

TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

— REFLEXOS SOBRE CRÉDITOS E DÉBITOS

Pelo Dr. João Fernando Varela Pinto

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. DELIMITAÇÃO DO PRESENTE TRABALHO
3. INDICAÇÃO DE SEQUÊNCIA
4. O PROBLEMA DA CONCEPÇÃO ECONÓMICA E JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL
5. ÂMBITO DE NEGOCIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO
6. A TRANSMISSÃO DOS CRÉDITOS E DÉBITOS DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL
 - a) CRÉDITOS
 - b) DÉBITOS

1. Introdução.

O tema que nos propomos abordar resulta de um conjunto de interrogações que, de há uns tempos a esta parte, têm vindo a avolumar-se no nosso espírito, tanto mais intensamente quanto verificamos não existir no nosso ordenamento jurídico-comercial (quer a nível de codificação, quer a nível de legisla-

ção dispersa) qualquer resposta às relevantes implicações de ordem prática no que concerne à disciplina dos créditos e débitos do estabelecimento comercial no caso de alienação deste, implicações essas decorrentes e condicionadas pela posição que no plano doutrinal se adopte quanto à concepção do *estabelecimento comercial*.

Aliás, devido à complexidade que encerra e à multiplicidade de questões com que se pode prender, o tema mereceria ser objecto de aprofundada investigação, o que constituiria ensejo para uma reflexão de longos anos ...

O presente trabalho será, assim, muito mais o produto de alguma meditação pessoal, necessariamente perfunctória — quer pelo reduzido número de obras consultadas, quer pela exiguidade de estudos sobre a matéria com interesse directo para o tema, que não são abundantes pelo menos em Portugal — do que o resultado de uma ampla investigação que o tema exigiria. E, acima de tudo, mais do que a veleidade de resolver um problema tão complexo como este, pretende-se, sim, levantá-lo e alertar as consciências para a sua existência.

2. Delimitação do presente trabalho.

Iremos apenas ocupar-nos da hipótese de transmissão do estabelecimento comercial por acto *inter-vivos* e não *mortis-causa*; já que os problemas suscitados por esta última, particularmente no que respeita ao regime das dívidas da empresa e sua articulação com o património autónomo constituído pela herança, a definição e extensão da responsabilidade — a atribuir e em que termos — aos bens da herança que eventualmente devam responder por dívidas contraídas no exercício da actividade comercial, tratando-se v.g. de um estabelecimento em nome individual (caso se mostrem insuficientes para solver estes débitos os bens que integrem o património do estabelecimento comercial), ou a possibilidade ou não de bens pertencentes à empresa, por sua vez integrada na herança, poderem vir a responder por dívidas desta (embora nada tendo a ver com o exercício do comércio, mas apenas com o facto de integrarem o patri-

mónio da herança)— são tudo questões de enorme complexidade e que mereceriam aturado estudo, pouco consentâneo com um trabalho desta índole.

De salientar, que o tema a abordar coloca-se-nos em sede geral, quer o estabelecimento pertença a uma pessoa singular (estabelecimento em nome individual), quer se apresente sob a forma de sociedade comercial, sendo de notar que, em face do direito constituído, na hipótese de se tratar de um comerciante em nome individual, respondem pelas dívidas contraídas no exercício do comércio, os bens comuns do casal e ainda os bens próprios dos cônjuges, no caso de falta ou insuficiência daqueles (art. 15.º do Código Comercial e arts. 1691.º, n.º 1, al. *d*) e 1695.º, do Código Civil) (1). Tratando-se de socie-

(1) Se o comerciante singular não for casado ou se o for em regime de separação de bens, pelas dívidas contraídas no exercício do seu comércio respondem indistintamente todos os seus bens, incluindo os que constituem o seu estabelecimento, ou seja: «(...) pelas dívidas de um comerciante respondem todos os seus bens sem qualquer distinção ou gradação» — cfr. PIRES DE LIMA, *Direitos Reais*, Coimbra, 1941, pág. 29.

No mesmo sentido se pronuncia BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1951, pág. 74, ao afirmar que «pelo passivo estabelecimento responde não apenas o activo do estabelecimento, mas todo o património do comerciante, assim como, por aplicação do princípio jurídico consignado no artigo 821.º do Código de Processo Civil de que, em regra, está sujeito à execução todo o património do devedor, o estabelecimento responde, não apenas pelas dívidas comerciais do comerciante em nome individual, mas por todo o seu passivo». E mais adiante: «o comerciante em nome individual responde ilimitadamente, por todos os seus bens, pelos débitos que contraiu, quer no exercício do comércio, quer fora dele».

Da mesma opinião é FERNANDO OLAVO, *Lições de Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, 1970, pág. 272, ao referir que «o estabelecimento como elemento do património do seu titular (...) responde também pelo passivo não mercantil deste e, inversamente, o passivo do estabelecimento não onera só o seu activo, mas todo o mais activo do comerciante (Código Civil, art. 601.º, Código de Processo Civil, art. 821.º).»

Salienta, todavia, FERRER CORREIA, *Sobre a Projectada Reforma da Legislação Comercial Portuguesa*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 44, Lisboa, 1984, págs. 13-15, a tendência doutrinal cada vez mais favorável à admissão da limitação da responsabilidade do comer-

dade em nome colectivo, cada sócio responderá pessoal, solidária e ilimitadamente perante os credores sociais (arts. 153.º, § 1.º do Código Comercial e arts. 1291.º, e 1296.º do Código de Processo Civil (2), o mesmo se verificando com os sócios de responsabilidade ilimitada das sociedades em comandita (arts. 105.º, § 3.º e 201.º do Código Comercial); no que diz respeito aos sócios comanditários, a sua responsabilidade é «restrita ao valor dos fundos por que se obrigaram» (art. 204.º do Código Comercial), tal como acontece com os sócios de sociedades anónimas (art. 105.º, n.º 2.º do Código Comercial) e de sociedades por quotas, embora nestas últimas cada um dos associados seja responsável pela integração do capital social (arts. 15.º, e 16.º da Lei das Sociedades por Quotas).

3. Indicação de sequência.

Para uma abordagem coerente desta questão, será necessário colocar o problema da ontologia do estabelecimento comercial. Trata-se, no fundo, de saber em que se traduz esta realidade para o direito: qual a sua essência para o mundo jurídico? Que forma reveste a expressão do seu ser? Um bem? Como

ciante em nome individual, evitando assim que a ruína da empresa «arraste consigo a do próprio empresário (individual) e virtualmente a de sua família» (...)

(2) Sendo algum sócio casado (em regime que não o de separação de bens), pode colocar-se a questão de saber se a responsabilidade por dívidas sociais se comunica ao cônjuge não sócio, de forma a responsabilizar os bens comuns do casal ou os seus bens próprios: neste particular não encontramos qualquer resposta na nossa lei, devendo salientar-se, no entanto, a posição tomada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Novembro de 1969, B.M.J., n.º 191, pág. 300, onde, a par da defesa da não aquisição da qualidade de sócio pelo cônjuge (casado segundo o regime da comunhão de bens) de um sócio de uma sociedade em nome colectivo, e coerentemente com esta posição, se exclui que possam ser imputadas aos cônjuges de sócios as responsabilidades que dessa qualidade dimanam, designadamente em matéria de declaração de falência, a que se ligam, como é óbvio, situações de não pagamento de dívidas.

deve ser encarado? Em síntese, o velho problema da concepção do estabelecimento comercial. Do tipo de respostas a dar a estas questões depende a própria análise das vicissitudes que um estabelecimento pode sofrer, os motivos que no plano dos fins e interesses conferem à sua existência um sentido e uma disciplina, como objecto de negociação, v. g., alienação e oneração. Isto porque entendemos que no ordenamento jurídico — enquanto realidade fenomenológica por nós «palpável» e apreensível — deve buscar-se o «nómeno», a essência das realidades que lhe subjazem e ainda o seu «modo-de-ser» (CASTANHEIRA NEVES) enquanto direito «positum».

E, não obstante ter o direito muito a ver com concepções dogmático-doutriniais de índole teórica, não pode nem deve esquecer-se que ele existe para conformar a realidade da vida social e económica, nela enraizando, ao mesmo tempo que deve descer do «céu dos conceitos» (3), pois só deste modo se cumprirá como direito vigente, vivo, que se pretende permanente critério de actuação e sanção, desempenhando assim a função prática que lhe é essencial e jamais poderá perder de vista.

