABELECIMENTO

Como é sabido, a venda judicial pode assumir várias modalidades (art. 886, n.º 1). Na ausência de preceito especial, a escolha da modalidade cabe – por força da Reforma da Acção Executiva – ao agente de execução, ouvidos o exequente, o executado e os credores com garantia sobre os bens a vender (art. 886-A, n.ºs 1 e 2).

O Dec.-Lei 28/2003 introduziu no CPC um artigo específico sobre a venda de estabelecimento: o 901-A. Analisemo-lo.

²⁸ Como defendi no texto referido na nota 18.

No n.º 1 do mesmo, a lei estabelece que a venda de «estabelecimento comercial *de valor consideravelmente elevado*» (sublinhado meu) é feita mediante propostas em carta fechada, «quando o juiz o determine, sob proposta do agente de execução, do exequente, do executado ou de um credor que sobre detenha garantia real». Além disso, o n.º 2 do mesmo artigo diz que «o juiz determina se as propostas serão abertas na sua presença».

Tais preceitos merecem várias notas.

A primeira para sublinhar que a concretização do que seja «valor consideravelmente elevado» levantará dúvidas – que não é possível resolver pela formulação de um critério quantificado.

A segunda para dizer que a referência a «credor que sobre ele tenha garantia real» consente, literalmente, duas interpretações: a de abranger qualquer credor que tenha garantia real sobre qualquer elemento do estabelecimento e a de só abranger credor que tenha garantia real sobre o estabelecimento como um todo. Penso ser esta a melhor interpretação, pois não só é a que melhor se coaduna com a letra (sobre ele – estabelecimento) como parece ser a que corresponde ao fim vislumbrável da lei: permitir a um interessado (em que a venda do estabelecimento, como tal, se realize pelo preço mais elevado possível) que intervenha na escolha da modalidade de venda²⁹.

A terceira nota respeita ao n.º 2 do artigo em causa e parte da lembrança de que no regime-regra as propostas são abertas na presença do juiz (art. 893, n.º 1). Assim, surge uma dúvida de interpretação e uma perplexidade quanto ao sentido do preceito. A primeira consiste em saber se tal n.º 2 se aplica a todas as vendas de estabelecimento comercial ou só às vendas de «estabelecimento comercial de valor consideravelmente elevado». Na verdade, se considerarmos que a epígrafe do preceito não o restringe a estas, mais uma vez estamos perante uma ambiguidade. Tendo em vista a escassa relevância que normalmente se atribui às epígrafes, parece preferível o entendimento de que o n.º 2 só abrange os casos compreendidos no n.º 1.

Quanto à perplexidade, a mesma é a de saber por que razão há-de o legislador ter introduzido a propósito do estabelecimento uma possibilidade de desvio à regra de que as propostas são abertas na presença do juiz...

²⁹ Interpretando assim a parte final do n.º 1 do art. 901-A, o mesmo terá, pois, o sentido de se referir a titulares de penhor sobre o estabelecimento – o que representa um argumento adicional (embora já redundante) em favor da tese da empenhabilidade do estabelecimento.

10. O DIREITO DE PREFERÊNCIA DO SENHORIO

O art. 116, n.º 1, do Regime do Arrendamento Urbano confere ao senhorio «direito de preferência» «no trespasse por venda ou dação em cumprimento do estabelecimento comercial». O n.º 2 do mesmo artigo diz que é aplicável a tal direito o art. 1410 do Código Civil. O mesmo é dizer, conjugando este último preceito com o art. 421 do mesmo código, que o direito de preferência do senhorio goza da chamada eficácia real. Para além disso, é óbvio que é «legal» – no sentido em que deriva da lei.

Assim, é aplicável ao senhorio o disposto no art. 892, nomeadamente na parte em que manda notificar os titulares de «direito de preferência, legal ou convencional»³⁰ do dia, hora e local fixados para a abertura das propostas apresentadas no âmbito da venda judicial, a fim de poderem exercer o seu direito (nos termos do art. 896)³¹.

Para além de lembrar o (mais que conhecido!) direito de preferência do senhorio e a sua disciplina processual, gostaria de dizer que – à semelhança de certa Doutrina e Jurisprudência – penso que os senhorios nem sempre gozam do direito em causa.

