

ESTABELECIMENTO COMERCIAL

E ESTABELECIMENTO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Pelo Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão

1. O Direito Comercial está a ser, a nossos olhos, objecto de uma reformulação tumultuosa. Essa reformulação é parcial: e o estabelecimento comercial não foi directamente contemplado. Mas vários preceitos, aqui e além, têm incidência sobre o seu entendimento e regime. De tal modo que podemos dizer que a problemática do estabelecimento comercial, que foi sempre complexa, está agravada por estas intervenções. Até porque, com a reforma, se afirmou o intento de revalorizar a empresa, e o estabelecimento comercial mantém uma ligação, polémica mas indiscutível, com a categoria *empresa*.

Vamos procurar primeiramente saber que luzes podemos retirar dessa legislação recentíssima para os problemas fundamentais do estabelecimento. Entre estes salientamos o das vicissitudes e o da responsabilidade do adquirente pelas dívidas do estabelecimento.

Na realidade, temos de ter presente a ambiguidade que se oculta na própria referência ao estabelecimento. Ele pode ser considerado sinónimo de empresa, ou diferente desta; e pode ainda ser integrado em categorias tão diferentes como as de:

- sujeito
- objecto
- local
- instituição
- situação jurídica.

Sem poder desenvolver todas estas modalidades, observemos que legislação recente veio aparentemente favorecer dois entendimentos: o estabelecimento como local, e o estabelecimento como sujeito. É o que veremos na primeira parte do nosso trabalho.

2. O entendimento do estabelecimento comercial como *local*, é coincidente com o entendimento comum, como local aberto ao público onde o comerciante faz transacções com os clientes ⁽¹⁾. Não é um sentido novo: é o que corresponde por exemplo à palavra «estabelecimento» usado no art. 1197.º/2 do Código de Processo Civil.

Diplomas recentes reforçam esta linha, e dão até definições da mesma índole de *estabelecimento comercial*. São por outro lado manifestação dessa anomalia profunda, que é a de, enquanto se processa a reforma da lei comercial pelo Ministério da Justiça, serem focadas matérias fundamentais deste ramo em diplomas oriundos doutros ministérios, como o das Finanças e do Comércio e Indústria — frequentemente sem intervenção do Ministério da Justiça e em contradição com as orientações que por este vão sendo traçadas. Os dois diplomas a que nos referimos emanam do Ministério do Comércio e da Indústria. Inserem-se por outro lado na linha de burocratização que tem caracterizado a actividade daquele Ministério — mas a que infelizmente não é imune também a reforma oriunda do Ministério da Justiça.

Assim, o Dec.-Lei n.º 239/86, de 19 de Agosto, aprova as normas de segurança contra riscos de incêndio, a aplicar em estabelecimentos comerciais. Nessas normas, o estabelecimento é definido como «a instalação ou instalações afectadas ao exercício de actividade comercial a que o público tenha acesso» (1.2). O funcionamento fica dependente de certificado de conformidade.

Por seu lado, o Dec.-Lei n.º 277/86, de 4 de Setembro, institui o cadastro comercial. Reza o art. 1.º/3: «Para efeitos do disposto neste diploma, entende-se por estabelecimento comercial o local onde sejam exercidas as actividades económicas previstas no Dec.-Lei n.º 339/85».

(1) O art. 230.º/3 do Código Comercial fala em «escritório aberto ao público».

Não obstante a opulência das definições, parece-nos seguro que este entendimento não deve ser retido. É restrito e não técnico; não é a propósito do local que se suscita a problemática específica do estabelecimento comercial. Por isso o tomaremos como um entendimento paralelo, desgarrado do que procuramos.

3. Na outra linha temos um problema maior. O legislador parece ter optado pelo estabelecimento como sujeito de direito ao instituir, no Dec.-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, o *estabelecimento individual de responsabilidade limitada* (E.I.R.L.).

Há uns anos, tornou-se célebre esta *boutade* de Pittigrilli: a melhor maneira de acabar com uma tentação é ceder-lhe. Talvez nela se tenha inspirado o legislador português. Preocupado com o número de sociedades fictícias, com as quais se procurava afinal obter o resultado da limitação de responsabilidade mediante sócios pintados, o legislador entendeu que a melhor maneira de acabar com elas seria acabar com a ilimitação de responsabilidade do comerciante em nome individual. Criou para isso o E.I.R.L. — sem, curiosamente, estabelecer nenhuma ponte pela qual se integrassem neste as sociedades fictícias existentes. Será interessante quando a mesma orientação for aplicada à persistente fraude fiscal; esta pode também seguramente ser liquidada se se suprimirem os impostos.

Não é porém nossa finalidade discutir a bondade da solução, mas apenas verificar em que termos contribui a nova figura para a configuração do estabelecimento comercial.

Os partidários da limitação da responsabilidade do comerciante em nome individual, e as leis que os atenderam, propõem-se atingir aquele objectivo por um destes três meios técnicos:

- a sociedade unipessoal
- a personificação
- o património autónomo.

A lei portuguesa vai tratar desta matéria quase sem conexão com um Código das Sociedades que é praticamente coevo, e que paradoxalmente deu muito maior abertura à sociedade unipessoal.

Mas a sua técnica é tão pobre que é difícil determinar se se cria uma pessoa colectiva ou um património autónomo.

4. Aparentemente, criou-se uma nova pessoa, não obstante as afirmações em contrário do preâmbulo do diploma.

O próprio nome do instituto concorre nesse sentido — é o estabelecimento em si que é individual, logo o estabelecimento será um sujeito; ainda, o estabelecimento é de responsabilidade limitada, e a responsabilidade é um atributo dos sujeitos.

