

SOBRE A PROJECTADA REFORMA
DA LEGISLAÇÃO COMERCIAL PORTUGUESA (*)

Pelo Prof. Doutor A. Ferrer Correia

1. Distinguido com honroso convite do Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados — ilustre corporação a que me orgulho de pertencer há longos anos — para participar, no ciclo de conferências que hoje termina, com uma palestra sobre direito comercial português, pensei que nenhum tema poderia revestir-se de maior interesse do que o do sentido geral da sua projectada reforma. Reforma da qual, de tanto anunciada e prometida, porventura muitos já descrêem; reforma, todavia, que a manifesta desactualização do Código comercial em vigor, relíquia venerável do movimento codificador oitocentista, fruto de um modo de conceber o direito mercantil há muito ultrapassado, instrumento de todo desajustado às realidades e urgências da vida económica contemporânea — reforma, dizia, ampla e de raiz, que a todo o momento se torna mais necessária.

É mister que sem outras delongas se retome aquele projecto a que no final dos anos 60, publicado que fora o novo Código Civil, se deu o primeiro impulso através da nomeação de uma comissão de especialistas (como o recordava recentemente o Prof. Fernando Olavo) e cuja realização — convertida já a intenção inicial, limitada ao domínio das sociedades, na de meter ombros a uma revisão completa do nosso direito mercantil — foi cometida em 1977, pelo Ministro da

(*) Conferência proferida na sede da Ordem dos Advogados, em 27 de Outubro de 1983. Ao texto aditaram-se agora algumas notas.

Justiça Almeida Santos, a um corpo de juristas a que eu tive a honra de presidir. Tal como a que referi primeiramente, também esta última comissão chegou a produzir importante trabalho — o projecto do Dec.-Lei n.º 363/77, que adapta certos preceitos do Cód. Comercial às normas da Constituição da República de 1976 sobre direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; a conclusão doutro projecto legislativo, este sobre as sociedades por quotas de responsabilidade limitada (de que foram publicadas duas versões com exposição de motivos); além da realização dos estudos preliminares necessários à definição das grandes linhas por que deveria orientar-se o novo *jus commercii* português. Mas esta comissão, posto que jamais formalmente dissolvida, tem sido praticamente ignorada nos últimos anos. De facto, extinguiu-se. Teve a sorte da primeira.

O que vou expor-vos seguidamente é, em parte, a súmula das algumas das principais conclusões a que o referido grupo de trabalho havia entretanto chegado.

I

DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA MERCANTIL; CRITÉRIO GERAL (1)

2. O Código comercial de Veiga Beirão, todos o sabem, tem fonte e origem na teoria dos actos de comércio. Como, aliás, toda a longa progénie do Código francês de 1807.

(1) Vide, entre numerosos outros autores e obras: PINTO COELHO, *Lições de direito comercial*, 2.ª ed., vol. 1.º, págs. 1-75; FERRER CORREIA, *Lições de Direito comercial*, vol. I (polic.), 1973, p. 3-37; FERNANDO OLAVO, *Direito Comercial* (2.ª ed., 1970), título I, cap. I; ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial* (1967), em diversos lugares, especialmente nos seguintes: págs. 28 (nota 21), 29 (nota 22), 37 (nota 26), 51 (nota 35), 62 (nota 41), 104 (nota 53), 110 (nota 56) e 120 (nota 64); HAMEL-LAGARDE-JAUFFRET, *Droit Commercial*, 2.ª ed. (1980), t. 1, I, *Introd.*, cap. IV; RIPPERT-ROBLLOT, *Droit Commercial*, 10.ª ed. (1980), t. I, *Introd.*, Secção 1.ª e cap. III; DIDIER, *Droit Commercial*, 1, págs. 5-24; VAN RYN-HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, 2.ª ed. (1976), págs. 3-23; GARRIGUES, *Curso de derecho mercantil*, I (4.ª ed.), págs. 3-36; GIERKE-SANDROCK, *Handels-und Wirtschaftsrecht* (9.ª ed., 1975), vol. I, §§ 1 e 2; BAUMBACH-DUDEN, *Handelsgesetzbuch* (21.ª ed., 1974), págs. 1-34; GRAZIANI-MINERVINI, *Manuale di diritto commerciale* (1979), 1.ª parte, cap. I e II.

O Código Napoleónico assenta na ideia de um comércio inorgânico: não apenas na de um comércio aberto a todos, o que sempre estaria, com a extinção das corporações e de todos os privilégios classistas do *Ancien Régime*, inclusive os da classe dos comerciantes, na lógica incoercível do pensamento revolucionário — não apenas nessa ideia, mas, para além dela, na concepção de um comércio que fora a resultante de actos isolados, dispersos, desconexos, não de tecituras de actividades aglutinadas por força interna, isto é, de organizações mercantis.

No limite, esta visão atomística levaria à ideia de um direito comercial sem comerciantes, ou, pelo menos, à extrema desvalorização desta figura, e bem assim à não atribuição de relevo significativo ao instrumento que permite ao comerciante desempenhar o seu papel de verdadeiro elemento propulsor da vida do comércio: a empresa ou estabelecimento mercantil.

Sabemos, porém, que nunca as coisas assumiram tal feição. O *code de commerce* não levou o seu «objectivismo» a um tal apuro, pois quedou-se bem longe de regular apenas os actos de comércio em si, ou actos absolutos, ou objectivos: ocupou-se também da situação daqueles que profissionalmente os praticam, criando para eles algumas regras especiais e estabelecendo inclusive que são reputados comerciais todos os negócios concluídos entre comerciantes.

Daqui se passou ao entendimento de que são actos de comércio (relativos) os actos realizados por um comerciante no exercício ou por causa das necessidades do seu tracto (teoria do acessório, numa das suas faces). Desse ponto à admissão de uma presunção genérica de comercialidade para os actos dos comerciantes não medeava grande distância, e a *praxis* não tardou a franqueá-la.

O sistema do *code de commerce* é, portanto, um sistema nitidamente ambíguo; alguns o têm definido como um sistema realmente *misto*, um *híbrido* de objectivismo e subjectivismo, embora com um ponto de partida objectivo.

Caracterização que por igual se revela certa pelo que tange aos códigos italiano de 1882 e português; acrescentando em relação a estes a nota de que neles a referida presunção genérica de comercialidade quanto aos actos dos comerciantes (*rectius*: de conexão com a respectiva actividade profissional e, por isso, de comercialidade) está consagrada em texto expresso.

3. A orientação que tentámos sintetizar em breves palavras não deve ser continuada.

Visto como sistema essencialmente regulador de actividades *isoladas, desconexas*, o direito comercial, na opinião de muitos, nem sequer merece a autonomia de que desfruta; e, com efeito, não será fácil demonstrar que nessas actividades tomadas de per si — ou se defina a matéria mercantil pelo escopo da especulação ou por algum outro critério semelhante, mas que atenda sempre ao acto na sua objectividade e singularidade — se joguem interesses especificamente diversos daqueles de que é expressão o comum dos negócios jurídicos de carácter patrimonial. Teriam razão e decerto acabariam por ganhar partida esses que, como Teixeira de Freitas, Bolaffio e o grande Vivante numa primeira fase, prevalecendo-se do argumento da homogeneidade da vida sócio-económica e da correspondente generalização dos interesses que até certa altura puderam dizer-se peculiares do sector mercantil, deram à tese da unificação do direito privado a sua fundamentação mais convincente e o principal alento.

O que pode justificar e decerto justifica a persistência de um direito privado especial do comércio não é a prática, sempre que ocorra, de actos previamente definidos como comerciais — não é a intervenção *ocasional*, meramente *esporádica*, no circuito comercial. De resto, essa definição da natureza mercantil das operações jurídicas consideradas em si próprias constituiria sempre tarefa da maior dificuldade. Ph. Heck (e já outros antes dele, como o brasileiro Teixeira de Freitas) tinha boas razões para afirmar que o acto de comércio isolado não carece de uma disciplina jurídica própria, diferente da que decorre das normas de direito comum, só por ser acto de comércio. E se daqui não pode convolar-se à tese (por aquele autor alemão sustentada) de que o critério da aplicabilidade dos preceitos jurídico-mercantis só pode ser o da realização ou produção *maciça* ou *em série* desses actos — na medida em que não se afigura possível excluir totalmente a aplicação do direito comercial a operações ou transacções não estandardizadas —, não deixa de ser verdade que só o comércio exercido por organizações adrede constituídas para esse fim toma relevo e vulto capazes de justificar a criação de um direito especial.

À uma, porque são esses organismos a verdadeira força motriz das actividades económicas conglobadas no que tradicionalmente designamos por comércio em sentido jurídico. Depois, porque só

eles, quer enquanto olhados em si mesmos (como conjuntos de bens e direitos e como valores de mercado) quer enquanto actuam na esfera de negócios que lhes é própria, geram problemas a que o direito civil não consegue dar resposta ou a que em todo o caso não daria resposta adequada. Esses organismos são as *empresas comerciais*.

Logo, o direito comercial só ganha verdadeiro sentido e justifica finalmente a sua tradicional independência, face ao direito civil, se fizer da empresa mercantil o seu núcleo.

4. O acolhimento desta ideia não significaria, está claro, o regresso àquele subjectivismo (bem diferente, em todo o caso, do do *Ancien Régime*, que o princípio da liberdade de comércio inteiramente banira) de que o Código alemão de 1897 tem sido considerado paradigma.

Na verdade, o sistema do HGB tem por fulcro a figura do comerciante. O direito comercial do HGB é o direito privado especial dos comerciantes (*Kaufleute*).

Também os códigos oitocentistas que marcham na linha da legislação napoleónica contêm, como vimos, regras aplicáveis aos profissionais do comércio. Contudo, o código alemão distingue-se deles por duas características fundamentais. Primeiro, por se centrar na pessoa do comerciante e não no acto de comércio: o critério de aplicação das suas normas não consiste na prática de actos de comércio objectivos, mas sim na qualidade de comerciante dos respectivos destinatários. O HGB desconhece a categoria dos actos de comércio absolutos — actos regulados pela lei comercial apenas em virtude da sua natureza, isto é, independentemente de ser ou não comerciante aquele que os pratica.

Em segundo lugar, por associar a figura do comerciante à da empresa: de um modo geral, é comerciante quem exerce ou explora uma empresa mercantil (com excepção das sociedades constituídas em forma comercial, a que sempre são aplicáveis as disposições legais relativas aos comerciantes: *Formkaufleute*).

Deste modo, o direito comercial do código alemão parece constituir uma síntese feliz de *subjectivismo* e *objectivismo*, na sua forma moderna de *empresarialismo*: pois se, como dissemos, faz residir na figura do comerciante o seu conceito central e o principal critério de

aplicação das suas normas, não deixa por outro lado de atribuir também uma função chave à empresa.