Importa ainda ter presente, para a própria intelegibilidade do problema, a sua localização no âmbito na teoria da negociação do estabelecimento, procurando-se sempre articular as tentativas de resposta que porventura se esbocem, com a concepção de índole doutrinária que se adopte sobre a realidade do estabelecimento comercial.

4. O Problema da concepção económica e jurídica do estabelecimento.

Como pressuposto metodológico e intelectual da exposição que se vai seguir, torna-se necessário, ainda que superfi-

(3) Sem descurar, todavia, que uma «jurisprudência sem conceitos é algo de tão mítico ou tão mitificante (...) como a chamada jurisprudência deles» — V. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967, pág. 355.

cialmente, considerar o problema do «ser» do estabelecimento e tentar caracterizá-lo enquanto realidade concreta e relevante que é para a vida económica e só depois figurar duas atitudes fundamentais que perante o mesmo se podem tomar do ponto de vista da sua concepção jurídica, com particular interesse no âmbito do presente trabalho, respectivamente as *teorias atomística e unitária* do estabelecimento comercial enquanto *universalidade*.

Como objecto de relações jurídicas o estabelecimento é um bem (neste particular parece não haver divergências); e é ainda uma coisa (4) (5), já que é apto a ter um «estatuto permanente de objecto de domínio», utilizando uma expressão de ORLANDO DE CARVALHO.

(4) Dentro dos *bens coisificáveis* incluir-se-ão as coisas corpóreas e incorpóreas, além dos direitos que podem ser objecto de outros direitos e, portanto, coisificáveis; por sua vez, já as pessoas físicas e as suas actividades ou energias constituem bens não coisificáveis, bem como as prestações ou situações económicas não autónomas (para maiores desenvolvimentos, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra, 1977, págs. 89 e segs. e especialmente notas 1 e 5.

(5) O estabelecimento comercial poderá também incluir-se na categoria das *coisas complexas* (já que os elementos que o compõem conservam a sua individualidade — ao contrário do que acontece com as coisas simples, uma vez que os elementos que as constituem perdem a sua individualidade); dentro das coisas complexas o estabelecimento comercial é uma *universalidade*, em virtude de os seus elementos não se encontrarem numa unidade material, embora entre si estejam unidos idealmente, ao contrário do que sucede com as coisas compostas — que, segundo PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, 1.º Vol., Lisboa, 1945, págs. 80-81, compar-tilham com as universalidades a categoria das coisas complexas — caracterizadas pela unidade física dos elementos, tal como acontece com um edifício ou um navio.

Também MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra, 1964, págs. 259-261, parece ser da mesma opinião, divergindo apenas de PINTO COELHO no que respeita às designações adoptadas, já que contrapõe às coisas simples as *coisas compostas* — e não as coisas complexas como faz este autor —, subdividindo-as em coisas compostas *ex cohaerentibus* e *ex distantibus*, conforme respectivamente estejam em conjunção ou aderência corporal entre as partes, ou se encontrem antes unificadas por um nexó teleológico, como sucede com o estabelecimento comercial.

Assim, para FERRER CORREIA (6), o estabelecimento comercial ou empresa (7) vem a ser o «complexo da organização comercial do comerciante», integrado por um conjunto de elementos de diversa natureza: *corpóreos* (imóveis e móveis — prédios, máquinas, mobiliário, mercadorias, matérias-primas, dinheiro, títulos de crédito) e *incorpóreos* (nome, insígnia, firma, marcas, patentes de invenção, modelos e desenhos industriais), *direitos* (direito ao local do exercício do comércio — quer se trate de propriedade ou de qualquer outro direito real de gozo, quer de um direito emergente de contrato de arrendamento —, direitos resultantes de contratos de trabalho), sem esquecer ainda as *relações de facto com valor económico* (relações com os fornecedores, com os financiadores, com os clientes), que contribuem para a particular aptidão ou capacidade lucrativa da empresa — aviamento — enquanto fonte potencial de proventos e vantagens para o empresário.

Mas esta caracterização ficaria incompleta sem a referência de um outro elemento sem o qual nos quedaríamos numa visão meramente estática do estabelecimento, quando afinal se trata duma realidade viva e dinâmica do mundo económico, se não em movimento, pelo menos apta para entrar em movimento — o *factor organização*: com efeito, sem a actividade e iniciativa empresarial, sem o trabalho de empregados e operários e sem uma articulação racional e eficaz de todos estes

(6) *Lições de Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, 1973, págs. 201-206.

(7) Em rigor, as duas expressões não serão uma e a mesma coisa, embora na doutrina comercialística sejam frequentemente tomadas como sinónimas: com efeito, enquanto o termo *estabelecimento comercial* assume um significado objectivo, como valor ou bem que existe no património do seu titular, organizado com vista à produção ou circulação de bens e à prestação de serviços, já a palavra *empresa* tem um cariz subjectivo, enquanto actividade profissional do empresário votado àquele escopo — cfr. FERRER CORREIA, *Sobre a Projectada Reforma da Legislação Comercial Portuguesa*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 44, Lisboa, 1984, pág. 21. Poder-se-á ainda acrescentar que talvez a expressão estabelecimento comercial se ligue a uma perspectiva estática do fenómeno, associando-se a palavra empresa a uma visão dinâmica da mesma realidade.

componentes não se poderá pensar numa empresa em funcionamento (8).

Não há, pois, dúvida, de que *economicamente* o estabelecimento nos surge como uma unidade, um organismo (9) em que os factores capital e trabalho aliados a uma força de coesão que estrutura e liga o complexo de elementos heterogéneos que compõem a empresa, lhe conferem uma determinada organização, uma função e uma destinação económica específicas, de tal modo que não será possível reduzir o estabelecimento comercial à simples pluralidade dos seus bens, já que o valor económico do todo é maior do que a soma dos seus vários elementos componentes (10). «A organização é em si um valor. NOVO» (FERRER CORREIA).

Mas pergunta-se: quais as consequências no plano jurídico desta realidade económica? Qual a ontologia jurídica do estabelecimento comercial?

De acordo com as características que acabámos de lhe assinalar — e em coerência com o pensamento lógico e siste-

(8) No mesmo sentido parece pronunciar-se ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, cit., pág. 196 em nota, ao definir o estabelecimento comercial ou industrial como uma «organização concreta de factores produtivos como valor de posição no mercado, organização, portanto, que, concreta como é, exige um complexo de elementos ou meios em que a mesma radica e que a tornam reconhecível».

E mais adiante: «Trata-se, se quisermos, de um bem imaterial encarnado, radicado num lastro material ou corpóreo, que o concretiza e, concretizando-o, o sensibiliza.» O que vem a traduzir-se, utilizando ainda uma expressão do mesmo autor, numa «*incorporalidade sui generis*».

De referir, todavia, que consistindo o estabelecimento numa organização, nem por isso se pode reduzir a um plano puramente organizatório, visto ser incidível de certos elementos externos, com os quais se encontra em articulação.

(9) Cfr. FERRER CORREIA, *Lições*, Vol. I, pág. 210.

(10) Da mesma forma entende FERNANDO OLAVO, ob. cit., págs. 269-270, ao referir: (...) «o conjunto de coisas que integram o estabelecimento encontra-se ao serviço da actividade mercantil que o comerciante exerce e constitui assim uma *unidade funcional* apta a produzir lucros. Daí resulta (...) que todos os elementos reunidos e organizados têm valor superior ao valor da soma de cada um dos elementos componentes».

mático a que toda a construção jurídica deve obedecer, sem esquecer a sua estreita ligação com uma específica teleologia, expressão dos interesses materiais a que visa dar resposta —, deve corresponder ao estabelecimento uma categoria juridicamente adequada ao descrito entre económico, a constituir a já apontada *unidade negocial ou funcional* (11).

Ora, de acordo com o que vimos de referir, será que nos podemos quedar numa concepção jurídica do estabelecimento comercial virada para uma *teoria atomística*? (12).

Parece que não. Na verdade, uma opção deste tipo equivaleria a negar a possibilidade de se constituírem direitos e relações autónomas sobre o todo considerado como uma universalidade, já que o objecto dessas relações viria sempre a incidir nos diferentes elementos singulares que compõem o estabelecimento, que ficaria reduzido à soma das suas várias partes. E, como vimos, não é esta a sua essência, longe que está de poder ser considerado o puro somatório dos seus elementos componentes.