Mas há mais. O estabelecimento tem uma *firma* (art. 2.º/2 e 3). Até agora, falava-se do nome do estabelecimento, o que está bem para uma realidade objectiva; agora fala-se de firma, e a firma corresponde a um sujeito.

Além disso, contra toda a expectativa, fala-se da falência do titular por causa relacionada com a actividade do estabelecimento (art. 11.º/2). Não será uma maneira de estender a falência ao estabelecimento?

No mesmo preceito se estabelece que o falido responde com todo o seu património pelas dívidas contraídas no exercício do estabelecimento, contanto que se prove que o princípio da separação patrimonial não foi observado na gestão do estabelecimento. A solução é paralela à determinada pelo art. 84.º do Código das Sociedades Comerciais no que respeita à responsabilidade do sócio único. Consagrou-se aqui o que sempre se entendeu como exemplo acabado da chamada «desconsideração da personalidade jurídica da sociedade». Não teremos agora desconsideração da personalidade jurídica do E. I. R. L. ?

Enfim, referências várias às dívidas do estabelecimento (art.31.º/1, por exemplo) e a uma sede deste (art. 36.º) parecem completar o quadro da personificação.

5. Mas estes argumentos não serão definitivos.

O nome E.I.R.L. surge na sequência da Lei francesa n.º 85-697, de 11 de Julho de 1985, relativa à empresa unipessoal de responsabilidade limitada. Substitui-se empresa por estabelecimento, por força da consideração comezinha de que a empresa é uma actividade, e o que se autonomiza são os meios pelos quais o comerciante explora a sua empresa ⁽¹⁾. Restaria explicar como

(1) N.º 10 do preâmbulo.

é que esses meios, que parece deverem ser realisticamente demarcados, podem representar um património, que não respeita a bens mas a situações jurídicas.

De todo o modo, não é seguramente o nome o bastante para outorgar uma qualificação técnica ao E.I.R.L., como pessoa.

A disposição sobre a falência não tem o significado que aparenta. O que o art. 11.º/2 estabelece, paradoxalmente, é a falência do titular do estabelecimento em consequência de dívidas geradas no exercício do estabelecimento! A composição a operar cria uma figura anómala na ordem jurídica portuguesa: o falido rico. O património geral do comerciante não é atingido, mas o titular do E.I.R.L. fica sujeito às inibições resultantes da falência. Nomeadamente, se exerceu actividade comercial exterior ao E.I.R.L., conserva o património comercial respectivo, mas terá de abandonar o exercício por força da incompatibilidade para ser comerciante!

De todo o modo, a falência do estabelecimento não cria por si nenhum problema, pois a falência pode estender-se também a um património autónomo: assim acontecerá com a herança (art. 1140.º/2 do Código do Processo Civil) (1).

A aproximação da sanção do art. 11.º/2 da figura da desconsideração da personalidade é impressionante. Mas pensando bem, descobrimos que a desconsideração da personalidade jurídica, nestes casos, é uma consequência de um fenómeno mais vasto, que é a desconsideração da separação patrimonial. A separação patrimonial pode ser desvirtuada através de práticas abusivas: a lei responde ignorando no caso o princípio da separação. Não há nada porém que imponha a limitação do fenómeno às hipóteses em que há a intervenção de duas pessoas juridicamente distintas.

A referência à firma pode ser explicada de outro modo. Já a lei anterior aproximara por vários caminhos o nome do estabelecimento e a firma (2). A qualificação de um elemento de identificação como firma não é definitiva para o efeito de apurar uma personificação.

(1) Veja-se também o art. 1361.º do Código de Processo Civil, sobre a declaração de insolvência de herança quando se verifique que as dívidas aprovadas excedem a massa da herança.

(2) Cfr. os arts. 22.º e 27.º do Dec.-Lei n.º 425/83, de 6 de Dezembro.

O mesmo diremos das referências a dívidas ou créditos do estabelecimento, que podem ser expressões elípticas, e a lei usa já, por comodidade, para meros patrimónios autónomos; ou a referência à sede do estabelecimento.

6. Que concluir?

A nossa posição é a de que, quando não respeita a pessoas naturais, a personalidade é uma técnica de organização em que o legislador tem, ao menos na periferia, um razoável espaço de manobra. A lei cria novas pessoas jurídicas para lhes permitir atingir objectivos para os quais os instrumentos actualmente disponíveis na ordem jurídica são insuficientes. Sendo esta a sua função, os intérpretes só devem concluir pela existência de um novo sujeito de direito quando o regime estabelecido por lei não for susceptível de ser enquadrado por nenhum outro instituto jurídico.

Não é o que se passa neste caso. Apesar da infelicidade técnica do diploma, que mistura indícios de sinal contrário, nada há no que se chamou o E.I.R.L. que não possa ser explicado através da figura do património separado ou autónomo.

No plano teleológico, o que se pretendeu foi criar um património comercial, colocando o património geral do comerciante a salvo dos riscos do comércio. Logo, a solução evidente é-nos dada pelo património autónomo. Representaria uma complicação inútil interpor uma subjectividade nova, que criaria difíceis problemas de relacionamento com a pessoa do comerciante. Não há na realidade um novo pólo no diálogo social que reclame a personificação.

Na verdade, o instituto tem no seu núcleo um regime particular de responsabilidade por dívidas, como é próprio do património autónomo.

