

Evaristo Mendes

Professor da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da UCP

O estabelecimento mercantil e a questão da transferência das pertinentes situações jurídicas em caso de trespasse^{1, 2}

(1983/1992)

1. De um trabalho apresentado em 1983, na Ordem dos Advogados, para conclusão do estágio de candidato à advocacia, dedicado ao tema «O trespasse do estabelecimento e o regime da locação financeira», salientam-se as seguintes ideias:

1^a No âmbito do processo económico-productivo, é cada vez mais frequente a dissociação entre a propriedade e o uso dos bens.

2^a O valor económico de tais bens corresponde em geral ao seu valor de uso no quadro desse processo. São economicamente - e, como se verá, também, em parte, juridicamente (regime do inquilinato comercial, etc.) - considerados pela afetação funcional do seu uso, especialmente concebidos para integrarem o processo económico productivo, não tendo valor (ou utilidade) ou tendo-o em geral substancialmente inferior fora do mesmo.

3^a Dependendo o valor económico destes bens desta sua integração no processo productivo, ele depende também do ritmo de evolução deste; ou seja, tais bens têm em geral uma duração económica limitada.

4^a A sua importância é já considerável e tem tendência para aumentar. Neles assenta, de facto, em grande medida, a atividade económica produtiva e as perspectivas são no sentido do reforço desta componente do processo productivo, tanto mais que, do estrito ponto de vista do exercício de tal atividade, a propriedade dos instrumentos de produção aparece como algo de supérfluo.

¹ Texto de apoio inserido nos *Sumários de Direito Comercial*, AAFDL 1991-1992, págs. 217ss. Introduziram-se breves notas de atualização relativas aos textos legais. Converteu-se o texto à luz do acordo ortográfico, apesar das reservas que este nos suscita.

² O estabelecimento comercial é - pelo menos segundo certa perspetiva - uma *estrutura económico-jurídica complexa* da qual também fazem parte situações jurídicas (cfr. supra, § 2^o). Em complemento do que se expôs no lugar próprio, apresenta-se aqui um pequeno texto contendo algumas reflexões sobre essa realidade do estabelecimento, sobre a sua circulação, bem como sobre o problema da transferência e consequente perduração dos seus elementos estruturais. Não se trata, verdadeiramente, de apresentar a minha visão do fenómeno, mas de, através de tal texto, realçar uma perspetiva do mesmo (já presente nalguma doutrina) e que merece ser destacada.

5^a Mas o empresário (ou profissional), titular do «direito de uso» de tais bens, possui um título «fraco», revelando-se esta fraqueza, particularmente, por ocasião de uma possível e desejada transmissão do seu negócio.

6^a A importância sócio-económica da empresa e da correspondente atividade produtiva (e também das atividades produtivas de caráter «profissional») - e, conseqüentemente, a necessidade ou conveniência de garantir a perduração de tal atividade e de estimular a constituição e o desenvolvimento dessa empresa- levaram o legislador a intervir no sentido de assegurar a «afetação» dos bens em causa apesar das eventuais mutações subjetivas na titularidade ou exercício da mesma.

7^a Estão nesse caso o regime do chamado inquilinato comercial, em especial o constante do art. 1118 CC [hoje, art. 115 do RAU], e o disposto no mais recente DL 171/79, relativo ao contrato de locação financeira, art. 15.³

8^a Estes dois regimes traduzem composições diferentes dos interesses em conflito. Na verdade, em ambos se garante a perduração da referida afetação dos bens, designadamente, em caso de trespasse de estabelecimento comercial ou industrial. Mas, no segundo caso, dá-se a devida consideração aos interesses do seu proprietário e «locador».

9^a A norma daquele art. 15⁴ traduz, de facto, a solução equilibrada dos interesses em questão: o interesse do empresário - em poder realizar o valor do seu estabelecimento -, o interesse geral em favorecer tal realização (estímulo da atividade produtiva, tutela do investimento) e em assegurar a perduração das atividades económicas produtivas e o interesse contratual do contraente cedido.