Parece claro que uma das razões que levou o legislador do R.A.U. a (re)introduzir o direito de preferência do senhorio em caso de trespasse foi a de «dar uma oportunidade ao senhorio de recuperar um bem que a ordem jurídica, supostamente, lhe atribui em primeira linha...»³². No entanto, também parece claro que o facto de essa motivação ter existido não desconfigura o direito em análise como de preferência³³. Ao exercê-lo, o senhorio fica na

³⁰ O fragmento do n.º 1 do art. 892 aqui citado deve a sua redacção ao Dec.-Lei 38/2003. Antes, a lei referia «os titulares de direito de preferência na alienação dos bens», não os restringindo expressamente, embora a Doutrina e a Jurisprudência fizessem já uma restrição de teor similar ao que resulta da redacção dada ao preceito pelo Dec.-Lei 38/2003 – v. João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil (Acção Executiva)*, Lisboa, AAFDL, policopiado, 1971, pág. 194, José Lebre de Freitas, *A Acção Executiva*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pág. 273, Miguel Teixeira de Sousa, *Acção Executiva Singular*, Lisboa, Lex, 1998, pág. 379, e Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, 2ª ed. Coimbra, Almedina, 2000, pág. 274.

³¹ Frise-se que o art. 886, n.º 2, estende o disposto nos arts. 892 e 896 às restantes modalidades de venda, excepto à chamada venda directa.

³² Cfr. António Menezes Cordeiro e Francisco Castro Fraga, *Novo Regime do Arrendamento Urbano Anotado*, Coimbra, Almedina, 1990, pág. 152.

³³ Não se trata, pois, de um mero «direito de resgate». No entanto, é de lembrar que, colocados perante a questão de saber se, nos arrendamentos para profissão liberal, o direito de preferência do senhorio depende de este ter as qualificações profissionais necessárias para a continuação da actividade exercida no arrendado, os tribunais decidiram várias vezes que o direito de preferência do senhorio não depende de o senhorio ter essas qualificações, bem como q

titularidade do estabelecimento tal como este seria alienado, ou seja, incluindo (potencialmente) não só coisas corpóreas, como créditos e outros direitos, débitos e posições contratuais – designadamente em contratos de trabalho. Embora o senhorio não tenha o dever de prosseguir a actividade e, portanto, possa encerrar o estabelecimento, mesmo nessa hipótese, haverá um certo lapso de tempo durante o qual o senhorio será o titular do mesmo. Ora, seria paradoxal que se autorizasse que isso acontecesse nos casos em que a lei exige que o titular do estabelecimento preencha certos requisitos. Significa isto que, usando palavras de Menezes Cordeiro, «a preferência do senhorio só é possível quando este próprio esteja em condições de, licitamente, adquirir o estabelecimento»³⁴. Como decidiu o Supremo Tribunal de Justiça a propósito do trespasse de uma farmácia, se o local arrendado for destinado a uma actividade cujo exercício é condicionado pela lei, só o senhorio que preencha os requisitos legais para tal exercício goza de direito de preferência. Generalizando: o art. 116, n.º 1, do Regime do Arrendamento Urbano deve ser interpretado restritivamente (ou objecto de redução teleológica), de modo a não abranger casos similares.

Novembro de 2003

não é exigível ao senhorio que continue a exercer no local a actividade que era exercida pelo arrendatário (v. o acórdão do STJ de 12.6.96, *in* BMJ 458, Julho de 1996, págs. 275 e segs. – ou *in* CJ-STJ, ano IV, tomo II, 1996, págs. 122 e segs, e o acórdão da Relação de Évora de 25.10.01 *in* CJ, ano XXVI, tomo IV, 2001, págs. 272 e segs.), embora também já tenha havido decisões em sentido oposto, ou seja, sustentando que a preferência do senhorio em caso de cessão da posição de arrendatário em arrendamento para profissão liberal só tem lugar se o senhorio exercer a actividade em causa (v. o acórdão da Relação de Lisboa de 18.11.93, *in* CJ, ano XVIII, tomo V, 1993, págs. 125 e segs.).

³⁴ *Manual de Direito Comercial*, vol. I, cit., pág. 249, e *Estabelecimento Comercial e Arrendamento*, cit., pág. 419.