Seria, de resto, difícil de conceber juridicamente o estabelecimento em total assintonia com a realidade material e económica que o mesmo representa, atomizando-se algo que por natureza funciona unitariamente. E nem se diga que essa seria a única forma de possibilitar juridicamente a não inclusão na transmissão do estabelecimento de um seu determinado elemento singular (por exemplo, a máquina «X» ou a mercadoria «Y»), pois nada parece impedir as partes de excluírem ou desafectarem da negociação global do estabelecimento este ou aquele elemento, se for essa a sua vontade. Unidade não implica indivisibilidade.

(11) Cfr. FERRER CORREIA, *ob. ult. cit.*, pág. 220 e seguintes; de acordo com esta orientação se pronuncia ainda FERNANDO OLAVO, *ob. cit.*, pág. 270, quando escreve: «esta realidade económica não podia ser ignorada pela lei, que, a fim de evitar a perda desse sobrevalor, arvora o estabelecimento em *unidade negocial*».

(12) Dentre os autores estrangeiros defensores desta teoria incluem-se v.g., SCIALOJA, BARASSI, RUGGIERO, MAGRI e ASCARELLI — cfr. FERNANDO OLAVO, *ob. cit.*, pág. 82 —, os quais contestam o carácter unitário do estabelecimento comercial.

Finalmente, a seguir-se a orientação atomística, nem seria de colocar o problema de saber se a alienação do estabelecimento comercial deve abranger ou não a transmissão dos créditos e débitos a este ligados, já que, nesta perspectiva, não sendo possíveis direitos e relações autónomas sobre o todo como uma universalidade, teria cada coisa ou relação jurídica coenvolvida pela exploração mercantil de ser objecto do respectivo negócio jurídico, tantos, afinal, quantos os elementos componentes do estabelecimento ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾. O que não deixa de estar de acordo com a ideia atomística, fragmentária, de rejeição da unidade jurídica do estabelecimento e consequente impossibilidade da sua transmissão global, um acto. É só perante a admissibilidade desta última, incindivelmente ligada à concepção unitária, se poderia levantar o problema da determinação do âmbito do estabelecimento mercantil, designadamente em matéria de créditos e débitos, que numa visão atomística terão de ser sempre negociados de forma separada.

Parece, pois, não poder deixar de se concluir que é como uma unidade que o estabelecimento comercial deve ser encarado pelo direito — *teoria unitária* ⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾. É este, aliás, o

(13) A este propósito, ver nota 21.

(14) Sem prejuízo de — numa visão atomística — a conexão económica entre as várias partes do todo poder relevar para o direito de forma a imprimir um conteúdo especial a certas relações versando sobre o complexo que é o estabelecimento comercial e a originar certos desvios na sua disciplina jurídica, chegando-se até a soluções muito próximas das propugnadas pelas teoria unitária das universalidades (v.g., no que respeita à possibilidade de uma acção universal de reivindicação, desde que o autor prove o seu domínio sobre a maior parte das unidades, presumindo-se então que tal domínio existe também quanto às restantes) — cfr. FERRER CORREIA, *ob. cit.*, págs. 221-2, e sobretudo MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, pág. 264, em especial nota 5 — propendemos para entender que não é esta a perspectiva mais consentânea com a natureza económica e material do estabelecimento, da qual o direito não se deve desfasar.

(15) *A teoria unitária ou da organização*, formulada por FERRARA SÉNIOR, encontra seguidores fundamentalmente em BARBERO, CASANOVA, FERRARA JÚNIOR e GARRIGUES — cfr. FERNANDO OLAVO, *ob. cit.*, págs. 82-83.

(16) Contrariamente ao que poderá parecer à primeira vista, a con-

sideração destas teorias pode não ser despicienda de interesse prático, se atentarmos num significativo exemplo de MÁRIO DE FIGUEIREDO, in *Natureza Jurídica do estabelecimento Comercial*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. VIII, págs. 62 e 63: assim, se a alguém for legado um estabelecimento comercial em nome individual, com créditos e débitos a quem pertencem uns e a quem compete a satisfação dos outros? A resolução desta questão depende da prévia determinação da natureza jurídica do estabelecimento comercial.

Assim, se se entender que este constitui uma «universalidade de facto, reconhecida pelo direito» (como parece ser a posição deste autor), os créditos e débitos, enquanto elementos dessa unidade funcional, pertencem ao legatário; pelo contrário, se se considerar o estabelecimento como «uma universalidade de facto que o direito não reconhece como tal, mas só nos elementos que a constituírem», a solução será a oposta, pois o princípio geral é o de quem responde pelas dívidas do autor da herança são os herdeiros e não os legatários.

Em sentido parcialmente diferente entende BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1951, pág. 99, já que, embora admitindo na hipótese do legado (e é esta a que está em causa neste momento) que o estabelecimento comercial possa constituir uma universalidade de direito (sustentando a mesma opinião relativamente a outras situações — cfr. ob. cit., págs. 91 e segs.), não vislumbra, todavia, razões para os herdeiros deixarem de responder pelos débitos do estabelecimento legado, privando assim os credores do direito de se fazerem pagar pelo património do devedor, constituído por todos os bens que integram a sua herança, sobretudo se se tiver em conta o princípio restritivo da transmissão singular das dívidas, que exige o assentimento do credor. Nestes termos, a vontade do testador ao fazer recair sobre o legatário os débitos da sua exploração mercantil não será de respeitar.

Por sua vez, defende ALBERTO DOS REIS, *Valor do Estabelecimento Comercial*, Rev. de Leg. e de Jurisp. n.º 82 págs. 329-330 — para a hipótese diferente (embora paralela) de o estabelecimento comercial vir a ser adjudicado a um dos co-herdeiros em inventário — que «os credores ficam tendo um devedor principal — o dono do estabelecimento; mas se não conseguirem fazer-se pagar pelos valores do estabelecimento, podem fazer-se pagar subsidiariamente, pelos bens adjudicados aos outros interessados», de harmonia com o artigo 1399.º, § 1.º do C.P.C. de 1939.

No mesmo sentido, para o direito vigente escreve JOÃO ANTÓNIO LOPES CARDOSO, in *Partilhas Judiciais*, Coimbra, 1980, vol. II, págs. 153-154, referindo-se ao estabelecimento comercial: «A adjudicação deste bem a algum dos herdeiros implica, pois, para ele, a obrigação de pagar o passivo respectivo (...). E acrescenta depois: «Daqui, porém, não é lícito inferir que só o herdeiro a quem foi adjudicado esteja constituído na obrigação de suportar o pagamento do passivo que o onerava ao tempo

da abertura da herança. Ele é, na verdade, o principal e primeiro responsável na medida em que o activo do estabelecimento suportará desde logo o encargo, mas os princípios fundamentais que disciplinam a responsabilidade dos bens hereditários pelas dívidas do inventariado impõem que, se os credores do estabelecimento não conseguirem pagar-se pelos valores deste, poderão, com base no artigo 2098.º, n.º 2 do Código Civil, fazer-se pagar subsidiariamente pelos bens da herança adjudicados aos outros herdeiros».

Diversamente do que sustenta MARIO DE FIGUEIREDO, quer-nos parecer que a posição defendida pelos dois últimos autores se harmoniza perfeitamente com a teoria unitária do estabelecimento mercantil, já que desta não decorre de forma necessária que o passivo do estabelecimento a este tenha de permanecer ligado e só a este, sempre que se verifique uma mudança de titular, admitindo apenas tal teoria, ou não excluindo, que isso possa suceder, embora não necessariamente.

Somos de parecer que a resolução do problema de averiguar se serão os herdeiros ou legatários os responsáveis pela satisfação dos débitos em caso de legado do estabelecimento comercial, dependerá mais da dicotomia *teoria atomística* — *teoria unitária* (e não da oposição *universalidade de facto* — *universalidade de direito*, conceitos estes de contornos indefinidos e de difícil caracterização), pois o que parece ser determinante é o facto de se considerar ou não o estabelecimento como uma unidade, sendo secundário o aspecto de averiguar se esta unidade, por sua vez, constituirá uma universalidade de facto ou uma universalidade de direito.