Este regime particular é uma realidade. Pelas dívidas resultantes da actividade do E.I.R.L. respondem apenas os bens a este afectados (art. 11.º/1). Diz-se também que o estabelecimento responde unicamente pelas dívidas contraídas naquele exercício (art. 10.º/1), mas isto não é exacto, como resulta da remissão para o art. 22.º: o estabelecimento responde por dívidas pessoais quando os restantes bens do devedor forem insuficientes. Há pois uma responsabilidade subsidiária pelas restantes dívidas. De todo

o modo, esta comunicação não recíproca não inquina a qualificação como património autónomo, pois esta depende apenas da imunidade do património pessoal. Só por sanção, em caso de abuso da função de separação patrimonial, nos termos já conhecidos do art. 11.º/2, o património pessoal do comerciante responde.

7. Um aspecto do regime há porém que considerar particularmente — o que respeita aos negócios sobre o E.I.R.L., globalmente tomado. A lei é categórica em admiti-los, no art.21.º/1: fala na transmissão por título gratuito ou oneroso, na locação, no usufruto, no penhor...

E ocorrendo estas vicissitudes, o adquirente responde ou não pelas dívidas do estabelecimento? A lei não dá uma resposta expressa, mas a solução não pode deixar de ser afirmativa. A erecção do E.I.R.L. em património autónomo implica que o conjunto assim formado, salvo cláusula em contrário, se mantenha através das vicissitudes. Essa transmissão ou manutenção das dívidas transparece aliás ainda do art. 11.º/3, onde se estabelece no caso de falência a responsabilidade de todo o titular anterior que haja transgredido o princípio da separação dos patrimónios. Tal responsabilidade só pode explicar-se por as dívidas se terem transmitido, acompanhando a transmissão do E.I.R.L. Doutra maneira para nada teriam de ser consideradas em caso de falência do transmissário.

Estas soluções permitirão resolver os problemas suscitados a propósito do estabelecimento comercial em geral? Podemos dizer que, assim, ficou consagrado para todos os casos o regime que traçam para estas vicissitudes?

Para responder, teremos de abordar outro grande problema, que justificou afinal o estudo desta matéria. Temos de saber se o E.I.R.L. é efectivamente um estabelecimento comercial, ou se não representará figura diversa.

8. A resposta é negativa. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada é património autónomo, mas não é estabelecimento comercial, no sentido próprio; este último, pelo contrário, não é património autónomo, pois não responde em particular por certa categoria de dívidas.

No que respeita à qualificação do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, basta pensar que este assenta num capital, num mínimo de 400 000\$00, não podendo a parte em numérico ser inferior a 2/3 do capital mínimo (art. 3.º/2 e 3). Mas o capital, como elemento de conta, é totalmente alheio ao estabelecimento como unidade funcional. A lei está regulando aqui um património, não uma unidade com aptidão produtiva.

É certo que o E.I.R.L. está ligado ao desempenho de uma actividade. O art. 2.º/2/a torna obrigatória a indicação do objecto. É natural que do efectivo exercício resulte a formação da unidade funcional. Mas pode o E.I.R.L. estar plenamente formado, com indicação do objecto respectivo, e não haver ainda estabelecimento, o que demonstra bem a independência das duas noções.

Como pode acontecer o contrário: pode haver um E.I.R.L., e vários estabelecimentos. A lei impõe que cada pessoa só possa ser titular de um E.I.R.L. (art. 1.º/3), mas um E.I.R.L. pode desenvolver a sua actividade através da constituição de várias unidades produtivas, portanto de vários estabelecimentos.

E pode o titular do E.I.R.L. alienar um estabelecimento comercial neste integrado, uma vez que nada impede que distraia dele elementos — seja o seu único estabelecimento, seja um dos estabelecimentos que compreenda. É muito nítido nesse caso que a alienação não se faz como E.I.R.L.; portanto, problemas como os relativos ao capital não se suscitam aqui. Quer dizer, o negócio respeita a uma unidade funcional e não a um património.

A relação entre este E.I.R.L. e o estabelecimento comercial em sentido técnico é da mesma ordem que a que medeia entre a sociedade comercial e o estabelecimento. Também aquela é património autónomo e não estabelecimento; também aquela tem capital, pode ter estabelecimentos, etc. A aproximação não é casual. Sociedade comercial, E.I.R.L. e até outras figuras, como a empresa pública, representam formas jurídicas de estruturação da empresa. Todas elas suscitam uma problemática análoga, quando confrontadas com o estabelecimento comercial em sentido técnico.

9. Vê-se assim que melhor teria sido falar simplesmente na limitação da responsabilidade do comerciante em nome individual, ou em património mercantil, ou separado, ou autónomo, em vez

de falar em estabelecimento. E, tradução por tradução, sempre valeria mais a tradução literal, empresa individual de responsabilidade limitada, pois é a estruturação jurídica da empresa que se regula.

Assim, temos um património, temos um titular do património, chamado titular do estabelecimento; mas temos ainda um pretenso estabelecimento, que é realidade que se afasta totalmente da problemática até agora considerada. No que respeita ao estabelecimento comercial em sentido técnico, em nada contribui para resolver os problemas deste, e cria ainda por cima uma perigosa ambiguidade.

Nomeadamente, não podemos esperar daqui nenhum contributo para resolver o problema das vicissitudes do estabelecimento, e do estatuto das dívidas neste. As dívidas resultantes da actividade exercida transmitem-se, como vimos; e é uma verdadeira transmissão sem consentimento do credor a que subjaz aos arts. 21.º e 31.º Mas isso acontece porque o E.I.R.L. é um património autónomo, que se transmite como tal. Não permite extrair nenhuma ilação para o estabelecimento em sentido técnico, que não é património autónomo.

Por isso nos desinteressaremos do E.I.R.L. daqui por diante.

