



De
LEGIBUS

3



Julho de 2022



**ESTABELECIMENTO INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDADE LIMITADA – ALGUMAS
REFLEXÕES**

MANUEL NOGUEIRA SERENS



REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

ESTABELECIMENTO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – ALGUMAS REFLEXÕES*

MANUEL NOGUEIRA SERENS**

SUMÁRIO: I. Preliminar: Estabelecimento comercial e património do sujeito. Referência aos principais modos de qualificar o estabelecimento comercial (ou empresa): *i*) universalidade de direito comum, *ii*) universalidade de direito *sui generis* e *iii*) coisa composta funcional (número 1.). A diferença, em termos jurídico-dogmáticos, entre o estabelecimento comercial e o património do seu titular, sendo este uma pessoa humana (comerciante individual) ou uma pessoa jurídica (sociedade comercial) (números 2. e 3.). II. O caso do EIRL. As críticas feitas ao instituto; aspectos mais relevantes do seu regime; a diferença, em termos jurídico-dogmáticos, entre o estabelecimento comercial (impropriamente dito de “responsabilidade limitada”) e o património separado em cujo seio aquele foi organizado ou instituído e as consequências que advêm dessa diferença (número 4.). III. A quem cabe a *qualidade de comerciante* no caso do EIRL? As duas categorias de comerciantes expressamente referidas no art. 13.º do Código Comercial: *i*) *comerciantes-pessoas singulares* (número 1.) e *ii*) *comerciantes-pessoas jurídicas*, que são as *sociedades comerciais* (número 2.); existência de comerciantes que, sendo pessoas jurídicas, não são sociedades comerciais (os casos dos agrupamentos complementares de empresas, dos agrupamentos europeus de interesse económico e das cooperativas, que tenham por objecto a prática de actos de comércio) e existência de comerciantes que não são nem pessoas singulares, nem pessoas jurídicas (os casos da comunhão de empresa, da pré-sociedade e do “estabelecimento individual de responsabilidade limitada”) (número 5.).

RESUMO: A diferença, em termos jurídico-dogmáticos, entre o estabelecimento comercial (ou empresa) e o património do seu titular, sendo este um comerciante individual (art. 13.º, n.º 1.º, do Código Comercial) ou uma sociedade comercial (art. 13.º, n.º 2.º, do mesmo Código), afigura-se pacífica. No artigo cuida-se de averiguar se, no caso do (impropriamente) chamado “estabelecimento individual de responsabilidade limitada” (EIRL), pressupondo este a existência de um património separado, em cujo seio aquele foi organizado ou instituído, subsiste aquela mesma

* Destinado aos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Pinto Monteiro.

** Professor Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Lisboa e Investigador do Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (CEAD).

diferença entre ambos (*scilicet*: entre estabelecimento comercial e património). Objecto do artigo é também a questão de saber a quem cabe a qualidade de comerciante no caso do EIRL, sabendo-se que este, ou melhor, o património separado, em cujo seio ele foi organizado ou instituído, não goza de personalidade jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL); estabelecimento comercial e património do sujeito; património separado, qualidade de comerciante.

ABSTRACT: The difference, in legal-dogmatic terms, between the commercial establishment (or company) and the assets of its proprietor, whether the latter is an individual trader (Article 13(1) of the Commercial Code) or a commercial company (Article 13(2) of the same Code), seems to be pacific. The aim of this article is to determine whether, in the case of the (inappropriately) named “Limited Liability Individual Establishment” (EIRL), which presupposes the existence of a separate patrimony within which it has been organised or set up, the same difference between the two subsists (*scilicet*: between commercial establishment and patrimony). The subject of the article is also the question of who is a trader in the case of the EIRL, given that the EIRL, or rather the separate assets into which it is organised or set up, do not have legal personality.

KEYWORDS: Limited Liability Individual Establishment (EIRL); business establishment and subject’s assets; separate assets, status as a trader.

I. PRELIMINAR: ESTABELECIMENTO COMERCIAL E PATRIMÓNIO DO SUJEITO

1. Qualquer que seja a natureza jurídica que se entenda ser a sua – mais concretamente, quer o qualifiquemos como *universalidade de direito* (comum¹ ou *sui generis*²) ou como *coisa composta funcional*³ –, o estabelecimento

1 Nesse sentido, *vide*, por exemplo, Oliveira Ascensão, “Estabelecimento comercial e estabelecimento individual de responsabilidade limitada”, *ROA*, Ano 47, vol. I (1987), 15, *ID.*, *Teoria Geral do Direito Civil I*, (Lisboa, 1996), 370, Luís carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, (2.ª ed., Lex, Lisboa, 1995), P. Mota Pinto/Sandra Passinhas, “Posse e usucapião de estabelecimento comercial de farmácia”, *RLJ*, ano 146.º, n.º 4003, (Mar-Abr 2017), 222, e Heinrich Hörster/Eva Sónia Moreira da Silva, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., (Almedina, Coimbra, 2021), 215.

O Professor Ferrer Correia, nas suas *Lições de Direito Comercial* de 1956 (vol. I, 216), abraçava, sem reservas, a qualificação do estabelecimento comercial como *universalidade de direito*. Nas *Lições* de 1973 (vol. I, 229 s; na reimpressão dessas *Lições*, Lex, Lisboa, 1994, 132 s.), o ponto era abordado em termos dubitativos, como se infere da resposta que dava às seguintes interrogações sobre “a conceituação rigorosa do estabelecimento”: “Tratar-se-á de um conjunto de coisas entendido unitariamente? Tratar-se-á, pelo contrário, de uma coisa unitária, de natureza imaterial (*res incorporalis*)?”

Respondendo, o Mestre de Coimbra escreveu: “Não vamos tomar posição entre estas duas qualificações. Como sínteses explicativas da disciplina do estabelecimento, elas podem praticamente equiparar-se. Ambas, com efeito, pretendem traduzir a mesma ideia: a ideia de que o estabelecimento é, além de unidade económica, também uma unidade no sentido jurídico – *uma unidade jurídica objectiva* [Mário de Figueiredo, José Gabriel Pinto Coelho, Barbosa de Magalhães e Fernando Olavo eram os “nossos comercialistas mais autorizados”, citados por Ferrer Correia no mesmo sentido], e não apenas como unidade económica, que o estabelecimento comercial deve ser entendido. O Direito não se limita a ver as coisas em singular: vê o conjunto, o todo – como algo de distinto da mera pluralidade das partes componentes”; cfr. *Lições de Direito Comercial, Reprint* (volumes I, II e III), (Lex, Lisboa, 1994), 132-133.

2 Com esse entendimento, *vide* Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, vol. I, (Coimbra Editora, Coimbra, 2007), 294-295. Recusando expressamente a qualificação do estabelecimento como universalidade de facto (*ob. cit.*, p. 293), dele diz não ser também, em sentido próprio, uma universalidade de direito, em sentido próprio. “Estas – assim continua o Autor, citando Santos Justo –, de que é exemplo de escola a herança jacente, têm uma unidade conferida do exterior; ora, a empresa tem uma unidade própria, intrínseca e funcional, que existe antes e independentemente do tratamento que lhe é dado pelo direito. É certo que o direito trata o estabelecimento como uma unidade – mas limita-se a reconhecer a unidade que ele tem na realidade pré-normativa (ao passo que nas meras universalidades de direito a unidade não pré-existe à norma). Por isso, entendemos que o estabelecimento é uma coisa composta, que é uma universalidade de direito *sui generis*, que partilha o tratamento unitário de que são objecto as universalidades de direito, mas que vai para lá das características dessas coisas compostas. Com essa ressalva, não repugna que a empresa seja considerada genericamente englobada nas universalidades de direito. Esta classificação tem, no entanto, sobretudo efeitos de compreensão e enquadramento; relevante é apenas o consenso de que o estabelecimento comercial é uma coisa e de que é objecto de um tratamento jurídico unitário (...), e que o direito sobre a unidade prevalece sobre os direitos que têm por objecto cada um dos elementos que a compõem e pode ser distinto deles.”

3 A qualificação do estabelecimento ou empresa como universalidade de facto ou como universalidade de direito sempre contou com a oposição do Professor Orlando de Carvalho [cfr. “Estabelecimento, trespassse e mudança de destino”, separata da *RLJ*, ano 110.º, n.º 3592, (Coimbra, 1977), 9-10]. Em seu entendimento, sempre douto, a organização de factores produtivos, que o estabelecimento ou empresa é, exactamente porque é *concreta* – vem aqui ao caso lembrar a definição de estabelecimento

comercial não se confunde, em termos jurídico-dogmáticos, com o património do respectivo titular (em nosso juízo, é também assim no caso do chamado “estabelecimento individual de responsabilidade limitada” (doravante, EIRL), instituído pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, alterado pelos Decretos-Leis n.º 343/98, de 6 de Novembro, n.º 36/2000, de 14 de Março, n.º 76-A/2006, de 29 de Março, e n.º 8/2007, de 17 de Janeiro⁴ – e isto, note-se, mesmo que, por hipótese não inconcebível, o titular do estabelecimento não tenha, em certo momento que seja, no seu património outros bens (penhoráveis) afora o bem, que o estabelecimento é, e, consequentemente, os bens de que ele é feito⁵.

comercial, que era dada por Orlando de Carvalho: “*uma organização concreta de factores produtivos como ou enquanto valor de posição no mercado*” (cfr. M. Nogueira Serens, “As Directivas 77/187/CEE e 2001/23 CE e o âmbito mínimo do estabelecimento”, *De Legibus – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, N.º 1, 2013, p. 101) –, exige um complexo de elementos ou de meios em que a mesma radica e que a tornam reconhecível. Em continuação, o Autor escreveu: “Embora não possa reduzir-se a coisa ou coisas materiais – a algo que *cerni vel tangi potest* –, é, desta maneira, incidível de certos elementos externos, não sendo, pois, resolúvel num puro plano organizatório (apesar de consistir em uma organização) ou em valores de acreditação ou de fama – tais como a clientela, a freguesia, etc. (apesar de ser um valor de posição no mercado, como se disse). Trata-se, se quisermos, de um bem imaterial encarnado, *radicado num lastro material ou corpóreo*, que o concretiza e, concretizando-o, o materializa [no seu ensino oral, Orlando de Carvalho referia-se, amiúde, ao estabelecimento como uma *coisa composta funcional*; assim também em *Teoria Geral do Direito Civil*, (Coimbra Editora, Coimbra, 2012), 164]. Goza, por isso, de uma incorporabilidade *sui generis*, o que o distingue dos bens incorpóreos puros, como a obra de engenho, objecto do direito de autor – e que é a pura ideia *a se stante*” [cfr. *Direito das Coisas*, (Coimbra Editora, Coimbra, 2012), 144-145, nota 2].