Ainda no que concerne à questão da responsabilização de herdeiros ou legatários pelas dívidas do estabelecimento comercial (uma vez assentes os pressupostos que condicionam ou determinam as possíveis soluções — clarificação que se impunha como necessária para possibilitar a sempre indispensável coerência das construções jurídicas), e seguindo-se a via proposta por MARIO DE FIGUEIREDO, de modo a fazer responder apenas o legatário, sempre depararíamos com as dificuldades decorrentes das restrições em matéria de transmissão singular de dívidas — que vigoram no direito civil (artigo 595.º do Cód. Civil de 1966), embora subsidiariamente aplicáveis ao direito mercantil por força do artigo 3.º do Cód. Comercial — a não ser que se entendesse deverem estas integrar o «âmbito natural» de transmissão do estabelecimento comercial, utilizando uma expressão de ORLANDO DE CARVALHO, problema este que abordaremos mais adiante. Não se considerando assim, sempre se poderia introduzir uma excepção às limitações existentes em matéria de cessão de débitos, dispensando o consentimento dos credores no caso em apreço. Se se temer pela desprotecção dos interesses destes — objecção que não é destituída de fundamento —, ainda se poderia optar, *de jure constituendo*, por fazer responder em primeira linha o legatário e subsidiariamente os

entendimento de FERRER CORREIA (17) quando refere que «reivindicar o estabelecimento é reivindicar essa unidade real que o estabelecimento representa, sem que a procedência da acção implique a prova do direito a cada bem, a cada coisa em concreto».

«A universalidade não compreende só as mercadorias, matérias-primas, máquinas, os instrumentos produtivos, mas abrange ainda bens imateriais (créditos, marcas, patentes de invenção, o nome comercial, etc.) e certas situações ou relações de facto com relevo económico (o crédito de que goza o estabelecimento, a clientela que possui) — enfim, o aviamento da empresa». No fundo, a ideia é a de que o valor económico do estabelecimento «não equivale apenas ao valor total dos elementos integrantes considerados atomisticamente — e antes a organização é em si um valor novo, pelas virtualidades lucrativas que encerra, pela reputação e clientela que pôde grangear, pela experiência acumulada, pelos processos de trabalho que utiliza. O estabelecimento não está nas próprias coisas, está na organização delas para o fim da produção: é uma unidade de fim». «E sendo esta a natureza do estabelecimento comercial como realidade económica, *porque não o plasmariam a lei em unidade jurídica?* Pois será esta a única forma de conferir adequada protecção aos interesses que estão centrados no estabelecimento». (18).

E uma das consequências desta concepção reside no facto de, em caso de inventário, ser o estabelecimento relacionado e descrito numa só verba representativa do seu valor líquido (o valor do activo depois de descontado o passivo) — que mais

bens que integram a herança, solução que viria afinal coincidir com aquela que é proposta por BARBOSA DE MAGALHÃES e também adoptada por ALBERTO DOS REIS e J. A. LOPES CARDOSO para a hipótese paralela de se tratar de uma adjudicação de estabelecimento comercial em inventário.

(17) Veja-se o artigo da Rev. de Leg. e de Jurisp. n.º 89, 1956-57, *Reivindicação do Estabelecimento Comercial como Unidade Jurídica*, págs. 261-268, republicado com alterações em *Estudos Jurídicos*, II, págs. 255-276.

(18) Sobre o interesse prático desta questão e para maiores desenvolvimentos, cfr. *Estudos Jurídicos*, cit., págs. 261-2 e ainda pág. 264.

não é do que aquele que resulta do último balanço (cfr. artigos 1378.º, n.º 4 e 607.º, n.º 9 do C.P.C. de 1939 e artigos 1338.º, n.º 1, al. a) e 603.º, al. i) do C.P.C. vigente) — o que implica que o estabelecimento se transfira para o respectivo adjudicatário com as dívidas inerentes, como refere o mesmo autor. E acrescenta: «A aderência das dívidas ao estabelecimento, nos termos decorrentes do artigo 607.º, n.º 9 do C.P.C., é o sinal certo — embora não seja indício necessário — da natureza unitária da empresa» (19).

É ainda a visão unitária da empresa que se reflecte no regime a que estão sujeitos, quer o trespasse, quer a cessão de exploração do estabelecimento comercial ou industrial, também designada por locação do estabelecimento (20) (cfr., res-

(19) No mesmo sentido se pronuncia ALBERTO DRS REIS. «*Valor de Estabelecimento Comercial ou Industrial*, Rev. de Leg. e de Jurisp. n.º 82, pág. 329, a defender que na avaliação do estabelecimento devem ser tomados em consideração todos os seus elementos constitutivos (activo e passivo) (...)». E salienta depois: «O estabelecimento entra na partilha tal qual como a lei o amnda considerar: como valor unitário».

«Não é lícito, pois, desintegrar do estabelecimento o seu passivo para o sujeitar ao regime das outras dívidas da herança. O passivo do estabelecimento não pode ser descrito em separado, porque a lei o manda computar na avaliação global da unidade económica de que faz parte».

Esta era já a orientação seguida à face do artigo 607.º do C.P.C. de 1939, consagrada ainda com mais nitidez pelo C.P.C. de 1967, se atentarmos na redacção do art. 603.º al. i).

(20) A este propósito, refere ANTUNES VARELA em anotação, na *Rev. de Leg. e de Jurisp.* n.º 100, pág. 270: «O que há, com efeito, de característico nos contratos de locação de estabelecimento não é a cedência da fruição do imóvel, nem a do gozo do mobiliário ou do recheio que nele se encontre, mas a *cedência temporária do estabelecimento como um todo, como uma universalidade, como uma unidade económica mais ou menos complexa*» (o sublinhado e nosso).

Aliás, são inúmeros os arestos que dão consagração prática a este ponto de vista: assim, e a título exemplificativo, cfr. Acórdão da Relação de Évora de 2-2-78 (Colectânea de Jurisprudência III, 1, pág. 210), Acórdão do S.T.J. de 14-6-78 (B.M.J. 278, pág. 178), Acórdãos da Relação de Évora de 4-1-79 e de 8-2-79 (Colectânea IV, 1, págs. 188 e 222, respectivamente) e ainda Acórdão da Relação de Coimbra de 14-7-81 (Colectânea VI, 4, pág. 21).

pectivamente, os arts. 1118.^o e 1085.^o do Cód. Civil): com efeito, qualquer destas duas figuras não é redutível a «tantos contratos distintos e autónomos quantos os singulares elementos componentes da universalidade», o que implica uma concepção do estabelecimento como «algo de marcadamente distinto da mera pluralidade das partes componentes».

No caso do *trespasse*, o direito ao arrendamento transmite-se, mantendo-se o mesmo; no caso de cessão da exploração, o negócio jurídico não poderá ser classificado de arrendamento, pois de contrário o locatário não poderia ser despedido no termo do contrato (21).

É ainda a mesma ordem de considerações que explica quer o regime do usufruto do estabelecimento, quer a tutela dispensada aos comerciantes contra os actos de concorrência desleal (22).

Salienta também o ilustre mestre que, «se falta ainda a consagração clara e explícita de um direito sobre esse todo, todavia o reconhecimento deste direito facilmente se alcança por via de integração do sistema legal, pois (...) ele corresponde incontestavelmente a necessidades práticas dignas de maior atenção».

Colocada nestes termos a questão da natureza jurídica do estabelecimento comercial, afigura-se-nos de interesse reduzido a sua classificação «à outrance» como universalidade de facto ou antes como universalidade de direito.

Aliás, é enorme a divergência entre os autores ao pretenderem optar por alguma destas duas categorias jurídicas,

(21) Com efeito, «a uma visão atomística da empresa não pode deixar de corresponder uma visão igualmente pluralista dos contratos que se lhe refiguram. Logo, a adesão àquele conceito forçaria a admitir que na concessão de exploração há também arrendamento e um arrendamento dotado de perfeita autonomia. Se há, não pode o locatário ser despedido no fim do prazo do contrato — contra o que se tem entendido nos Tribunais, e a nosso ver muitíssimo bem» (cfr. FERRER CORREIA, *Rev. de Leg. e de Jurisp. cit.*, pág. 264).

(22) Sobre esta matéria v. FERRER CORREIA, *Rev. de Leg. e de Jurisp. cit.* págs. 264-7 e *Estudos Jurídicos cit.*, págs. 219-76.

quando não entendem mesmo ser preferível deixar a questão em aberto.