10. O estabelecimento comercial poderá ser considerado objecto de direitos?

É frequente uma resposta afirmativa. Foi-se até mais longe. Equiparou-se o estabelecimento à empresa, e fala-se na empresa como objecto de direitos ⁽¹⁾.

Todavia, desta maneira despreza-se uma distinção que é fundamental, porque corresponde à realidade e é necessária para a conceituação e a disciplina jurídicas.

As palavras são aliás expressivas, uma vez que empresa ou empreendimento acorda logo a ideia de uma actividade, enquanto que estabelecimento corresponde ao que está, é estático, e melhor serve para designar a estrutura objectiva em que a empresa assenta.

(1) É mesmo esta a epigrafe do vol. I (único aparecido) de *Crítério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, de Orlando de Carvalho, Atlântida, 1967. Cfr. também Ferrer Correia, *Sobre a Reforma da Legislação Comercial Portuguesa*, Rev. Ordem dos Advogados, ano 44, 1984 — I, Maio, 5 e segs.

A própria lei teve de proceder a essa distinção, em vários lugares. Curiosamente, o diploma sobre o E.I.R.L. insere no seu preâmbulo uma primeira definição oficial de empresa, como a actividade organizada para a produção ou circulação de bens e a prestação de serviços, com vista ao mercado e à obtenção de um lucro (n.º 10). E impossível será formular um novo Direito Comercial, assente na empresa, se esta noção não for situada na sua sede própria e devidamente trabalhada.

Deixando porém a empresa, que está fora do nosso tema, também pensamos que o estabelecimento comercial pode ser considerado um bem, e portanto ser objecto de direitos. Mas com isto ainda não resolveremos qual a categoria de bem que representa.

11. Sem nos determos numa demonstração que neste momento não podemos traçar diremos que, em nosso entender, o estabelecimento comercial é uma universalidade de facto: é uma coisa colectiva, unificada pela aptidão para o desempenho de uma função produtiva ⁽¹⁾. Por isso podem ser praticados actos que recaiam sobre a coisa colectiva, como complexo, sem necessidade de individualizar todas as coisas singulares que possam ser implicadas.

Mas com isto o problema não fica esgotado.

É que, num outro sentido, o estabelecimento comercial ultrapassa o domínio dos bens. Referências às situações jurídicas implicadas multiplicam-se em textos legais. Assim, a própria definição do art. 118.º/§ 4.º do Código da Propriedade Industrial ⁽²⁾, que engloba expressamente todo o activo e passivo, o direito à locação, chave, nome, insígnia, clientela; o art. 603.º/i do Código de Processo Civil, que também qualifica o estabelecimento como universalidade, que compreende tanto o activo como o passivo; e tantas outras ⁽³⁾, tornam evidente que as situações jurídicas são também nucleares, no que respeita à problemática do estabelecimento comercial.

⁽¹⁾ Cfr. as nossas Lições de Direito Comercial, I — Parte Geral, Lisboa, 1985/86, n.º 88.

⁽²⁾ Na redacção dada pelo Dec.-Lei n.º 27/84, de 18 de Janeiro.

⁽³⁾ Como o art. 20.º/§ 3/2 do Código da Sisa e do Imposto sobre Sucessões e Doações.

Isto nos mostra que há um sentido técnico de estabelecimento comercial, entendido agora como complexo de *situações jurídicas*. Neste sentido, o estabelecimento comercial é uma universalidade de direito. É ponto em que nos não podemos deter; mas também não vemos motivo nenhum para fugir à qualificação. O estabelecimento comercial, como situação jurídica, cai inteiramente naquela noção, pois é um complexo de situações jurídicas (ou uma situação jurídica complexa) juridicamente unificadas para efeitos da sua sujeição a vicissitudes comuns ⁽¹⁾.

12. Que relação há entre o estabelecimento comercial, como complexo de situações jurídicas, e o estabelecimento comercial como universalidade de facto, portanto como estrutura fáctica adequada a uma função produtiva?

Há a seguinte: no núcleo da universalidade de direito tem necessariamente de encontrar-se a situação jurídica relativa à universalidade de facto. Seja de propriedade, de locação ou qualquer outra, ela é elemento imprescindível para caracterizar a situação complexa como estabelecimento comercial. Se aí não se enquadrar, pode haver negócios de outra ordem, mas não um negócio relativo a um estabelecimento comercial.

Sendo assim, a funcionalidade própria do estabelecimento, como universalidade de facto, comunica-se já de certa forma ao estabelecimento como universalidade de direito. Essas situações jurídicas nascem do desempenho da função produtiva pelo estabelecimento, são situações ligadas à *exploração de certa actividade*. O estabelecimento constitui o que poderemos chamar uma «universalidade exploracional» — a sua unificação destina-se antes de mais a preservar uma exploração que unitariamente se exerce sobre aquela universalidade de facto. O estabelecimento, como universalidade de direito, aproxima-se assim da noção de empresa, sem com esta se confundir. Diríamos que o estabelecimento representa a tradução da vida da empresa no plano das situações jurídicas.

⁽¹⁾ Sobre a pertença da universalidade de direitos à teoria dos direitos, e não à teoria das coisas, cfr. Dias Marques, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra Editora, 1958, 351.

Muito mais haveria de dizer em fundamento destas afirmações. Mas será através do exame das vicissitudes do estabelecimento comercial que outros aspectos se revelarão, permitindo-nos dar resposta a algumas das interrogações que colocámos no início.

13. Surge um problema prévio, fundamental, que é o da determinação do âmbito do estabelecimento, em caso de negócio que a este se refira. Que bens devem ser o seu objecto? Que situações jurídicas estarão implicadas?