Como vimos (penúltima nota), o Professor Ferrer Correia, referindo-se à qualificação do estabelecimento como universalidade de direito e como *res incorporalis*, concluía que uma e outra podiam praticamente equiparar-se, por isso que ambas pretendiam traduzir a mesma ideia, qual seja, a de que o estabelecimento é, além de uma unidade económica, também uma unidade no sentido jurídico – uma *unidade jurídica objectiva*. Acontece outro tanto em relação à qualificação do estabelecimento como universalidade de direito (comum ou *sui generis*) ou como coisa composta funcional, entendida à maneira de Orlando de Carvalho.

De toda a maneira, parece-nos que esta última qualificação traduz melhor o *modo de ser* do estabelecimento. A *organização*, que lhe é inerente, faz dele uma *estrutura tendencialmente fechada*, no sentido de que, para não ver afectado o seu valor, há-de manter-se nos limites da *combinação óptima*, da *selecção óptima* e da *complementaridade económica* (cfr. M. Nogueira Serens, “As Directivas 77/187/CEE e 2001/23/CE ...”, *De Legibus – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona de Ciências e Tecnologias*, cit., 101 s.), com tudo o que isso implica, desde logo, quanto à *quantidade* e à *natureza* dos bens (coisas simples) que o hão-de integrar. Diversamente, a *universitas iuris* – e o mesmo se diga para a *universitas rerum* – constitui uma *estrutura tendencialmente aberta*: o seu valor (entenda-se: o valor do todo) será tanto maior quanto maior for o número de bens que o compõem, não havendo que recuar sobre esse valor quando se agregam novos bens.

4 Cfr. *infra*, número 4.

5 Cfr. Ferrer Correia, *Lições*, 130, nota 1.

2. No caso de o titular do estabelecimento ser uma *pessoa humana*, quer dizer, tratando-se de um *empresário mercantil-pessoa singular*, o bem, feito de múltiplos bens, que o estabelecimento é, integra o *património geral* da pessoa humana em causa, e quer o esgote (no sentido ainda há pouco referido), quer não o esgote, o estabelecimento é *apenas* um bem no património dessa pessoa, não é o património dela.

Por ser apenas (via de regra: mais um) bem no património geral da pessoa humana sua titular, o estabelecimento e, conseqüentemente, os múltiplos bens que o compõem não estão adstritos à satisfação, ainda que tão-só de modo preferencial, das dívidas decorrentes da sua exploração (dívidas comerciais); para além de responderem por essas dívidas, também respondem, a par dos restantes bens do património do respectivo titular, por quaisquer outras dívidas deste – dívidas civis ou dívidas comerciais, provenientes da exploração de outro estabelecimento comercial ou isoladas⁶ –, sendo que esses outros bens do património do titular do estabelecimento respondem, também eles, em plano de igualdade, pelas dívidas decorrentes da sua exploração (da exploração do estabelecimento, entenda-se).

3. Quando se trata de um estabelecimento da titularidade de uma sociedade comercial – um *empresário mercantil-pessoa colectiva* –, a diferença jurídico-dogmática do bem, que o estabelecimento é, relativamente ao património da sociedade comercial em causa – e isto, reitere-se, mesmo na hipótese não inconcebível de esse património, em certo momento que seja, não integrar outros bens (penhoráveis) afora o estabelecimento e, conseqüentemente, os bens de que ele é feito – é ainda mais patente. Senão vejamos.

3.1. Como decorre do art. 5.º CSC, as sociedades comerciais, que não sejam constituídas por fusão, cisão ou transformação de outras, gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem.

6 Cfr. Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, 301.

a) Fora de toda a dúvida que, nessa data – e, até, antes dela, diga-se⁷ –, a sociedade é já titular de um património: um *património autónomo*, na terminologia comum, sendo certo que, no caso das sociedades por quotas e das sociedades anónimas, o seu património tem *autonomia perfeita*, ao passo que, nas sociedades em nome colectivo e nas sociedades em comandita, o respectivo património tem autonomia apenas *relativa* ou *parcial*. Ao dizer-se assim, pretende evidenciar-se que o património dos dois primeiros tipos societários (ditos de *capitais*) só responde e responde só pelas dívidas da sociedade – retenha-se: *por todas essas dívidas*, com excepção, é claro, das decorrentes de negócios jurídicos nulos (cfr. art. 6.º, n.º 2 e 3 CSC) e, por conseguinte, essas sociedades (as sociedade por quotas e as sociedades anónimas, entenda-se), no rigor dos princípios, *não são de responsabilidade limitada*; são antes sociedades cujos sócios têm responsabilidade limitada –, enquanto que o património das sociedades em nome colectivo e das sociedades em comandita (ditas *sociedades de pessoas*), conquanto só responda pelas dívidas da sociedade (cfr. a observação de há pouco), não é o *único* património a responder por essas dívidas: por elas também respondem os patrimónios dos sócios, nos termos do art. 175.º, n.º 1, segunda parte, CSC.

b) Da circunstância indefectível de a sociedade comercial ser titular de um património no momento em que se torna pessoa jurídica não decorre que, nesse momento, exista já um estabelecimento ou empresa que o integre. Pode mesmo dizer-se que as situações em que esses dois momentos não coincidem são as mais comuns.

Com efeito, na esmagadora maioria dos casos, os sócios constituem o *fundo patrimonial* (outra forma de dizer património inicial da sociedade) com entradas em dinheiro e/ou com entradas em bens diferentes de dinheiro (*entradas em espécie*, assim se diz), sendo que, quando fazem estas últimas entradas, o seu objecto não é, as mais das vezes, um estabelecimento ou empresa (o chamado *apport en société*). Tudo junto: a regra é que haja um tempo, que se segue à aquisição da personalidade jurídica pela sociedade – que pode não ir, é verdade, além de um *instante lógico*: realização das entradas em dinheiro cujo montante é logo utilizado para a compra de um

⁷ Cfr. *infra*, número 5.2., *sub b*).

estabelecimento a terceiro –, em que existindo património, falece a existência de estabelecimento ou empresa.

De resto, a mesma situação pode também ocorrer, em qualquer momento, da vida da sociedade. Disso nos dá conta o Professor Ferrer Correia⁸, que refere o caso da venda do estabelecimento social, sendo a soma assim obtida destinada à aquisição de outro, que veio a ser consumada mais tarde.

3.2. Às situações em que o património social não integra um estabelecimento, as quais situações bastariam, só por si, para evidenciar a diferença entre um e outro, junta-se aquela outra, que se verifica amiúde, e que atesta essa mesma diferença, em que, sendo o património social integrado por um estabelecimento, este último não esgota o primeiro.

É sabido que a capacidade de gozo das sociedades comerciais não é limitada pelo seu objecto, mas pelo seu fim, que é o lucro (art. 6.º, n.º 1, CSC), assim se postergando a teoria *ultra vires* (art. 160.º, n.º 1, do Código Civil). E, por ser assim, muitos poderão ser os negócios que, extravasando a actividade do respectivo estabelecimento ou, noutra forma de dizer, não compreendidos no objecto da sociedade (*v. gr.*, aplicações financeiras em valores mobiliários, aquisições imobiliárias), cuja validade é tida por incontestável. Em consequência de tais negócios, o património social passará a integrar bens para além do bem que o estabelecimento é, e, consequentemente, dos bens que o compõem, não havendo, pois, identidade entre um e outro, também em termos *quantitativos* (*materiais hoc sensu*).

3.3. Na hipótese não inconcebível de o património (perfeita ou parcialmente autónomo) da titularidade da sociedade não integrar, em certo momento que seja, outros bens (penhoráveis) para além do bem, que o estabelecimento é, e, consequentemente dos bens de que ele é feito, conquanto um e outro sejam *materialmente* idênticos, subsiste a sua diferença jurídico-dogmática.

⁸ Ferrer Correia, *Lições*, 130.

E, por conseguinte, em tal hipótese, a alienação do estabelecimento da sociedade, conquanto redunde na alienação de todas as relações patrimoniais da titularidade desta, não é havida como tal, ou seja, não é havida como uma alienação em bloco, *uno actu*, do património social, para cuja realização não existe, exactamente porque “não se trata de um objecto jurídico único ou universalidade”⁹, um tipo negocial próprio (“quem pretender alienar, por acto entre vivos, todas as suas relações patrimoniais tem de recorrer aos vários tipos negociais adequados à alienação de cada um dos elementos componentes do seu património, observando os requisitos necessários para cada um desses elementos (...)/ [O património] é, portanto, um conjunto atomístico de relações jurídicas e não uma unidade (...)”¹⁰.

Não se olvide, em todo o caso, que a alienação do estabelecimento da sociedade, não tendo esta no seu património outros bens (penhoráveis) afora o bem que esse estabelecimento é, e, consequentemente os bens de ele é feito, pode não redundar na alienação de todas as relações patrimoniais da titularidade da sociedade. E isto porque a transmissão do estabelecimento não tem que ser acompanhada de todos os bens de que ele é feito: condição necessária e suficiente, para que essa transmissão ocorra, é, sim, que se transmita o seu *âmbito mínimo*¹¹.

II. O CASO DO EIRL

4. Para além dos *empresários mercantis-pessoas humanas*¹² e dos *empresários mercantis-pessoas colectivas*¹³, a nossa ordem jurídica contempla, de forma expressa, a existência de *empresários mercantis-não pessoas humanas ou jurídicas*.

Estamos a referir-nos ao EIRL, instituído, como antes dissemos, pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto¹⁴.

9 Cfr. C. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro/P. Mota Pinto, 2.ª reimpressão, (Coimbra Editora, Coimbra, 2005), 346.

10 Cfr. *ob. cit.*, *loc. cit.*

11 Mais desenvolvidamente, *vide* M. Nogueira Serens, “As Directivas 77/187/CEE e 2001/CE...”, 101 s.

12 Cfr. *supra*, número 2.

13 Cfr. *supra*, número 3.

14 Cfr. *supra*, número 1.

4.1. Foram muitas e muito variadas as críticas que lhe foram feitas – pode até dizer-se que tudo serviu de pretexto para o *desacreditar* –, sendo que algumas delas foram mesmo impiedosas. Por nossa banda – *sotto voce* o dizemos –, estranhámos que os *arautos* do instituto alternativo, que era a *société unipersonnelle* – mormente, a sociedade unipessoal por quotas –, nada digam, por exemplo, sobre aquilo em que esta se tornou entre nós: “uma sociedade gorjeta de barbeiro”, por isso que o seu capital mínimo é 1 euro, e cuja firma pode bem ser a “Flor do Espanto, Unipessoal, Lda”; seria caso para perguntar quem em seu perfeito juízo optará por constituir um EIRL, em detrimento de uma SUQ, sabendo que o “capital mínimo” daquele não pode ser inferior a 5000 euros, dois terços dos quais hão-de ser em numerário, exigindo-se a sua liberação integral... E talvez também se devessem questionar por que razão o legislador francês, depois de ter optado pela sociedade unipessoal – *Loi n.º 185-697 du 11 juillet 1985 relative à l’entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l’exploitation agricole à responsabilité limitée* –, veio mais tarde também a adoptar o instituto do “*entrepreneur individuel à responsabilité limitée*” similar ao nosso EIRL...¹⁵.