Certo é, porém, que, no plano da regulamentação jurídica, a empresa não atinge a dimensão ou o relevo que se esperaria. Assim, o HGB conhece indubitavelmente a transmissão do estabelecimento por acto entre vivos ou *mortis-causa*, bem como a constituição sobre ele de um usufruto, de uma relação locatícia ou semelhante; mas deixa na sombra aspectos relevantíssimos desses factos. E se a doutrina dominante na Alemanha, e bem assim a jurisprudência dos mais altos tribunais desse país, admitem a existência de um direito subjectivo sobre a empresa como unidade, que a protege contra certa espécie de actos ilícitos de terceiros, não é nos preceitos do Cód. Comercial que vão fundamentar essa construção, mas no Cód. Civil (§ 823).

Em suma: o Cód. Comercial alemão não só não regula em termos adequados a matéria dos negócios sobre o estabelecimento (e, em geral, da sua transmissão), como tão pouco resolve satisfatoriamente o problema da tutela jurídica da empresa.

Desta sorte, e prescindindo doutros aspectos, a orientação do referido Código não coincide com a conclusão que atrás enunciáramos, aliás em termos muito gerais.

5. Fechado este curto parêntesis e revertendo agora à referida conclusão, cumpre acentuar que é nos seus precisos termos que ela deverá ser entendida. Explicando melhor: a concepção que se julga preferível é realmente aquela segundo a qual o direito comercial existe fundamentalmente para a empresa mercantil, que lhe deverá constituir (para o dizer com Hirsch) o princípio energético. Só que isto é coisa diversa de pretender transformar o direito comercial no direito das empresas, nos termos da concepção, dita empresarialista, que atingiu o apogeu nas décadas de 30 e de 40, foi adoptada pelo Código Civil italiano (código único de direito privado) de 1942 e recolheu nessa época os sufrágios de largos sectores da doutrina. E é coisa diversa, desde logo, porque para nós — interessados que estamos apenas, ultrapassada que foi no nosso país, durante os trabalhos preparatórios do Código Civil, a questão do código único, em gizar um plano de reforma da legislação comercial — tão somente pode estar em causa a empresa *mercantil* (conceito este cuja precisa formulação é susceptível, aliás, de constituir problema).

Em seguida, porque o direito comercial, como ramo que é do direito privado, nunca poderia regular a empresa na totalidade dos seus planos ou perfis — e nunca poderia identificar-se, portanto, com o direito da empresa. Considerado em todos e cada um dos seus aspectos juridicamente relevantes, esse ente singular que é a empresa invade diversas áreas do ordenamento jurídico, da privatística à publicística, do *jus commercii* ao direito laboral, fiscal, administrativo, constitucional. Uma perspectivação da empresa que abranja todo o leque de problemas por ela implicados — desde os atinentes à sua circulação e tutela jurídica, até aos laborísticos e aos decorrentes da sua posição perante o fisco e perante o Estado interventor na vida económica — é decerto uma perspectivação de natureza interdisciplinar. Neste sentido, o direito das empresas (quicá de todas as empresas económicas) poderá constituir, como refere o Prof. Orlando de Carvalho (1), uma disciplina científica nova — nunca um ramo autónomo do sistema jurídico, precisamente em razão da heterogeneidade dos sectores envolvidos. Evidentemente, estas considerações são também válidas, até a *fortiori*, para o chamado direito da economia.

Por último, deve dizer-se que a redução do direito comercial à empresa obrigaria a excluir do seu âmbito institutos que a ele tradicionalmente pertencem, por terem surgido como resposta a necessidades específicas da vida do comércio, embora no correr dos tempos se tenham tornado também disponíveis para outros usos e fins (pensemos nos títulos de crédito e na letra de câmbio em particular). A própria sociedade comercial, face à actual prevalência do critério da forma sobre o da natureza do objecto como critério de qualificação (2), não está ligada por nexos infrangíveis à empresa mercantil, posto constitua o único modo lícito do seu exercício em forma social. Também as operações de bolsa pertencem por si próprias, e por longa tradição, à esfera do direito mercantil, e nela deverão manter-se.

Resumindo, poderemos dizer, acompanhando Orlando de Carvalho, que o direito comercial deve efectivamente centrar-se na empresa (e no empresário, como é óbvio), mas sem por isso enjeitar esses ins-

(1) V. *Crítério e estrutura*, cit., p. 62, nota 41.

(2) V. FERRER CORREIA e A. CAEIRO, *Anteprojecto de lei das sociedades comerciais — Parte geral* (separata do BMJ, n.º 185 e 191), n.º 1.

titutos de que falámos, produtos e documento que são daquele *expansionismo* e *pioneirismo* que desde a Idade Média lhe são timbre.

Como direito da empresa, compete ao direito comercial:

1.1. Definir o estatuto jurídico do *empresário mercantil singular*, e assim, *inter alia*: especificar os pressupostos da aquisição desse estatuto e os deveres jurídicos gerais que dele decorrem (dispondo, pois, sobre a firma, a escrituração, o registo, o balanço e a prestação de contas); regular a capacidade comercial; indicar os termos em que o cônjuge do comerciante responde pelas suas dívidas comerciais; disciplinar (se acaso for admitida) a figura da limitação de responsabilidade do empresário individual; definir o estatuto dos auxiliares do comerciante e regular a representação comercial.

1.2. Estabelecer as normas aplicáveis às *sociedades mercantis* em geral e a cada um dos seus tipos em particular.

1.3. Definir os princípios e preceitos integradores do instituto da *falência* (direito falimentar material).

Na parte propriamente respeitante à *empresa ou estabelecimento*, pertence ao direito mercantil:

2.1. Regular a matéria dos direitos sobre o estabelecimento: propriedade e posse; usufruto; direitos reais de garantia.

2.2. Organizar a tutela jurídica da empresa: a) dos seus elementos materiais e imateriais (com especial destaque para os chamados sinais distintivos); b) da própria empresa ou estabelecimento como unidade; c) estabelecer a disciplina da concorrência.

2.3. Regulamentar a matéria dos negócios jurídicos sobre o estabelecimento: negócios de alienação (venda, troca, realização de entrada social, doação) e contrato de locação; bem como traçar o regime da sua transmissão *mortis-causa*.

Para além disto, compete ainda ao direito comercial regular especificadamente todos aqueles negócios que se não concebem senão em conexão com uma empresa mercantil e que por isso mesmo (na expressão de Garrigues) lhe pertencem ontologicamente: seguros, transporte, operações bancárias, contrato de agência...

No âmbito do direito comercial se inscrevem também, posto que por motivos diferentes (a que aludimos atrás), institutos como as operações de bolsa e os títulos de crédito.

Quanto à propriedade industrial, a sua conexão com a teoria da empresa é por demais evidente.

Inútil acrescentar que a projectada reforma da legislação mercantil deverá contemplar os problemas específicos do comércio internacional.

No que respeita ao comércio marítimo e aéreo, é de presumir que a extensão e a especificidade da matéria tornem aconselhável regulá-la em diploma próprio.

II

ALGUMAS QUESTÕES RELEVANTES A TER EM CONTA NA REFORMA DA LEGISLAÇÃO COMERCIAL PORTUGUESA

A. *Questões do âmbito do estatuto do empresário individual.*

6. Dentre todas as questões que relevam neste contexto, será abordada aqui tão somente a da possível *limitação da responsabilidade* do empresário.

São bem conhecidos os termos do problema. O exercício profissional da actividade mercantil implica pesados riscos: é a álea inerente ao comércio. Para alcançar benefícios, importa correr o risco de suportar graves prejuízos. Prejuízos que no limite podem acarretar a ruína da empresa, sendo certo que, no quadro do direito vigente, é muito difícil que a ruína da empresa não arraste consigo a do próprio empresário (individual) e virtualmente a da sua família: de facto, é princípio acolhido na generalidade dos sistemas jurídicos o de que o devedor responde com todo o seu património pelas obrigações validamente assumidas. Por outro lado, a regulamentação a que o nosso direito sujeita as dívidas comerciais dos devedores casados em regime de comunhão (v. Cód. Civ. art. 1691.º, n.º 1, al. *d*), e Cód. Com., arts. 15.º e 10.º), associada à realidade sociológica portuguesa (são poucos entre nós os casamentos em que vigora o regime de separação de bens), tornam pouco provável que a falência do comerciante não consuma o melhor do património familiar.

Foi sob o influxo de factores desta ordem que nasceu, há já várias décadas, um movimento doutrinal favorável à admissão da limitação de responsabilidade do comerciante em nome individual; movimento a que muitos dos melhores nomes da «comercialística» (Wieland, Pisko, Paul Carry, Ripert-Roblot, no Brasil António Martins Filho e Sylvio Marcondes Machado) deram expressa adesão.

7. No entanto, a doutrina favorável à limitação de responsabilidade, embora sufragada pelos votos de muitos, não tem deixado de suscitar oposição vivaz. Observa-se, por um lado, que na responsabilidade patrimonial ilimitada do comerciante reside o factor que melhor o pode ajudar a obter o crédito de que necessita. Ao fim e ao cabo, a concessão daquele «benefício» tornaria as coisas mais difíceis para o empresário — tornar-lhe-ia mais pesada a movimentação do seu negócio, na medida em que fornecedores e banqueiros, privados da garantia representada pelo direito de promover execução em todos e quaisquer bens do devedor (salvo os impenhoráveis), certo haveriam de se mostrar mais cautelosos e mesmo relutantes no deferimento dos seus pedidos de crédito. Por outra parte — aduz-se também — está conforme aos princípios gerais do bom direito que quem detenha o domínio efectivo de uma empresa haja de responder com todo o seu património pelas obrigações contraídas na respectiva exploração.

Embora valiosos, nenhum dos argumentos expostos se afigura porém decisivo. Ambos são contraditados pelo facto da admissão em numerosos países, na via aberta pela Lei alemã de 1892, da figura das sociedades de responsabilidade limitada, entre nós chamadas por quotas. Este tipo social alcançou, como é sabido, grande sucesso, tendo sido aquelas sociedades olhadas, pelo menos no nosso país, como a forma jurídica mais adequada à pequena e média empresa. São sociedades que na nossa prática, e pelo que toca à sua estrutura jurídica *real* (outra coisa será a estrutura correspondente ao direito dispositivo da Lei de 11-4-1901), se apresentam mais frequentemente como sociedades de pessoas do que como sociedades de capitais; sociedades em que na maioria dos casos os gerentes são sócios e em muitos todos eles o são (1).

É, pois, a própria lei que, ao permitir que os poderes da gerência se concentrem nos sócios, nega o princípio segundo o qual ao domínio efectivo do negócio deve estar acoplada a ilimitada responsabilidade patrimonial de quem detém esse domínio. Por outro lado, o

(1) Cfr. sobre o tema da qualificação da sociedade por quotas A. CAEIRO, *Exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas*, em *Estudos de direito comercial*, vol. I (obra edit. pelo Centro de Direito Comparado da Faculdade de Direito de Coimbra, 1969), n.º 9 e segs.

favor de que tem gozado na prática o referido tipo social, a abundância de sociedades de dois sócios, frequentemente pai e filho ou marido e mulher (1) — provam que a limitação de responsabilidade de quem tem nas mãos as alavancas de comando da empresa não prejudica, afinal, o recurso ao crédito, não entorpece, pois, o comércio.