O grande princípio, aqui, é o da autonomia do titular. Assim como ele pode negociar o estabelecimento como universalidade de facto ou como universalidade do direito, assim ele pode também distrair deste os elementos que entender.

Recordemos que é típico das universalidades a possibilidade da dupla consideração dos seus componentes, *uti singuli* ou *uti universi*. O titular pode dispor dos elementos separadamente, liquidando se quiser o conjunto. Ainda que negocie *uti universi*, pode distrair do estabelecimento os elementos que entender, desde que não destrua a aptidão funcional do conjunto. A consideração universal estende-se ao processo civil, que admite a formulação de pedidos genéricos quando o objecto mediato da acção seja uma universalidade, de facto ou de direito (art. 471.º/1/a do Código de Processo Civil).

A distração de elementos singulares só não será possível quando regra específica o proíba na situação que previr.

Pertence ainda à autonomia privada determinar que os negócios recaiem apenas sobre o estabelecimento, como unidade realística que é o seu objecto — como universalidade de facto — ou que representem uma vicissitude de um complexo de situações jurídicas — que se refiram ao estabelecimento como universalidade de direito, portanto. Pode-se alienar apenas uma estrutura real, a maquinaria e elementos semelhantes, que podem não ter entrado sequer em laboração, como se pode ceder a exploração, por exemplo, tendo em vista um complexo muito mais vasto de situações jurídicas. Vários preceitos de lei — como os arts. 1889.º/1/c e 1938.º/1/f do Código Civil — englobam mesmo os dois entendimentos de *estabelecimento*, cabendo à autonomia privada determinar qual em concreto é relevante.

14. O problema permanece todavia para a hipótese de as partes nada terem estabelecido, ou terem-no feito incompletamente. Que situações jurídicas devemos entender que são abrangidos pelos negócios sobre o estabelecimento? Todas? Algumas? Ou os créditos, os débitos ou os contratos só serão adquiridos por terceiros nos termos gerais da cessão de créditos, assunção de débitos ou cessão do contrato?

Aparentemente, uma solução negativa seria de repelir, pois com isto se viria afinal a desfazer a unidade do estabelecimento, que é um alto valor económico-social e que, vimos já, a lei pretende justamente manter incólume nas vicissitudes ⁽¹⁾. Mas a doutrina nacional acaba por a adoptar ⁽²⁾, impressionada provavelmente com a consideração de que doutra maneira o adquirente poderia ter desagradáveis surpresas. No que respeita nomeadamente às dívidas, poderia ele amanhã ser surpreendido por avultado passivo com que não contava. Isto impediria que fugíssemos aqui das soluções atomísticas.

Tais soluções revelam-se porém impraticáveis. Já não é só a destruição da unidade do estabelecimento; ainda, se as situações jurídicas não acompanham este, chegaríamos frequentemente a puras impossibilidades de prestação. Que sentido teria dizer que a dívida resultante de um contrato de um fornecimento de chocolates se mantém com o alienante, quando este vender a fábrica de chocolate? Que sentido teria dizer que a obrigação de adquirir o combustível ou a matéria prima permanece com ele?

Na progressão, vemos que em numerosos casos o interesse do adquirente está justamente na aquisição daquelas situações jurídicas. Se ele quer adquirir, não elementos materiais estáticos, mas uma empresa em funcionamento, é-lhe indispensável a manutenção de todos os vínculos jurídicos que asseguram a «unidade exploracional». A esta luz, pareceria que a solução supletiva deveria

(1) Muito embora, como é normal em semelhantes valorações no Direito Privado, a lei as não pretenda sobrepor à apreciação pelas partes dos seus interesses.

(2) Cfr. por exemplo Fernando Olavo, *A Empresa e o Estabelecimento Comercial*, Lisboa, 1963, 37-38.

ser a da transmissão destes vínculos, e não a da sua permanência na titularidade do alienante.

15. Sempre que a lei refere o estatuto das situações jurídicas singulares perante as vicissitudes que atingem o estabelecimento, fá-lo em sentido favorável, e não desfavorável, à transmissão para o novo titular.

Podendo variar a técnica, dir-se-á que há como que uma presunção da transmissão dessas situações.

É muito importante o art. 118.º/§ 3.º do Código da Propriedade Industrial, relativo à marca: «o trespasse do estabelecimento faz presumir a transmissão da propriedade da marca, salvo estipulação em contrário». É a técnica da presunção que é verbalmente adoptada.

No que respeita às recompensas, a lei é ainda mais incisiva. O art. 135.º/§ único do mesmo Código diz-nos que, «salvo declaração expressa em contrário, entender-se-á que a transmissão do estabelecimento envolve a das recompensas».

Esta conexão mais acentuada encontra-se também no art.157.º/§ 1.º do mesmo Código, para o nome e a insígnia do estabelecimento: «A transmissão do estabelecimento abrange a do respectivo nome ou insígnia, que poderão continuar tal como estão registados, salvo se o transmitente os reservar para outro estabelecimento seu, presente ou futuro».

O máximo de aderência atinge-se numa situação que traça mesmo uma excepção significativa ao império da autonomia privada.

O art. 37.º da Lei do Contrato de Trabalho dispõe que os contratos de trabalho existentes se mantêm, em caso de transmissão do estabelecimento. Mas trata-se efectivamente de uma excepção. Fora disto, vigora o princípio da autonomia da vontade. O titular do estabelecimento pode pactuar livremente com o adquirente o âmbito a atribuir ao negócio que celebrarem.