4.2. Deixaremos aqui de lado o grosso dessas críticas. E avançaremos para a análise dos aspectos mais relevantes do instituto, cuja finalidade precípua é permitir a uma pessoa singular *arredar* o (*tradicional*) regime da *ilimitação* da responsabilidade pelas dívidas contraídas na exploração da sua empresa mercantil, cuidando de evitar que o *benefício* que assim lhe é dado desproteja iniquamente os terceiros, ou seja, os credores por essas dívidas e os credores por dívidas alheias a essa exploração (sendo essa a *ratio essendi* do instituto, admira que haja quem se admire com a circunstância de ele ser apenas *acessível* às pessoas singulares: art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 248/86; doravante, os artigos citados sem menção do respectivo diploma legal respeitam ao referido Decreto-Lei).

a) Como decorre do art. 1.º, n.º 2, a *conditio sine qua non* para que uma pessoa singular logre o referido objectivo é que ela *desafecte* do

15 *Loi n.º 2010-658 du 15 juin 2010*, recentemente alterada pela *Loi n.º 2019-486 du 22 mai 2019*; cfr. arts. L526-5-1 e L526-66 a Ç626-21 do *Code de commerce*.

seu *património geral* uma massa de bens (numerário, coisas ou direitos susceptíveis de penhora), no valor mínimo de 5000 euros (dois terços dos quais não-de ser em numerário; cfr. art. 3.º, n.ºs 2 e 3), tornando-se assim titular de um *património separado* – um património de *afecção especial*, sendo que, como ensinava Orlando de Carvalho¹⁶, “a afectação especial pode dar origem a um *património separado*, se, havendo sujeito deste e estando determinado esse sujeito, a afectação implica uma separação de certo activo seu (do respectivo património de afectação geral) para o adscrever a certo passivo (...); ou a um *património autónomo*, se não existindo ainda sujeito ou estando ainda indeterminado, se trata de um activo que convém manter especialmente adstrito a certo passivo não conhecido”; no caso do chamado “estabelecimento individual de responsabilidade limitada”, do que se trata é, pois, de um *património separado* –, com a consequente consagração (legal) de mais um caso em que se afasta o chamado princípio da unidade e da indivisibilidade do património (art. 601.º do Código Civil)¹⁷.

b) Essa *desafecção* – que não conduz, note-se, à instituição de uma pessoa jurídica¹⁸, o que não significa, porém, que o património separado, que assim se constitui, não tenha *subjectividade (capacidade) jurídica*¹⁹: a situação é análoga, nomeadamente, à da sociedade comercial na fase anterior ao registo definitivo do respectivo contrato (arts. 37.º a 39.º CSC)²⁰ e à da sociedade civil²¹ – constitui um acto jurídico unilateral, que deve ser reduzido a escrito, salvo se alguns dos bens objecto da desafecção determinarem, pela sua natureza, forma mais solene para a sua transmissão para

16 Orlando de Carvalho, *Teoria Geral* ... 163-164.

17 Sobre a teoria clássica do património, na qual assentam esses dois princípios, *vide*, criticamente, Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, reimpressão, (Almedina, Coimbra, 1997), 211 s.; sobre o conceito geral de separação de patrimónios, cfr., por todos, o mesmo Autor, *ob. cit.*, 217 s.; *vide* tb. *infra*, número 4.4.

18 Cfr., por todos, Oliveira Ascensão, “Estabelecimento comercial ...”, 10, e *Direito Comercial – Parte Geral*, I, (Lisboa, 1988), 319.

19 Cfr. *infra*, número 5.2., *sub c*).

20 Cfr. *infra*, número 5.2., *sub b*).

21 Cfr. *infra*, número 4.7., *sub a*), *cc*).

o património separado que se intenta constituir (art. 2.º, n.º 1)²². Caso existam bens desafectados, que sejam coisas ou direitos susceptíveis de penhora, o seu valor terá de ser determinado por revisor oficial de contas, nos termos do art. 3.º, n.º 7. Já no que respeita ao montante em numerário desafectado do património geral da pessoa singular que intenta constituir o património separado – que já sabemos ser elemento indefectível desse património –, exige-se o seu prévio depósito (há menos de três meses) numa instituição de crédito à ordem dessa mesma pessoa singular, deduzido o montante aproximado dos impostos ou taxas a cujo pagamento haja lugar em virtude da constituição do património separado (art. 3.º, n.ºs 4 e 5). A conta bancária, assim criada, só pode ser movimentada após o registo definitivo do acto constitutivo do património separado (art. 3.º, n.º 6), ficando, porém, o seu titular livre de dispor das quantias depositadas acaso esse registo não seja requerido no prazo de três meses a contar da data do depósito (art. 3.º, n.º 6).

c) O acto constitutivo do património separado (ou de *afecção especial*) está sujeito a registo comercial e a publicação (art. 5.º: o n.º 1 enumera os documentos que hão-de instruir o respectivo pedido; o n.º 2 consagra o princípio da oficiosidade da publicação), e, em princípio, apenas cobra eficácia em relação a terceiros a partir da data em que essa publicação ocorra (art. 6.º). Resta dizer, neste ponto, que o titular do património separado responde, nos termos gerais, perante qualquer interessado pela inexactidão e deficiência das indicações e declarações prestadas com vista à respectiva constituição (*vide* art. 7.º, que fornece exemplos de situações em que há lugar a essa responsabilidade).

4.3. Como por certo se percebeu pelo modo como nos referimos aos arts. 1.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 248/86, que compõem o seu capítulo I, intitulado “Constituição”, em nossa opinião, o que a pessoa singular *constitui*, para beneficiar da limitação da responsabilidade, não é um estabelecimento com o mesmo qualificativo; o que essa pessoa constitui é, sim, um *património separado* – os referidos artigos têm, pois, de ser assim entendidos – em cujo seio

²² Sobre os *elementos mínimos* do acto de constituição, cfr. art. 2.º, n.º 1.

passará a existir um estabelecimento comercial, se o titular desse património consumir, é claro, a intenção revelada no acto da sua constituição (no acto de constituição do património separado, entenda-se). Tem, pois, razão o Professor Oliveira Ascensão quando afirma: “O estabelecimento individual de responsabilidade limitada é património autónomo, mas não é estabelecimento comercial, em sentido próprio; este último, pelo contrário, não é património autónomo, pois não responde em particular por certa categoria de dívidas”²³.

a) A diferença, que vimos existir, entre o património (perfeita ou parcialmente autónomo) da sociedade comercial, no momento em que esta se torna pessoa jurídica (art. 5.º CSC) – em tal momento, existindo necessariamente património, na maioria dos casos não existirá estabelecimento²⁴ – afirma-se igualmente aqui: estando já constituído o património separado, em termos de produzir efeitos em relação a quaisquer terceiros (art. 6.º), por banda de uma pessoa singular, com a finalidade de beneficiar da limitação da responsabilidade pelas dívidas decorrentes da exploração de um determinado estabelecimento comercial, muitos hão-de ser os casos em que falece a existência deste – esses casos serão, afinal, todos aqueles em que, entre os bens objecto de desafecção, não se conta um estabelecimento comercial²⁵.

b) Na hipótese, que nos parece ser legalmente admitida – atente-se nos dizeres do n.º 1 do art. 1.º: “Quem *exerça* ou pretenda exercer (...)” –, de o património separado integrar *ab initio* o estabelecimento comercial, que era parte do património geral da pessoa singular que constitui aquele património – acontecendo assim, existirá um *trespasse* desse estabelecimento (analogia com o chamado *apport en société*) –, o momento em que existe o património separado e o momento em que existe estabelecimento não estão separados no tempo. Porém, não é líquido que um e outro sejam *materialmente idênticos*.

Tudo dependerá do modo como se conceba a “parte em numerário”, cuja afectação ao património separado é obrigatória (art. 3.º, n.º 3). Quem nela

23 Cfr. Oliveira Ascensão, “Estabelecimento comercial ...”, 11.

24 Cfr. *supra*, número 3.1., *sub b*).

25 Cfr. Oliveira Ascensão, “Estabelecimento comercial ...”, 12.

vir (mais) um elemento do lastro ostensivo – (mais) um utensílio empresarial, na terminologia por nós já antes usada – do estabelecimento objecto de transmissão concluirá não haver diferença material entre este e o património separado, no qual se inclui. A conclusão diferente chegará, é claro, quem exclua, no caso em concreto, a referida “parte em numerário” do rol dos bens do lastro ostensivo do estabelecimento transmitido.

Não tomaremos aqui posição sobre este ponto. Deixaremos apenas dito o seguinte: mesmo que se houvesse de concluir no sentido da identidade material entre património separado e estabelecimento, na situação em apreço, por sobre essa sua identidade estaria sempre a sua diferença jurídico-dogmática – uma diferença que também se afirmará, note-se, na hipótese não inconcebível de, no decurso da *vida do estabelecimento*, não existirem no património separado que ele integra outros bens (penhoráveis) afora o bem, que o estabelecimento é, e, consequentemente, os bens de que ele é feito.

4.4. Pode dizer-se, parafraseando Manuel de Andrade²⁶, que a pessoa singular, que constitui um património separado, nos termos antes referidos, para organizar no seio dele um estabelecimento comercial, *constrói* uma espécie de *compartimento quase estanque*, adentro do seu património geral. O porquê do *quase* ver-se-á já a seguir.

a) Em princípio, e como se infere do art. 10.º, n.º 1, os bens que integram o património separado, em cujo seio foi organizado um estabelecimento comercial *só* respondem pelas dívidas decorrentes da exploração desse estabelecimento – respondem, note-se, *todos bens* que integram esse património, e não apenas aqueles deles que constituem o lastro ostensivo do estabelecimento ou, noutra forma de dizer, já antes usada, que constituem utensílios empresariais. [O regime das dívidas decorrentes da exploração do estabelecimento comercial organizado no seio de um património separado, constituído por uma pessoa singular com essa finalidade, é em tudo idêntico ao regime das dívidas decorrentes da exploração do estabelecimento comercial do empresário-pessoa colectiva (*scilicet*: sociedade comercial), organizado no seio da património autónomo cuja titularidade lhe cabe: em ambos os casos

26 Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 219.

a responsabilidade por essas dívidas não se cinge aos bens do estabelecimento, sendo que estes bens não respondem apenas por essas dívidas.]