8. Por outra via, todos sabemos como o rigor da lei, ao denegar *ex silentio* o favor da limitação de responsabilidade ao empresário individual, é por toda a parte facilmente iludido graças ao expediente das *sociedades unipessoais*. A concentração das acções, das quotas ou, em geral, das partes sociais na esfera jurídica de uma única pessoa é hoje fenómeno vulgaríssimo na prática de todos os países; de resto, a tendência para contra ele não reagir através de sanções legais, ou em todo o caso para só o fazer em termos assaz mitigados, tem vindo a reforçar-se visivelmente, desde que pela primeira vez (foi há quase 40 anos!) nos debruçámos sobre o tema. Quando em 1969 voltámos ao assunto (2), pudemos constatar que na Europa Ocidental só dois países (Bélgica e Luxemburgo) se mantinham ainda fiéis ao princípio, de inspiração puramente conceitualista, da dissolução *ipso iure* da sociedade pelo facto da concentração das partes sociais ou acções nas mãos de um único sócio ou accionista. Os demais sistemas jurídicos — dizíamos então — repartem-se por quatro grupos:

1) Uns (o alemão, o austríaco, o holandês, também o espanhol, pelo menos em matéria de sociedades anónimas) olham a redução dos

(1) Aproveitamos o ensejo para afirmar que, olhando à *ratio legis*, não vemos fundamento válido para não considerar abrangidas no n.º 3 do art. 1714.º do Cód. Civ., ao lado das sociedades anónimas, as sociedades por quotas. Efectivamente, cremos que a intenção do preceito não é senão impedir que os dois cônjuges assumam o estatuto de sócios de responsabilidade ilimitada na mesma sociedade. Cfr. FERRER CORREIA e A. CAEIRO, *Anteprojecto de lei das sociedades comerciais — Parte geral*, nota 182, e A. CAEIRO, em precedente estudo cit. nessa nota.

(2) Veja-se *O problema das sociedades unipessoais*, in Estudos jurídicos II (1969), p. 171 e segs. Anteriormente tinhamo-nos ocupado do assunto, primeiro em 1945, num trabalho publicado na Rev. Dir. Est. Sociais, ano I (*Sociedades unipessoais de responsabilidade limitada*), depois em 1948, no livro *Sociedades fictícias e unipessoais* (parte II), e seguidamente no artigo do Bol. da Fac. de Dir. de Coimbra (vol. XLI, 1965) intitulado *La société d'un seul associé*.

sócios à unidade como fenómeno insusceptível de provocar a dissolução de uma anónima ou sociedade de responsabilidade limitada, sem haver sequer que distinguir entre unipessoalidade *originária* ou *preordenada* (caso da sociedade em que só um dos fundadores é real interessado, sendo os outros testas-de-ferro) e unipessoalidade *superveniente*; em contrapartida, a concentração dos quinhões sociais de uma sociedade em nome colectivo na esfera jurídica de uma única pessoa produz a transformação automática da sociedade numa empresa mercantil *individual*.

2) Singular é a posição do direito suíço. Verificada a reunião das acções ou partes sociais de uma sociedade de responsabilidade limitada nas mãos de um único sócio, pode ser intentada a competente acção de dissolução; dissolução que todavia o juiz só decretará se o sócio ou accionista não reconstituir a colectividade social no prazo que para o efeito lhe for assinado.

3) Na Itália, como em Portugal (Cód. Civ., art. 1007.º, al. *d*), texto que reputamos aplicável às sociedades de pessoas em geral), a permanência por mais de seis meses da situação de unipessoalidade, nas chamadas sociedades de pessoas, determina *automaticamente* a dissolução da sociedade; ao invés, o direito italiano não prescreve a dissolução da sociedade anónima ou da sociedade limitada que ficar reduzida a um só associado, mas sujeita este a responder, em caso de insolvência da sociedade, por todas as obrigações que em nome dela tenham sido contraídas após a verificação daquele facto.

4) Por último, o direito francês, o autêntico derradeiro reduto, até 1966, da doutrina da inadmissibilidade das sociedades unipessoais — doutrina, aliás, fundada em razões de pura lógica formal —, só admite agora a dissolução da sociedade, e ainda assim apenas a *requerimento* de algum interessado, no caso de o único sócio restante não ter procedido à reconstituição da colectividade social no prazo de um ano; e isto seja qual for a natureza da sociedade.

Quanto ao direito português vigente e pelo que respeita às sociedades anónimas e por quotas (ao caso das sociedades em nome colectivo já fizemos referência), defendemos para ambas o sistema da *dissolução por sentença* (constitutiva), se a requerer algum interessado, mas dissolução *diferida* para o termo do prazo de seis meses fixado no § 3.º do art. 120.º do Código Comercial (preceito aplicável directamente às anónimas e por analogia às sociedades por quotas).

Desnecessário dizer que a permissão das sociedades de responsabilidade limitada de um único sócio (ainda que só nos termos mitigados referidos por último e conquanto o fundamento desse regime resida preferentemente na *spes refectionis*) veio possibilitar por via indirecta, em medida bastante apreciável, aquilo que a lei (porventura com a só excepção da legislação lichtensteiniana) sempre se recusou a admitir directa e frontalmente, ou seja: a limitação de responsabilidade do comerciante em nome individual. E tanto mais aquela prática veio tornar isto possível porquanto é extremamente difícil des-trinçar os casos em que a unipessoalidade resulta de vicissitudes normais da relação social, daqueles outros em que a sociedade se constituiu para a breve trecho se converter em unipessoal: hipótese da sociedade criada com a colaboração de subscritores de complacência ou testas-de-ferro, que prometem ceder ao único verdadeiro interessado as suas quotas ou acções; sociedade a que temos chamado fictícia, produto que é de um contrato simulado. A dificuldade de distinguir os dois casos é tão real, que na Alemanha de há muito se considerava procedimento aceitável (contra o qual se não previa, portanto, qualquer espécie de reacção ou sanção) a citada constituição social mediante a intervenção de testas-de-ferro (*Strohmänner*).

Esta orientação veio a alcançar há pouco consagração oficial através da Lei de 4 de Julho de 1980, que alterou alguns preceitos da Lei de 1892 sobre as sociedades de responsabilidade limitada. Por força do novo diploma, o § 1 da velha lei de finais do século XIX passou a ter a seguinte redacção: «As sociedades de responsabilidade limitada (...) podem ser constituídas por uma ou várias pessoas.»

As sociedades por quotas de um único sócio podem, pois, constituir-se hoje na Alemanha *como tais*. Ocioso advertir que esta singular alteração legislativa obedeceu ao desígnio de dar satisfação ao interesse do empresário individual em limitar a responsabilidade decorrente das obrigações relacionadas com o seu giro mercantil a uma parte do seu património: a parte correspondente ao valor do capital social.

A citada Lei de 4 de Julho de 1980 alterou também a *Umwandlungsgesetz*, em termos de esta última passar a admitir a transformação de uma empresa individual em sociedade de responsabilidade limitada (a transformação em sociedade por acções era já admitida desde 1969), da qual o titular da empresa ficará a ser o único sócio.

Diga-se, por último, que a nova lei contém uma série de disposições tendentes a eliminar, ou quando menos a reduzir substancialmente, os riscos que derivam para terceiros da consagração da figura da sociedade unipessoal. É curioso referir, por ex., que, em contraste com a prática anterior de tolerar sem reservas dignas de realce as por nós chamadas sociedades fictícias ou de favor, a Lei de 1980, a fim de evitar a criação de sociedades com subscritores fictícios e a conseqüente fraude às normas reguladoras da constituição das sociedades unipessoais, estabelece que se a reunião das quotas nas mãos de um único sócio se verificar dentro dos primeiros três anos e o capital social não estiver então integralmente liberado, o único sócio adoptará um dos três seguintes procedimentos: liberar o capital, prestar à sociedade uma garantia relativa à parte não realizada, ceder a terceiros uma ou algumas das suas quotas. Decorrido aquele prazo, considera-se não haver motivo para presumir que a unipessoalidade agora existente tenha sido preordenada.

9. A outra forma de satisfazer o referido interesse do comerciante na limitação de responsabilidade consiste na admissão da figura da empresa individual de responsabilidade limitada. Entidade esta que tanto poderá constituir-se como simples *património separado* dentro do património geral do titular — património que ficará rigorosamente afectado à prossecução dos fins da empresa e que será ao mesmo tempo a garantia única dos respectivos credores — como elevar-se à categoria de verdadeira *pessoa jurídica*. Em qualquer caso, a lei fixará medidas apropriadas para assegurar a efectiva constituição do capital da empresa e para evitar que do património desta sejam retiradas, para pagamento de dívidas pessoais do comerciante ou satisfação das suas necessidades familiares, quantias indispensáveis à conservação daquele capital nos limites indicados no acto constitutivo. Não será isso problema de solução impossível. Está claro que deverá estipular-se também que, não respeitando a rigorosa autonomia do património adstrito à exploração do estabelecimento, o comerciante passará a responder com todos os seus bens pelas obrigações resultantes daquela exploração.

Se o nosso legislador-reformador aderir à ideia da limitação de responsabilidade do comerciante individual, por algum dos referidos caminhos terá ele de enveredar. Nem lhe faltam exemplos em que

busque inspiração. Se optar pelo expediente indirecto da consagração plena e frontal da figura da sociedade de um único sócio, poderá valer-se da interessantíssima e tão recente experiência alemã a que sumariamente aludimos — e bem assim da proposta de lei tendente à criação de sociedades unipessoais, que em 1978 foi apresentada ao Parlamento francês por um grupo de deputados (proposta *Coustellé*), não tendo sido, porém, aprovada.

Se, ao invés, se decidir pela via directa do reconhecimento da empresa individual de responsabilidade limitada, tão pouco lhe faltarão precedentes a que se ampare: a Lei do Liechtenstein (1926) que criou a empresa individual de responsabilidade limitada, assim como alguns projectos legislativos, entre eles o brasileiro de 1947 (projecto do deputado Freitas e Castro) e o argentino de 1949 (projecto do senador Gomez del Junco). De tudo nos dá clara informação o excelente trabalho de Maria Ângela Coelho — «A limitação de responsabilidade do comerciante em nome individual» — recentemente publicado nas páginas da Revista de Direito e Economia (1980/81, n.º 6/7) (1) (2).

(1) Veja-se também da mesma A. o artigo *A reforma da sociedade de responsabilidade limitada pela lei alemã de 4 de Julho de 1980*, publicado na cit. Rev., mesmo lugar.