10^a Ela deveria, portanto, servir de modelo na resolução de casos ou situações análogas. O seu resultado seria semelhante aquele que decorre do art. 2558 do Código Civil italiano. (Deixou-se, no entanto, a questão em aberto, já que a sua resolução não se prendia diretamente com o fim do trabalho.)

11^a Quer da conjugação do art. 15 do DL. 171/79⁵ com o art. 1118 CC⁶, quer da história do regime do inquilinato comercial, resulta que o que está essencialmente em causa é garantir a referida afetação efetiva de bens, da qual tipicamente depende (ou pode depender) a perduração das atividades económicas produtivas; isto é, (no caso das atividades empresariais) o regime está pensado para os casos em que está em causa o estabelecimento como «valor de posição no mercado», na expressão de ORLANDO DE CARVALHO. [Conseqüentemente, só por analogia (havendo, de facto, no caso concreto, uma situação análoga) deveria aplicar-se ao mero «estabelecimento-organização».]

³ Cfr., presentemente, o artigo 1112 do CC (transmissão da posição de arrendatário) e o artigo 11 do DL 149/95 (transmissão da posição de locatário financeiro).

⁴ Hoje, artigo 11 do DL 149/95.

⁵ Ver a nota anterior.

⁶ Hoje, artigo 1112.

12^a Na verdade, embora possa designar-se estabelecimento o mero conjunto funcionalmente organizado de elementos (materiais e imateriais) de carácter patrimonial que servem *ou podem servir* de base ao exercício de uma atividade empresarial, em geral (quer no tráfico, quer na realidade especialmente regulada pelo legislador), o estabelecimento identifica-se, no seu núcleo essencial, com a *própria posição de mercado constituída*, ou organizada, pelo empresário, na sua teia de relações e situações, jurídicas e de facto, aparecendo em segundo plano os elementos que a suportam.

2. Entretanto, como se viu (*supra* § 2), surgiram novos estudos sobre o tema do estabelecimento e dos negócios sobre o mesmo, em que se destacam os do Prof. OLIVEIRA ASCENSÃO⁷. Nestes se defende, designadamente, a partir dos arts. 118 § 3º/135 § ún./ 157§ 1º CPI, 37 LCT⁸, 1118 CC e 100/ 145 CDADC, que a *regra*, no nosso ordenamento jurídico, deve ser a de que as situações jurídicas exploracionais ou funcionais se consideram (ou «presumem») englobadas na transmissão do estabelecimento e de que tal transmissão se impõe ao contraente cedido (se o houver), sem prejuízo de eventual direito de resolução do contrato por parte deste, no prazo de seis meses a contar do conhecimento da transmissão, se esta lhe causar dano. No seu resultado, e no essencial, a solução corresponde ao que se dispõe no art. 2558 CCit. e pode também apoiar-se no referido art. 15 do DL. 171/79⁹.

Especial atenção é também dada à importante questão da natureza jurídica do estabelecimento (cfr. *supra*). Subsiste, em todo o caso, um problema de fundo e anterior a este, que é o saber em que consiste, realmente, o estabelecimento, onde reside o seu centro de gravidade, antes de mais, como fenómeno sócio-económico. Na verdade, as qualificações jurídicas podem revelar-se adequadas quando referidas a determinada realidade. Se, porém, a realidade é, total ou parcialmente, diferente da considerada ou se a perspectiva houver de mudar, já tais qualificações merecerão ser reanalisadas.

No referido trabalho de 1983, procurei, justamente, salientar o facto de o estabelecimento ser, tipicamente pelo menos, acima de tudo uma *realidade organizativa de mercado* e não um mero conjunto de meios em função desse mercado. À ideia não deve ser dado o carácter algo «absoluto» com que aparece nesse estudo – a realidade da vida é bastante diferenciada -, mas creio que merece o devido realce (cf., aliás, em especial, a este propósito, os estudos do Prof. ORLANDO DE CARVALHO e a doutrina francesa do «fonds de commerce»).