Ademais, agora por inferência do art. 11.º, n.º 1, e sempre em princípio, com a constituição do património separado, em cujo seio organiza um estabelecimento comercial, a pessoa singular obsta a que pelas dívidas decorrentes da exploração desse estabelecimento (nos dizeres da lei, dívidas resultantes de actividades compreendidas no objecto desse estabelecimento: art. 11.º, n.º 1) sejam chamados a responder os bens do seu património geral: essas dívidas são unicamente garantidas pelos bens que integram o património separado.

b) A *estanqueidade* do compartimento *construído* pela pessoa singular adentro do seu património geral, por via da constituição de um património separado (ou de afectação especial), com a finalidade de no seio dele organizar um estabelecimento comercial, apresenta, porém, *brechas* (e daí termos dito, parafraseando Manuel de Andrade, tratar-se de um “compartimento *quase estanque*”).

aa) Por um lado, e como decorre do art. 11.º, n.º 2, o titular do património separado, em cujo seio foi organizado um estabelecimento comercial, responderá (também) com os bens que integram o seu património geral pelas dívidas resultantes da exploração desse estabelecimento (e por outras eventuais dívidas que gravem o património separado), contanto que se prove que, na gestão deste, não foi devidamente observado o princípio da separação patrimonial (*desconsideração* do instituto da separação de patrimónios, dado o *uso indevido* que dele é feito, que apenas tem lugar, note-se, “em caso de falência do titular [do património separado] por causa relacionada com a actividade exercida [no estabelecimento comercial que integra esse património]”; a solução é homóloga à do art. 84.º CSC: *desconsideração da personalidade jurídica* da sociedade comercial supervenientemente unipessoal, tida por indispensável para desconsiderar a autonomia do respectivo património, sendo ela perfeita²⁷).

Ocioso dizer que esta *brecha*, que consiste em fazer com que os bens que integram o património separado, em cujo seio foi organizado um estabelecimento comercial, não sejam os únicos a responder pelas dívidas decorrentes da exploração desse estabelecimento, não é da essência desse património:

²⁷ Cfr. *supra*, número 3.1., *sub a*).

decorre, sim, de uma *vicissitude*, que é o *comportamento abusivo* do titular desse património.

bb) Por outro lado, olhando para o art. 10.º, n.º 1, dele resulta que os credores do titular do património separado, em cujo seio foi organizado um estabelecimento comercial, por dívidas alheias à exploração desse estabelecimento (e por outras eventuais dívidas que não gravem aquele património) não têm necessariamente de se bastar com o património pessoal (ou de afectação geral) do seu devedor. Na execução movida contra este, uma vez provada a insuficiência desses bens, os referidos credores, conquanto não possam penhorar concretos bens do lastro ostensivo do estabelecimento ou, existindo eles, outros concretos bens que integram o património separado, poderão – assim se lê no art. 22.º *in fine* – “penhorar o estabelecimento”.

Em nossa opinião, estes dizeres da lei carecem de correcção: possível objecto de penhora, no caso em apreço, não é o estabelecimento comercial, enquanto bem, composto de múltiplos bens, mas deles distinto, é, sim, *o próprio património separado enquanto universalidade de direito*²⁸. Consequentemente, no caso de a execução movida por um dos credores, digamos, *peçoais*, do titular desse património, nos termos do art. 22.º, culminar em venda judicial, esta tem por objecto esse património, e não o estabelecimento comercial nele integrado, o que é sobremaneira relevante para efeitos de transmissão das dívidas decorrentes da sua exploração²⁹. Verificando-se a impossibilidade dessa venda, o que entra imediatamente em liquidação³⁰, no quadro deste nosso entendimento, é, pois, o património separado, que pode culminar ou não no *desmembramento* do estabelecimento³¹.

4.5. À semelhança do art. 22.º, também os dizeres do art. 21.º, n.º 1, carecem de correcção: a transmissão definitiva por acto gratuito ou oneroso e a transmissão temporária, permitidas pelo preceito, respeitam ao património

28 “Combinação pertinencial de relações jurídicas”: Orlando de Carvalho, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 164.

29 Cfr. *infra*, número 4.6., *sub a)*, *cc*).

30 Cfr. art. 24.º, alínea *d*).

31 Cfr. art. 30.º, n.º 1, alínea *c*).

separado, não ao estabelecimento organizado no seio desse património; e o mesmo se diga quanto ao objecto do usufruto e do penhor, igualmente permitidos pelo preceito.

a) Ocorre lembrar que o estabelecimento é visto, desde há muito, como um bem (coisa) no tráfico, susceptível, pois, de constituir objecto de negócios. Muitos desses negócios, implicando a transmissão definitiva da propriedade do estabelecimento (*v.gr.*, compra e venda, troca, dação em cumprimento, *apport en société*, doação) são comumente referidos sob o vocábulo *trespasse*. Entre os negócios mais comuns, que têm por objecto o estabelecimento, e por efeito a sua transmissão temporária, conta-se a locação (negócio oneroso) – que constitui, diga-se, um negócio diferente do da (con)cessão de exploração (negócio, também ele, oneroso): na locação, a gestão e a exploração do estabelecimento passam para o locatário, e são por este feitas em seu nome e por conta própria; na (con)cessão de exploração, o (con)cessionário assume a gestão e a exploração do estabelecimento (con)cedido, mas uma e outra, pese embora ocorrerem por conta própria, são feitas em nome do (con)cedente³² –, nada obstando, porém, a que ele seja objecto de comodato (negócio gratuito).

Por outro lado, é também há muito pacífico que sobre o estabelecimento pode constituir-se um usufruto ou um penhor (direitos reais limitados).

O art. 21.º, n. 1, para ter valia normativa, não pode, pois, ser entendido no sentido de que, referindo-se ao “estabelecimento individual de responsabilidade limitada” como possível objecto de negócios (onerosos ou gratuitos) e de direitos reais limitados de gozo (usufruto) e de garantia (penhor), se refere ao estabelecimento comercial, organizado no seio de um património separado adrede constituído. Do que se cuidou no preceito foi, sim, afastar as eventuais dúvidas sobre a possibilidade de negociação definitiva ou temporária, onerosa ou gratuita, da *universalidade de direito*, que esse património separado constitui, bem como sobre a possibilidade de sobre ela ser constituído um usufruto ou o penhor.

b) Este nosso entendimento do referido preceito não significa, contudo, que o estabelecimento comercial, organizado no seio de um património

32 Cfr. M. Nogueira Serens, *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, (Almedina, Coimbra, 2007), 1167 s.

separado, para o efeito constituído por uma pessoa singular, não possa ser objecto de *negociação autónoma*, nomeadamente, objecto de um contrato de compra e venda ou de outros negócios que impliquem a transmissão da sua propriedade. O regime da alienação do estabelecimento, assim realizada, difere, porém, do regime da alienação do próprio património separado, enquanto universalidade de direito, do qual o estabelecimento alienado faz parte, em particular no que respeita à transmissibilidade das dívidas³³.

c) Como vimos³⁴, muitos poderão ser os casos em que, estando constituído válida e eficazmente o património separado (arts. 1.º a 7.º), não existe ainda no seio dele um estabelecimento comercial – o estabelecimento comercial cuja exploração se intenta com a constituição desse património.

Entendendo-se o art. 21.º, n.º 1, no sentido por nós antes defendido, ou seja, considerando que o objecto das transmissões e dos direitos reais limitados nele previstos é o património separado enquanto universalidade de direito, a circunstância de não existir ainda estabelecimento comercial, organizado no seio desse património, não obsta a essas transmissões ou à constituição daqueles mesmos direitos. O princípio será: tudo o que o titular do património separado pode com ele fazer enquanto universalidade de direito, existindo no seu seio o estabelecimento comercial, pode ser por ele feito, faltando este.

4.6. Ocorrendo a negociação do estabelecimento, mormente em se tratando do seu trespasse (*scilicet*: de um negócio *inter vivos* que tem por objecto o estabelecimento e por efeito a transmissão definitiva da sua propriedade), as partes podem proceder à sua *poda*, excluindo do âmbito da transmissão (ou, se se preferir, do *âmbito de entrega*) bens do seu lastro ostensivo (factores produtivos e utensílios empresariais seriam outras formas de dizer). Essa *liberdade de exclusão* das partes confronta-se, contudo, com um *limite infranqueável*, que é o *âmbito mínimo* desse concreto estabelecimento, ou seja, não pode abranger bens do seu lastro ostensivo – que, eventualmente, pode ser um só: a firma, a marca, o logótipo, o local, o alvará de funcionamento, são

33 Cfr. *infra*, número 4.6., *sub a*), *cc*).

34 Cfr. *supra*, número 4.3., *sub a*).

apenas exemplos – indispensáveis para *sensibilizar, transportar e identificar* o respectivo valor de posição no mercado.

Ultrapassado esse limite ou, se se preferir, desrespeitando esse âmbito, objecto de negócio já não é o estabelecimento em causa – que foi *destruído*³⁵ –, mas antes os bens do lastro ostensivo que dele restaram (lembre-se que estes bens têm uma *individualidade jurídico-económica*, que é *anterior* ao próprio estabelecimento, o que vale por dizer que têm *vida jurídico-económica própria*: são bens a *se standibus*³⁶). [Num modo de falar figurado, poder-se-ia dizer que, no quadro da sua negociação, o estabelecimento *se assemelha* a uma árvore: a possibilidade de poda desta e daquele não sofre contestação. Mas, do mesmo jeito, que a poda (*excessiva e desordenada*) de uma certa árvore pode levar à sua destruição, transformando-a num “monte de toros”, assim também a “poda” (*excessiva e desordenada*) de um certo estabelecimento o pode destruir, transformando-o num “monte de bens” do respectivo lastro ostensivo.]³⁷

a) Dificilmente se concebe que todos os bens do lastro ostensivo de um estabelecimento, depois da sua entrada em funcionamento, integrem o âmbito mínimo desse estabelecimento, ou seja, que todos esses bens sejam necessários para o *sensibilizar, transportar e identificar*: como nos diz a “lei tendencial”, a entrada em funcionamento do estabelecimento, com a conseqüente emergência de *valores de exploração* (crédito, clientela, fama e bom nome) – uma espécie de *reflectores* particularmente qualificados, da *capacidade lucrativa* ou *reditícia* desse mesmo estabelecimento –, faz com que o seu valor como ou enquanto valor de posição no mercado *tenda a desprender-se* do acervo de bens que constitui o seu *lastro ostensivo*, sendo que, na sua formulação positiva, essa mesma lei nos diz que, *quanto mais* um estabelecimento funciona, de *menor número* de valores do seu lastro ostensivo precisa para se afirmar como valor de posição no mercado (o *âmbito mínimo* constitui, afinal, o *limite à chegada* desta lei: um estabelecimento, *por mais que tenha funcionado, nunca*

35 Cfr. Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, 306.

36 Orlando de Carvalho, “Alguns aspectos da negociação da empresa”, in *Direito das Empresas*, (Coimbra Editora, Coimbra, 2012), 126.