(2) O assunto a que se alude no texto foi larga e profundamente debatido no Brasil por ocasião do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre, realizado em 1950. Nele foram apresentadas duas teses: uma, da autoria do professor de Buenos Aires Salvador Perrotta, outra, do professor cearense António Martins Filho. Da última pôde dizer Hernâni Estrella que era «o mais opulento e exaustivo trabalho que já se escreveu na língua pátria sobre o tema em causa». O referido Congresso, apesar do voto contrário de Waldemar Ferreira (estribado essencialmente no argumento de que «quem se obriga, obriga o que é seu» — e de que, admitindo-se o princípio contrário para o comerciante, deverá então estender-se a toda a gente), deliberou «aceitar, em princípio, o regime de responsabilidade limitada da empresa individual...»

Posteriormente (em 1956), dedicou ao tema vasta e completa monografia (*Limitação da responsabilidade do comerciante individual*) o prof. Sylvio MARCONDES MACHADO. Nela se defende doutrina favorável à limitação de responsabilidade do comerciante individual. Como forma de dar execução a esse pensamento, preconizava o A. a admissão da figura da empresa individual com responsabilidade limitada. A empresa não seria dotada de personalidade jurídica, mas comportar-se-ia como «bem» ou património separado no património geral do respectivo titular.

Esta nos parece ser, com efeito, a qualificação mais apropriada da figura. Na

B. *Questões do âmbito do estatuto da empresa ou estabelecimento comercial.*

Sumário: 1. Conceito; elementos. 2. Tutela jurídica. O problema da existência de um direito de propriedade sobre

verdade, se pretende adoptar-se a outra possível qualificação, a de pessoa jurídica, não pode a preferência justificar-se, cremos, a não ser pela consideração de que por esse modo se tornará mais fácil assegurar o funcionamento regular da empresa, isto é, manter separados do património geral do titular os bens a ela adstritos, evitar fraudes, acautelar o direito dos credores.

Só que esta consideração não impressiona senão porque, ao produzi-la, se está pensando na categoria de pessoas jurídicas formada pelas sociedades comerciais. Efectivamente, uma experiência acumulada ao longo dos tempos permitiu dotar as sociedades de uma disciplina adequada a resolver aqueles problemas. Contudo, não está provado (como já deixámos entender) que, aproveitando a mesma experiência, se não consigam resultados semelhantes para a empresa individual de responsabilidade limitada, *ente não personificado*. Assim, *v. gr.* — e para voltar ao assunto —, pelo que respeita à *efectiva constituição do capital* e ao princípio da sua *intangibilidade*, ao *registo da constituição e das alterações do acto constitutivo*, às normas sobre a *organização* e a *publicidade do balanço*. *Idem* pelo que toca à *exclusiva afectação* dos bens investidos na empresa, ou que lhe tenham advindo dos negócios realizados no seu âmbito e que tecnicamente não possam considerar-se lucros, à satisfação das dívidas assumidas pelo empresário no desenvolvimento das respectivas actividades.

Mas havendo dúvidas sobre a possibilidade de se dotar a empresa individual de um regime que garanta em termos adequados a salvaguarda de todos os interesses (sem esquecer os dos credores particulares do empresário) a que o legislador deve estar atento, parece que a solução mais lógica estará, não na criação da empresa individual com limitação de responsabilidade e com personalidade jurídica, mas sim em se admitir a constituição de sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio. É que a poucas alterações (como se alcança pelo exemplo alemão) haverá que sujeitar a lei relativa a tais sociedades, para esconjurar os riscos que são implicados pela existência da sociedade de um único sócio.

Conceitualmente, a referida solução justificar-se-ia através da ideia de que a sociedade comercial de responsabilidade limitada, mais do que o enquadramento jurídico-formal de uma associação de pessoas que decidem congregar os seus esforços para o exercício de uma actividade económica, é antes uma *nua forma*, e também uma *técnica*, já usada como tal para fins não comerciais, e que do mesmo modo o poderá ser por qualquer empresário (mesmo não comerciante): um empresário que, desejando tirar dessa forma económico-jurídica as vantagens que comporta, se sujeita à disciplina inerente e aos concomitantes rigores.

o estabelecimento. Os arts. 1302.º e 1303.º do Cód. Civ. Natureza jurídica do estabelecimento: *res incorporalis* de tipo especial. *Actio in rem universalis* e tutela possessória. A protecção da empresa em face de certos comportamentos de terceiros.

3. A circulação do estabelecimento. Negócios sobre o estabelecimento. Questões do *trespasse*.

10. Entremos agora na matéria do estabelecimento. Vasta e complexa temática, não se nos torna possível senão seleccionar e enunciar alguns tópicos para os sujeitar aqui a breve análise.

É sabido que na literatura jurídica portuguesa os termos empresa e estabelecimento são em regra tomados como equipolentes.

Em rigor, o termo empresa poderia servir para designar (como no Cód. italiano de 1942) a actividade económica organizada com vista à produção ou circulação de bens e à prestação de serviços — e a palavra estabelecimento ⁽¹⁾ para referir a própria organização comercial votada àquele escopo: a organização em si, como bem, como valor de mercado, como objecto de domínio e de negociação. Nada impede que a nova lei utilize esta nomenclatura ou semelhante; sendo, porém, certo que sob o ponto de vista da regulamentação jurídico-mercantil é a acepção objectiva que sobretudo importa considerar.

Estabelecimento comercial é, pois, o conjunto dos meios dispostos pelo empresário para o exercício da sua actividade profissional ou da sua empresa. A esse conjunto, que é uma organização, pertencem coisas e direitos. Coisas tanto corpóreas — móveis e imóveis — como incorpóreas: as coisas com que o comerciante negocia (mercadorias, títulos-valores, produtos acabados) mais aquelas de que se utiliza na exploração do seu negócio ou a fim de o identificar: matérias primas, máquinas e utensílios, veículos, mobiliário, patentes de invenção, dinheiro, e os denominados sinais distintivos do comércio. Direitos: antes de tudo, o direito ao local do exercício do comércio, seja ele a propriedade ou outro direito de natureza real, seja o direito derivado de um contrato de arrendamento ou de comodato; seguidamente, outros direitos reais de gozo, direitos de crédito, direitos emergentes de contratos de trabalho. As próprias obrigações resultantes da actividade

(1) A *azienda* do cit. Cód. italiano (v. art. 2555.º).

empresarial, sem embargo de por elas responderem todos os bens do devedor, como as derivadas dos contratos de trabalho com o pessoal ao serviço da empresa, pertencem ao património do estabelecimento.

São, por último, de computar — *the last, not the least* — certas situações de facto com relevo económico: a posição que à empresa advém das relações estabelecidas com fornecedores e bancos e com a massa dos clientes; que decorre da sua mesma organização interna, da experiência acumulada, do *Know-how*. Em tais elementos repousa boa parte, senão a melhor, das perspectivas de lucro da empresa: são as «chances», são o aviamento do negócio, o aviamento objectivo, como que nele cristalizado.

11. Assim sendo as coisas, de pronto se alcança que o estabelecimento comercial não deixa prender-se facilmente em qualquer dos esquemas normais da dogmática jurídica.

Não se trata, evidentemente, de uma *res unita corporalis*, nem tão-pouco de algo susceptível de reduzir-se ao acervo das coisas corpóreas que a ele pertençam em dado momento. É que ao lado dessas coisas estão os direitos e os já referidos bens imateriais (com destaque para os sinais distintivos: firma, nome de estabelecimento, marca). Por outra via, a empresa pode ver-se compelida, nalgum caso extremo (guerra, crise internacional que lhe corte o acesso às fontes de fornecimento e crédito), a alienar o seu património de exploração — sem que entretanto isso faça extinguir inteiramente as suas relações com os clientes, na medida em que um relançamento de actividades surja como provável. Nesta hipótese, a empresa subsiste ligada tão somente aos sinais externos que a contradistinguem (sobretudo a firma) — e a um mínimo de organização interna que lhe assegure a retomada dos negócios ⁽¹⁾. Ao invés, porque não poderiam os elementos de que falamos — as coisas corpóreas — ser excluídos num negócio de alienação do estabelecimento?

Mas se está fora de causa a redução do estabelecimento ao conjunto das coisas corpóreas, outro tanto haverá de dizer-se, evidentemente, das incorpóreas ou imateriais (sinais distintivos, direitos de

(1) Para um caso semelhante, v. ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura*, p. 304, n.º 118.

propriedade industrial não abrangidos por tal qualificativo, outros direitos, débitos).

Por outro lado, essa redução da empresa às variadas coisas e direitos que lhe constituem o património não dá conta do seu núcleo essencial: núcleo formado, como vimos, por aquelas relações ou posições de facto com relevo económico, que tantas vezes influem por modo predominante no valor venal do estabelecimento ou valor de mercado. Posição em face dos consumidores dos seus produtos ou dos utentes dos seus serviços; posição em face dos fornecedores de matérias primas, de mercadorias ou outras coisas e de crédito; posição ante o mundo do trabalho. Posição que supõe uma organização interna, que se potencia com a experiência acumulada e os segredos guardados. Posição para a qual boa parte da comercialística portuguesa (na qual nos contamos) reservou de há muito o termo de «aviamento» (1).

Por isso é que a empresa não residiria, para Isay, nos seus diversos elementos patrimoniais, mas antes na ideia que racionalmente os congrega: tal como a obra de arte reside na ideação ou criação do espírito e não no *corpus mechanicum* que a mediatiza. Sobre a empresa incide um direito subjectivo e o objecto desse direito, tal ainda como o da propriedade literária, artística ou científica, é um bem imaterial, uma ideia: a ideia organizatória, que se corporiza nas pessoas e nas coisas ligadas ou adstritas à empresa, sem todavia com elas se identificar (2).

12. Esta teoria, se bem que acertada no seu pensamento fundamental, carece no entanto dalguma rectificação ou afinamento.

É que o estabelecimento mercantil, como por outras razões os chamados sinais distintivos (que — salvo a marca — não são valores em si), não se apresenta, ao contrário da obra de engenho, como um bem imaterial *puro*. A sua redução ao simples projecto ou ideia organizatória, da forma preconizada por Isay, não tem em conta o facto de que ele se não resume ou esgota nisso, pois só em casos anormais

(1) *Lições, op. cit.*, vol. I, p. 203 e segs.

(2) ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, apud FERRARA JUNIOR, *Teoria giuridica dell' azienda*, p. 120.

prescindirá da organização concreta dos factores produtivos. Será um bem imaterial, todavia encarnado (como diz Orlando de Carvalho) num lastro material ou corpóreo; será um caso de incorporalidade *sui generis* (1).

O *quantum* de incorporalidade bastante, ainda assim, para que se torne possível considerar o estabelecimento como objecto de domínio, como objecto de propriedade, à imagem e semelhança dos puros bens imateriais. A organização em que o estabelecimento consiste — ou a ideia organizatória encarnada ou objectivada em que consiste — constitui uma entidade *a se*, não resolúvel no complexo ou lastro de elementos materiais que em cada momento lhe formam o substrato ou suporte, quase sempre (mas nem sempre) indispensável à sua viabilização como empresa.