Desde logo, salienta MÁRIO DE FIGUEIREDO (23), que o problema da distinção em causa se foi complicando desde o tempo dos glosadores — desconhecido que era dos romanos — «pois que até hoje não foi possível acordo sobre qual é a característica nitidamente diferencial entre uma e outra das duas espécies de *universitates*. Donde se conclui uma coisa apenas, e é que os romanos andaram bem avisados em não terem feito a distinção». E depois: «Não serei eu, por isso, que irei tomar parte no debate». Seja como for, uma coisa é certa: o mesmo autor não hesita em qualificar o estabelecimento comercial como uma *universalidade* (o sublinhado é nosso), ou seja: «um complexo de coisas e direitos que subsiste através da contínua substituição daquelas coisas e daqueles direitos e até através do seu relativo desaparecimento, conservando certos caracteres internos e externos de identidade. Não é uma universalidade estática, mas uma universalidade em movimento, no entanto, sempre uma universalidade. Até aqui não há discrepância». Refere a seguir que essa mesma universalidade «não pode ser desconhecida pelo direito», após o que, com base num critério legal ou volitivo, atribui respectivamente ao estabelecimento comercial das sociedades a natureza de universalidade de direito e ao estabelecimento comercial dos comerciantes em nome individual a natureza de universalidade de facto, em virtude de, no primeiro caso, ser a lei a reconhecer ao estabelecimento uma unidade, ao invés do que se passa no segundo, em que essa mesma unidade é um simples produto da vontade.

Por seu turno, escreve BARBOSA DE MAGALHÃES (24) que «a doutrina predominantemente adoptada pelos tratadistas é a de que o estabelecimento comercial é uma universalidade», acrescentando: «o que é preciso é determinar se é uma univer-

(23) Ob. cit., págs. 54-59.

(24) Ob. cit., págs. 84 e segs.

salidade de facto (*universitas facti*) ou de direito (*universitas juris*).

É exactamente aqui que mais se dividem os comercialistas e civilistas que não seguem nenhuma das doutrinas anteriormente indicadas e que constituem a grande maioria».

E depois de enumerar uma vasta série de autores estrangeiros que optam quer pela primeira categoria referida (VIVANTE, SRAFFA, NAVARRINI, LYON-CAEN et RENAULT, GOMBEAUX, THALLER, LEBRE, BEHREND, GARY, CARVALHO MENDONÇA, WALDEMAR FERREIRA, ROCCO, LA LUMIA, ESCARRA), quer pela segunda (CALAMANDREI, MARGHERI, FADDA e BENZA, BIANCHI, LORDI, MESSINEO), sem esquecer ainda aqueles que, considerando a inutilidade ou equívocidade das expressões utilizadas, preferem simplesmente qualificar o estabelecimento de universalidade, (GARRIGUES, DELALANDE, ALBERT COHEN), salienta, referindo-se à doutrina portuguesa: (...) «Mas se todos os nossos tratadistas estão de acordo em considerar o estabelecimento comercial como universalidade, também, como lá fora, há entre eles divergências quanto a ser universalidade de facto ou de direito». Assim, inclui entre aqueles que optam pela primeira classificação AZEVEDO E SILVA, A. TAVARES DE CARVALHO, J. G. PINTO COELHO, CABRAL DE MONCADA, CUNHA GONÇALVES, J. PINTO LOURENÇO, I. GALVÃO TELLES, ADOLFO BRAVO, e entre os que optam pela segunda JOSÉ TAVARES e VICTOR NUNES, sem deixar de referir criticamente a distinção que GUILHERME MOREIRA e MÁRIO DE FIGUEIREDO preferem fazer, com base «num insuficiente e inexacto critério de distinção entre universalidades de facto e de direito».

Não deixa, todavia, de ensaiar exaustivamente uma série de critérios⁽²⁵⁾ a partir dos quais poderá o estabelecimento comercial — a par de outros exemplos de universalidades, v. g. a herança, a massa falida, o dote, o casal de família, o rebanho, a biblioteca, o museu e o navio — ser considerado

(25) Ibid., págs. 100-127.

nuns casos uma universalidade de facto e noutros uma universalidade de direito.

Na opinião de J. G. PINTO COELHO⁽²⁶⁾ não sendo o estabelecimento criado nem instituído pela lei, embora a ordem jurídica o reconheça, não há dúvida de que é necessária a iniciativa das pessoas para a sua constituição, sendo essa vontade relevante para a determinação do seu conteúdo ou contornos, pelo que não poderá deixar de ser considerado como uma universalidade de facto.

Já MANUEL DE ANDRADE⁽²⁷⁾, sem claramente tomar partido na questão, considera o estabelecimento comercial na acepção tradicional, «um dos exemplos mais característicos das universalidades de direito», compreendendo «bens e direitos de vária ordem (imóveis, mercadorias, marcas, patentes de invenção, direito a arrendamento, créditos e débitos, etc.)»

Em sentido diferente se pronuncia FERNANDO OLAVO⁽²⁸⁾, para quem «a tese que sustenta enquadrar-se o estabelecimento na figura mais vasta da universalidade tem o inconveniente de acrescentar às dificuldades próprias da matéria do estabelecimento as inerentes àquela outra figura jurídica», concluindo não dever adoptar-se a teoria das universalidades, pelo menos tal como se encontra consagrada nos termos demasiado restritos do artigo 206.º do C.C. e antes aderindo à ideia de «unidade negocial ou funcional».

Por sua vez, ORLANDO DE CARVALHO⁽²⁹⁾, tal como o autor anterior — embora reportando-se ao artigo 118.º, § 3.º do Cód. da Prop. Ind. e não directamente ao artigo 206.º, do Cód. Civil⁽³⁰⁾ —, considera estar longe da perfeição a forma como a nossa lei emprega o termo universalidade «sem nos esclarecer quer sobre o seu conteúdo (complexo de coisas e, dentro destas, de coisas móveis e imóveis ou só de coisas móveis; complexo de direitos; complexo de relações jurídicas,

(26) Ob. cit., págs. 83-86.

(27) Ob. cit., pág. 264, nota 6.

(28) Ob. cit., págs. 278-280 e 283.

(29) *Critério e Estrutura* cit., págs. 730-772.

(30) *Ibid.*, págs. 731-752 e nota 8.

etc.), quer sobre o seu sentido (*res nova incorporalis*; aglomerado de coisas; simples «consideração» *sub specie universitatis*; etc.). Quer isto dizer que o termo universalidade em nada nos instrui, para lá da momentânea consideração em conjunto de um agregado de elementos com autonomia jurídica ou económica-jurídica». E nada parece adiantar relativamente à dilucidação do problema em análise quando salienta (31): «O uso na teoria da empresa, das velhas e referidas fórmulas da *universitas*, do «bem imaterial», do «património separado», etc., com um conteúdo praticamente diverso de autor para autor e de sistema para sistema, encontra-se curiosamente com o nominalismo jurídico contemporâneo, que, mantendo quase incólume o «sistema de conceitos», tende, a exemplo do estruturalismo linguístico, a esvaziá-lo de toda a historicidade (e de toda a necessidade, logico-material)».

Também FERRER CORREIA (32) parece não atribuir grande relevância à questão, não deixando de salientar todavia, que a doutrina costuma distinguir entre universalidades de facto e universalidades de direito, após o que escreve: «A distinção, porém, tem pouca importância prática e faz-se geralmente com base em critérios mais ou menos falíveis». E na opinião do mesmo autor, a qualificação de universalidade não é a única solução possível para quem adopte a concepção unitária do estabelecimento (33). Muito recentemente, embora de forma prudente, vem a encarar como possível a qualificação do estabelecimento como universalidade e até como *universitas juris*, desde que se aceite esta categoria jurídica como 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» (34).

(31) Ibid., pág. 772.

(32) *Lições*, Vol. I, pág. 222, nota 1.

(33) *Reivindicação do Estabelecimento Comercial*, in Estudos Jurídicos, II, pág. 262, nota 2.

(34) *Sobre a Projectada Reforma da Legislação Comercial Portuguesa*, pág. 25.

Seja como for, denominador comum aos juristas acabados de referir é a ausência de um critério uniforme e suficientemente seguro, de forma a permitir uma distinção clara e precisa entre os dois conceitos em jogo.