37 Mais desenvolvidamente, *vide* M. Nogueira Serens, “As Directivas 77/187/CEE e 2001/23/CE ...”, 101 s.

se reconduz aos seus valores de exploração, carece sempre de um mínimo de elementos do seu lastro ostensivo que o *sensibilizem* (o estabelecimento não é uma pura ideia), *transportem* (de uma esfera jurídica para outra esfera jurídica) e *identifiquem* (tornem possível dizer que, apesar das alterações ocorridas na sua titularidade e, até, na sua composição, o estabelecimento é o mesmo)³⁸.

Existindo, como é de regra, bens do lastro ostensivo do estabelecimento, cuja negociação se intenta, que não integram o seu âmbito mínimo, as partes são livres de os *excluir* ou de os *incluir* nessa concreta negociação. Por outras palavras: há bens do lastro ostensivo do estabelecimento que *só não se transmitem se forem excluídos da negociação*, havendo outros que *só se transmitem se forem nela incluídos*, sendo que, em ambos os casos, a vontade das partes é determinante. Fala-se, a este propósito, de dois outros âmbitos de entrega do estabelecimento: o *âmbito natural* e o *âmbito máximo* ou *convencional*.

aa) É claro que se as partes discriminarem, sem falhas, todos e cada um dos bens do lastro ostensivo, para assim os englobarem na negociação, a distinção entre âmbito natural e âmbito máximo carece de utilidade: tudo o que havia para transmitir foi transmitido, não havendo, por conseguinte, nem exclusões nem inclusões adrede estipuladas.

Essa há-de ser, porém, uma hipótese raríssima. Na verdade, bem mais frequente é a hipótese em que, negociando-se o estabelecimento, não se faz qualquer menção aos elementos do seu lastro ostensivo envolvidos nessa concreta negociação; e ainda mais frequente é a hipótese em que é feita uma enumeração exemplificativa dos elementos transmitidos³⁹. Em ambas estas outras hipóteses, o estabelecimento é negociado no seu *âmbito natural*⁴⁰.

Cassiano dos Santos, em resposta à pergunta, que ele próprio formula, “Como se determina este âmbito?”, responde-lhe assim: “O âmbito natural envolve um juízo duplo, concreto e abstracto. O ponto de partida é o conjunto de elementos que compõem o estabelecimento em causa. Na medida em que, na empresa, a unidade prevalece sobre a multiplicidade, e a agregação dos vários factores numa mesma organização traz ao universo jurídico um

38 *Ibidem*, 102 s.

39 Como assinala Cassiano dos Santos, *Direito Comercial...*, 308: “... é sempre por interpretação que se conclui sobre a natureza da enumeração”.

40 Cassiano dos Santos, *Direito Comercial...*, 308 e 309.

bem novo que é o estabelecimento, quando este é transmitido o princípio é o de que o negócio envolve todos os elementos que nele estão integrados, *com excepção daqueles para cuja transmissão a lei exige uma convenção específica* – este é o âmbito natural”. Mais adiante, o mesmo Autor – depois de sublinhar que “o âmbito natural se reporta aos elementos, que são factores produtivos, tal como existem no concreto estabelecimento (quer dizer, com o direito que o titular deste detém sobre eles), e que, portanto, *em rigor, não são os elementos em si mesmos que são objecto de transmissão mas os direitos ou títulos sobre eles ou as posições jurídicas deles emergentes* (o direito de propriedade ou o contrato de locação, por exemplo, e não os bens sobre que incide a propriedade ou a locação) – acrescenta: “O fundamento da transmissão natural é (...) a natureza especial do estabelecimento como bem: sendo ele composto por múltiplos elementos, mas sendo essencialmente uno, a negociação dele que tome como referência o ‘estabelecimento’ deve envolver em princípio todos os elementos que integram o concreto estabelecimento – excepto se é a própria lei que os destaca, em ordem à transmissão, impondo uma menção específica”⁴¹.

bb) Pertencem ao *âmbito natural*, consoante o concreto estabelecimento (*scilicet*: se nele existirem): (i) os *direitos obrigacionais* sobre coisas imóveis (contratos de arrendamento) e sobre coisas móveis corpóreas (contratos de *leasing*) e incorpóreas (contratos de licença de direitos de propriedade industrial); (ii) os *direitos reais* sobre coisas móveis corpóreas (máquinas, mercadorias, matérias-primas, móveis e utensílios) e incorpóreas (marcas e logótipos, excepto se dumas e doutros constar o nome ou a firma do alienante do estabelecimento, recompensas, patentes, modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais); (iii) as posições contratuais; (iv) os créditos e os débitos impuros.

A pertença destes vários elementos ao âmbito natural significa, já o sabemos, que, existindo eles no estabelecimento objecto de negócio, a sua transmissão não reclama dos contraentes outra manifestação de vontade que não seja a respeitante à celebração do negócio em causa. Problema diferente – e como adverte Cassiano dos Santos⁴² – é o da eficácia da transmissão de alguns

41 Cassiano dos Santos, *Direito Comercial...*,309; sublinhados nossos.

42 *Ibidem*, 306.

desses elementos relativamente a certos sujeitos (o proprietário-senhorio, o proprietário-locador financeiro, o proprietário-licenciante dos direitos de propriedade industrial, o credor, o devedor, etc.).

cc) Ao âmbito natural contrapõe-se o *âmbito máximo* ou *convencional*. Compõem este outro âmbito (de entrega) todos aqueles elementos para cuja transmissão a lei, por disposição específica ou por força dos princípios gerais que fluam do ordenamento jurídico, exige uma convenção (uma estipulação contratual *ad hoc*) especialmente dirigida a esse efeito. Por regra (na falta de menção em contrário), esta convenção pode ser tácita – é o que decorre do art. 217.º do Código Civil⁴³.

É esse o caso do *direito à firma* (cfr. art. 44.º, n.º 1, *in fine*, do Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de Maio; já era assim, note-se, na vigência do art. 24.º CCom) – assim se explica que a marca e o logótipo integrem o âmbito máximo ou convencional se deles constar a firma do alienante do estabelecimento. Pertencem também ao âmbito máximo ou convencional os *direitos reais sobre imóveis* (designadamente, o direito de propriedade). Este entendimento, que sempre foi o de Orlando de Carvalho, continua a ser defendido por Cassiano dos Santos, que o justifica do seguinte modo: “(...) resulta do nosso ordenamento jurídico-privado um princípio segundo o qual [os direitos reais sobre imóveis] não se transmitem sem uma declaração especificamente dirigida à sua transmissão, ainda que, nos termos gerais, ela possa ser tácita (cfr., respectivamente, os arts. 1316.º e 1317.º e arts. 408.º e 409.º do CCiv e o art. 217.º do mesmo Código) – mas a declaração da qual se deduz tem que revestir a forma exigida para a transmissão do direito”⁴⁴.

A recusa de uma transmissão dos direitos reais sobre imóveis, *implícita* na transmissão do estabelecimento de cujo lastro ostensivo esses direitos são parte, estende-se às *dívidas* (*débitos puros*, aos quais não corresponde no momento da negociação do estabelecimento qualquer contraprestação: uma dívida a um banco, decorrente de um empréstimo, ou uma dívida a um fornecedor, resultante de um fornecimento já efectuado por este). Vale isto por dizer que as dívidas com essa característica, as quais, integrando o lastro

43 Cfr. *Ibidem*, 311.

44 Cfr. Cassiano dos Santos, *Direito Comercial...*, 311.

ostensivo do estabelecimento, são objectivamente *desvalores* – ainda que, porventura, possam transportar um valor, ao radicar a relação com um certo credor (pode ter *grande valor* dever um euro a um magnata do comércio ou da indústria, no qual o estabelecimento opera...) –, não podem ser assumidas (pelo adquirente) de modo implícito.

A sua transmissão, no quadro da negociação do estabelecimento, pressupõe, pois, uma específica convenção ou uma vontade *ad hoc* do adquirente, ficando a eficácia dessa transmissão relativamente ao(s) credor(es) sujeita ao regime constante do art. 595.º do Código Civil (aplicável por *analogia*: não existe, no caso da negociação do estabelecimento, transmissão singular de dívidas; a sua transmissão ocorre, sim, enquanto elementos da organização que o estabelecimento é⁴⁵).

b) Não pode excluir-se que a negociação do estabelecimento enquanto bem diferente dos múltiplos bens que o compõem reclame a transmissão de relações jurídicas existentes entre (determinados) trabalhadores e o alienante do estabelecimento em causa, exactamente porque essas relações fazem parte do seu âmbito mínimo. Mas, e como é evidente, só será assim nos *estabelecimentos pessoais*⁴⁶. E, mesmo dentro destes, raros hão-de ser os casos em que a definição do âmbito mínimo do estabelecimento passa por aí (como disse G. Clemenceau, “os cemitérios estão cheios de pessoas insubstituíveis”...).

A verdade, porém, é que, não obstante a transmissão das relações jurídicas existentes entre os trabalhadores e o titular do estabelecimento ou, o que vai dar ao mesmo, a transmissão dos contratos de trabalho só muito raramente ser indispensável para se poder concluir no sentido da existência de um negócio sobre o estabelecimento, essa transmissão nunca pode ser excluída pelas partes desse negócio (translativo da titularidade do estabelecimento, a título definitivo ou temporário) e, até há pouco, impunha-se inelutavelmente aos trabalhadores – o que deu azo a que se escrevesse que assim se convertia, de algum modo, o trabalhador num componente do estabelecimento (usando uma imagem, por cuja crueza

45 Cfr. *Ibidem*, 314.

46 Cfr. Orlando de Carvalho, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, (Coimbra, 1967), 297-300.

pedia perdão, o Autor era tentado a dizer numa “peça da mobília”), exposto à sorte deste⁴⁷.