Certo que a natureza do direito sobre os bens imateriais é tema controverso. Entre nós, porém, a doutrina, a jurisprudência e a própria lei mostram-se apegadas à ideia da propriedade intelectual e da propriedade industrial. O próprio Código Civil vai implicitamente nesse sentido, já que, depois de estabelecer (art. 1302.º) que só as coisas corpóreas podem ser objecto do direito de propriedade nele regulado — aderindo assim ao conceito de *res unita corporalis* da doutrina pandectística, que o BGB acolheu —, logo acrescenta que as suas disposições (as relativas ao direito de propriedade, naturalmente) são aplicáveis subsidiariamente aos direitos de autor e à propriedade industrial (art. 1303.º, n.º 2). O Código civil admite portanto — apesar da declaração demasiado enfática do art. 1302.º — outros casos de propriedade, além da propriedade das coisas corpóreas; e se bem que aluda apenas aos casos *como tais* regulados em legislação especial, nada autoriza a concluir ter essa referência intenção limitativa, isto é, ter o legislador querido negar a qualificação de coisas sujeitas a *dominium* a quaisquer outros entes, como justamente a empresa ou esta-

(1) ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas* (Coimbra, 1977), pág. 190.

Note-se, porém, que a relevância do elemento material pode ser mínima, reduzindo-se a organização ao elemento pessoal (empresas de comissões, de representações e afins). De todo o modo, a ideia organizatória é sempre um *quid* encarnado em algo de concreto — e o estabelecimento vale por isso e pelas perspectivas de lucros que lhe estão ligadas.

belecimento comercial. O presumível é que o legislador não tenha curado disso, ficando assim o caso totalmente em aberto.

E não fala o Código do Notariado, no art. 89.º, al. k), de «negócios de transmissão da propriedade de estabelecimentos, comerciais ou industriais»?

A esta norma — que sujeita a validade dos referidos negócios à forma da escritura pública — subjaz claramente a ideia de que o que se transmite através de tais negócios, *uno actu*, não são os bens avulsos pertencentes ao património da empresa, senão esses bens integrados em determinada organização económica — senão essa mesma organização tomada como tal, com o seu aviamento próprio. Numa palavra: o estabelecimento mercantil. O *quid* sobre que versa o contrato — e para o dizer não há sequer que forçar a letra da lei — é o direito que tem sobre o estabelecimento quem o criou, ou quem por modo legítimo lhe adquiriu o domínio.

13. Face à teoria que vê no estabelecimento ou empresa uma coisa unitária (composta) incorpórea, de tipo especial, objecto de um direito real absoluto a que parece convir o esquema da propriedade, oferece-se em alternativa a que o define como universalidade e até como *universitas iuris*.

Não iremos embrenhar-nos aqui nesse ninho de intérminas controvérsias que é a teoria das universalidades. Diremos tão-só que aquela alternativa só pode encarar-se como viável desde que se aceite a universalidade como categoria jurídica autónoma, não redutível ao mero conjunto das coisas singulares de que é formada — e se admita a existência sobre ela de um direito que igualmente se não confunda com a soma dos direitos relativos aos seus elementos.

Não é, porém, esta concepção unitária do fenómeno, mas sim a teoria atomística, a que vemos perfilhada pela doutrina dominante (1).

14. A concepção adoptada (teoria do bem imaterial *sui generis*) é a que proporciona o melhor enquadramento à solução incontestavelmente mais justa de vários problemas de regulamentação jurídica relativos à matéria do estabelecimento. Vejamos.

(1) V. as *Lições de direito comercial* do A., vol. I, pág. 220 e seg.

a) Na lógica daquela teoria, o proprietário do estabelecimento poderá reivindicá-lo *como tal* das mãos de quem porventura o esteja possuindo ilegitimamente. Mediante a acção a intentar (*actio in rem universalis*) propõe-se o empresário recuperar o domínio e posse da empresa, sem que a procedência da acção haja de implicar a prova do direito a cada bem, a cada coisa em concreto; demais que alguns desses bens podem nem pertencer ao reivindicante pelo título segundo o qual se apresenta a reivindicar (como proprietário ou mesmo como usufrutuário): basta que deles possa fruir e dispor em tanto quanto necessário à prossecução do escopo da exploração mercantil (os móveis e utensílios podem ter-lhe sido alugados, certas coisas, emprestadas ou confiadas em depósito, o prédio, arrendado ou cedido em comodato). Por outra parte, não são os bens avulsos, desligados da organização, que o empresário deseja recuperar, mas esses bens integrados na organização, no organismo vivo que constituem — a loja ou armazém com seus pertences numa ordenação determinada, a fábrica ou oficina com determinada estruturação técnica, etc., etc.

E há mais: certas coisas não são susceptíveis de uma reivindicação autónoma, pelo menos nos termos adequados à satisfação do interesse que tem na sua utilização o empresário: pense-se nos segredos de fabrico, nos planos de exploração, em certos meios de publicidade e reclame, nas listas de fornecedores e clientes. Certamente que o empresário não pretende apenas reaver os desenhos, os mapas, os diagramas, os registos, os documentos, mas também obter o reconhecimento de que essas coisas pertencem à sua empresa *em exclusividade*, elementos essenciais que são ao seu aviamento (pois que o condicionam ou potenciam), não sendo, portanto, lícita a sua utilização em estabelecimento congénere.

A solução apontada satisfaz, portanto, um interesse relevante do empresário, sendo certo, por outro lado, que se não descortinam razões que a tornem desaconselhável.

b) Diga-se ainda que o reconhecimento do direito de propriedade relativamente à empresa leva naturalmente à admissão da posse desse direito — e, por consequência, à concessão da *tutela possessória* ao empresário, para os casos de turbação ou esbulho da posse.

Pires de Lima e Antunes Varela (1) negam a aplicação do regime da posse em matéria de direitos de autor e de propriedade industrial, depois de se terem manifestado no sentido de que os direitos reais referidos no art. 1251.º são apenas os que incidem sobre coisas corpóreas e que têm, por esse facto, directa regulamentação no Cód. Civil. Entretanto, ao pronunciarem-se naquele sentido, nenhuma referência concreta fazem ao estabelecimento comercial, que (como é sabido) a legislação relativa à propriedade industrial não regula.

O assunto foi recentemente analisado por Orlando de Carvalho (2), cuja posição nos parece bem fundada.

Começa o A. por advertir que o estabelecimento, diferentemente das obras de engenho, dos sinais distintivos e dos modelos e invenções, não é (e já o tínhamos dito antes) um puro bem incorpóreo, pois radica num conjunto de bens que externamente o individualizam e sem os quais não existe enquanto objecto de tutela jurídica. Prosseguindo, acentua que o velho argumento de que não pode haver dois domínios plenos, ou duas posses plenas, sobre o mesmo objecto (*duorum in solidum dominium vel possessio esse non potest*) não é válido nem sequer para as criações do espírito — bens incorpóreos puros (aliás, se válido fosse, sê-lo-ia tanto para a posse como para a propriedade e, contudo, a propriedade industrial é em geral admitida). É que o objecto de domínio (e posse) nesses bens imateriais não é a pura ideação, mas a ideação enquanto bem economicamente fruível. Não importa que as criações do espírito a todos possam proporcionar o gozo cognitivo ou estético que lhes seja inerente, pois a isso se destinam — mas sim o facto de o gozo das suas virtualidades de exploração ou disfrute económico poder ser reservado de modo exclusivo (dentro dos limites que se julgarem ajustados às circunstâncias, obviamente) a uma única pessoa. Ora isso é possível, fora de toda a dúvida.

E se contra a aplicação do regime da posse (e da usucapião) no domínio desses puros bens imateriais ainda poderá invocar-se o argumento de que ela conduziria a situações de grande complexidade, a difíceis problemas de qualificação (posse parcial? composses? uma

(1) *Código Civil Anotado*, vol. III, p. 2-3.

(2) *Obra ultimamente cit.*, pág. 202, nota 4.

única posse exercida colectivamente? uma situação mista?), que porventura a tornariam praticamente desaconselhável — assim se explicando a relutância de um largo sector da doutrina em a admitir —, tal consideração não seria procedente para a empresa ou estabelecimento comercial. Dada a especial natureza do objecto, traduzida no facto de (como vimos) a empresa não se reduzir a um *quid* incorpóreo mas radicar em algo de concreto — uma organização de pessoas e bens tendo em vista determinado escopo económico —, não se descortina a possibilidade de se verificarem aqui situações de mais difícil caracterização e de maior incerteza do que no campo da fruição dos bens materiais.

Se, pois, o comerciante for perturbado no exercício dos seus poderes de proprietário por acto de terceiro, ou for esbulhado da sua posse, dever-lhe-á ser facultado o recurso aos meios de defesa previstos no art. 1278.º do Cód. Civ. (e também ao descrito no art. 1276.º, sendo caso disso), sem que a procedência dessa defesa pressuponha a prova de ser ele o titular do estabelecimento.

Por nossa parte, cremos firmemente — e assim o vimos afirmando desde 1957 ⁽¹⁾, seguindo caminho que fora aberto anos antes pelo saudoso Barbosa de Magalhães ⁽²⁾ — que o reconhecimento ao titular do estabelecimento comercial tanto do direito de lhe reivindicar a propriedade através da aludida *actio in rem universalis*, como do de se valer dos meios de defesa da posse regulados no Cód. Civil, constitui solução a que se não pode furtar um sistema jurídico preocupado com assegurar ao empresário uma tutela apropriada e eficiente: tutela que reconheça o seu interesse em conservar (ou recuperar) a empresa, em caso de efectivo desapossamento (ou de simples ameaça de turbação da posse), com a sua capacidade lucrativa plena, com os seus colectores de clientela — com o seu aviamento.

De resto, a solução que preconizamos (reconhecimento da propriedade e da posse de estabelecimento, com suas naturais consequências, incluindo a aquisição pela posse ou usucapião) é a adop-

⁽¹⁾ Desde o artigo da RLJ, 89.º (1956-57), *Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica*, obra republicada (com alterações) em Estudos Jurídicos II, pág. 255 e segs.

⁽²⁾ Veja-se a obra *Do estabelecimento comercial* (1951), pág. 103 e 115.

tada pela generalidade da comercialística moderna (com excepção da alemã, por se considerar vinculada ao conceito da *res unita corporalis*) (1).

c) Titular como é de um direito de propriedade sobre o estabelecimento construído como coisa unitária (conquanto composta), o empresário poderá invocar a protecção da lei relativamente a facto de terceiro que, sem atentar propriamente contra elementos singulares da organização, todavia afectem esta no seu funcionamento ou no seu crédito público. O empresário poderá reclamar perdas e danos do agente da infracção.

As mais destas situações são abrangidas pela disciplina da *concorrência desleal* e não é delas que vamos ocupar-nos aqui. Se a actividade causadora do dano corresponder a um dos tipos de ilícito descritos no art. 212.º do Cód. da Propriedade Industrial, ou à hipótese da cláusula geral do corpo do mesmo artigo — «acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica» —, é evidente que não surgem quaisquer problemas quanto à fundamentação do pedido indemnizatório (veja-se o art. 227.º do referido Código).