Creemos todavia poder dizer que o princípio é o que aflora no art. 118.º/§ 3.º do Código da Propriedade Industrial, relativo à marca. Nos outros casos, a lei interveio porque quis agravar a situação comum, impondo uma ligação mais forte. Não havendo essa razão particular, o princípio é o de que se presume que as situa-

ções jurídicas englobadas no estabelecimento se transmitem. Isto com o esclarecimento, que adiante faremos, quanto ao âmbito destas situações.

16. Haverá outros interesses que desempenhem papel relevante na solução deste problema?

Os interesses dos credores pessoais, quer do alienante quer do adquirente, não nos parecem decisivos. Por um lado, serão habitualmente contrastantes, sem haver razão para considerar uns ou outros prevalentes. Por outro, não são homogêneos, pois consoante a natureza das dívidas, assim estarão interessados em que elas subsistam ou não: estarão interessados em princípio na transmissão das dívidas de exploração, como aquelas que referimos há pouco. Enfim, da lei nunca resulta a existência de uma tutela específica destes credores na hipótese de transmissão do estabelecimento. Restar-lhes-á, se se sentirem prejudicados, recorrer aos meios gerais de tutela do credor contra actos praticados em seu prejuízo. A consideração destes sujeitos não desempenha pois, aqui, função significativa.

Mas há outro interessado cuja posição devemos examinar especificamente. Referimo-nos à outra parte nas situações jurídicas em causa.

Qual a posição do credor do titular do estabelecimento? E qual a posição do devedor? Pode-lhes ser imposta a substituição do sujeito da relação jurídica? Ou tudo se passará segundo os princípios gerais reguladores destas vicissitudes?

Aqui, encontramos textos legais que devem ser examinados com cuidado.

O art. 1118.º do Código Civil prevê o trespasse do estabelecimento comercial. Permite «a transmissão por acto entre vivos da posição do arrendatário, sem dependência de autorização do senhorio, em caso de trespasse do estabelecimento comercial ou industrial».

Temos portanto que ao senhorio, outra parte numa situação jurídica englobada no estabelecimento comercial, pode ser imposta a substituição do locatário, em caso de negócio sobre o estabelecimento.

Esta regra representará uma excepção na ordem jurídica portuguesa?

17. Não o pensamos. Pelo menos dela devemos aproximar outras previsões, que não têm sido consideradas. Referimo-nos aos arts. 100.º e 145.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Dec.-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, alterado pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro).

Nos termos do art. 100.º/1, «o editor não pode, sem consentimento do autor, transferir para terceiros, a título gratuito ou oneroso, direitos emergentes do contrato de edição, *salvo se a transferência resultar de trespasse do seu estabelecimento*».

E o art. 145.º, relativo à produção fonográfica e videográfica, dispõe que «aquele com quem tiver sido contratada a fixação não pode, *salvo no caso de trespasse do estabelecimento*, nomeadamente por cisão, transferir para terceiro os direitos emergentes do contrato de autorização sem consentimento dos autores».

Portanto, temos uma disciplina generalizável. Na base, está a situação geral da inadmissibilidade de transferência da posição contratual para terceiros, sem autorização do autor. Mas em caso de trespasse a regra é a inversa: a posição contratual, que se integra no acervo do estabelecimento, transmite-se automaticamente para o adquirente deste. Transmitem-se os direitos como se transmitem as obrigações, independentemente de qualquer consentimento do autor.

É importante que isto se passe em matéria de Direito de Autor. O autor é uma entidade excepcionalmente protegida, na ordem jurídica portuguesa. Não obstante, a substituição da outra parte no contrato é-lhe imposta: outra pessoa passa a responder pelo cumprimento das obrigações, e a opor-lhe o exercício dos direitos. Se até o autor fica, perante as vicissitudes do estabelecimento, nesta situação de sujeição, por maioria de razão ficam quaisquer outras pessoas que entrem em relação jurídica com o titular do estabelecimento.

Vemos assim que, da própria lei, retiramos argumentos muito sólidos no sentido do carácter automático da transmissão das situações jurídicas, no silêncio das partes. Não é só o estabelecimento que é sempre previsto em globo, não é só a finalidade da lei a pre-

servação daquela unidade; pode ainda formular-se um princípio no sentido da imposição da transferência, à outra parte, das relações que existiam com o titular do estabelecimento.

18. Mas contra isto poderá invocar-se sempre o desconhecimento possível do adquirente, em relação ao passivo do estabelecimento. E pode invocar-se mesmo uma alteração legislativa recente, que provaria que as dívidas se não transmitem, em caso de alienação do estabelecimento.

O Dec.-Lei n.º 177/86, de 2 de Julho, acrescentou ao art. 1247.º do Código de Processo Civil um n.º 3, do teor seguinte: «No caso de o activo do falido compreender algum estabelecimento comercial, a venda incidirá, nessa parte, sobre a totalidade do estabelecimento, a não ser que não haja proposta satisfatória ou se reconheça vantagem na venda separada dos bens que o integram».

Deste dispositivo pode na verdade extrair-se a conclusão de que nem todo o passivo adere ao estabelecimento. Sendo o estabelecimento frequentemente o único elemento patrimonial penhorável do comerciante falido, teríamos o absurdo, a admitir que a alienação englobaria todo o passivo resultante da actividade do estabelecimento, de a lei mandar alienar globalmente uma unidade com mais passivo que activo, e inviabilizar a liquidação daquelas dívidas no próprio processo de falência. Mas isso é contraditório com o que o Código estatui, ao disciplinar a alienação em consequência da verificação do passivo — normalmente, justamente o passivo resultante da actividade do estabelecimento. Logo, podemos concluir que este não é seguramente integrado pela totalidade do passivo. Não haverá maneira de combinar estes dois aspectos, fugindo ao dilema de, ou admitir a transmissão automática de todas as situações jurídicas em que interveio o titular do estabelecimento, ou impor em todos os casos o consentimento da outra parte, ou mais genericamente, a consideração atomística das situações?