Acresce que, de um ponto de vista prático e no que respeita à disciplina jurídica do estabelecimento comercial, não se vislumbra qual a utilidade da aludida distinção...

Na verdade, o que nos parece essencial relativamente à concepção do estabelecimento comercial é a consciência de se tratar de uma *realidade económica e jurídica* que deve ser considerada de forma *unitária* — e, se quisermos, como uma universalidade⁽³⁵⁾ — nos vários aspectos da sua disciplina e regulamentação, designadamente enquanto objecto de negociação, único meio de salvaguardar devidamente a necessária coesão, integração e articulação entre os seus elementos componentes, sem o que não será possível assegurar em pleno a manutenção do seu funcionamento, ou pelo menos a sua aptidão para tal.

É no que toca às repercussões jurídicas das teorias atomística e unitária das universalidades, no plano da transmissibilidade de créditos e débitos em conjunto com o estabelecimento a que dizem respeito, se para a primeira o problema nem chega verdadeiramente a colocar-se, dada a necessidade de negociar em separado cada coisa ou relação jurídica integrada pela exploração mercantil, em consequência da impossibilidade de se constituírem direitos ou relações autónomas sobre o todo figurando como uma universalidade — sem que, a nosso ver, haja interesse em curar da dicotomia universalidade de facto / universalidade de direito —, já para a segunda, essa mesma transmissibilidade será de admitir em princípio, embora não postulada de modo necessário. Na verdade, para além do problema da determinação do âmbito de negociação da empresa,

(35) A nossa lei refere-se ao estabelecimento comercial como «*universalidade*» no art. 603.º, al. i) do Cód. de Proc. Civil e no art. 118, § 3.º do Cód. da Prop. Ind.; resultando, todavia, dos artigos 1085.º e 1118.º do Cód. Civil uma concepção do estabelecimento como «*unidade funcional e negocial*», quer-nos parecer que esta se encontra em perfeita articulação com aquela categoria jurídica.

haverá ainda que atentar nos interesses das partes e de terceiros relativamente à cessão dos créditos e débitos do estabelecimento, o que iremos fazer de seguida.

5. Afigura-se-nos de fundamental importância a questão da delimitação da empresa como objecto negociável — particularmente na hipótese de *trespasse* ⁽³⁶⁾ —, tornando-se necessário saber se, à luz da doutrina e em face do nosso direito,

(36) Seguimos aqui a noção de *trespasse* dada por FERRER CORREIA, *Lições* cit., vol. I, págs. 232-3, que o considera como «toda a transferência definitiva e por acto inter-vivos da titularidade do estabelecimento», tendo o cuidado de alertar para o facto de se tratar de um conceito muito controvertido na nossa literatura jurídica. Por seu turno, escreve PEREIRA COELHO, *Direito Civil, Arrendamento*, Coimbra, 1980, pág. 175: «Na acepção corrente do termo, *trespasse* é a venda do estabelecimento comercial ou industrial, mas a lei parece abranger aqui qualquer transmissão da propriedade do estabelecimento, a título oneroso ou a título gratuito, inter-vivos ou mesmo mortis-causa». Também RUI DE ALARCÃO, *Sobre a Transferência da Posição do Arrendatário no caso de Trespasse*, Sep. do Bol. Fac. Dir. Univ. Coimbra, XLVII, 1971, págs. 6-12, adverte para a grande elasticidade da definição de *trespasse* que pode colocar-se entre «limites que vão desde a venda até qualquer forma de transmissão do estabelecimento como tal, quer a título oneroso quer gratuito, seja inter-vivos seja por morte, ocorra a título definitivo ou temporário», não deixando, todavia, de salientar a existência de um «conceito-base» no qual parecem coincidir a doutrina e a jurisprudência — cfr. págs. 12-18 —, ou seja «a transmissão global ou unitária do estabelecimento comercial». Salienta, todavia, BARBOSA DE MAGALHÃES (ob. cit., págs. 221-235) o facto de o *trespasse* não ter de envolver necessariamente todos os elementos do estabelecimento, podendo ser excluídos um ou outro desses elementos, por mútuo acordo. E escreve: «o que é preciso é que a unidade do estabelecimento não sofra com isso e que o próprio *negócio*, ou *comércio*, seja compreendido na transmissão. (...) Não pode haver *trespasse* sem haver transmissão do *negócio*, mas no *trespasse* podem não ser incluídos todos os elementos desse *negócio*, ou do estabelecimento comercial. (...) Se se alienarem elementos do estabelecimento que, separados dos outros, não permitam a existência da unidade económica necessária para que, efectivamente, o estabelecimento continue, e, portanto, para que o adquirente possa também ter a possibilidade de lucros futuros que tinha o alienante, deve dizer-se que não há *trespasse*».

poderão ou não os créditos e débitos do estabelecimento acompanhá-lo na sua transmissão.

E, em caso afirmativo, importa averiguar se essa aderência opera de forma automática, sem mais, ou se não terá antes relevância decisiva a vontade das partes, designadamente do transmitente e adquirente do estabelecimento.

E como conciliar essa vontade com o interesse dos credores? E se nada for estipulado?

Eis-nos colocados perante o problema do «âmbito de entrega» do estabelecimento comercial, relativamente ao qual consideramos de utilidade — antes de passarmos a analisar a questão do ponto de vista do direito positivo — salientar o contributo doutrinal que ORLANDO DE CARVALHO⁽³⁷⁾ conferiu a uma matéria por natureza tão fluida e complexa e sempre sujeita às particularidades de cada caso concreto.

Assim, e utilizando a linguagem deste autor, tem o estabelecimento um «*âmbito mínimo*» ou necessário, constituído pelos seus elementos imprescindíveis ou essenciais e que funciona como «limite à liberdade de exclusão das partes em todas as circunstâncias — sob pena de não haver negociação do estabelecimento», por este nem chegar a existir —, um «*âmbito natural*» ou normal integrado pelos valores ou bens que o estabelecimento «transporta naturalmente consigo, sem dependência de uma concreta enunciação», o que sucede quando as partes referem que apenas pretendem «dispor do estabelecimento», bens e valores esses que só não o acompanharão se houver uma exclusão expressamente referida de algum ou alguns deles e, finalmente, um «*âmbito máximo*» formado pelos elementos excepcionais ou acidentais, sendo necessário referi-los em pormenor para que se possam considerar abrangidos pela negociação, o que costuma acontecer quando se dispõe do estabelecimento «com todos os seus valores» ou «sem qualquer excepção ou reserva», ou ainda «*com todo o seu activo e passivo*»; portanto, se nada se disser, não serão estes elementos incluídos na transmissão da empresa.

(37) *Critério e Estrutura* cit., págs. 476-488.

Assim, e tentando concretizar — já que em abstracto difficilmente se poderá ir mais longe na definição ou delimitação do «âmbito de entrega» do estabelecimento mercantil —, se considerarmos v.g. um cinema, o *âmbito mínimo* será o local onde se encontra instalado (seja em propriedade, seja em regime de arrendamento), os assentos destinados ao público e a maquinaria da sala de projecção; no *âmbito natural* caberão certos móveis, como as poltronas do «hall» (onde vulgarmente as pessoas se sentam no intervalo), além das mesas, candeeiros e cinzeiros que aí se encontrem; também a exploração do bar poderá aqui ser incluída (se o bar estiver em regime de contrato de concessão, tudo dependerá das condições do próprio contrato); finalmente, o *âmbito máximo* será formado pelo material que porventura se achar exposto nas vitrinas ou montras do «hall».

6. Relativamente ao nosso direito, julgamos não andar longe da verdade se afirmarmos que os *créditos e débitos* ligados à exploração do estabelecimento apenas poderão ser integrados no *âmbito máximo* de negociação da empresa, o que equivale a dizer que a sua transmissão só se verificará mediante expressa manifestação de vontade de todos os interessados — alienante, adquirente e, por vezes, de terceiros (estes últimos, particularmente no que respeita aos débitos), como se verá daqui a pouco.

E na falta de regulamentação da matéria pelo ordenamento jurídico-comercial português, teremos de socorrer-nos das soluções oferecidas pelo nosso direito civil, subsidiariamente aplicável às relações mercantis por força do artigo 3.º do Cód. Commercial.

a) Pelo que respeita aos *créditos* — e no domínio do Código Civil de 1867 — conforme nos dá notícia BARBOSA DE MAGALHÃES (38), a transmissão daqueles para o adquirente do estabelecimento operava-se pelo simples facto do contrato, embora só pudesse produzir efeitos em relação ao devedor ou

(38) *Ob. cit.*, págs. 255-257.

a terceiro mediante a notificação daquele (devedor), ou desde que tomasse conhecimento por forma autêntica da cessão realizada (art. 789.º do Cód. Civil anterior) (39).