E quando, ao invés, os comportamentos dos concorrentes se não integrarem nalgum dos mencionados tipos, nem tão pouco reproduzirem as características da hipótese daquela cláusula geral, estar-se-á indubitavelmente fora do âmbito dos factos geradores de responsabilidade civil. Como é intuitivo, a lei não pode proteger o comerciante contra as formas normais de concorrência. Na luta económica das empresas, só constituem factos ilícitos aqueles que por alguma forma infringjam as normas e usos honestos do comércio. O empresário não poderá exigir indemnização a um concorrente a pretexto de que a clientela do seu estabelecimento se dispersou, atraída pelo melhor produto, pelo melhor serviço ou pelo melhor preço oferecidos por aquele, ou até só pela habilidosa publicidade que soube fazer.

(1) Não coincide com a orientação que advogamos em matéria de posse de estabelecimento (e de tutela possessória) a que vem sendo sancionada pelos nossos tribunais; vejam-se os Acórdãos do STJ, de 15-2-77 (BMJ 264, p. 194 ss), e da Relação de Coimbra, de 7-7-78 (sumariado no BMJ 280, p. 395).

De onde resulta ser apenas perante situações que ultrapassem as fronteiras do campo da concorrência económica que a possível construção de um direito de propriedade sobre o estabelecimento revela todo o seu interesse, para efeitos de fundamentação técnico-jurídica da obrigação de reparar o dano causado.

Sejam, por exemplo, as duas seguintes hipóteses:

1.^a — Um grupo de indivíduos, movidos por motivos políticos ou de outra ordem, executa com êxito um plano tendente a impedir, bloquear a distribuição e venda de determinado jornal, causando assim importantes prejuízos à empresa sua proprietária.

2.^a — Um profissional da imprensa, da televisão ou da radiodifusão, cobrindo-se com o seu estatuto próprio, faz publicar ou difundir uma pretensa apreciação crítica objectiva dalguns produtos ou serviços de uma empresa, na qual excede largamente os limites do seu direito-dever de informar o público, porque a análise é incorrecta e tendenciosa e outro escopo não visa senão denegrir a empresa visada.

Poderá o empresário em causa exigir pelos meios próprios a cessação de tais actividades e a indemnização dos danos entretanto produzidos?

Ninguém negará por certo que nos dois casos se impõe, como única solução justa, a de conceder ao lesado o direito de pôr cobro à situação ocorrente e de ser ressarcido dos prejuízos que sofreu. Perguntar-se-á, no entanto, qual foi aqui o direito violado. De toda a evidência, não pode falar-se de lesão de qualquer dos direitos que incidem sobre as coisas — móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas — que pertencem, *uti singuli*, ao património do estabelecimento. O único direito que pode considerar-se atingido é exactamente o direito sobre o estabelecimento *como unidade*, como organização de bens e de serviços colimando a produção de um resultado económico — como *res incorporalis* de tipo especial. Direito cuja natureza absoluta não sofre dúvida e cuja qualificação como *dominium* nos parece a mais ajustada, já por atenção ao vasto leque de poderes do titular, já em virtude do dever geral de abstenção que constitui a sua contraface.

Não se nos afigura viável fundamentar as soluções preconizadas — aliás, únicas admissíveis — mediante recurso ao conceito de interesse juridicamente protegido, porquanto o art. 483.º, n.º 1, do Cód. Civil

exigiria que se identificasse a disposição legal tuteladora do interesse lesado, o que não seria fácil (1).

Vem a propósito referir que mesmo na Alemanha, onde se resiste a admitir a ideia de uma propriedade da empresa considerada unitariamente — atitude que decorre do já citado preconceito (que o BGB acolheu) de que só é coisa em sentido jurídico a *res unita corporalis* —, a doutrina dominante e a jurisprudência dos mais altos tribunais (o RG e agora o BGH) recorrem, para justificar soluções da espécie de que atrás demos exemplos, à norma do § 823, I, do BGB: todo aquele que lesar, dolosa ou culposamente, um dos bens jurídicos lá enumerados (a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade) *oder ein sonstiges Recht* — ou outro qualquer direito —, fica sujeito ao dever de reparar os danos emergentes da sua conduta. Por conseguinte, e no quadro desta construção, o estabelecimento é do mesmo modo objecto de um direito unitário de carácter absoluto, embora não identificado com a propriedade.

15. *O estabelecimento comercial como objecto de negócios.* — O estabelecimento comercial afirma-se do mesmo modo como unidade jurídica enquanto considerado como objecto de negócios.

Destes assumem especial relevo o chamado *trespasse* e a *locação*.

O termo *trespasse* — convém acentuá-lo — não corresponde a uma figura negocial autónoma. A este respeito tem lavrado na doutrina pátria grande confusão; as opiniões oscilam, entre a que entende ser *trespasse* apenas a transmissão definitiva e por acto entre vivos da propriedade do estabelecimento, e a que inclui no conceito a própria transmissão *pro tempore* da empresa. Esta última hipótese, porém, corresponde a um tipo autónomo de negócio jurídico: a *locação*. Quanto à transmissão definitiva da titularidade da empresa, o designá-la pelo termo de *trespasse* não lhe confere, como é óbvio, qualquer unidade, e antes do que aí se trata é de um conjunto de figuras jurídicas

(1) Salvo, porventura, quanto ao segundo caso: veja-se o disposto no art.º 484.º. Note-se, porém, que este artigo não impede a qualificação do *quid* objecto da agressão jurídica como verdadeiro direito (ao bom nome, ao crédito), nem que o reconhecimento de um tal direito seja havido como manifestação de um direito geral sobre o estabelecimento como unidade.

diversas, cada uma com sua regulamentação própria: compra e venda, permuta, realização de entrada social, adjudicação a um sócio em liquidação de sociedade, doação.

Claro está que esta enumeração não é vinculativa, no sentido de que não obriga a entender todo e qualquer preceito legal que utilize a expressão em causa como referindo-se à totalidade das referidas formas de transmissão. Nada impede que seja outro o preciso conteúdo do conceito, no quadro e para os efeitos da norma concreta a aplicar.

Em face disto, não seria preferível renunciar à utilização do referido conceito de *trespasse*, que de resto, que saibamos, não tem paralelo na nomenclatura legal de qualquer outro país?

Enquanto isso se não fizer, convirá aderir (com a ressalva já enunciada) à doutrina de que *trespasse* de estabelecimento é tão somente a transferência definitiva da propriedade, por acto entre vivos.

16. Consideremos agora alguns dos aspectos da vasta temática ligada à teoria do «*trespasse*».

a) Um dos problemas que aí se levantam é o de determinar *quando há trespasse*. Por seu turno, este problema implica, obviamente, como questão prévia, o de averiguar se no caso existe estabelecimento. Questão esta cuja resolução frequentemente se apresenta difícil, por aqui se justificando que se lhe faça uma referência expressa.

Só que a casuística pertinente é de tal modo rica e variada que se torna impossível, pelo menos no quadro de uma exposição limitada como a presente, formular a este propósito um critério geral. Pouco mais poderemos fazer aqui do que remeter para a noção de estabelecimento já enunciada. É à sua luz que os eventuais problemas de qualificação do objecto do negócio — e do próprio negócio, ao fim e ao cabo — terão de resolver-se.

A mais disso, dir-se-á apenas o seguinte: se a organização comercial ou fabril já existe como tal, devidamente montada e apetrechada, mas não entrou ainda em funcionamento, à sua transmissão definitiva é aplicável, a despeito disso, o regime do *trespasse*. Designadamente, a transferência da posição de arrendatário do alienante para o adquirente não carecerá, nos termos do art. 1118.º, n.º 1, do Cód. Civil, de autorização do senhorio do prédio. É que neste caso o que

determina as partes a contratar não é o uso do imóvel considerado em si, mas a *exploração da unidade económica* a que ele se encontra adstrito e que representa já, em si própria, um valor, pelas perspectivas de conquista de uma posição de mercado que lhe estão inerentes. Existe aqui um *valor de organização* já criado, conquanto ainda não existam, a não ser em potência (*in spe*), valores de clientela.

E não será que a própria conformação e adequação objectiva do local constitua lastro bastante do estabelecimento a que o contrato se refere? Eis uma pergunta que apresenta manifesto interesse, principalmente em matéria de *locação* (1). Pense-se no caso do edifício especialmente construído para a realização de espectáculos teatrais e cinematográficos, ou destinado ao estacionamento e guarda de veículos automóveis, a parque ou pavilhão desportivo, etc. Parece haver que distinguir entre a hipótese do prédio que apenas traz em si a marca do seu destino, e a daquele que, ademais disso, já se encontra provido dos meios materiais indispensáveis à sua utilização como empresa: na primeira hipótese, é sempre um prédio e apenas um prédio que se negocia; na segunda, já se tratará de uma locação (se for esse o caso) de estabelecimento, não sujeita ao regime da renovação obrigatória. O problema é de molde a suscitar dúvidas nos casos concretos.

b) Em que circunstâncias deverá considerar-se incluída no âmbito do contrato a atribuição ao adquirente do estabelecimento *do uso e fruição do imóvel* em que aquele se encontra instalado? E na hipótese de tal atribuição dever considerar-se querida, qual a natureza do direito conferido ao adquirente?

É ponto assente que o trespasse não abrange por lógica necessidade o prédio. Sem falar dos negócios cujo exercício não pressupõe a disponibilidade de um imóvel (caso exemplar: o do comércio ambulante), grande é o número de empresas que não têm com o prédio qualquer tipo de conexão indefectível — que não são estabelecimentos «absolutamente vinculados» (na nomenclatura de Orlando de Carvalho), por não se ligarem «incindivelmente a certo bem» (ao contrário do que se passa com as estâncias termas, bufetes de cinema, restaurantes de aeródromos, etc.). Outros são-no apenas *relativamente*,

(1) E também de usufruto. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Alguns aspectos da negociação de estabelecimento*, RLJ, ano 115.º, n.º 3703, p. 298.

porque dependem, relativamente, de certa localização ou ubicação (cafés de bairro, hotéis panorâmicos) (1). Outros ainda não têm qualquer nexó essencial, ou sequer importante, com o prédio que ocupam, embora careçam de um local apropriado para funcionar.

Posto isto, logo se deixa ver que o problema acima referido — saber se a negociação do estabelecimento envolve a atribuição de um qualquer direito relativo ao uso do prédio — só pode resolver-se em sede e por via de interpretação do respectivo negócio jurídico, tendo naturalmente em conta as circunstâncias próprias de cada caso. Exceptuada a hipótese dos estabelecimentos «absolutamente vinculados», é certo e seguro que as partes podem sempre excluir o uso do prédio, por modo expresso ou tácito, do objecto da negociação (o prédio não pertence àquilo a que na doutrina se vem chamando o âmbito *mínimo* ou *necesário* do estabelecimento e, portanto, da transacção que o tenha por objecto). Se o não fazem, nem tão pouco referem o ponto, põe-se a questão de saber se a cedência do uso do imóvel não deverá considerar-se incluída naquele objecto, ou seja por atenção à vontade hipotética dos contraentes, ou porque deva entender-se, de acordo com as regras da experiência, que constitui uma espécie de *naturale negotii*, um seu efeito habitual (2).