Não se contesta o bem fundado desta asserção. Importa, porém, ter presente que foi a opção do legislador, que já não é de agora, de *cercear* a autonomia das partes de um negócio sobre um estabelecimento, por isso que lhes *impõe* a transmissão dos contratos de trabalho em conjunto com a transmissão (temporária ou definitiva) do estabelecimento – e daí falar-se de um *âmbito imperativo-legal* da transmissão (e não do estabelecimento, note-se) –, que a tornou possível. E é claro, a todas as luzes, que essa imposição serve primordialmente os interesses dos trabalhadores, assegurando-lhes que o seu emprego não será posto em causa por haver mudança na titularidade do estabelecimento e, conseqüentemente, alteração da identidade do seu empregador. Decorre isto hoje do art. 285.º do Código do Trabalho, para cuja interpretação releva a vastíssima jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a propósito das Directivas 77/187/CEE e 2001/23/CE⁴⁸.

Os Autores, que antes censuravam, ainda que implicitamente, o legislador por não ter expressamente previsto o direito de os trabalhadores se oporem à transmissão dos respectivos contratos de trabalho para um sujeito diferente daquele com o qual esses contratos haviam sido celebrados – por outras palavras: que censuravam a *transmissão automática* dos contratos de trabalho do transmitente do estabelecimento para o seu transmissário⁴⁹ –, viram, recentemente, os seus esforços compensados (art. 286.º-A do Código do Trabalho, introduzido pela Lei n.º 14/2018, de 19 de Março⁵⁰).

4.7. Voltemos ao art. 21.º, n.º 1. Já sabemos que o preceito estatui sobre a transmissibilidade, por acto gratuito ou oneroso, do património separado

47 Cfr. Júlio Gomes; “O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do TJCE em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, (1996), 173 s., *apud* J. Leal Amado, “Transmissão da empresa e contrato de trabalho: algumas notas sobre o regime jurídico do direito de oposição”, *RLJ*, N.º 4010, Ano 147-º, (Maio-Junho de 2018), 295.

48 Cfr. M. Nogueira Serens, “As Directivas 77/187/CEE e 2001/CE...”, 101 s.

49 Referindo esses Autores, e dando conta das *nuances* das respectivas posições, *vide* J. Leal Amado, “Transmissão da empresa ...”, 291 s.

50 Cfr., por todos, J. Leal Amado, “Transmissão da empresa ...”, 293 s.

(enquanto *universitas iuris*), constituído por uma pessoa singular, tendo em vista organizar no seu seio um estabelecimento comercial, por cujas dívidas apenas responderão os bens que compõem esse património, sendo que estes bens responderão unicamente por essas dívidas⁵¹; já sabemos isso, e também já sabemos que, segundo o mesmo preceito, esse património pode ser dado em locação, podendo ainda sobre ele constituir-se um usufruto ou um penhor, sendo que estes são aspectos que, doravante, deixaremos de lado. Essa transmissibilidade – e disso também já demos conta⁵² – não pressupõe que já haja estabelecimento comercial organizado no seio do património separado que se intenta transmitir. Deixaremos, porém, de lado essa hipótese, que há-de ser marginal.

a) A nossa atenção centrar-se-á, pois, nos casos em que o titular do património separado o aliena quando nele já existe um estabelecimento comercial – o estabelecimento comercial para cuja exploração esse património foi constituído. Por outro lado, cingiremos o nosso olhar aos três negócios que se nos afigura poderem ser os mais comuns: a venda, a doação e a entrada em sociedade.

O que há de comum a estes três negócios é a transmissão definitiva da titularidade do património separado enquanto universalidade de direito – uma *passagem (hoc sensu)* desse património da esfera jurídica de um sujeito (o transmitente) para a esfera jurídica de outro sujeito (o transmissário) –, no qual existe um estabelecimento comercial, que é envolvido, *talqualmente é* (à semelhança, diga-se, de quaisquer outros bens da universalidade), nessa transmissão, não constituindo, porém, o seu objecto. Donde a *inexistência* de trespasse. E, não existindo trespasse do estabelecimento em causa, não se suscita, é claro, qualquer questão atinente aos diferentes *âmbitos de entrega*⁵³.

a.1) A inexistência de trespasse do estabelecimento comercial integrado no património separado, ocorrendo a alienação deste último (pensamos, note-se, apenas nos três negócios antes referidos), pode ser ilustrada com o regime de transmissão das dívidas resultantes de actividades compreendidas no objecto desse mesmo estabelecimento.

51 Sobre as possíveis *brechas* do princípio da autonomia perfeita desse património, cfr. *supra*, número 4.4., *sub b)*, *aa)* e *bb)*.

52 Cfr. *supra*, número 4.5., *sub b)*.

53 Cfr. *supra*, número 4.6., *sub a)*, *aa)*, *bb)* e *cc)*.

Como antes foi dito⁵⁴, do art. 11.º, n.º 2 decorre que o titular do património separado, em cujo seio foi organizado um estabelecimento comercial, responde (também) com os bens que integram o seu património geral pelas dívidas resultantes da exploração desse estabelecimento (e por outras dívidas que, eventualmente, gravem esse património separado), contanto que se prove que, na gestão deste, não foi devidamente observado o princípio da separação patrimonial (só será assim, note-se, em “caso de falência [do titular do património separado] por causa relacionada com a actividade exercida [no estabelecimento comercial que integra esse património]”). Esta responsabilidade do titular do património separado, que sanciona o seu comportamento abusivo, não se extingue com a alienação desse património (art. 11.º, n.º 3). Este é, porém, o único caso em que o património geral do alienante do património separado continua a responder pelas dívidas decorrentes da exploração do estabelecimento integrante desse património. Fora dele, o pagamento dessas dívidas é apenas garantido pelas forças do património separado objecto de alienação, o que só pode significar que essas dívidas são transmitidas por efeito da transmissão desse património, dispensando-se, pois, a *chamada a terreiro* dos credores, ao contrário do que acontece em caso de trespasse do estabelecimento⁵⁵.

bb) Não obstante a alienação do património separado, em cujo seio existe um estabelecimento comercial, não poder ser havida com trespasse desse estabelecimento, soluções há que, sendo tradicionalmente associadas a este, colhem aplicação (*por analogia*) no quadro daquela. Assim, e por exemplo, a afirmação da chamada obrigação implícita de não-concorrência, que se considera impender sobre o trespasante⁵⁶, impenderá outrossim sobre o alienante do património separado, em cujo seio exista um estabelecimento comercial. Por outro lado, e ainda como (outro) exemplo, cabe referir a aplicação ao caso dos arts. 285.º e 286.º-A do Código do Trabalho⁵⁷.

54 Cfr. número 4.4., *sub b*), *aa*).

55 No mesmo sentido, Oliveira Ascensão, “Estabelecimento comercial ...”, 11 e 13; sobre o regime de transmissão das dívidas em caso de trespasse, cfr. *supra*, número 4.6., *sub a*), *cc*).

56 Desenvolvidamente, cfr. M. Nogueira Serens, *Das obrigações de não-concorrência na negociação da empresa*, (Almedina, Coimbra, 2017), 5 s.

57 Cfr. *supra*, número 4.6., *sub b*).

cc) Duas breves palavras para o regime de transmissão da firma do “estabelecimento individual de responsabilidade limitada” – assim a qualifica o legislador (art. 2.º, n.º 3, e art. 40.º do actual RJRNPC, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de Maio). Porém, do que verdadeiramente se trata é da *firma do património separado* constituído por uma pessoa singular, com a finalidade de organizar no seu seio um estabelecimento comercial, eximindo-se, por essa forma, ao regime da ilimitação da responsabilidade pelas dívidas decorrentes da exploração desse estabelecimento. Talvez se objecte que a firma não pode ser desse património, isto é, *não pode ser sinal distintivo dele*, dado que não ocorre a sua *personificação*. A objecção não procede. O Decreto-Lei n.º 42/89, de 3 de Fevereiro, sobre a Reforma do Registo Nacional das Pessoas Colectivas, dispunha no seu art. 12.º, n.º 1, o seguinte: “As heranças indivisas, quando se comportarem, na sua actividade, com características de permanência e relevância económica, podem adoptar uma firma ou denominação” (o n.º 2 do artigo estatuiu sobre o modo de composição dessa firma ou denominação). O preceito passou intacto para o art. 41.º do RJRNPC, há pouco referido. E nele se manteve até 2008, tendo sido então revogado (sem que saiba porquê) pelo art. 46.º do Decreto-Lei n.º 247-B/2008, de 30 de Dezembro.

Essa *despersonificação* da firma ou denominação – dizemos “despersonificação”, e não *dessubjectivação*, pois a *falta de personalidade jurídica não significa inexistência de subjectividade (capacidade) jurídica*: acontece assim, nomeadamente, no caso do património separado, que o “estabelecimento individual de responsabilidade limitada” é⁵⁸, no caso da pré-sociedade⁵⁹, no caso da herança indivisa e no caso da sociedade civil, do qual falaremos já a seguir –, a despersonificação da firma ou denominação, dizíamos, implicada no reconhecimento da titularidade do respectivo direito por banda de *não-pessoas humanas ou jurídicas*, estava também presente no preceito do art. 13.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 42/89, de 3 de Fevereiro, de onde passou, sem qualquer alteração, para o art. 42.º do RJRNPC, no qual se lê: “Sem prejuízo do disposto na legislação especial, *as denominações das sociedades civis sob forma civil* podem ser compostas pelos nomes, completos ou abreviados,

58 Cfr. *infra*, número 5.2., *sub c*).

59 Cfr. *infra*, número 5.2., *sub b*).

de um ou mais sócios, seguida do aditamento ‘e Associados’, bem como por siglas, iniciais, expressões de fantasia, desde que acompanhadas da expressão ‘Sociedade.’” Existe, é verdade, um importante sector da doutrina que entende que as sociedades civis (digamos agora apenas assim), cujo regime consta dos arts. 980.º a 1021.º do Código Civil, têm personalidade jurídica. E, a ser assim, o referido preceito não poderia ser invocado para provar a *dispensabilidade da qualidade de pessoa* (humana ou jurídica) para lograr a titularidade do direito à firma ou denominação.

Tal entendimento, que está longe de ser maioritário, não nos parece, porém, ser o mais correcto, com todo o respeito o dizemos. Ao contrário do que acontece, nomeadamente, com as sociedades comerciais, independentemente do seu tipo (art. 5.º CSC), falta no processo de constituição das sociedades civis a exigência do *registo definitivo* do contrato pelo qual se constituem. E isso faz toda a diferença: o *nascimento* de uma pessoa jurídica, que tenha por objecto o exercício de modo estável de uma actividade económico-empresarial, pressupõe o conhecimento ou, quando menos, a cognoscibilidade de todos, que só um registo com as características do registo comercial permite⁶⁰.