⁷ Para além dos autores posteriores a 1983 referidos nos citados *Sumários* (Oliveira Ascensão, Santos Júnior, Ferrer Correia/M. A. Bento Soares, V. Lobo Xavier, Ascensão /Menezes Cordeiro, Antunes Varela, Galvão Telles, Baptista Machado, Galvão Telles/Januário Gomes, Capelle/Canaris, K. Schmidt, etc.), podem hoje citar-se numerosos outros: Orlando de Carvalho, Coutinho de Abreu, Gravato Moraes, Cassiano dos Santos, P. Tarso Domingues, Engrácia Antunes, Menezes Cordeiro (DCom), P. Olavo Cunha, Pais de Vasconcelos, Pupo Correia, M^a Raquel Guimarães e, ainda, Júlio Gomes, Joana Vasconcelos, etc. Cfr., por exemplo, Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial I*, 9ª ed., Coimbra (Almedina) 2013, págs. 283ss e as indicações aí fornecidas.

⁸ Presentemente, cfr. os artigos 285 ss do Código do Trabalho, em especial o primeiro deles.

⁹ Hoje, artigo 11 do DL 149/95.

Apresentam-se de seguida alguns excertos desse mencionado trabalho.

«[...]»

(II)

2.2 A *evolução do mercado* levou (como se disse *supra*) ao reconhecimento jurídico do valor do elemento instrumental da atividade económica e, assim, à autonomização do complexo de bens organizados em vista do exercício da atividade empresarial (o estabelecimento, no sentido de “*azienda*”, cf. o art. 2555 do *codice civile*). Mas os bens são considerados pela afetação funcional do seu uso a esse exercício, donde a autonomização (sistemática) deste seu valor de uso, dissociado da propriedade.

O instituto da locação financeira reconhece, no âmbito do processo produtivo (*lato sensu*), a própria categoria dos bens de uso.

2.2.1 O estabelecimento¹⁰ é uma categoria tipicamente mercantil (ainda que não exclusivamente, cf. *infra*). É um bem jurídico novo, uma categoria jurídica do regime do mercado, que só se capta no quadro do processo produtivo em sentido lato. É um bem de caráter patrimonial com características próprias. O seu valor patrimonial é um *valor de situação*, um valor de mercado que, em regra, repousa em maior ou menor medida numa “*azienda*” [complexo de meios de suporte da atividade]. É um bem que, normalmente, requer a afetação funcional dum complexo organizado de bens, materiais e imateriais.

É, porém, estranho à sua natureza de “*coisa produtiva*” – isto é, apta a dar ao seu titular um certo rendimento ou lucro, cujo valor está precisamente nessa qualidade de coisa capaz de proporcionar um certo lucro (dentro do espírito de uma economia de mercado) – o título jurídico dessa afetação: *basta um título funcionalmente suficiente*. O estabelecimento é imanente ao processo produtivo e, para este, o que conta é a possibilidade de utilização dos instrumentos de produção. Daí que a tutela do estabelecimento (e da atividade económica em geral) seja, numa certa medida (normalmente relevante), a *tutela da afetação do uso dos bens instrumentais do exercício da atividade empresarial* (e também profissional, como se verá). Foi o espírito que presidiu à institucionalização do regime (especial) dos arrendamentos comerciais e industriais (e também profissionais), reconhecendo-se o uso como valor tipicamente mercantil enquanto integra o processo produtivo, contribuindo para dar ao estabelecimento a sua qualidade de coisa produtiva.

[...]

3. No complexo de bens (materiais) que contribuem, em regra, para a constituição do estabelecimento (duma certa posição de mercado lucrativa) deu-se, assim, uma modificação estrutural tendencialmente global.

¹⁰ Utiliza-se aqui a palavra num sentido diferente de “*azienda*”, como se verá, mas sem o identificar com a própria empresa (com uma certa noção de empresa), cf. *infra*.

Com a tendência do mercado para a especialização e a previsível globalização do fenómeno da locação financeira e do aluguer, a tutela da atividade empresarial [...] – que passa também pela tutela da perduração do estabelecimento – requer a perduração da afetação dos bens que tornam possível a continuação dessa atividade. A intervenção do legislador justifica-se para *fortalecer a “fraqueza” do título* que confere ao empresário a disponibilidade desses bens, para que a referida modificação na estrutura da “azienda” [complexo de meios de suporte da atividade] não ponha em causa o funcionamento do sistema.

[...]