Supomos que há. Para tanto haverá que passar em revista todas as referências legais às situações jurídicas que integram o estabelecimento.

Não podemos deixar de ficar impressionados com uma constante. Todas estas situações jurídicas são funcionais — mais preci-

samente, exploracionais, na terminologia acima fixada. Estão ligadas à actividade do estabelecimento, à unidade de exploração que este representa. Assim acontece com o contrato de trabalho ⁽¹⁾, a firma ⁽²⁾, a marca ⁽³⁾, a relação locatícia ⁽⁴⁾, os contratos de edição e de fixação fonográfica e videográfica ⁽⁵⁾, e assim por diante. Até o art.118.º/§ 4.º do Código da Propriedade Industrial, não obstante a amplitude da sua referência a todo o activo e passivo, não deixa de ilustrar este apenas com elementos funcionais - «direito à locação, chave, nome, insígnia, clientela e outros valores». E este trecho não pode deixar de influenciar o entendimento do activo e do passivo referido no art. 603.º/i do Código de Processo Civil.

19. Na realidade, tendo a lei em vista a unidade de exploração — o art. 1085.º do Código Civil fala em transferir a exploração de um estabelecimento — são estas, e apenas estas, as situações constitutivas da unidade de exploração que o estabelecimento-universalidade de direito exprime. Só estas situações são funcionais, são a expressão e o suporte jurídico da exploração que se realiza. Delas se distinguem as situações cujo significado é meramente patrimonial. Ainda que geneticamente ligadas ao estabelecimento, estão funcionalmente desligadas dele. Assim acontece com todas as dívidas de preço, por exemplo. Sejam a favor ou contra o estabelecimento, resultem da aquisição de bens necessários à actividade produtiva ou da venda de bens finais, têm muita importância na apreciação da situação patrimonial; no ponto de vista funcional, não têm nenhuma. Um estabelecimento em processo de falência pode manter toda a aptidão que tinha anteriormente, e isto, aliás, impôs-se ao legislador ⁽⁶⁾.

(1) Art. 37.º da Lei de Contrato de Trabalho.

(2) Art. 24.º do Código Comercial.

(3) Art. 119.º do Código da Propriedade Industrial. Já referimos atrás, na mesma situação, o nome e a insígnia.

(4) Art. 1118.º do Código Civil. No n.º 2/b exclui-se o trespasse quando a transmissão não seja acompanhada da transferência, em conjunto, das instalações, utensílios, mercadorias ou outros elementos que integram o estabelecimento.

(5) Arts. 100.º e 145.º do Código Direito de Autor e Direitos Conexos.

(6) Cfr. o Dec.-Lei n.º 177/86, de 2 de Julho, art. 50.º, que aditou um n.º 3 ao art. 1247.º do Código de Processo Civil, impondo a venda do estabelecimento em globo.

As situações funcionais são por natureza aderentes ao estabelecimento. É absurdo presumir que se mantém na titularidade do alienante uma dívida cuja satisfação depende, por exemplo, da laboração do estabelecimento; tanto como o seria condicionar a transmissão do estabelecimento à extinção da dívida. Igualmente inadmissível seria só autorizar a transmissão do estabelecimento se não subsistisse nenhuma dívida. Como estas representam o dia a dia do estabelecimento, isso equivaleria a determinar que nunca se poderia operar a transmissão global. Pelo contrário: se o adquirente quer um estabelecimento em funcionamento, o seu interesse é o de que se mantenham; como o interesse da outra parte será normalmente o de que subsistam em relação ao adquirente.

20. Pode porém acontecer que o outro contraente sofra prejuízos com a transmissão. Não haverá nenhuma defesa, para ele, nesses casos?

A solução dada a este problema pelo Código Civil italiano interessa-nos muito particularmente como termo de comparação. É isto porque o art. 2558.º deste consagra a solução geral para a qual nos orientámos: «Se não for pactuado diversamente, o adquirente do estabelecimento sucede (*subentra*) nos contratos estipulados para o exercício do estabelecimento que não tenham carácter pessoal». Portanto, qualquer que seja a técnica adoptada, fica expresso o princípio da unidade do estabelecimento como complexo de situações jurídicas exploracionais.

Qual é então a defesa dada à outra parte do contrato? Dispõe-se em continuação no mesmo artigo: «O outro (*terzo*) contraente pode todavia eximir-se (*recedere*) do contrato, dentro de três meses a partir da notícia da transferência, se houver justa causa, salva neste caso a responsabilidade do alienante».

Esta a solução italiana. Mas aqui não a podemos seguir directamente, porque não resulta dos princípios gerais da ordem jurídica portuguesa. Temos de encontrar nesta os indícios que nos permitam determinar a solução que lhe corresponde.

Esses indícios encontram-se ainda no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

O art. 100.º/2, após estabelecer a imposição ao autor da transmissão das situações jurídicas, como vimos, dispõe que, se o

trespasse causar prejuízos morais ao autor, este tem o direito de resolver o contrato no prazo de seis meses a contar do conhecimento do mesmo trespasse, assistindo ao editor direito a indenização por perdas e danos. Esta disposição é aplicável à fixação fonográfica e videográfica, não obstante o silêncio do art. 145.º, dada a identidade fundamental de situações.