Seja como for, uma coisa é certa: não foi a falta de personalidade jurídica da herança indivisa que obstou a que o legislador lhe reconhecesse o direito à titularidade de uma firma ou denominação, sendo certo que a revogação do art. 41.º RJRNPC não pode ser imputado a qualquer *arrepentimento* jurídico-dogmático.

dd) Do modo de composição da firma do património separado constituído por uma pessoa singular, com a finalidade de organizar no seu seio um estabelecimento comercial, eximindo-se por essa forma ao regime da ilimitação da responsabilidade pelas dívidas decorrentes da exploração desse estabelecimento, ocupa-se o art. 40.º RJRNPC. Essa firma terá de ser “composta pelo

60 Entre os autores que negam a personificação da sociedade civil, permitimo-nos destacar Raúl Ventura: “(...) tenho entendido e continuo a entender que essas sociedades não são dotadas de personalidade jurídica; designadamente, a tese segundo a qual o legislador se teria absterido de considerar a questão e assim caberia à doutrina, pela análise [dos arts. 980.º s do Código Civil], concluir pela personalidade, é para mim inaceitável, pois trata-se de questão sobre a qual o legislador não pode abster-se: como só ele pode atribuir personalidade jurídica, abstenção equivale a negação”; cfr. *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades*, (Almedina, Coimbra, 1990), 458; no mesmo sentido, cfr. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 83 s., e C. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 293.

nome do seu titular [do titular do património separado] acrescido ou não de referência ao objecto do comércio [exercido no estabelecimento organizado no seio desse património], e pelo aditamento ‘Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada’ ou ‘E.I.R.L.’”

Ocorrendo a alienação do património separado, nada obsta à transmissão da firma que o *individu(aliz)a* e, conseqüentemente, à continuação do seu uso – no caso, já se vê, de esse património subsistir enquanto tal (entenda-se: enquanto *universitas iuris*) na titularidade do adquirente (cfr. neste número, *sub b*). Exigido é, porém, que sobrevenha o acordo dos interessados (*scilicet*: o acordo do alienante e do adquirente desse património), não podendo também prescindir-se de dar a conhecer ao público a mudança ocorrida (aplicação analógica do art. 44.º, n.º 1, RJRNPC, cuja doutrina provém do antigo art. 24.º do Código Comercial).

b) A mudança de titularidade do património separado enquanto universalidade de direito, em consequência da sua venda ou doação, pode levar, só por si, à sua *extinção*, com a conseqüente integração de todos os bens que o compunham, incluindo, pois, os bens do lastro ostensivo do estabelecimento comercial organizado no seu seio, no *património geral* do adquirente ou do donatário. Será esse o caso se o comprador ou o donatário for uma pessoa jurídica. Ocioso dizer que se o património separado for objecto de uma entrada em sociedade, a sua extinção, com a conseqüência acabada de referir, é inevitável: o transmissário não pode ser senão uma pessoa jurídica⁶¹.

III. A QUEM CABE A QUALIDADE DE COMERCIANTE NO CASO DO EIRL?

5. Como é de todos sabido, o art. 13.º CCom refere duas categorias de comerciantes: (i) *comerciantes-pessoas singulares* (ou, noutra forma de dizer, *comerciantes-pessoas humanas*: número 1.º); (ii) *comerciantes-pessoas colectivas* (*comerciantes-pessoas jurídicas*, também agora noutra forma de dizer), que são as *sociedades comerciais* (número 2.º; cfr. tb. art. 5.º CSC).

61 Encontramos estas soluções consagradas no art. L 526-7 do *Code de commerce*; cfr. *supra*, número 4.

Mas será que não existem comerciantes que não são nem pessoas humanas nem pessoas jurídicas? E não existirão comerciantes que, não sendo sociedades comerciais, são pessoas jurídicas?

5.1. Começemos pelo segundo quesito, que é de mais fácil resposta. E, começando por ele, teremos de trazer à colação o art. 980.º do Código Civil. Uma das notas definidoras da noção de sociedade, constante desse preceito, é o *escopo lucrativo*, o qual é entendido em sentido estrito: o lucro aí tido em vista consiste num *incremento* do património da sociedade, e que, portanto, é *coisa sua*, ficando, em princípio, a (eventual) atribuição aos sócios do valor, que corresponda a esse incremento, dependente de um *acto de vontade* da própria sociedade, consubstanciado em *deliberação social* adrede tomada (falamos, note-se, dos *lucros de exercício* e dos *lucros de balanço*; quanto aos *lucros finais* ou de *liquidação*, o seu percebimento pelos sócios ocorre, digamos, de modo automático).

Predomina entre nós o entendimento de que esse conceito de lucro, válido para as sociedades civis (*scilicet*: para as sociedades que tenham exclusivamente por objecto a prática de actos não comerciais), é também o que vale para as sociedades comerciais (art. 1.º, n.ºs 2 e 3, CSC). A ausência de uma definição de sociedade, no âmbito do direito mercantil, é comumente apresentada como argumento decisivo: as sociedades comerciais, para poderem ser assim qualificadas, hão-de ser sociedades, sendo que o legislador do CSC, tendo prescindido de nos dizer o que estas sejam, foi porque quis que elas fossem o que o legislador do Código Civil diz que elas são⁶².

62 Essa posição do legislador do CSC contrastou com o do *Projecto da Parte Geral*, elaborado por Ferrer Correia e António Caeiro, de cujo art. 1.º, n.º 3, constava a seguinte definição de sociedade, para valer, é claro, no âmbito do direito mercantil: “São para todos os efeitos consideradas sociedades as empresas colectivas que tenham por fim o proveito económico dos associados, embora se não proponham obter lucros a repartir pelos sócios.” Depois de referirem o conceito de lucro, constante do art. 980.º do Código Civil, os referidos Autores consideravam-no demasiado restritivo, por isso que “na vida económica moderna se nos deparam, e com frequência cada vez maior, formações cuja qualificação”, à luz desse mesmo conceito, “não se apresenta como segura”. “Assim” – são ainda palavras de Ferrer Correia e António Caeiro –, “acontece por vezes criarem-se instituições de tipo associativo e até sob a forma e a designação de sociedades comerciais, *que no entanto se não destinam a distribuir dividendo, mas apenas a proporcionar aos sócios os meios de realizarem eles próprios o lucro que pretendem*”. (cfr. *Anteprojecto de Lei das Sociedades Comerciais – Parte Geral*, Coimbra, 1973, p. 5 e 12 s: sublinhados nossos).

Consequentemente, existem pessoas jurídicas, que têm por objecto a prática de actos de comércio, as quais, exactamente porque não preenchem o conceito de sociedade tal como definido no art. 980.º do Código Civil, não podem ser havidas como sociedades comerciais e, nessa medida, falece a possibilidade de as qualificarmos como comerciantes em aplicação do art. 13.º, 2.º, CCom. As cooperativas, os agrupamentos europeus de interesse económico e os agrupamentos complementares de empresas – falamos, note-se, de cooperativas, de agrupamentos europeus de interesse económico e de agrupamentos complementares de empresas, que tenham por objecto a prática de actos de comércio – constituem exemplos das faladas pessoas jurídicas (afirmando expressamente a personalidade jurídica destas instituições de tipo associativo, cfr. art. 17.º CCoop., Base IV da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho, e art. 1.º do Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de Maio, respectivamente).

Na falta de um preceito legal, que qualifique como comerciante uma pessoa jurídica, que, não obstante ter por objecto a prática de actos de comércio, não pode ser havida como sociedade comercial por não integrar o conceito de sociedade do art. 980.º do Código Civil – o que não se verifica, note-se, em relação ao agrupamento europeu de interesse económico (art. 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de Maio: “O agrupamento europeu de interesse económico que tenha por objecto praticar actos de comércio é comerciante”) –, impõe-se lançar mão do art. 13.º, 1.º, CSC. Como escreveu Ferrer Correia⁶³, “não está dito que o artigo queira referir-se apenas às pessoas singulares e não também às pessoas humanas”. E nem se diga que, no quadro deste preceito, a aquisição da qualidade de comerciante pressupõe que a *pessoa* faça do comércio profissão, o que, sendo cabido para as pessoas humanas, não o é para as pessoas jurídicas (pessoas colectivas) – estas não exercem profissões, sejam elas quais forem. O art. 14.º, n.º 1.º, CCom, ao proibir “a *profissão do comércio* às associações ou corporações que não tenham por objecto interesses materiais”, evidencia o mal fundado desse entendimento.

5.2. Em relação ao segundo quesito, que antes formulámos – existência de comerciantes que não sejam nem pessoas singulares nem pessoas colectivas –,

63 Ferrer Correia, *Lições*, 81.

a resposta é também afirmativa. E são vários os casos que podem ser invocados para o provar.

a) Suponhamos, em primeiro lugar, que dois indivíduos recebem por legado uma empresa de um comerciante individual (um comerciante-pessoa singular). Nada obstará, é certo, que, desejando continuar a exploração da empresa, os seus legatários acordassem a constituição de uma sociedade comercial, que, ocorrendo o registo definitivo do respectivo contrato, adquiriria personalidade jurídica (art. 5.º CSC), à qual passaria a caber *eo ipso* a qualidade de comerciante (art. 13.º, 2.º, CSC). Mas será que, mesmo na falta desse acordo (*scilicet*: na falta de *affectio societatis*), continuando eles a explorar a empresa, se haveria de admitir a existência de uma sociedade comercial?

Responder afirmativamente redundaria na aceitação da *sociedade forçada* ou *automática*. Ora, não vemos como seja possível abraçar tal ideia, à luz da dogmática societária. Por conseguinte, o que nessa hipótese existiria seria uma *comunhão de empresa*⁶⁴.

A situação de comunhão de empresa, no exemplo acima figurado, tinha na sua base a vontade de um terceiro: a vontade do autor do testamento. Mas pode não ser assim. Com efeito, nada há que impeça dois ou mais indivíduos de comprar a empresa ou estabelecimento comercial de um terceiro, ficando este a pertencer-lhes em comunhão. Ou seja, ficando cada um deles com uma *quota ideal*, que pode não ser de igual valor, *no direito sobre a empresa*. Tornando-se contitulares desse direito, caber-lhes-ia decidir o que fazer da empresa em causa; deixando de lado a hipótese de a terem comprado para a (poderem) destruir (*compra de concorrência*), podem, é claro, revendê-la, locá-la, constituir uma sociedade comercial ou continuar a sua exploração em comunhão.