À face deste Código não bastava, pois, para se considerar notificado o devedor, uma simples circular que lhe fosse enviada ou a publicação de um anúncio nos jornais, segundo os usos do comércio, dado que estes não poderiam prevalecer (art. 3.º do Cód. Comercial), por contrariarem aquele preceito do anterior Cód. Civil; não obstante, parecia aceitar-se na prática, à semelhança do que se passava em Itália, «qualquer forma de notificação, até mesmo feita por anúncios nos jornais», segundo refere o mesmo autor (loc. cit.), em resposta a uma objecção de AZEVEDO E SILVA baseada na posição de VIVANTE. Na realidade, a obrigação de notificação prevista no Código Civil seria praticamente inconciliável com as exigências práticas de uma empresa (e não seriam poucas) em que os créditos por quantias reduzidas fossem muitíssimos... Daí que o art. 789.º do Cód. Civil de 1867 houvesse sido interpretado restritivamente (40), no sentido de se admitir que a comunicação aí prevista pudesse realizar-se por qualquer meio.

(39) No tocante à transmissão de créditos materializados em títulos de crédito, salienta BARBOSA DE MAGALHÃES (*ob. cit.*, págs. 257-261) que se deve atender às «disposições legais relativas à sua transmissão para se poder determinar se, no caso de ser transferido o estabelecimento, esses títulos são *ipso facto* também transferidos. Tais disposições encontram-se no art. 483.º do Cód. Com., nos termos do qual a transmissão dos títulos à ordem se faz por meio de endosso, a dos títulos ao portador pela entrega real, a dos títulos públicos negociáveis na forma determinada pela lei da sua criação ou pelo decreto que autoriza a respectiva emissão, e a dos não-endossáveis nem ao portador nos termos previstos no Cód. Civ. para a cessão de créditos».

No caso de fazerem parte do estabelecimento títulos de crédito nominativos, entende o mesmo autor que a transmissão se opera, «mas o adquirente tem de apresentá-los com a escritura de trespasse às respectivas entidades emittentes para que seja feito o respectivo averbamento».

(40) Cfr. Rev. Leg. Jurisp., ano 66, págs. 349-350, onde se escreve: «O art. 789.º, na parte em que exige que a cessão seja levada ao conhecimento do devedor *por forma autêntica*, propõe-se, julgamos nós, impedir fraudes em detrimento de terceiros, visto ficar assim constatada

Por seu turno, J. P. PINTO COELHO ao salientar (41) que «com frequência se vê o trespasse do estabelecimento envolver, segundo *declaração expressa do respectivo título* todo o activo e todo o passivo» (o sublinhado é nosso), parece querer inculcar a ideia da necessidade de negociação em separado dos créditos (agora em apreciação) do estabelecimento, sob pena da sua não inclusão no «âmbito de entrega» da empresa ... E acrescenta pouco depois o mesmo autor, que «o conteúdo do estabelecimento, os elementos que ele abrange, quando é objecto de qualquer transacção, devem ser *concretamente determinados para cada caso, com base na vontade manifesta pelas partes*» (o sublinhado é nosso).

Quanto ao direito vigente, haverá que ter em conta o disposto nos artigos 577.º e 583.º do Cód. Civil de 1966: com efeito, enquanto o primeiro destes preceitos permite a cessão a um terceiro, pelo credor, de parte ou da totalidade de um crédito, independentemente do consentimento do devedor (desde que a cessão não esteja interdita por lei ou por determinação das partes e o crédito não se encontre pela natureza da prestação, incidivelmente ligado à pessoa do credor), já o segundo faz depender a eficácia da cessão relativamente ao devedor da notificação ou aceitação deste.

Segundo o ensinamento de ANTUNES VARELA (42), «a notificação pode ser feita judicialmente, ou extrajudicialmente, por uma simples declaração negocial nos termos do art. 217.º e tanto pode ser feita pelo cedente como cessionário. A aceitação da transmissão não está sujeita a formalidades especiais. Pode mesmo ser feita tacitamente, como na hipótese de o deve-

autenticamente a data da cessão, em face de terceiros. Quanto ao devedor, não se vê que haja um interesse seu tão forte que reclame a autenticidade da notificação. (...) Votaríamos assim, embora não sem algumas dúvidas, por uma interpretação restritiva do art. 789.º, nos termos que facilmente se deduzem do exposto».

(41) *Ob. cit.*, vol. I, págs. 88-89.

(42) Código Civil Anotado, vol. I, 3.ª ed., pág. 568 em comentário ao art. 583.º.

dor fazer um pagamento parcial ao cessionário, de lhe pedir uma moratória, de lhe oferecer uma nova garantia, etc..

Independentemente, porém, da notificação ou da aceitação previstas no n.º 1, o n.º 2 dá relevância ao simples conhecimento da cessão por parte do devedor. O cessionário é admitido a fazer a prova desse conhecimento, para o efeito de não lhe poder ser oposto o pagamento feito ao cedente, nem qualquer negócio realizado com ele relativo ao crédito».

Também à luz do direito civil aplicável, nada nos leva a alterar a conclusão de que a transmissão de créditos ligados ao estabelecimento comercial deverá ser expressamente prevista pelas partes, sob pena de não se verificar — trata-se, como já foi dito, de elementos a integrar no referido *âmbito máximo* da empresa, querendo-nos parecer que *de jure condendo* será esta, também, a solução correcta.

b) No tocante à transmissão dos *débitos* da exploração comercial — e ainda na vigência do Código Civil anterior —, entendia BARBOSA DE MAGALHÃES (43) que deveriam ser aplicadas as disposições dos artigos 802.º e 804.º desse código, uma vez que a sucessão singular nas dívidas não era contemplada pela nossa lei: assim, nos termos do § 2.º do art. 802.º, dava-se a novação (subjectiva) quando um *novo devedor* era substituído ao antigo, que ficava exonerado; mas a novação por substituição do devedor não podia efectuar-se sem *consentimento do credor*, embora pudesse ser feita sem intervenção do antigo devedor, nos termos em que, sem o consentimento deste, podia fazer-se o pagamento (art. 804.º).

E escrevia o ilustre jurista: «Os débitos só se transmitem se o credor aceitar a substituição do devedor; se a não aceitar, continua a ter o direito de se fazer pagar pelos bens do alienante; e se no *trespasse se compreender o passivo e o credor concordar com a transmissão, só poderá responsabilizar o adquirente pela dívida transmitida* (o sublinhado é nosso).

O credor terá ainda o direito de requerer a rescisão do *trespasse*, nos termos do artigo 1031.º do Código Civil, *se ele*

(43) *Ob. cit.*, págs. 261-267.

for simulado, ou nos termos do art. 1033.º do mesmo Código, se dele resultar a *insolvência do devedor*» (o sublinhado é nosso).

E se o trespassante cedesse o seu passivo ao adquirente do estabelecimento comercial sem o consentimento do credor?

Nesta hipótese, ensinava BARBOSA DE MAGALHÃES (44) que a transmissão da dívida apenas produziria efeitos entre as partes, alienante e adquirente, ficando o primeiro — quando o credor lhe viesse exigir o pagamento da dívida — com o direito de obter a respectiva importância do segundo; o credor é que nunca poderia ficar privado do direito de exigir o cumprimento da obrigação ao antigo proprietário do estabelecimento, fazendo-se pagar pelos bens deste, se necessário, já que tinha sido perante o credor que o trespassante havia contraído um débito.

Na verdade, não havendo disposição legal que obrigasse o credor a aceitar a substituição do devedor sem o seu consentimento, era esta a boa doutrina — que vale, aliás, *mutatis mutandis*, para o direito actual, como se verá mais adiante.

Tratava-se pois, de salvaguardar o interesse dos credores, evitando que alguém, encontrando-se impossibilitado de cumprir as obrigações contraídas no exercício da sua actividade comercial, resolvesse trespassar o estabelecimento eximindo-se desta forma às responsabilidades assumidas ... O adquirente — porventura com mais e numerosas dívidas — que se entendesse com os credores!... Seria absurdo...