Poderá a previsão ser generalizada a todos os casos de imposição forçada de novo sujeito, na relação, à outra parte? Pareceira que sim, pois a resolução do contrato é um meio de defesa razoável quando essa substituição não autorizada trouxer prejuízos a quem contratou com o alienante. Mas há um elemento perturbador: o dispositivo em causa só menciona prejuízos morais.

Mesmo assim, pensamos que daqui se retira o regime aplicável. A previsão específica de prejuízos morais resulta, a nosso ver, do tipo de consequência previsto no final: «assistindo ao editor direito à indemnização de perdas e danos». É este tipo de consequência que só se verifica em caso de resolução fundada em prejuízos morais; não há já se a resolução se fundar em prejuízos materiais, pois o autor não é obrigado a sofrê-los, como veremos de seguida.

Porque agrava a lei assim a situação do autor que quer evitar prejuízos morais? Por influência do regime que o próprio Código estabelece para o direito de retirada, no art. 62.º. Aí se admite que o autor possa retirar a todo tempo da circulação obra divulgada ou publicada, e fazer cessar a respectiva utilização; mas impõe-se em contrapartida a indemnização dos prejuízos que a retirada causar. No art. 100.º considerou-se da mesma forma que a cessação do direito de utilização, fundando-se em considerações morais, devia dar ao utente direito de indemnização.

21. Certo ou errado, este raciocínio aplica-se apenas à resolução do contrato com fundamento em danos morais. Se houver danos patrimoniais, já o autor deve poder resolver o contrato sem contrapartida em qualquer indemnização. Com efeito, não se pode admitir que a outra parte agrave a situação do autor, causando-lhe prejuízos, derivados da transferência do direito de utilização. O autor não tem de sofrer prejuízos, e por isso pode resolver o contrato. Mas sendo assim, não tem por sua vez de indemnizar

os prejuízos que a resolução venha a causar ao editor, pois se o tivesse, o dever de indenmizar anularia a vantagem que o autor justamente procurara, pondo termo ao contrato para fugir aos prejuízos resultantes da transferência. Se o editor tem prejuízos com a resolução só a ele cabe suportá-los, por ter sido por sua iniciativa que foi agravada a condição do autor.

Daqui resulta que pensamos poder formular a regra básica da ordem jurídica portuguesa. As vicissitudes que recaiam sobre o estabelecimento podem ser opostas aos que têm com o respectivo titular vínculos exploracionais; mas se essas vicissitudes causarem prejuízo à outra parte, esta poderá resolver o contrato no prazo de seis meses, a contar do conhecimento das vicissitudes.

22. O sistema não fica completo se não dissermos uma palavra sobre a vinculação do disponente do estabelecimento comercial.

Continuará ele onerado pelas dívidas do estabelecimento? Ou fica liberado, uma vez que estas se integram na universalidade?

Mesmo admitindo a distinção das dívidas exploracionais e das comuns, ainda se poderá oscilar entre as duas soluções extremas. Mas ambas parecem oferecer fragilidades. Não se compreende que o alienante do estabelecimento continui vinculado por dívidas exploracionais, quando a causa destas está no próprio estabelecimento, e em geral só mediante aquela empresa poderão ser satisfeitas; mas compreende-se mal que o alienante encontre na alienação do estabelecimento um expediente fácil para liberação das responsabilidades em que incorreu.

Propõe-se um caminho intermédio. A natureza das dívidas — justamente por serem exploracionais — impõe que se transmitam com o estabelecimento, deixando de agravar o antigo titular. Mas não há motivo para a responsabilidade se extinguir. Para o alienante cessou o débito, mas não a responsabilidade. Continua responsável por tudo aquilo a que se vinculou na gestão do estabelecimento. Isto resulta da teleologia própria do estabelecimento comercial, que traz por natureza desvio aos princípios gerais.

Pode hoje basear-se argumento em contrário no art.11.º/2 do Dec.-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, que cria o estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Deste resulta, como vimos, a responsabilidade do alienante, se não houver observado

o princípio da separação patrimonial. Consequentemente, se esse princípio foi observado, nenhuma responsabilidade caberá ao alienante.

Pensamos que de facto assim é; mas é assim justamente por o E.I.R.L. ser um património autónomo. Transmitindo-o, o anterior titular perde em princípio todo o contacto com aquela massa de créditos e de débitos. Mas no estabelecimento comercial em sentido técnico não sucede o mesmo. O alienante separa uma massa de situações do seu património, sujeitando-as a uma vicissitude comum, mas havia nexos que porventura ligariam essas situações ao seu restante património. Por isso, a responsabilidade por essas situações não se quebra. Cessa o débito, pela própria natureza exploracional do estabelecimento; mas não há nenhum princípio geral que leve a pôr em causa a responsabilidade do alienante.

23. O que há que excluir portanto, por contraposição às situações jurídicas exploracionais? As situações jurídicas consolidadas, aquelas que têm significado meramente patrimonial. São dívidas que brotam da vida da empresa mas não têm nenhum significado para a exploração que com esta se pretende realizar. Valem como capital, como património, não como a estrutura jurídica em que a empresa assenta, no sentido nobre desta palavra.

Surgirão seguramente figuras de qualificação mais duvidosa, como os contratos de concessão de crédito para investimento, mesmo que não tenham contrapartida em garantias sobre bens integrantes do estabelecimento. Mas o núcleo das situações é perfeitamente determinável, por representar uma emanção da noção fundamental de *empresa*. O que a esta se referir é aglutinado e sujeito a regime específico. O que lhe for estranho cai no regime comum. Só se transmite ao adquirente do estabelecimento se as partes o pactuarem, nos termos gerais, não havendo nenhuma presunção de que assim aconteça.