Nos casos em que a esta pergunta deva responder-se afirmativamente, nova questão surge: a da natureza do direito ao imóvel a reconhecer ao adquirente. De resto, idêntica questão surge quando as partes, tendo embora querido a inclusão do uso do imóvel no objecto do contrato, todavia não definiram a natureza do direito atribuído — e outrossim nas hipóteses de empresas absolutamente vinculadas.

Três tipos de resposta são possíveis: *a*) o direito atribuído ao adquirente é a propriedade do imóvel; *b*) trata-se antes do mero usufruto; *c*) o direito em causa não tem natureza real, sendo ou um direito de arrendamento, ou o direito à celebração de um contrato de arrendamento, ou ainda o correspondente à posição de comodatário.

Também aqui se não torna possível elaborar e propor um critério de aplicação geral. Tudo vai depender, na falta de manifestação

(1) Vide A. cit., *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, p. 300.

(2) Cfr. R. de ALARCÃO, *Sobre a transferência da posição do arrendatário no caso de trespassse*, separata do vol. XLVII, 1971, do BFDC, n.º 7.

da vontade das partes (se manifestação houve, não há senão atender aos seus termos), das circunstâncias de cada situação concreta — ou, se se preferir, da «justiça» do caso.

Das soluções que avançámos, uma só nos parece susceptível de provocar certa dificuldade. Referimo-nos àquela que consiste no reconhecimento ao adquirente do direito à constituição de uma relação locatícia.

Consideremos o caso julgado em definitivo pelo Supremo em 19 de Abril de 1979 e que o Prof. Orlando de Carvalho analisa profundamente no já referido estudo da Rev. de Legislação e de Jurisprudência. Alguém lega a uma sobrinha determinado prédio urbano e à mulher o «seu estabelecimento comercial» (uma sapataria) «instalado no rés-do-chão» desse prédio. O Supremo entendeu, repondo em vigor o que a 1.^a instância decidira, que o testador quisera conceder à mulher um direito de usufruto sobre aquela parte do imóvel.

Baseando-se em razões que nos parecem válidas mas que não vamos expor aqui, o Doutor Orlando de Carvalho chega à conclusão de que a solução mais consentânea com a vontade do testador e também a mais justa, como modo de compor os interesses em conflito (o da legatária do prédio e o da legatária do estabelecimento), seria a de reconhecer a esta última o direito de celebrar com a primeira um arrendamento do referido rés-do-chão, por força e em execução de um encargo modal imposto implicitamente pelo testamento à legatária do prédio. Na falta de acordo das partes, deveria caber ao juiz a fixação do montante da renda.

Não vemos que no plano dos princípios jurídicos possa objectar-se a esta doutrina o que quer que seja. Ela é susceptível de valer também, com as necessárias adaptações, no caso de trespasse. Certo que aí não poderá falar-se de cláusula modal, mas nada impede o considerar-se implícita no negócio de trespasse uma *promessa de arrendamento*, promessa de que o trespasário poderá exigir a execução específica.

Pelo que respeita ao quantitativo da renda, o problema é de molde a levantar dificuldades se as partes não chegarem a acordo. Todavia, há na lei vigente lugares paralelos a que pode recorrer-se na referida hipótese: vejam-se o art. 1793.º do Cód. Civ. (atribuição a um dos cônjuges, em caso de divórcio, da casa de morada da família) e os arts. 3.º e 9.º do Dec.-Lei n.º 328/81, de 4 de Dezembro (obriga-

ção de celebrar novo arrendamento, segundo o regime de renda condicionada, com os conviventes e subarrendatários do arrendatário, na hipótese de falecimento deste).

c) Outro importante tema a dilucidar é o da *obrigação de não-concorrência*, a que deve considerar-se sujeito, em certos termos, o trespassante, independentemente de estipulação.

A este respeito, alguma coisa dissemos já na última versão das nossas lições de direito comercial (1).

«(...) Segundo entendimento actualmente pacífico na doutrina e jurisprudência estrangeiras, o alienante de determinado estabelecimento, nomeadamente no caso de venda, fica obrigado a não exercer uma actividade análoga que, pela sua localização, lhe permita manter ou reconquistar a clientela do estabelecimento cedido.»

«Não significa isto que ao alienante seja vedado estabelecer-se de novo. Daquela obrigação negativa resulta apenas que ele não poderá fazê-lo em condições que lhe permitam atrair, desviar em seu favor, a clientela do anterior estabelecimento — clientela que foi tomada em linha de conta na fixação do preço (do trespassse) e que, dadas as suas relações de facto com o primitivo empresário, este poderia facilmente recuperar, frustrando assim as legítimas expectativas do comprador.»

Certamente que a uma tal obrigação de não-concorrência não podem deixar de ser fixados limites tanto espaciais como temporais; é este um ponto bem assente na doutrina estrangeira. É evidente que os primeiros — os espaciais — só caso a caso poderão estabelecer-se, servindo sempre de referente a ideia de que a finalidade em vista é evitar que o vendedor, havendo transmitido onerosamente a propriedade da sua empresa, possa criar condições objectivas que lhe permitam voltar ao disfrute daquilo que cedeu e que foi essencialmente um pólo de atracção ou fixação de uma clientela. Quanto aos limites

(1) Págs. 234 e seg. Vejam-se também, entre outros, os seguintes autores: FERRARA JUNIOR, *op. cit.*, n.º 183; RIPERT-ROBLOT, *ob. e vol. cit.*, n.º 616; GIERKE-SANDROCK, *Handels-und Wirtschaftsrecht, ob. e vol. cit.*, pág. 215; VAN RYN-HEENEN, *op. cit.*, t. I, n.º 448; GARRIGUES, *Curso cit.*, II, pág. 87; BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do estabelecimento comercial, cit.*, pág. 289 e seg.; ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura, cit.*, pág. 565 e seg.

temporais, é de desejar que o legislador intervenha, definindo o período dentro do qual o alienante está sujeito à dita obrigação de não-concorrência. Na Itália, esse período está fixado em cinco anos (Cód. Civ., art. 2557.^o), tempo considerado bastante para que o adquirente, através da sua gestão, possa preservar a imagem projectada pela empresa no público.

Quando à fundamentação *jure condito* da aludida obrigação negativa, pensamos poder ela deduzir-se, relativamente à alienação onerosa, do princípio geral de direito civil que impõe ao vendedor o dever de entregar ao comprador a coisa vendida. É que neste caso a coisa é uma organização comercial ou industrial, um todo de elementos de vária natureza, a que correspondem valores de acreditamento público e de clientela. É isso que se transmite, é o gozo e fruição dessa coisa singular que o alienante se obriga a proporcionar, a título definitivo, ao adquirente. Tal o apoio que no quadro do direito português vigente pode colher-se para a doutrina que surge, a todas as luzes, como a mais razoável.

Mas muito melhor será que o legislador intervenha, definindo de modo rigoroso a situação, ou seja, precisando o conteúdo dos deveres que dela resultam para o alienante. A fórmula do Código italiano afigura-se-nos adequada: quem aliena o estabelecimento deve abster-se, durante um período de cinco anos, de criar uma nova empresa que, em razão do objecto, da situação ou de outras circunstâncias, seja idónea para desviar a clientela do estabelecimento cedido. Esta obrigação de *non facere* vincula também, em caso de constituição de usufruto ou de locação, o proprietário ou o locador — mas agora por toda a duração daquele ou desta (1).

(1) A sanção para a violação da falada obrigação de não-concorrência deverá consistir, não só no dever de prestar a indemnização pecuniária correspondente ao valor do dano causado, mas também no de encerrar o novo estabelecimento, se o exigir o adquirente do antigo. A possibilidade desta última sanção deriva de um princípio de que no Cód. Civ. se encontra um claro afloramento. Efectivamente, o art. 829.^o, com vista à hipótese de a obrigação consistir na não construção de uma obra, autoriza o credor a exigir «que a obra, se obra feita houver, seja demolida à custa do que se obrigou a não a fazer». O princípio geral induzido desta regra só pode ser aquele segundo o qual quem está obrigado a não praticar certo facto,

d) A exacta compreensão do ser do estabelecimento mercantil justificaria só por si aquela solução que em matéria de trespasse o Cód. Civil vigente consagra no seu art. 1118.º, n.º 1: em caso de trespasse, é permitida a transferência da posição do arrendatário independentemente de autorização do senhorio.

O desígnio que está na base de tal solução não é outro senão o de facilitar a circulação do estabelecimento, ou seja, senão o de possibilitar ao empresário a realização, mediante cedência onerosa, do valor *pleno* da sua unidade empresarial. Já sabemos, com efeito, que o uso do prédio é muitas vezes um elemento essencial, ou pelo menos extremamente importante, da organização — de tal sorte que aquele interesse do comerciante não poderia obter satisfação se a cessão do direito ao arrendamento dependesse de autorização do dono do prédio e este a negasse (ou só a concedesse em condições demasiado onerosas). Aliás, com o referido interesse do titular concorre, como é intuitivo, o interesse geral na conservação das empresas (1).

No entanto, a redacção do citado art. 1118.º é passível de uma crítica de modo algum despidianda (2). Declara efectivamente o n.º 2 do artigo, para efeitos do disposto no n.º 1, que não há trespasse: a) 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; b) quando a transmissão não seja acom-

e o pratica, poderá ser condenado a repor as coisas no estado em que se encontravam antes da infracção.

Este entendimento da lei permitirá evitar os inconvenientes que resultariam da aplicação, em matéria de trespasse de estabelecimento, da regra do n.º 2 do referido art. 829.º É que, na verdade, da aplicação literal do preceito ao nosso caso adviria esta coisa singular: quanto *maior fosse a dimensão do estabelecimento do lesante*, e, portanto, *mais certo o dano do lesado*, tanto *maior* seria a *probabilidade* de não ser ordenado o encerramento da nova empresa, a pretexto de o prejuízo daí resultante para o devedor ser «consideravelmente superior ao prejuízo sofrido pelo credor»!

A regra «moderadora» do n.º 2 do art. 829.º não foi manifestamente pensada para hipóteses do tipo daquelas que estamos a considerar. *Sic*, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura*, pág. 565, nota 231.

(1) Não há, pois, razão para pôr em dúvida a aplicabilidade do preceito do art.º 1118.º, n.º 1, à transmissão a título gratuito da propriedade do estabelecimento.

(2) Cfr. os nossos *Estudos Jurídicos* II, pág. 264, nota 2.

panhada da transferência, em conjunto, das instalações, mercadorias, utensílios, etc.