É ainda pensável uma outra situação de comunhão de empresa de base contratual, e que é a seguinte: o dono de uma empresa contrata, onerosa ou gratuitamente, a cessão de uma quota ideal, cujo montante é expressamente fixado, do seu direito sobre essa empresa. Este contrato, quando oneroso, e

64 Falamos de *comunhão de empresa*, e não, note-se, de *compropriedade de empresa* (a compropriedade é, no dizer do Professor Henrique Mesquita, “uma das situações em que pode desentranhar-se o instituto mais vasto da comunhão de direitos”: *Direitos Reais*, Coimbra, polic., 1967, p. 231). E isto para afastar a aplicação do art. 1412.º do Código Civil: o bem, que a empresa é, não se compadece com a regra constante desse preceito.

no que respeita ao *senhorio económico* da empresa – que não, note-se, ao seu senhorio jurídico, não difere do negócio *sui generis* da entrada em sociedade. O dono da empresa podia, na verdade, em vez de ceder ao terceiro uma quota ideal do seu direito sobre ela (*v.gr.*, uma quota correspondente a 50% desse direito), acordar com ele a constituição de uma sociedade comercial, obrigando-se à realização da sua entrada com a própria empresa, ficando o consócio obrigado a realizar uma entrada em dinheiro de montante igual ao valor daquela. A *partilha* do senhorio económico da empresa, em ambos os casos, não seria diferente.

Continuando a pensar na cessão onerosa de uma quota ideal do direito sobre a empresa – mais precisamente, uma quota correspondente a 50% desse direito –, e tendo apenas em vista a partilha do senhorio económico sobre ela, não se afigura difícil estabelecer a sua *homologia* com um outro negócio: O sócio único de uma sociedade por quotas (art. 270.º-A CSC), que, decidindo pôr termo à unipessoalidade, dividia a quota da sua titularidade em duas de igual valor, *vendendo* uma delas a um terceiro (art. 270.º-D CSC)⁶⁵.

Nas situações de comunhão de empresa ou estabelecimento comercial, independentemente da vicissitude que lhe dê origem, não existe pessoa colectiva (ou jurídica) a quem caiba a qualidade de comerciante – a comunhão não goza de personalidade jurídica. E, do mesmo passo, também não existe pessoa singular (ou humana) a quem essa qualidade possa caber. Existem, sim, duas ou mais pessoas singulares, que constituem o *grupo*, que a comunhão é. Poder-se-ia, eventualmente, entender que o comerciante seria esse grupo – o *grupo dos comunistas*, note-se, e não cada um deles considerado individualmente. Tal não é, porém, o nosso entendimento. A falta de personalidade jurídica da comunhão não significa que esta, *enquanto unidade funcional*, não tenha *subjectividade (capacidade) jurídica*, que lhe permita ser, ela mesma, titular da empresa e, conseqüentemente, titular de todos os direitos e obrigações relacionados, directa ou indirectamente, com a sua exploração. Sendo o titular da empresa a própria comunhão, e falando nós de uma empresa comercial, a qualidade de comerciante não pode deixar de a ela caber.

⁶⁵ Caso o titular da quota a dividisse em duas de igual montante, para de seguida *doar* uma delas, a *homologia* seria com a cessão gratuita de uma quota ideal do direito sobre a empresa – mais precisamente, de uma quota correspondente a 50% desse direito; estamos a pensar, diga-se, numa sociedade unipessoal por quotas em cujo património existisse uma empresa.

b) Pensemos agora noutro caso, que nos permite afirmar a existência, no quadro da nossa ordem jurídica, de outros comerciantes, para além dos comerciantes-pessoas singulares (ou humanas) e dos comerciantes-pessoas colectivas (ou jurídicas) (art. 13.º, n.ºs 1.º e 2.º, CCom).

Esse caso é o da chamada “pré-sociedade” (arts. 37.º a 40.º CSC), isto é, da sociedade que tem por objecto a prática de actos de comércio, cujo contrato foi celebrado na forma legalmente exigida (art. 7.º, n.º 1, CSC), faltando, porém, o seu registo definitivo e, conseqüentemente, não gozando essa sociedade de personalidade jurídica (art. 5.º CSC).

Como decorre do art. 26.º CSC não pode haver diferimento da realização das entradas em espécie. O preceito diz que elas “devem ser realizadas até ao momento da celebração do contrato de sociedade”. Estes dizeres foram introduzidos pelo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, e constituíram a forma (*deveras desajeitada*), encontrada pelo legislador, de *adequar* o texto da norma à sua (*má*) opção de deixar de sujeitar o contrato de sociedade comercial a escritura pública (alteração introduzida no art. 7.º, n.º 1, CSC, pelo referido Decreto-Lei; os referidos dizeres do art. 26.º substituíram estes outros: “devem ser realizadas no momento da outorga da escritura do contrato de sociedade”). Por conseguinte, o limite temporal para a realização das entradas em espécie não é hoje diferente do que era antes: a sua realização, se não tiver ocorrido em momento anterior, terá de ocorrer no momento da *formalização* do contrato de sociedade (art. 7.º, n.º 1, CSC).

Não há assim dúvida de que, tendo sido acordada a constituição de uma sociedade por quotas ou de uma sociedade anónima (pensemos agora apenas nestes dois tipos societários), não será a falta de personalidade jurídica dessa sociedade que impede que ela seja titular de um património – o *património autónomo*, que se forma com a realização das entradas dos sócios⁶⁶ –, no qual pode existir uma empresa ou estabelecimento comercial: a empresa ou estabelecimento comercial, que foi objecto da entrada de um dos sócios (*apport en société*).

A *continuação* da exploração dessa empresa (no período que mediar entre a formalização do contrato e o registo definitivo) é, digamos, uma

66 Cfr. M. Nogueira Serens, *Notas sobre a sociedade anónima*, (2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997), 27.

*inevitabilidade*⁶⁷. E a verdade é que essa exploração, que não pode, obviamente, entender-se feita pelo sócio, que dela fez objecto da sua entrada, nem tão-pouco pelos sócios enquanto grupo (situação de comunhão⁶⁸), só pode ser imputada à pré-sociedade, assim dita exactamente porque não goza de personalidade jurídica. O que significa que é a ela que cabe a *qualidade de comerciante*. A *subjectividade (capacidade) jurídica*, que lhe é própria (art. 37.º, n.º 1, primeira parte, CSC), bem como a sua *personalidade judiciária* (art. 12.º, alínea *d*), do Código de Processo Civil), são suficientes para o efeito (sobre a insolvenciabilidade da pré-sociedade, cfr. art. 2.º, n.º 1, alínea *e*), CIRE)⁶⁹.

c) Falta falar do caso do “estabelecimento individual de responsabilidade limitada”, ou melhor, do património separado, constituído por uma pessoa singular, para no seio dele organizar um estabelecimento comercial, logrando dessa forma o benefício da limitação da responsabilidade pelas dívidas decorrentes da sua exploração. Se esse estabelecimento vier a ser efectivamente organizado, a qualidade de comerciante caberá à pessoa singular em causa ou ao próprio património separado por ela constituído?

A alternativa, que assim se nos apresenta, só faz sentido no pressuposto, que é o nosso, de que esse património não goza de personalidade jurídica. Com efeito, se fosse outro o entendimento, não caberia dúvida sobre o sujeito ao qual cabia a qualidade de comerciante.

No quadro desse pressuposto, só poderemos deixar de imputar a qualidade de comerciante ao titular do património separado, imputando-a a este, se o seu regime nos permitir concluir no sentido da sua *subjectividade (capacidade) jurídica* – à maneira, diga-se, do que sabemos acontecer com a pré-sociedade⁷⁰ –, que lhe permita ser, ele mesmo, titular do estabelecimento comercial, organizado no seu seio, e, conseqüentemente, titular de todos os direitos e obrigações relacionados, directa ou indirectamente, com a sua exploração.

67 Cfr. *Ibidem*, 24.

68 Cfr. *supra*, neste número, *sub a*).

69 Refira-se que a qualidade de comerciante da pré-sociedade apenas se afirma se existir no seu património uma empresa ou estabelecimento comercial; não é assim em relação à sociedade, cujo contrato foi objecto de registo definitivo, isto é, à sociedade-pessoa jurídica: esta é comerciante, independentemente de ser ou não titular de um estabelecimento ou empresa comercial.

70 Cfr. *supra*, neste número, *sub b*).

Olhemos então para os principais aspectos desse regime. Já antes falá-mos do direito à firma. E, como então dissemos⁷¹, o titular desse direito é o próprio património separado, não a pessoa singular que o constituiu para organizar no seio dele um estabelecimento comercial. É verdade que o art. 19.º CCom se encontra hoje revogado. Mas o conceito subjectivo de firma, que dele constava – isto é, o conceito de firma como um sinal distintivo do comerciante: o nome por ele adoptado no exercício do comércio⁷² –, não foi postergado. O administrador do estabelecimento comercial, organizado no seio do património separado, de que esse administrador é titular – criticável é a solução do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, do qual decorre que a administração não pode caber a terceiro(s); cfr., em sentido diferente, mesmo no que respeita à administração da sociedade em nome colectivo, o art. 191.º, n.º 2, CSC –, em todos os actos e contratos, nos quais intervenha, fazendo uso da firma do património separado, vincula este, não se vincula a si próprio.

Em flagrante analogia com o art. 171.º CSC (epigrafado “Menções em actos externos”), o art. 9.º (epigrafado “Menções da correspondência”) do referido Decreto-Lei prescreve: “Em toda a correspondência relativa ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada devem ser indicados a firma, o capital, a sede, a conservatória da sede e o número de matrícula.” Por outro lado, parece-nos igualmente relevante que todos os factos que, segundo o art. 8.º do Código do Registo Comercial, estão sujeitos a registo sejam relativos ao património separado (“ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada”, no modo de dizer da lei), e não ao respectivo titular. Existe também agora analogia com todas as outras entidades às quais o registo comercial se aplica.

Estes aspectos do regime do património separado, no seio do qual o respectivo titular organizou um estabelecimento comercial, bastariam para lhe reconhecermos subjectividade (capacidade) jurídica – a subjectividade (capacidade) jurídica suficiente para o qualificarmos como comerciante. Em abono deste entendimento poder-se-ia ainda invocar a norma do art. 2.º, alínea g), CIRE (insolventabilidade desse património).

71 Cfr. *supra*, número 4.7., *sub a*), cc).

72 Cfr. Ferrer Correia, *Lições*, 150.

A essa subjectividade (capacidade) jurídica acresce a personalidade judiciária. É verdade que o art. 12.º, alínea *b*) do Código do Processo Civil refere “a herança jacente e os patrimónios autónomos semelhantes cujo titular não esteja determinado”. De fora da *letra* do preceito está, pois, o *património separado*, que tem, também ele, origem numa afectação especial, no qual existe, porém, um sujeito, que está determinado, implicando essa afectação uma separação de certo activo (do respectivo património de afectação geral) para o adscrever a certo passivo⁷³. Ainda assim, cremos bastar uma interpretação extensiva do referido preceito para se reconhecer personalidade judiciária aos patrimónios separados.

73 Como dissemos, é esse o caso do EIRL; cfr. *supra*, número 4.2., *sub a*).