(III)

1.3. Ainda uma importante questão merece referência. Será o regime do art.15 (do DL. 171/79)¹¹, dada a atual estrutura do mercado e a razão de ser desse regime, de estender (por aplicação analógica, ou tendo-se o preceito como afloramento dum princípio geral de tutela do empresário que tem um título jurídico fraco de afetação dos instrumentos da sua produção) também aos demais contratos de cessão do uso de bens de equipamento¹², nomeadamente, aos contratos de *leasing* operacional (ou *renting*)?

Creemos que, enquanto bens instrumentais funcionalmente afetados ao exercício de uma atividade empresarial socialmente relevante (segundo um critério de normalidade típica – natureza mercantil da empresa), a extensão é, pelo menos justificada. Ainda não se terá atingido a amplitude do art. 2558 do Código Civil italiano, mas ficaria estabelecido o mínimo de tutela da atividade empresarial (cf. *infra*).

E não se verifica aqui o obstáculo que, na nossa ótica, representaria uma invasão (não expressamente sancionada pelo legislador) da esfera patrimonial dos particulares em favor dos interesses do comércio e da indústria: estamos no domínio das relações profissionais.

[...]

2.2.2 A atividade empresarial é mais complexa. Em contraposição à atividade profissional, na atividade empresarial há, em regra, uma *organização de fatores à qual se liga diretamente o resultado dessa atividade*, ainda que seja diferente, conforme os tipos de atividade, o peso relativo do elemento patrimonial e do elemento pessoal.

[...]

É no âmbito desta atividade económica organizada que aparece a figura do estabelecimento.

“Estabelecer-se” pode significar, antes de tudo, *montar um negócio*, constituir uma “posição de mercado”, mais ou menos relevante, criar uma esfera de domínio (ou

¹¹ Hoje, artigo 11 do DL 149/95.

¹² Quanto aos imóveis, já há o regime dos arrendamentos para comércio e indústria e o exercício das profissões liberais. Cfr., hoje, o regime condensado do artigo 1112 do CC.

campo de ação), através da constituição duma teia de relações jurídicas e de facto mais ou menos complexa.

[...]

O mercado torna possível, pelo exercício arriscado duma atividade económica, a obtenção de lucros. Por isso, os empresários procuram nele estabelecer-se, organizar uma certa *esfera de influência* ou domínio que lhes permita atingir o fim visado. A *posição de mercado* organizada por cada empresário, a que é inerente um certo aviamento (que representa um valor de realização sucessiva), em razão do jogo das circunstâncias relativas a esse mercado que esse empresário movimentava a seu favor e da maior ou menor adequação dos instrumentos (organizativos) do exercício da sua atividade, eis a *realidade central* e de maior valor cuja mobilidade o direito deve assegurar, e a que corresponde nuclearmente a categoria jurídica do estabelecimento como objeto de negócios [... e da empresa como centro da qualificação mercantil]. Tal não significa, em todo o caso, que o conjunto organizado e funcional de meios (*azienda*), mesmo quando ainda não há uma efetiva afetação funcional desse conjunto ao exercício de uma atividade económica, não possa também ser objeto autónomo de negócios e de um direito unitário do empresário, atendendo ao seu valor de organização. [...]¹³

O estabelecimento (*hoc sensu*) é, assim, uma categoria jurídica original, um bem novo (mas que não se confunde com um complexo organizado de bens) de carácter essencialmente imaterial, a realidade central do processo produtivo. Os elementos patrimonial e pessoal que o integram ou lhe estão associados (em regra) são apenas o seu suporte de “coisa produtiva” [...]

O centro é essa criação espiritual organizativa apta a proporcionar ao seu titular, pelo exercício duma certa atividade económica para o qual constitui uma criação adequada, um lucro de realização sucessiva no quadro da atividade do titular, que (porventura ao lado da “azienda” que tipicamente está associada) pode ser objeto de trespasse.

O preço deste (o seu valor patrimonial atual) é, assim, calculado em função dessa sua qualidade produtiva, do seu aviamento, presente e/ou futuro (previsível).

O seu regime jurídico há de refletir essa sua natureza de “coisa produtiva” com certa função social, parte dum certo contexto económico-social que lhe dá significado.