Muito bem se entende este requisito da al. *b*). Na verdade, é condição essencial para haver trespasse — e, logo, para haver lugar à aplicação da norma do n.º 1 do artigo — que o objecto do negócio seja o estabelecimento. Se os contraentes, dando embora ao contrato o nome de trespasse, não tiveram em vista nem efectivamente negociaram senão a transferência da fruição do prédio, é evidente que só pode tratar-se, no caso, de transmissão do direito ao arrendamento.

Mas outro tanto se não diga do requisito da al. *a*). Se tomarmos rigorosamente à letra este preceito, teremos de concluir que, sempre que o adquirente decida reconverter a sua indústria, mudar o escopo da empresa, o contrato deixará de ser havido como trespasse, sendo-lhe aplicável o direito comum relativo à transferência da posição de arrendatário.

Ora tal entendimento seria absurdo. Se o que as partes séria e verdadeiramente quiseram foi a transmissão definitiva do estabelecimento, não é possível que a lei venha atribuir *a posteriori* ao acordo de vontades um significado e alcance diferentes. Seria incompreensível que o comportamento ulterior do adquirente viesse reagir sobre a natureza do negócio jurídico, deduzida do verdadeiro objecto da transacção. Tudo quanto pode admitir-se é que tal comportamento dê base à presunção de que as partes não quiseram realmente negociar sobre o estabelecimento, mas sobre outra coisa (o direito ao arrendamento do prédio), havendo, pois, no caso, uma *simulação*.

Simplesmente, este entendimento da lei obriga a que se conceda a quem nisso tiver interesse (já que a aludida presunção só pode ser uma presunção relativa) a faculdade de provar, por quaisquer meios, que a inferência se não justifica no caso concreto. E se houve realmente trespasse conforme o intento dos contratantes, certo que a transmissão do direito ao arrendamento se operou validamente, certo que o trespasário se tornou ele próprio arrendatário — e o que posteriormente venha a fazer só a ele diz respeito. Se porventura esse seu comportamento infringir o estipulado no contrato de arrendamento sobre o destino do prédio (e nem sempre a mudança do ramo de negócio constituirá violação dos termos do contrato), é claro que ao senhorio assistirá o direito de resolver o arrendamento, segundo o disposto no art. 1093.º, al. *b*). Simplesmente, é perante o trespasário, não

perante o arrendatário primitivo, que esse direito deve ser exercido; e o mesmo se diga do direito à indemnização de perdas e danos, se a ela houver lugar.

Pelo exposto, deve entender-se que a transmissão do estabelecimento constitui a *única condição* de aplicabilidade da regra do n.º 1 do art. 1118.º Assim o escrevemos em 1969, tendo a nossa opinião recolhido entretanto os valiosos sufrágios dos professores Rui de Alarcão (1) e Orlando de Carvalho (2).

Ainda a propósito da transferência da posição do arrendatário nos casos de trespasse, convém que nos detenhamos um momento a reflectir sobre os efeitos da falta de notificação daquela transferência ao dono do prédio nos quinze seguintes à conclusão do contrato, notificação essa imposta pela regra da al. g) do art. 1038 do Cód. Civ. (o locatário é obrigado a «comunicar ao locador, dentro de quinze dias, a cedência do gozo da coisa, por algum dos referidos títulos» — isto é, os indicados na alínea anterior —, «quando permitida ou autorizada»). Visto o preceituado na al. f) do art. 1093.º, n.º 1, apura-se que a omissão do referido dever de notificar é sancionada com a atribuição ao senhorio do direito de resolver o contrato. Efectivamente, um dos casos em que este direito existe é aquele em que o arrendatário cede a sua posição contratual em termos que não conferem eficácia ao acto em relação ao locador. Ora, a consequência *imediate* da apontada omissão consiste indubitavelmente na ineficácia do acto em face do senhorio: dúvidas só poderia suscitá-las a consequência *mediata* da atribuição do falado direito de resolução.

Considerando as coisas no plano da razoabilidade, entendemos que tal atribuição constitui sanção manifestamente excessiva. É aceite sem discrepâncias que o fundamento da exigência da notificação reside no interesse do senhorio de poder verificar se no caso concreto se realizaram os pressupostos do trespasse — isto é, se o negócio concluído versou sobre o estabelecimento como unidade —, para saber se lhe será ou não lícito reagir contra a cessão do direito ao arrendamento. Diga-se incidentalmente que, tal sendo a *ratio legis*, também a transmis-

(1) *Sobre a transferência da posição do arrendatário*, cit., nota 12.

(2) Em anotação ao Acórdão do STJ, de 24-6-1975, na RLJ, 110.º, n.º 3592.

são a título gratuito do estabelecimento cai sob a alçada da norma que prescreve a comunicação do acto ao senhorio.

Ora, sendo assim as coisas, mal se entende que ao caso em análise se aplique regime diferente do que é em geral aplicável nas hipóteses deste mesmo tipo, ou seja, quando a lei manda notificar alguém da prática de um acto ou facto jurídico: esse regime é o da ineficácia do acto ou facto relativamente ao titular do interesse protegido, *enquanto* a notificação não for levada a cabo. Cremos que não havia aqui razão para ir mais além. Julgando-se oportuno marcar prazo para a comunicação, ele não seria mais do que um simples prazo de urgência. Enquanto a notificação não tivesse lugar, o senhorio estaria no direito de ignorar a cessão realizada, com todas as consequências inerentes.

Só que a defesa desta solução, face aos textos legais vigentes, se nos afigura empresa assaz difícil e arriscada (doutro parecer é o prof. Orlando de Carvalho; a posição do prof. Alarcão é de dúvida). Por isso não criticaremos a orientação que em tal matéria têm vindo a seguir os nossos tribunais superiores⁽¹⁾.

e) Uma das ideias-força da teoria do estabelecimento mercantil — e também desta exposição — é a da unidade jurídica do estabelecimento. Unidade que decorre da necessidade de prover a empresa de tutela jurídica adequada, quer em face de comportamentos de terceiros ofensivos dos interesses da organização, quer pelo que toca à sua circulação como bem.

Mas no mundo do Direito, como na vida, nada há de absoluto: tudo está marcado pelo signo da relatividade. Aos conceitos jurídicos elaborados a partir das soluções legalmente consagradas importa, como atitude metodológica basilar, não atribuir valor incondicional, pois quase sempre o que é certo e válido sob determinada perspectiva ou para determinados efeitos de direito carece de correcção ou ajustamento quando se têm em vista realidades jurídicas diferentes.

Assim acontece com o conceito de estabelecimento. Sem dúvida que o estabelecimento assume perante o Direito determinado estatuto, que é fundamentalmente marcado por aquela ideia de unidade e de incorporalidade *sui generis* a que por várias vezes nos referimos.

(1) *Vide*, por exemplo, o Acórdão da Relação de Coimbra, de 3 de Janeiro de 1975.

Na lógica desta concepção estaria que os elementos componentes do património da empresa, diluídos no conjunto, perdessem a sua autonomia. E com efeito assim é, mas só até certo ponto.

Há, na verdade, interesses de escalão não inferior aos que conformam o pensamento da tutela da empresa, que nos levam às vezes por diferente caminho. É o caso, por exemplo, dos interesses que subjazem ao instituto do registo predial. Se a transmissão do estabelecimento envolver a cedência ou constituição de direitos sobre imóveis ou outras coisas sujeitas a registo, o acto, no respeitante a tais coisas, será por certo inoponível a terceiros enquanto se não der cumprimento às regras do registo. De maneira semelhante, se aquela transmissão incluir letras ou outros títulos endossáveis, é seguro que apenas o endosso colocará o trespassário na posição jurídica que é própria do possuidor *mediato* do título.

Atentemos agora no problema da *transmissão das dívidas* contraídas e dos *contratos* celebrados no exercício da empresa. Porventura aquelas seguem necessariamente, ou pelo menos, automaticamente, o estabelecimento, por modos que doravante o adquirente seja por elas responsável? E, em caso afirmativo, esta responsabilidade do adquirente eliminará a do alienanté?

São várias as respostas que se encontram para esta pergunta na jurisprudência e nas leis dos diferentes Estados. Aliás, o problema reveste-se ainda de maior gravidade e dificuldade pelo que concerne às dívidas contraídas pelo locatário do estabelecimento na respectiva exploração, dívidas que os credores têm manifesto interesse em ver garantidas pelo locador. Quanto à primeira hipótese — *trespasse* —, como observa Orlando de Carvalho⁽¹⁾, «saindo o estabelecimento do património do alienante e sendo este quem assumiu as obrigações, se as mesmas não passam para o adquirente (e se é impossível a acção pauliana), a garantia dos credores vê-se muito diminuída». «Daí uma poderosa pressão no sentido de responsabilizar o adquirente, ou também o adquirente», por tais dívidas.

É digna da maior atenção a norma que sobre este assunto se nos depara no Código italiano (art. 2560.^o): o adquirente do estabele-

(1) *Critério e estrutura*, pág. 542.

cimento responde pelos débitos derivados da respectiva exploração e anteriores à transferência, sem que todavia o alienante fique liberado (a menos que na liberação tenham consentido os credores).

Não duvidamos de que por este caminho ou semelhante haja de enveredar o legislador-reformador português. Por agora, é forçoso que nos atenhamos ao regime que o Código Civil estabelece para a novação subjectiva por substituição do devedor (art. 858.º) e para a assunção de dívida (arts. 595.º e 596.º). E se bem que a disciplina deste último instituto possa proporcionar soluções próximas das acolhidas na legislação transalpina (próximas, mas em todo o caso diferentes), é inegável que mesmo assim se impõe uma nova reflexão sobre o assunto, à luz dos interesses específicos que se jogam na transmissão de estabelecimento, com especial destaque para os dos credores.

Considerações análogas são cabidas pelo que tange ao *destino dos contratos* concluídos no exercício da empresa pelo anterior titular. É ou não de admitir a sucessão do adquirente na posição decorrente desses negócios, independentemente de estipulação das partes em tal sentido? Sendo ela de admitir, não deverão em todo o caso excluir-se os contratos concluídos *intuitu personae*? Supondo que sim, que direito deverá reconhecer-se aos terceiros contraentes nas restantes hipóteses? O de recesso, como no Código italiano (art. 2558.º)?

Mal se faz mister salientar que o regime instituído pelo art. 424.º do nosso Código, que torna a eficácia da cessão da posição contratual em relação à contraparte inteiramente dependente da vontade desta, está longe de possibilitar uma solução que ao nosso caso convenha (1).

Eis alguns dos mais relevantes aspectos — alguns entre muitos — que a temática do estabelecimento oferece à reflexão dos juristas, sobretudo em vésperas de uma reforma da legislação comercial. Reforma para a qual a presente exposição, apesar de necessariamente limitada quanto ao leque de assuntos focados, poderá ainda assim fornecer, talvez, algum contributo.

(1) Quanto à transmissão para o adquirente do estabelecimento da posição resultante dos contratos de trabalho, o art.º 37.º do DL n.º 49 408, de 24-11-1969, provê em termos que podem considerar-se satisfatórios.