Em sentido idêntico se pronunciava J. G. PINTO COELHO (45), embora para este autor fosse de admitir teoricamente a sucessão singular nas dívidas quando a transmissão destas fosse «acompanhada da transferência de elementos activos suficientes para cobri-las; mas, em todo o caso, — acrescentava — no nosso direito positivo não é admitida a transmissão ou sucessão singular nas dívidas. A obrigação não pode transmitir-se isoladamente, como elemento passivo do património do devedor, e aquilo que se poderá chamar transmissão de uma dívida

(44) Ob. cit., pág. 266.

(45) Ob. cit., págs. 88-89.

só pode constituir novação. Só extinguindo-se com a cooperação do credor a dívida primitiva e obrigando-se à mesma prestação o novo devedor, é que poderá dar-se uma situação correspondente à da transmissão. Ora este princípio não pode deixar de ter aplicação aqui. Se o comerciante trespassa o seu estabelecimento com todo o activo e passivo, o adquirente, a favor de quem se dá o trespassa, pode realmente ficar responsável pelas dívidas do transmitente, *mas sem o consentimento do credor o comerciante que trespassa não fica desonerado* (o sublinhado é nosso).

Actualmente, para a regulamentação desta matéria há que atentar ao preceituado nos artigos 858.º, 2.ª parte, 505.º e 596.º do Código Civil de 1966.

Com efeito, estabelece a primeira destas disposições que se dá a *novação (subjectiva) por substituição do devedor*, «quando um novo devedor, contraindo nova obrigação, é substituído ao antigo, que é exonerado pelo credor». Por sua vez, estipula o art. 595.º, n.º 1, al. a) que a *transmissão singular de uma dívida* — figura jurídica talvez mais adequada à cessão do passivo do estabelecimento comercial do que o instituto da novação, pois, segundo ensinam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (46), enquanto nesta se extingue a obrigação antiga e nasce uma outra em seu lugar, de forma diferente se passam as coisas na transmissão de dívidas, em virtude de, neste último caso, a dívida continuar a ser a mesma, apenas se dando uma mudança na pessoa do devedor — pode verificar-se por contrato entre o antigo e novo devedor, ratificado pelo credor. Não basta o conhecimento da cessão pelo credor, sendo essencial o seu *consentimento expresso* — art. 595.º, n.º 2 (47).

Na verdade, torna-se imprescindível acautelar os inte-

(46) Cód. Civil Anotado, Vol. II, 2.ª ed., pág. 131.

(47) Cfr. Acórdão do S.T.J., de 7-10-76, B.M.J., n.º 260, pág. 143, onde se decidiu: «II — Transmitido um estabelecimento comercial, a transferência de um passivo determinado só produz efeitos com consentimento expresso do credor, não bastando para tanto, dar-lhe conhecimento da transmissão do estabelecimento».

resses do credor, visto que o cumprimento da obrigação passa a ser garantido por outro património. Daí também a necessidade da *ratificação, expressa, ou tácita* (v.g. concessão de um prazo para o pagamento, a aceitação de um pagamento parcial, etc.) pelo credor — art. 595.º, n.º 1, al. a), *in fine*.

Estabelece, todavia, o artigo 596.º, n.º 1 que «enquanto não for ratificado pelo credor, podem as partes distratar o contrato a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo anterior». Quer isto dizer que até ao momento da ratificação, as partes não ficam vinculadas perante o credor, embora o fiquem entre si nos termos convencionais. *A contrario sensu*, após a ratificação já não será possível o distrate. Por sua vez, o n.º 2 do mesmo artigo faculta às partes a fixação de um prazo para a ratificação pelo credor, findo o qual esta se considera recusada. Trata-se, segundo o ensinamento de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, de «evitar que por inércia do credor ou por outra causa fique a situação dos devedores incerta durante muito tempo» (48).

Para a hipótese de o transmitente do estabelecimento comercial ceder o passivo da exploração mercantil ao adquirente sem o consentimento expresso do credor, também aqui nos parece ser de acolher a doutrina de BARBOSA DE MAGALHÃES, podendo o credor exigir o cumprimento da obrigação ao anterior proprietário do estabelecimento, sem prejuízo para o alienante do direito de reclamar o pagamento da respectiva importância ao adquirente.

E, conforme escrevem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (49), o n.º 2 do mesmo artigo 595.º «estabelece ainda, como medida de protecção do credor, que este, não exonerando *expressamente* o antigo devedor, pode exigir o cumprimento solidário da obrigação de qualquer deles (cfr. artigos 512.º e 518.º e segs.).

Ao contrário do que se passava na vigência do Código Civil de 1867 para a hipótese de o trespasse compreender tam-

(48) Código Civil Anotado, vol. I, 3.ª ed., págs. 581-582.

(49) Código Civil Anotado, vol. I, 3.ª ed., pág. 580.

bém o passivo do estabelecimento, com a concordância do credor — e em que este apenas poderia responsabilizar o adquirente —, tem agora o credor o direito de exigir o cumprimento da obrigação, quer ao trespassante, quer ao trespassário, a não ser que o antigo devedor seja exonerado mediante *declaração expressa do credor*.

Ressalta do que precede, a tendência para conferir uma protecção cada vez mais acentuada ao interesse do credor, orientação esta que nos parece ser a mais ajustada *de jure condendo*.

Neste sentido, refere ORLANDO DE CARVALHO⁽⁵⁰⁾ que «saindo o estabelecimento do património do alienante e sendo este quem assumiu as obrigações, se as mesmas não passarem para o adquirente, a garantia dos credores vê-se muito diminuída.

Se acaso é impossível a acção pauliana (...) há um prejuízo para o crédito do estabelecimento (...). Daí uma poderosa pressão no sentido de *responsabilizar o adquirente ou também o adquirente*» pelas dívidas contraídas no exercício da exploração mercantil (o sublinhado é nosso).

Da mesma opinião parece ser FERRER CORREIA⁽⁵¹⁾, ao alertar-nos para a «norma que sobre este assunto se nos depara no Código Italiano (artigo 2560): o adquirente do estabelecimento 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».

Relativamente aos débitos do estabelecimento comercial, chegamos também à conclusão de que a sua transmissão só se verifica quando expressamente prevista pelas partes, devendo integrar assim o *âmbito máximo* de negociação da empresa⁽⁵²⁾.

(50) *Critério e Estrutura* cit., pág. 542.

(51) *Sobre a Projectada Reforma* cit., págs. 42-43.

(52) Neste sentido, cfr. o já citado Acórdão do S.T.J. de 7-10-76,

E, à face do direito constituído, bem se compreende esta solução: é que, não existindo qualquer manifestação de vontade das partes no tocante ao destino a dar aos débitos do estabelecimento, poderia constituir um risco manifestamente excessivo para o adquirente ver-se responsabilizado de um momento para outro pelos débitos — porventura de elevado valor — contraídos por outra pessoa, podendo até suceder que não os conhecesse todos; pelo que seria abusivo *de jure condito*, e na falta de regulamentação das partes, fazer incluir o passivo do estabelecimento no seu *âmbito normal* de transmissão.

De jure condendo, como já se referiu atrás, a tendência é no sentido de responsabilizar o adquirente, ou alienante e adquirente, pelos débitos contraídos no exercício da actividade mercantil, de forma a dar uma maior protecção ao interesse dos credores. E neste caso já a solução não será abusiva, uma vez plasmada em forma de lei e, consequentemente, eliminado o factor incerteza e insegurança.

B.M.J. n.º 260, pág. 142, onde se escreve: «um dos casos em que o passivo não acompanha o activo na transmissão da própria universalidade é precisamente o da transmissão do estabelecimento comercial. Logo daqui resulta que o problema tem de *ser colocado não em termos de indagar se o passivo foi exceptuado, mas sim se foi incluído na doação*» (o sublinhado é nosso).

Na verdade, se o fulcro da questão residisse em saber se as dívidas haviam sido excluídas, tal quererá dizer que, por via de regra, seriam incluídas na transmissão do estabelecimento, integrando assim o seu *âmbito normal* ou natural. Mas não é o que sucede, pois o que importa é indagar se teriam sido abrangidas expressamente pela alienação, já que só neste caso se verificará a aderência do passivo à negociação do estabelecimento, incluindo-se no seu *âmbito máximo*.