2.2.3 Em torno da empresa gravita uma série de interesses socialmente relevantes cuja satisfação depende da realização sucessiva do escopo empresarial e da sua permanência enquanto posição de mercado organizada mais ou menos relevante.

¹³ [Como se observa, encontra-se aqui exacerbada a ideia de uma conquistada posição de mercado, reconduzindo-se o estabelecimento, no essencial, a ela e subalternizando desse modo a estrutura de meios que a suporta. Tal ideia merece, na verdade, ser posta em evidência; mas, como também resulta do texto, a realidade é mais complexa, o que a torna algo redutora.]

Vista como organização de mercado produtiva [o que é diferente de mera organização de fatores, no sentido tradicional (económico) da expressão], a empresa é, antes de tudo, um «instituto» de interesse privado, representa a realização de interesses (pessoais e patrimoniais) do empresário. Mas é também uma instituição socialmente útil: pelos bens/ serviços que fornece, pelas oportunidades de emprego que proporciona, pela capacidade de criar riqueza, pelos efeitos benéficos que reflexamente pode reduzir, etc. E é um bem de situação [pertencente ao sistema produtivo], cuja perturbação ou desaparecimento pode criar a ruína de terceiros quando não uma perturbação em cadeia generalizada, contribuindo para comprometer em certa medida a eficiência do regime jurídico-económico.

O mercado vive da confiança, do crédito que os agentes económicos dão uns aos outros e da interpenetração das situações dos vários empresários.

Daqui que seja função do direito respetivo criar mecanismos jurídicos de estímulo à atividade empresarial e de garantia da sua perduração, já que é através dela que os vários interesses têm realização, tutelar a empresa enquanto coisa produtiva (o seu aviamento). Foi enquanto tal que os fornecedores-credores, instituições de crédito e até os trabalhadores estabeleceram uma teia de relações; é a *capacidade produtiva da “coisa” que constitui o seu valor*, um valor de realização sucessiva – e essa maior ou menor realização é a medida do risco do empresário e de terceiros e da satisfação dos seus interesses.

2.3 Esta visão do estabelecimento como um bem autónomo de conteúdo variável – conforme o ramo de atividade, a natureza do bem ou serviço fornecido, a complexidade de meios requerida pela estrutura do mercado, etc. – específico do processo económico, um produto (e uma técnica) social, que consiste essencialmente numa posição de mercado organizada representativa de certo aviamento, que tem um *valor patrimonial de realização sucessiva* (requer uma atividade) e que, por antecipação, pode ser realizado por via de trespasse, estava claramente presente no primeiro diploma do inquilinato mercantil, o Decreto de 12 de novembro de 1910, que permita a sublocação do prédio em caso de “trespasse do mesmo negócio” (art. 33 § 4º; cf também o art. 32 § único, do Dec. nº. 4499, de 27 de junho de 1918).

O *trespasse do negócio* parece, na verdade, significar, primordialmente, a cessão duma posição de mercado lucrativa, duma organização comercial estabelecida, o que é diferente de uma mera organização de fatores de produção, ainda que funcionalmente adequada aos fins da produção.

E, como o local do exercício do negócio é um suporte relevante desse negócio, foi querido como bem funcionalmente afetado a esse exercício, é perfeitamente justificado que o legislador tenha “despessoalizado” a posição do locatário, se bem que, face ao interesse também relevante da contraparte, o atual regime da locação financeira

relativo ao trespasse pareça preferível ao dos arrendamentos para comércio e indústria (cf. *infra*).

A legislação posterior (Dec. n.º 5411, de 17 de abril de 1919, art. 55; Lei 2030, art. 64, não tão explicitamente; e o atual art. 1118 do C.C.)¹⁴ preferiu a expressão *trespasse do estabelecimento*, mas sem intenção de lhe dar um conteúdo diferente do que tinha a anterior. É, porém, uma expressão mais equívoca, já que também se usa com sentidos “menores” e, sobretudo, como sinónimo de “azienda”, conjunto ou universalidade de bens materiais e imateriais. [...]»

¹⁴ Hoje, artigo 1112.